

Godišnjak

PRAVNOG FAKULTETA U SARAJEVU

LXVI

2023.



Sarajevo, 2023.

Godišnjak

PRAVNOG FAKULTETA U SARAJEVU

LXVI
2023.



UDC 34

ISSN 0581-7471

**GODIŠNJAK PRAVNOG FAKULTETA UNIVERZITETA U SARAJEVU
LXVI – 2023.**

**YEARBOOK OF THE LAW FACULTY OF THE UNIVERSITY OF SARAJEVO
LXVI – 2023.**

Izdavač

Univerzitet u Sarajevu – Pravni fakultet

Redakcijski odbor

Prof. dr. Jasna Bakšić-Muftić, prof. dr. Abedin Bikić, prof. dr. Iza Razija Mešević, Akademik prof. dr. Borislav Petrović, prof. dr. Edina Sudžuka, doc. dr. Ehlimana Memišević

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

Azemina Mulalić

Tehničko uređenje

Alen Ćorović, Republic Sarajevo

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) i Law Journal Library (Hein Online).

SADRŽAJ

Članci

Dr. sc. Lejla Balić RODNE KVOTE KAO INSTRUMENTI IZBORNOG PRAVA - OSVRT NA OPŠTE IZBORE U BIH.....	9
Dr. sc. Amila Ferhatović, Kanita Pruščanović, MA RAZVOJ I PERSPEKTIVA MEDICINSKOG KRIVIČNOG PRAVA U BOSNI I HERCEGOVINI	45
Ena Gotovuša, MA EUROPSKI ISTRAŽNI NALOG U PRAKSI SUDA EUROPSKE UNIJE.....	75
Dr. sc. Jasminka Gradašćević-Sijerčić ODGOVOR EVROPSKE UNIJE NA IZAZOVE SIGURNOSTI I PREDVIDIVOSTI UVJETA ZAPOSLENJA.....	101
Dr. sc. Vildana Pleh, Sedin Idrizović PRAVO OSUMNJIČENOG ODNOSNO OPTUŽENOG NA UPOTREBU JEZIKA I PISMA I BESPLATNO PREVOĐENJE OD STRANE SUDSKOG TUMAČA U KRIVIČNOM POSTUPKU	129
Dr. sc. Amila Ždralović LEGISLATIVNO (NE)PREPOZNAVANJE RODA I RODNOG IDENTITETA: ANALIZA ZAKONA O RAVNOPRAVNOSTI SPOLOVA BOSNE I HERCEGOVINE.....	153

Dr. sc. Ehlimana Memišević “MIRENJE JE NAJBOLJA PRESUDA”: SAVREMENA PRIMJENA ISLAMSKOG PRAVA PUTEM MEDIJACIJE	175
Dr. iur. Iza Razija Mešević “PRIPOVIJETKA” O TORBICAMA, PATIKAMA I DRESOVIMA – AKTUELNA SUDSKA PRAKSA U VEZI SA ŽIGOVIMA I NFT-OVIMA	199
Almina Selimbašić, Mr. iur OSTALI/E U BOSANSKOHERCEGOVAČKOM PRAVNOM LIMBU	223
Dr. sc. Almedina Šabić Učanbarlić, dr. sc. Vesna Lazić Buljan O NEKIM ASPEKTIMA ZAŠTITE OSIGURANIKA KAO POTROŠAČA U UGOVORU O KASKO OSIGURANJU MOTORNOG VOZILA.....	249
Dr. sc. Kanita Imamović-Čizmić ZAGOVARANJE KONKURENCIJE U BiH – STANJE I PERSPEKTIVE.....	285
Ostalo	
UPUTE ZA AUTORE	311
IZJAVA O ETIČNOSTI I SAVJESNOSTI GODIŠNJAKA PRAVNOG FAKULTETA U SARAJEVU	320

TABLE OF CONTENTS

Articles

Lejla Balić, PhD GENDER QUOTAS IN INTERNATIONAL LAW AND ELECTION LAW OF BOSNIA AND HERZEGOVINA	44
Amila Ferhatović, PhD, Kanita Prušćanović, MA DEVELOPMENT AND PERSPECTIVE OF MEDICAL CRIMINAL LAW IN BOSNIA AND HERZEGOVINA	72
Ena Gotovuša, MA THE EUROPEAN INVESTIGATION ORDER IN THE JURISPRUDENCE OF THE CJEU	99
Jasminka Gradašćević-Sijerčić, PhD THE EUROPEAN UNION'S RESPONSE TO THE CHALLENGES OF SECURITY AND PREDICTABILITY OF EMPLOYMENT CONDITION	128
Vildana Pleh, PhD, Sedin Idrizović THE RIGHT OF THE SUSPECT OR ACCUSED TO THE USE OF LANGUAGE AND SCRIPT AND FREE OF CHARGE TRANSLATION BY A COURT INTERPRETER IN CRIMINAL PROCEEDINGS	151
Amila Ždralović, PhD LEGISLATIVE (UN)RECOGNITION OF GENDER AND GENDER IDENTITY: ANALYSIS OF THE LAW ON GENDER EQUALITY OF BOSNIA AND HERZEGOVINA	174
Ehlimana Memišević, PhD CONCILIATION IS THE BEST OF JUDGMENTS': APPLICATION OF ISLAMIC LAW THROUGH MEDIATION IN THE CONTEMPORARY WORLD	198
Dr. iur. Iza Razija Mešević A TALE OF BAGS, KICKS AND JERSEYS - RECENT CASE LAW REGARDING TRADEMARKS AND NFTS.....	221

Almina Selimbašić, Mr. iur OTHERS IN BOSNIA AND HERZEGOVINA LEGAL SYSTEM LIMBO	247
Almedina Šabić Učanbarlić, PhD, Vesna Lazić Buljan, PhD ON SOME ASPECTS OF THE PROTECTION OF THE INSURED AS A CONSUMER IN THE CONTRACT ON CASH INSURANCE FOR A MOTOR VEHICLE	284
Kanita Imamović-Čizmić, PhD COMPETITION ADVOCACY IN BOSNIA AND HERZEGOVINA - SITUATION AND PERSPECTIVES.....	310
Other	
AUTHOR GUIDELINES	311
PUBLICATION ETHICS AND MALPRACTICE STATEMENT.....	320

ČLANCI

Dr. sc. Lejla Balić
Vanredna profesorica
Univerzitet u Sarajevu
Pravni fakultet
l.balic@pfsa.unsa.ba

UDK 342.8-055.2
Izvorni naučni rad

RODNE KVOTE U MEĐUNARODNOM PRAVU I IZBORNOM PRAVU BiH

Sažetak

Implementacija načela jednakosti spolova u političkim pravima na globalnom nivou, aktuelizovana je sredinom 50-ih godina 20. vijeka, i to kreiranjem normativnog okvira kojim su jednako garantovana sva politička prava i za žene i za muškarce. Međutim, de iure ravnopravnost u mogućostima nije rezultirala i de facto jednakošću u rezultatima, a političko i javno odlučivanje ostali su u isključivoj sferi muškaraca, čime su dovedeni u pitanje temelji demokratske vlasti i koncept političkog predstavljanja. Na međunarodnom nivou kreiran je set politika i posebnih mjera s ciljem da se osigura tzv. kritična masa žena u zakonodavnim tijelima, kao preduslov suštinskog predstavljanja (substantive representation) koji vodi ka sveobuhvatnoj transformaciji politika i jačanju demokratskih principa. Rodne kvote su mjere pozitivne akcije, kojima se u kratkom roku ostvaruje rodno balansiran sastav zakonodavnog tijela, te su u različitim modalitetima primijenjene u sistemima širom svijeta. U izborni sistem BiH uvedene su 1998. godine, te su od tada reformirane u više navrata, što se reflektiralo na broj kandidatkinja na izbornim listama koje su osvajale mandate. Istraživanja rezultata izbora 2014, 2018. i 2022. godine, pokazuju da rodne kvote, kao mjera izbornog prava BiH, imaju pozitivan učinak na participaciju žena u zakonodavnim tijelima jer su korektiv tzv. rodno "pristrasnog glasanja", ali i da njihov efekt ovisi o modelima izbornih listi, kao i veličini izborne jedinice.

Ključne riječi: *rodne kvote, Preporuka Rec(2003) 3, izborni sistem BiH, rodno pristrasno glasanje, fleksibilne izborne liste*

Uvod

Rodna ravnopravnost u svim segmentima privatne i javne sfere života predstavlja temeljni međunarodni pravni standard i preduslov za ostvarenje demokratskog sistema vlasti. Načelo jednakosti svih ljudi u pravima i zabrana diskriminacije, koji su pravni osnov koncepta rodne ravnopravnosti, danas se nalaze u većini savremenih ustava i brojnim instrumentima međunarodnog prava. Uspostavljanje jednakosti spolova u kontekstu političkih prava na

globalnom nivou vezano je za period nakon Drugog svjetskog rata, kada je u većini država stvoren normativni okvir kojim su jednako garantovana sva politička prava i za žene i za muškarce. Međutim, *de iure* ravnopravnost u mogućnostima nije rezultirala i *de facto* jednakošću u rezultatima, te su na nivou Ujedinjenih nacija i Vijeća Evrope poduzete brojne aktivnosti koje su imale za cilj da dovedu do uravnoteženog učešća oba spola u političkim institucijama i u donošenju javnih odluka. Prije svega identifikovani su ekonomsko-socijalni, kulturološki i institucionalni faktori koji su prepreka političkoj participaciji žena, te su kreirane politike i pravni instrumentariji za prevazilaženje problema. Radi se o kompleksnom sistemu različitih mjera, a fokus ovog rada je isključivo vezan za zakonske izborne rodne kvote, koje su samo jedan, ali efektan segment prevazilaženja institucionalnih prepreka i postizanja tzv. formalne političke predstavljenosti žena. Izborne rodne kvote su posebne mjere pozitivne akcije, kojima se utvrđuje minimalan broj osoba jednog ili oba spola, koji moraju biti zastupljeni na kandidatskim listama koje podnose političke stranke. Izborne kvote, prema standardima evropskog izbornog prava, mogu biti zakonske, dakle obavezne, čije se nepoštivanje sankcioniše, ili dobrovoljne, kada ih kroz svoje akte uvode političke stranke. U uporednom izbornom pravu izborne kvote se implementiraju i kroz tzv. rezervisana mjesta, odnosno zagarantovan broj zastupničkih mjesta za žene, nezavisno od izbornih rezultata. Ovaj model izbornih kvota smatra se neprihvatljivim prema standardima Vijeća Evrope.

U prva dva dijela rada, dat je pregled odabranog pravnog instrumentarija Ujedinjenih nacija i Vijeća Evrope u oblasti rodne ravnopravnosti u političkim pravima, s osvrtom na normiranje rodni kvota. Pregledom instrumentarija Vijeća Evrope, obuhvaćen je set preporuka i rezolucija Komiteta ministara i Parlamentarne skupštine, standardi evropskog izbornog prava koje je usvojila Evropska komisija za demokratiju kroz pravo (u daljem tekstu: Venecijanska komisija), te praksa Evropskog suda za ljudska prava u pogledu zakonskih rodni kvota.

U trećem, težišnom dijelu rada, analizirat će se utjecaj rodni kvota i fleksibilnih izbornih listi na zastupljenost žena u bh. zakonodavnim tijelima državnog, entitetskog i kantonalnog nivoa (kantonalne skupštine u Federaciji BiH, Zastupnički dom Parlamenta Federacije BiH, Narodna skupština Republike Srpske i Predstavnički dom Parlamentarne skupštine BiH).

Kao referentni izborni ciklusi odabrani su opšti izbori održani 2014, 2018. i 2022. godine. Zajednička determinanta odabranih izbornih ciklusa je obavezna rodna kvota od 40% i utvrđeni raspored kandidata/kinja, a varijabla je visina unutarstranačkog praga potrebnog za napredovanje na listama koja je na izborima 2014. godine iznosila 5% , a 20% na izborima 2018. i 2022. godine.

Predstavit će se rezultati primarnog istraživanja rezultata Opštih izbora u BiH iz 2022. godine, ali i nekih aspekata izbornih ciklusa 2014. i 2018. godine.

Primarno istraživanje rezultata Opštih izbora iz 2022. godine¹ vezano je za rodnu strukturu direktno izabranih zastupnik/ca, rodnu strukturu “izgubljenih”² mandata, te analizu rodne izbalansiranosti nosilaca izbornih listi na kantonalnom, entitetskom i državnom nivou, i to u odnosu na ukupan broj stranaka, kao i nosilaca izbornih listi za stranke koje su osvojile mandate. Također, primarnim istraživanjem obuhvaćeni su izbori 2014, 2018. i 2022. godine u odnosu na kandidate/kinje koji su osvojili preko 20% preferencijalnih glasova³, a na listama političkih stranaka koje su osvojile mandat u odgovarajućoj izornoj jedinici, neovisno o tome da li su lično osvojili mandat ili ne.

Za izbore 2014. i 2018. godine, djelimično su preuzete ranije analize istraživanja izbornih rezultata⁴ u vezi s rodnom strukturom zakonodavnih tijela i rodnom strukturom nosilaca izbornih listi za navedena zakonodavna tijela. Cilj istraživanja je utvrditi da li je došlo do rasta broja kandidatkinja koje su direktno izabrane sa stranačkih listi u zakonodavna tijela na izborima 2018. i 2022. godine, a u komparaciji sa izborima održanim 2014. godine. Odnosno, da li su izmjene Izbornog zakona BiH iz 2016. godine i djelimično “zatvaranje” fleksibilnih izbornih listi ublažile efekt “pristrasnog glasanja”. U vezi s tim, analiziraju se samo direktni mandati, ali ne kompenzacijski mandati⁵ jer na njih nema direktnog utjecaja birača.

¹ Centralna izborna komisija još nije objavila zvaničnu statistiku izbora, a prilikom istraživanja literature autorica nije pronašla da je napravljena analiza posljednjih izbora sa aspekta rodne ravnopravnosti. Istraživanje je napravljeno na bazi objavljenih rezultata Izbornog zakona BiH iz 2022. godine na web-stranici Centralne izborne komisije. Dostupno na: https://www.izbori.ba/Rezultati_izbora/?presId=32&langId=1#/1/0/0/0/0

² Izgubljeni mandati su kandidati/kinje koje su prema mjestu na kandidatskoj listi trebali biti izabrani, ali radi većeg broja direktnih glasova mandat su dobili niže-rangirani kandidati/kinje.

³ Preferencijalni glasovi su direktni glasovi za kandidata/kinju. Pored termina preferencijalni, u radu će se kao sinonim koristiti i termin direktni glasovi.

⁴ Za Opšte izbore 2014. vidjeti Miftari (2015); za Opšte izbore 2018. vidjeti Mujić (2019).

⁵ Kompenzacijski mandati u bh. izbornom sistemu su mandati koji se raspodjeljuju na liste političkih stranaka ili koalicija prema broju dobijenih važećih glasova i služe da kompenzuju nedovoljnu proporcionalnost na nivou entiteta, a koja nastaje sabiranjem rezultata za pojedine višečlane izborne jedinice u entitetu. Političke stranke su obavezne ovjeriti kompenzacijske liste na kojima mogu biti samo kandidati/kinje koje se nalaze na izbornim listama, a rangirani su u skladu s rodnom kvotom.

Osim toga, analizira se rodna struktura direktnih glasova na listama političkih stranaka koje su osvojile mandate, kao relevantna determinanta postojanja tzv. “rodno pristrasnog” glasanja⁶. Cilj je utvrditi i u kojoj mjeri rodne kvote koriguju preferencije biračkog tijela s aspekta podrške kandidatkinjama ili kandidatima.

1. Rodna ravnopravnost u političkom predstavljanju – UN instrumentarij

Prvi korak ka stvaranju međunarodnog pravnog instrumentarija zaštite jednakosti žena i muškaraca, predstavljalo je usvajanje Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima kojom je utvrđeno da se svi ljudi rađaju slobodni i jednaki u dostojanstvu i pravima, te je utvrđena i zabrana diskriminacije u odnosu na brojne osnove u ostvarivanju zagarantovanih prava. Međunarodnim paktom o građanskim i političkim pravima, kao i Međunarodnim paktom o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima uspostavljen je katalog širokog spektra zaštićenih prava kao i njihovo priznavanje, uživanje i zaštita, jednako za žene i muškarce. Statuiranje pravne jednakosti žena i muškaraca samo po sebi u tom vremenskom okviru predstavljalo je značajan izazov za veliki broj država članica UN-a. Implementacija rodne jednakosti i značajne reforme koje su države trebale sprovesti u skoro svim aspektima društva, često su nailazile na otpore i negodovanja imajući u vidu tradicionalne uloge žena i muškaraca u porodici i u javnom životu⁷. U vezi s tim, javile su se dileme da li formalnopravne garancije jednakosti i zabrana diskriminacije i u praksi mogu biti implementirane, te anulirati hiljadugodišnju dominaciju muškaraca nad ženama.

⁶ Rodno pristrasno glasanje postoji kada birači na izborima *a priori* prednost daju muškarcima nad ženama.

⁷ “ (...) problem je nastao onog trenutka kada su se pojavili zahtjevi žena da javno, društveno i pravno budu priznate kao subjekti građanskih i političkih, ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava, i da, u skladu sa političkom filozofijom jednakosti, budu priznate kao u pravima izjednačene pripadnice drugog spola. Ti zahtjevi shvaćeni su kao podiranje temelja civilizacije, kao kataklizma koja je ravna propasti, ili u svakom slučaju vodi u propast svijeta.” (Bakšić-Muftić, 2006, str. 32).

Prvi dokument UN-a iz instrumentarija za zaštitu žena, a koji je ujedno i relevantan za temu ovog rada, bila je Konvencija o političkim pravima žena⁸ usvojena 1952. godine, dakle samo četiri godine nakon Univerzalne deklaracije, te dosta ranije od Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima. Posmatrajući iz ugla tadašnjeg vremena i statusa žena u društvu, ovaj podatak nije iznenađujući, jer je ulazak žena u politički i javni život predstavljao radikalno odstupanje hiljadugodišnje prakse na globalnom nivou. Do tada tradicionalne uloge žena i muškaraca u društvima širom svijeta podrazumijevale su da učešće u javnim poslovima, raspravljanje i odlučivanje o pitanjima od opšteg interesa pripadaju muškarcima, dok je sfera ženskog djelovanja bila vezana za porodicu i vođenje domaćinstva. Sve do 1907. godine nijedna žena nikada nije bila izabrana ili imenovana u neko nacionalno zakonodavno tijelo, a 1945. godine postotak žena u zakonodavnim tijelima na globalnom nivou bio je 3% (Huges & Paxton, 2019, str. 33).

1.1. Dekada žena i Konvencija o ukidanju svih oblika diskriminacije žena

U okviru UN-a od sredine 70-ih godina 20. vijeka napravljeni su značajni pomaci u kreiranju mjera, politika i akcionih planova za unapređenje položaja žena, a što je vremenom konkretizirano usvajanjem posebnog kataloga za zaštitu prava žena uz već postojeće kataloge ljudskih prava⁹.

⁸ Konvencija o političkim pravima žena (Generalna skupština 20. 12. 1952. godine)

Član I

Žena će imati pravo da bez ikakve diskriminacije glasa na svima izborima pod jednakim uslovima sa muškarcima.

Član II

Žena će imati pravo da bude birana u sva javno izabrana tijela, ustanovljena na osnovu nacionalnih zakona bez ikakve diskriminacije, pod jednakim uslovima sa muškarcima.

Član III

Žena će imati pravo da bude na javnim dužnostima i da vrši sve javne funkcije ustanovljene na osnovu nacionalnih zakona bez ikakve diskriminacije, pod jednakim uslovima sa muškarcima.

⁹ Detaljno o UN-ovom katalogu ženskih prava vidjeti kod Bakšić-Muftić (2006, str. 109–140).

U proglašenoj Dekadi žena¹⁰ usvojen je jedan od temeljnih dokumenata kataloga ženskih prava, a kojim su, između ostalog, tretirana politička prava žena – Konvencija o ukidanju svih oblika diskriminacije žena iz 1979. godine¹¹ (The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women – u daljem tekstu: CEDAW). Konvencija o političkim pravima žena uspostavila je pravni temelj jednakih mogućnosti za politički angažman žena i muškaraca, ali i nakon 25 godina njene primjene položaj i broj žena na izabranim i imenovanim funkcijama gdje se donose odluke bio je inferioran u odnosu na muškarce. CEDAW-om je proširen i preciziran spektar prava i modela političke participacije žena¹² te zadržan kontinuitet uklanjanja pravnih barijera za sve oblike formalnog političkog predstavljanja žena (women's formal representation) (Huges & Paxton, 2019, str. 35). Posebno važno je da se po prvi put na međunarodnom nivou države obavezuju da usvajaju poseb-

¹⁰ Ujedinjene nacije su nastojale kontinuirano poduzimati različite aktivnosti za unapređenje statusa žena i postizanje ravnopravnosti žena i muškaraca u različitim segmentima života. Najintenzivniji angažman veže se za period tzv. Dekade žena 1975–1985. godine, tokom koje je UN organizovao tri svjetske konferencije o ženama (Mexico City 1975. godine, Kopenhagen 1980. godine i Najrobi 1985. godine) na kojima je učestvovalo preko 150 država. Konferencija iz Najrobija organizovana je krajem Dekade žena 1985. godine i bila je posvećena učešću žena u javnom životu. Iako je u tom periodu već većina država članica UN-a odavno pristupila Konvenciji o političkim pravima žena, te značajan dio ratifikovao Konvenciju o ukidanju svih oblika diskriminacije žena konstatovano je da nije ostvaren odgovarajući napredak u ravnopravnosti žena u političkom i javnom životu, te su analizirane prepreke koje usporavaju predviđene reforme. Detaljno o aktivnostima u Dekadi žena i konferencijama dostupno na: <https://www.un.org/en/conferences/women>

¹¹ Usvojena od strane Generalne skupštine UN-a 1979. godine, a stupila na snagu 3. 9. 1981. godine.

¹² Konvencija o ukidanju svih oblika diskriminacije žena (CEDAW)
Član 7

Države članice poduzimaju sve odgovarajuće mjere radi uklanjanja diskriminacije žena u političkom i javnom životu zemlje, a posebice osiguravaju ženama, pod jednakim uvjetima kao i muškarcima, pravo da:

a) glasaju na svim izborima i javnim referendumima i da mogu biti izabrane u sva tijela koja se biraju javnim izborima; b) sudjeluju u kreiranju i provedbi vladine politike i zauzimaju javne položaje te obavljaju sve javne dužnosti na svim razinama vlasti; c) sudjeluju u radu nevladinih udruga i udruženja koja se bave javnim i političkim životom u zemlji

Član 8.

Države članice poduzimaju sve odgovarajuće mjere da osiguraju ženama, pod jednakim uvjetima kao muškarcima i bez ikakve diskriminacije, mogućnost predstavljanja svojih vlada na međunarodnoj razini, te sudjelovanja u radu međunarodnih organizacija.

ne mjere¹³ privremenog karaktera radi postizanja *de facto* jednakosti između žena i muškaraca¹⁴. Cilj posebnih mjera je postići tzv. kritičnu masu žena¹⁵ u zakonodavnim tijelima (odnosno generalno na javnim funkcijama na svim nivoima vlasti) kao preduslov za promociju ženskih interesa i političkog djelovanja u ime žena. Naime, puko prisustvo žena u parlamentu, tzv. formalno predstavljanje, samo po sebi nije garancija, ali jeste preduslov, suštinskog predstavljanja (substantive representation) koje zagovara ženske interese i podržava ženska pitanja i vodi ka transformaciji politika (Huges & Paxton, 2019, str. 36). Konkretnije, za suštinsko političko predstavljanje žena i usvajanje politika u odnosu na spolnu perspektivu, potrebno je prisustvo žena u tijelima odlučivanja. Stoga, pojedine države članice krenule su s mjerama pozitivne akcije, kao što su rodne kvote na izbornim listama, rezervisana mjesta za žene, uvođenje načela pariteta za sve izborne ili imenovane javne funkcije. CEDAW-om je napravljen prvi korak ka kreiranju sveobuhvatnih državnih politika za unapređenje statusa žena u društvu, pa je posebno naznačen neplaćeni rad žena kao veliki doprinos blagostanju porodice i društva, a države pozvane da aktivno djeluju na promjenama tradicionalnih uloga muškaraca i žena u javnom i privatnom životu kao jedan od osnovnih uslova za postizanje stvarne, *de facto* jednakosti¹⁶.

CEDAW Komitet usvojio je Opštu preporuku 23¹⁷ 1997. godine kojom ponavlja obavezu država da osiguraju ne samo *de iure* već i *de facto* jednakost žena i muškaraca, te upućuje da je potrebno da preuzmu posebne, privremene

¹³ Preporukom 25 je istaknuto da se u državama članicama i radnim materijalima Konvencije koriste različiti termine za “privremene posebne mjere” uključene u član 4 CEDAW-a. Navodi se da države članice često “posebne mjere” opisuju terminima “afirmativna akcija”, “pozitivna akcija”, “pozitivne mjere”, “obrnuta diskriminacija” i “pozitivna diskriminacija”.

¹⁴ CEDAW
Član 4.

¹ Usvajanje, od strane država stranaka, privremenih posebnih mjera usmjerenih na ubrzavanje *de facto* jednakosti između muškaraca i žena, ne smatra se diskriminacijom, kako je definisano u ovoj Konvenciji, ali ne smije ni na koji način imati za posljedicu zadržavanje nejednakih ili posebnih mjerila; ove mjere prestaju se provoditi kada se ostvare ciljevi jednakosti u pogledu mogućnosti i tretmana.

¹⁵ Opštom preporukom CEDAW Komiteta navodi se da ako učešće žena doseže od 30 do 35 posto (tzv. “kritična masa”) postoji stvarni uticaj rodne perspektive na državne politike.

¹⁶ Preambula, 13–15. alineje.

¹⁷ General Recommendation No. 23: Political and Public Life Adopted at the Sixteenth Session of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women, in 1997 (Contained in Document A/52/38).

mjere kojima se potrebni rezultati mogu brže ostvariti.¹⁸ Među širokim setom posebnih mjera, navedene su i reforme izbornog zakonodavstva, uvođenje kvota, regrutovanje žena za javne funkcije...

1.2. Pekinška deklaracija i Platforma za akciju

Poseban značaj u naporima UN-a u borbi za ženska prava predstavljaju Pekinška deklaracija i Platforma za akciju koja ju je pratila, usvojene 1995. godine na Četvrtoj konferenciji održanoj u Pekingu. Platformom za akciju u Poglavlju IV – G. pod nazivom “Žene na vlasti i u odlučivanju” konstatovano je da ravnopravnost u političkom odlučivanju treba biti refleksija sastava društva, te da je kao takva uslov za uspostavljanje funkcionalne demokratije. Naglašeno je da je, uprkos trendu demokratizacije, na globalnom nivou samo 10% žena izabrano u predstavnička tijela. Radi se o znatno slabijim rezultatima u odnosu na ranije utvrđen cilj Ekonomskog i društvenog vijeća UN-a da se do 1995. godine postigne 30% žena na pozicijama odlučivanja. Ipak, upozoreno je da su države koje su sprovodile mjere pozitivne akcije zabilježile do 33,3% veći broj žena na odgovarajućim pozicijama. Identifikovane su prepreke koje stoje na putu uravnoteženoj političkoj participaciji žena i muškaraca, a neke od njih su: neravnomjerna podjela privatnih obaveza i brige o djeci, ograničen pristup tradicionalnim putevima moći, kao što su političke stranke, sindikati, udruženja poslodavaca, negativno medijsko stereotipiziranje žena i muškaraca, visoki troškovi zalaganja i zadržavanja javnih funkcija (Platforma za akciju, str. 89–90).

Preporuke državama za postizanje ravnopravnog pristupa i punog učešća žena u strukturama vlasti i odlučivanja fokusirale su se na: uvođenje mjera pozitivne akcije u procese imenovanja osoba u javnim tijelima i organima, reforme izbornog zakonodavstva, poticaje političkim strankama da uključuju u jednakoj mjeri žene i muškarce za sve izborne i neizborne pozicije, pružanje podrške organizacijama civilnog društva koje provode studije o političkom učešću žena, usvajanje politike i mjera kojima bi se podjela posla i roditeljskih obaveza raspodijelila između žena i muškaraca i unaprijedilo usklađivanje porodičnog i profesionalnog života (Platforma za akciju, t. 190, str. 92).

I na kraju pregleda UN-ovog instrumentarija kojim se tretiraju politička prava žena, potrebno je spomenuti Rezoluciju 1325 (Žene, mir i sigurnost) koju je

¹⁸ Opšta preporuka 23 – širok spektar mjera je implementiran, uključujući zapošljavanje, finansijsku pomoć i obuku žena kandidata, izmjenu izbornih procedura, razvijanje kampanja usmjerenih na jednako učešće, postavljanje brojčanih ciljeva i kvota i ciljanje žena za imenovanja na javne funkcije, kao što su pravosuđe ili druge profesionalne grupe koje igraju ključnu ulogu u svakodnevnom životu svih društava.

usvojilo Vijeće sigurnosti 2000. godine¹⁹. Rezolucija 1325 bavi se utjecajem rata na žene i djevojčice i ženskim doprinosom rješavanju konflikta i održivom miru, te se, između ostalog, svi akteri pozivaju da usvajaju “mjere za zaštitu i poštivanje ljudskih prava žena i djevojaka, posebno kada se odnose na ustav, izborni sistem, policiju i sudstvo” (Rezolucija 1325, t.8.(c)).

Platformom za akciju, prvi put je na međunarodnom nivou, data otvorena podrška rodnim kvotama kao instrumentima izbornog prava za ostvarenje većeg učešća žena u zakonodavnim tijelima. Nakon skoro 30 godina od Pekinške deklaracije, cilj od 30% žena na pozicijama odlučivanja nije u potpunosti ostvaren ni uz rodne kvote koje su zastupljene u velikom broju država. Ipak, vidljiv je napredak, bar u formalnom političkom predstavljanju žena. Prema podacima Interparlamentarne unije, broj žena u zakonodavnim tijelima 1995. godine na globalnom nivou bio je 11,3%, 2000. godine 13%, 2005. godine 15,7%, 2010. godine 18,8%, 2015. godine 22,1%, 2020. godine 24,9%, a 2023. godine 26,7%. Zastupljenost žena po regijama se razlikuje, a evropski prosjek iznosio je: 1995. godine 13,2%, 2000. godine 14,5%, 2005. godine 18,4%, 2010. godine 21,4%, 2015. godine 25%, 2020. godine 29,3%, a 2023. godine 31,4%.²⁰

Ujedinjene nacije nastavile su s kontinuiranom podrškom unapređenju položaja žena u društvu, te je Programom globalnog razvoja za 2030. (Agenda 2030) utvrđeno 17 ciljeva održivog razvoja za razdoblje do 2030. godine, a jedan od ciljeva je postići rodnu ravnopravnost i osnažiti sve žene i djevojčice. U okviru ovog cilja, zagovara se uvođenje rodni kvota u izborne sisteme kao efikasne metode za postizanje rodnog balansa u zakonodavnim tijelima, uz podatak da je u državama koje nemaju rodne kvote prosječan udio žena u zakonodavnim tijelima 21,2%, dok je u državama s rodnim kvotama 30,9%²¹. Potrebno je naglasiti da rodne kvote trebaju biti samo privremene mjere do postizanja rodno balansiranog sastava tijela političkog i javnog odlučivanja, što bi dovelo do toga da postanu suvišne. U akademskim krugovima postoji generalna podrška uvođenju rodni kvota, ali i propitivanje koliko je koncept pozitivnih mjera suprotan načelima jednakosti, političkog predstavljanja i kompetitivnosti izbora²².

¹⁹ Rezolucija 1325 (2000) usvojena je na 4213. sjednici Vijeća sigurnosti 31. oktobra 2000. godine.

²⁰ Podaci od 23. 8. 2023. godine, dostupno na: <https://data.ipu.org/women-averages>

²¹ Dostupno na: https://www.un.org/sustainabledevelopment/wp-content/uploads/2023/08/2309739_E_SDG_2023_infographics-5-5.pdf

²² O *pro et contra* rodni kvota vidjeti kod: Bakšić-Muftić (2006, str. 154–161); Dahlerup (2005, 141–145).

2. Rodna ravnopravnost – strateški cilj Vijeća Evrope

Rodna ravnopravnost prepoznata je kao jedan od strateških ciljeva Vijeća Evrope²³, neposredno povezan s uspostavljanjem i jačanjem demokratije i zaštite ljudskih prava. Stoga je, paralelno i oslanjajući se na UN-ov instrumentarij, unutar Vijeća Evrope kreiran poseban instrumentarij za ostvarenje ravnopravnosti žena i muškaraca u različitim aspektima društvenih odnosa.²⁴ Širok spektar aktivnosti Vijeća Evrope u oblasti rodne ravnopravnosti usmjeren je, između ostaloga, na ostvarivanje ciljeva utvrđenih Konvencijom

²³ “Prvi put je u okviru Vijeća Evrope o načelu rodne ravnopravnosti raspravljano je na seminaru ‘Demokratska načela rodne ravnopravne zastupljenosti – 40 godina rada Vijeća Evrope (Strasbourg 6.-7-6-1989. godine)’. Sudjelovanje žena u politici bilo je predmetom rasprave odgovarajućih evropskih ministara. Tema Prve konferencije ‘Sudjelovanje žena u političkim procesima – Politika i strategije za postizanje jednakosti u odlučivanju’ (4. 3. 1986.), Druga ministarska konferencija (Beč 4.-5.7.1989. godine), Političke strategije za postizanje stvarne jednakosti žena i muškaraca), Četvrta konferencija (Istanbul 13.-14-11-1997.), kada je usvojena Deklaracija o ravnopravnosti žena i muškaraca kao osnovno mjerilo demokratije, a zajedno sa multidisciplinarnim strategijama koje su usmjerene na uravnoteženu participaciju žena u svim sferama života, uključujući i politički život.” (Memorandum sa objašnjenjima Preporuke Rec(2003) 3, t. 14.-16. str. 20)

²⁴ Uz Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i dodatne protokole (Posebno protokol br. 12 o zabrani svih vrsta diskriminacije), instrumentarij za zaštitu žena čine i konvencije kojima je uređena zaštita žena u različitim aspektima društvenih odnosa, a to su: Konvencija o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici (2011), Konvencija Vijeća Evrope o zaštiti djece od seksualnog iskorištavanja i seksualne zlopotrebe (2007). Komitet ministara usvojio je i opšte preporuke: Preporuku/Rec(2010)10 o ulozi žena i muškaraca u prevenciji sukoba i izgradnji mira (Recommendation on the role of women and men in conflict prevention and resolution and in peace building), Preporuku o standardima i mehanizmima rodne jednakosti (Recommendation CM/Rec(2007)17 of the Committee of Ministers to member States on gender equality standards and mechanisms), Preporuku o gendermainstrimingu (Recommendation No. R (98) 14 of the Committee of Ministers to member States on gender mainstreaming), Preporuku o usklađivanju privatnog i poslovnog života (Recommendation No. R (96) 5 of the Committee of Ministers to member States on reconciling work and family life), Preporuku o pravnoj zaštiti od seksualne diskriminacije (Recommendation No. R (85) 2 of the Committee of Ministers to member States on legal protection against sex discrimination). Osim navedenih, usvojen je široki set preporuka u oblastima: Prevencije i borbe protiv rodni stereotipa i seksizma, Prevencije i borbe protiv nasilja nad ženama i porodičnog nasilja, Postizanja uravnoteženog sudjelovanja žena i muškaraca u političkom i javnom odlučivanju, Rodne jednakosti u obrazovanju, zdravlju i sportu, Rodne ravnopravnosti u medijima i audiovizuelnom sektoru, Žene i djevojčice sa poteškoćama, Migrantice, izbjeglice i tražiteljice azila.

UN-a o uklanjanju svih oblika diskriminacije žena (CEDAW), Pekinškom platformom za djelovanje i Programom UN-a za održivi razvoj do 2030.

Aktuelnom Strategijom za ravnopravnost spolova 2018–2023. kao strateški ciljevi Vijeća Evrope u oblasti rodne ravnopravnosti utvrđeni su: 1) sprečavanje i borba protiv rodnih stereotipa i seksizma, 2) sprečavanje i borba protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici, 3) osiguravanje ravnopravnog pristupa žena pravosuđu, 4) postizanje ravnoteže u zastupljenosti žena i muškaraca pri donošenju odluka u političkom i javnom sektoru; 5) zaštita prava žena i djevojčica migrantica, izbjeglica i tražiteljica azila i 6) uvođenje načela ravnopravnosti spolova u cjelokupnu politiku i mjere.

Iz predstavljenih ciljeva jasno je da se radi o jednom sveobuhvatnom pristupu kojim se nastoji ne samo sanirati posljedice već djelovati i anulirati uzroke problema (ne)ravnopravnosti spolova. U vezi s tim, institucije Vijeća Evrope detaljno su utvrdile aktivnosti za postizanje utvrđenih ciljeva, počevši od izmjena formalnopravnog okvira, djelovanja prema partnerima, mjera za prevazilaženje rizika i dr. Kada se radi o četvrtom cilju i uravnoteženom sudjelovanju žena i muškaraca u donošenju odluka u političkom i javnom sektoru, države su pozvane da nastave s primjenom Preporuke Rec3(2003) o kojoj će kasnije biti riječi, ali i da prate ostvarene rezultate, učinkovitost mjera i shodno tome revidiraju svoje djelovanje. Posebno je potrebno osigurati vidljivost podataka i širenje dobrih praksi u vezi sa izbornim sistemima (utvrđivanje paritetnih pragova, usvajanje učinkovitih zakona o kvotama i dobrovoljnih stranačkih kvota), rodno osjetljivo funkcionisanje tijela u kojima se donose odluke, ostvarivanje rodne ravnoteže u svim tijelima, institucijama i postupcima odlučivanja Vijeća Evrope (Strategija za ravnopravnost spolova Vijeća Evrope, str. 26–27).

2.1. Evropsko izorno naslijeđe i rodne kvote

Venecijanska komisija kontinuirano djeluje u oblasti izbornog prava, kroz brojne preporuke, mišljenja, izvještaje i analize. Katalogom evropskog izbornog prava²⁵ utvrđeno je da se rodne kvote, kao posebne i privremene mjere, ne smatraju suprotnim evropskom izbornom naslijeđu, te se preporučuju državama članicama kao instrumenti za postizanje ravnoteže u političkom

²⁵ Katalog evropskog izbornog prava čini niz međusobno harmonizovanih akata usvojenih na nivou Vijeća Evrope i OSCE-a, a kojima su utvrđena načela, instituti, smjernice i standardi izbornog prava koje su države članice obavezne inkorporirati u nacionalne ustavne sisteme. Temeljni akti su: Kodeks dobre prakse u izbornim pitanjima 2002. godine usvojen od strane Venecijanske komisije, te Smjernice za pregled izbornoga pravnoga okvira, donesene od strane OSCE-ovog Ureda za demokratske institucije i ljudska prava.

učešću žena i muškaraca. Kodeksom dobre prakse u izbornim pitanjima iz 2002. godine definisano je da se uvođenje propisa kojima se garantuje izvjesna ravnoteža ili čak i paritet između spolova, ne smatra kršenjem jednakog biračkog prava ukoliko postoji ustavna osnova.²⁶ Deklaracijom o učešću žena na izborima²⁷ precizirano je da se implementacija načela pariteta u proporcionalnim izbornim sistemima može provesti zakonskim normiranjem sastava izbornih listi, tako da se na svakom drugom mjestu naizmjenično smjenjuju kandidati oba spola. Za većinske izborne sisteme s jednočlanim izbornim jedinicama preporučena je obaveza uravnoteženog procenta žena i muškaraca među kandidatima iste stranke.

Venecijanska komisija podržala je uvođenje rodni kvota kao instrumenta za veću političku participaciju žena i u zaključcima Izvještaja o utjecaju modela izbornih sistema na predstavljenost žena u politici 2009. godine²⁸. Izvještajem je zaključeno da postoji širok spektar socio-ekonomskih, kulturnih i političkih faktora koji mogu ometati ili olakšati pristup žena parlamentu. U odnosu na institucionalno-političke faktore, navodi se da najveći utjecaj imaju vrsta izbornog sistema i rodne kvote (Izvještaj Evropske komisije za demokratiju kroz pravo, 2009, t.108). U vezi s tim, faktori koji najviše pogoduju većoj predstavljenosti žena u zakonodavnim tijelima su: proporcionalni izborni sistem s velikim izbornim jedinicama i izbornim pragom, te obavezne rodne kvote sa sistemom zatvarača (zipper systems) na zatvorenim izbornim listama (Izvještaj Evropske komisije za demokratiju kroz pravo, t. 111, 114, 116–118). Izvještajem je data preporuka da rodne kvote iznose najmanje 30% žena na listi (a preferira se 40 ili 50%).

Smjernicama za pregled izbornog pravnog okvira države se ohrabruju da uvedu izborne sisteme koji pogoduju postizanju potpune jednakosti muškaraca i žena (OSCE, 2018). U tom cilju, predloženo je donošenje posebnih mjera kojima bi se došlo do povećanja broja kandidatkinja, prije svega rodni kvota i odgovarajućeg rasporeda kandidatkinja na listama, te sankcije (finansijske i administrativne) za političke stranke koje ne poštuju date mjere. Naglašeno je da posebne mjere trebaju biti privremene, te se ukloniti iz pravnog okvira kada se postigne cilj jednakih rezultata (OSCE, 2018, str. 17).

²⁶ Kodeks dobre prakse u izbornim pitanjima, t.2.5.

²⁷ Deklaraciju o učešću žena na izborima usvojila je Venecijanska komisija na 67. plenarnoj sjednici (Venecija, 9–10. jun 2006).

²⁸ Izvještaj Evropske komisije za demokratiju kroz pravo (CDL-AD(2009)029, Report on the impact of electoral system on women s representaton in politics) usvojen je od Odbora za demokratske izbore 14. 3. 2009. godine i od Venecijanske komisije 12. juna 2009. godine.

2.2. Rodna ravnopravnost u političkoj participaciji – instrumentarij Vijeća Evrope

2.2.1. Preporuka Rec(2003) 3 o ravnoteži u zastupljenosti žena i muškaraca pri donošenju odluka u političkom i javnom sektoru

Temeljni akt instrumentarija Vijeća Evrope u oblasti rodne ravnopravnosti u političkoj participaciji i javnom odlučivanju je Preporuka Rec(2003) 3 Komiteta ministara/ministrica o ravnoteži u zastupljenosti žena i muškaraca pri donošenju odluka u političkom i javnom sektoru (u daljem tekstu: Preporuka Rec(2003) 3)²⁹.

Memorandumom Preporuke Rec(2003) 3 usvojen je važan politički stav za koji je naglašeno da nije samo deklarativan, već i obligatoran, što proizlazi iz činjenice da su sve članice Vijeća Evrope ratifikovale CEDAW. Naime, konstatovano je “da se tradicionalna liberalna ideja jednakih mogućnosti razvila do zahtjeva za jednakošću rezultata, te su države obavezne osigurati ravnopravno učešće žena i muškaraca u političkom predstavljanju i javnom odlučivanju” (Preporuka Rec(2003) 3, I (9).).

U Preambuli Preporuke Rec(2003) 3 navodi se da formalnopravnu ravnopravnost žena i muškaraca u državama članicama ne prati i ravnopravnost u političkoj praksi. Evidentirani su i uzroci odstupanja između *de iure* i *de facto* stanja: raspodjela moći i pristupa javnim resursima ocijenjena je kao izrazito neravnopravna i duboko su ukorijenjene tradicionalne rodne uloge u porodici i društvu. Posljedica toga je politička kultura (izborne kampanje, organizacija i djelovanje političkih stranaka, sistemi odabira kandidata unutar stranaka, medijski prostor, organizacija političkih aktivnosti...) nesklona i isključiva u odnosu na žene. U dodatku Preporuci precizirano je da ravnopravno učešće žena i muškaraca u političkom i javnom odlučivanju znači minimalno 40% zastupljenosti predstavnika oba spola u svim tijelima odlučivanja u političkom i javnom životu (Preporuka Rec(2003)3, III (32)).

Nakon što su Preporukom Rec(2003) 3 identifikovani uzroci rodne neravnopravnosti u politici, u odnosu na njih date su okvirne preporuke državama članicama za postizanje uravnotežene participacije žena i muškarca u javnoj sferi života. Kako bi se ostvarili i jednaki rezultati, države su upućene da aktivno djeluju ne samo kroz reforme izbornih sistema i organizaciju javne uprave, već i obrazovni sistem, podršku programima mentorstva i jačanja samopouzdanja i obuke žena za javni angažman, ali i mjere koje su usmjerene ka političkim strankama, interesnim organizacijama, nevladinom sektoru, medijima. Prepoznata je potreba uključivanja svih političkih aktera politič-

²⁹ Usvojena od strane Komiteta ministara Vijeća Evrope 12. 3. 2003. godine.

kog sistema, te sveobuhvatan pristup kojim se nastoji promijeniti dotadašnja paradigma i osigurati ravnopravnost spolova u javnom životu kao jedan od uslova za uspostavu demokratskog sistema vlasti.

U narednih petnaestak godina Parlamentarna skupština i Komitet ministara Vijeća Evrope usvojili su niz dokumenata s konkretnim preporukama i prijedlozima mjera koje se oslanjaju na Preporuku Rec(2003)3. Kreiran je poseban instrumentarij vezan za različite aspekte učešća žena u političkim tijelima i javnom odlučivanju, a koji čine: Rezolucija 1489 (2006) o mehanizmima za osiguranje učešća žena u donošenju odluka³⁰, Preporuka 1898 (2010) o izbornim pragovima i drugim obilježjima izbornog sistema koji imaju utjecaj na predstavljenost žena u parlamentima država članica Vijeća Evrope³¹, Preporuka 1899 (2010) o povećanju predstavljenosti žena u politici kroz izborni sistem³², Rezolucija 1706 (2010) o povećanju predstavljenosti žena u politici kroz izborni sistem³³, Rezolucija 1751 (2010) o borbi protiv seksističkih stereotipa u medijima³⁴, Rezolucija 1898 (2012) o političkim strankama i političkom predstavljanju žena³⁵, Rezolucija 2111 (2016) o procjeni utjecaja mjera za unapređenje političkog predstavljanja žena³⁶, Rezolucija 2222 (2018) o promociji različitosti i jednakosti u politici³⁷, Rezolucija 2274 (2019) o promociji parlamenta bez seksizma i seksualnog uznemiravanja³⁸, Preporuka 2152 (2019) o promociji parlamenta bez seksizma i seksualnog uznemiravanja³⁹, Rezolucija 2275 (2019) o ulozi i odgovornosti političkih lidera u borbi protiv

³⁰ Resolution 1489 (2006) Mechanisms to ensure women's participation in decision making; Usvojena 17. 3. 2006. godine od Stalnog komiteta u ime Parlamentarne skupštine.

³¹ Recommendation 1898 (2010) Thresholds and other features of electoral systems which have an impact on representativity of parliaments in Council of Europe member states, usvojena 27. 1. 2010.

³² Recommendation 1899 (2010) Increasing women s representation in politics through electoral system, usvojena 27. 1. 2010.

³³ Resolution 1706 (2010) Increasing women s representation in politics through electoral system, usvojena 27. 1. 2010.

³⁴ Resolution 1751 (2010) Combating sexist stereotypes in the media, usvojena 25. 6. 2010.

³⁵ Resolution 1898 (2010) Political parties and women's political representation, usvojena 3. 10. 2012.

³⁶ Resolution 2111 (2016) Assessing the impact of measures to improve women's political representation, usvojena 21. 4. 2016.

³⁷ Resolution 2222 (2018) Promoting diversity and equality in politics, usvojena 1. 6. 2018.

³⁸ Resolution 2274 (2019) Promoting parliaments free of sexism and sexual harassment, usvojena 9. 4. 2019.

³⁹ Recommendation 2152 (2019) Promoting parliaments free of sexism and sexual harassment, usvojena 9. 4. 2019.

govora mržnje i netolerancije⁴⁰ i Rezolucija 2339 (2020) o očuvanju ljudskih prava u vremenu kriza i pandemija: rod, jednakost i nediskriminacija⁴¹.

U vezi s temom ovog rada, fokus će biti na dokumentima usmjerenim na izorno zakonodavstvo i rodne kvote, mada je potrebno naznačiti da se radi o cjelovitom katalogu gdje su mjere uzajamno usklađene i samo istrajna primjena svih može dovesti do željenih rezultata.

2.2.2. Rodne kvote u aktima Vijeća Evrope

Rezolucijom 1489 (2006) o mehanizmima za osiguranje učešća žena u donošenju odluka, države su pozvane da utvrde cilj postizanja najmanje 40% žena u svim vladinim i izabranim tijelima, da revidiraju pravila procedure i, ako je potrebno, izborne sisteme kako bi se do 2020. godine ostvario cilj od minimalno 40% žena u zakonodavnoj vlasti, te da se finansijski podrže političke stranke koje u stranačkim tijelima i među izabranim kandidatima imaju najmanje 40% žena (t. 6.1, 6.9. i 6.10).

Rezolucijom 1706 (2010) o povećanju predstavljenosti žena u politici kroz izborni sistem, a na koju se oslanja istoimena Preporuka 1899 (2010), utvrđene su konkretne mjere za postizanje uravnoteženog odnosa žena i muškaraca u zakonodavnim tijelima u različitim izbornim sistemima. Za države s proporcionalnim izbornim sistemima preporuka je uvođenje zakonskih kvota, i to ne samo s visokim udjelom kandidatkinja na listama (idealno najmanje 40%), već i stroga pravila rasporeda kandidata na listama (npr. sistem zatvarača gdje se jedan za drugim na listi smjenjuju muški i ženski kandidati), uvođenje efektivnih sankcija po mogućnosti ne finansijski već odbijanja verifikacije izbornih listi, te se preferiraju sistemi zatvorenih listi u velikim izbornim jedinicama.

Za većinske izborne sisteme, preporuka je uvođenje pravila da političke stranke u svakoj izornoj jedinici nude po jednog kandidata i jednu kandidatkinju ili da se pronađu drugi načini koji bi osigurali političku predstavljenost žena, kao što su rodne kvote unutar političkih stranaka, ili princip “sve žene – uži izbor (all women shortlists)”, opet praćene efikasnim sankcijama za nepoštivanje (Rezolucija 1706, 2010, t. 6.3.1., 6.3.2.).

Rezolucijom 2111 (2016)⁴² o procjeni utjecaja mjera za unapređenje političkog predstavljanja žena konstatovano je: “Izborne kvote su najefikasnije sredstvo za postizanje značajnog, brzog napretka, pod uslovom da su ispravno dizajnirane i dosljedno implementirane. Kvote treba prilagoditi postojećem

⁴⁰ Resolution 2275 (2019), The role and responsibilities of political leaders in combating hate speech and intolerance, usvojena, usvojena 10. 4. 2019.

⁴¹ Resolution 2339 (2020) Upholding human rights in times of crisis and pandemics: gender, equality and non-discrimination, usvojena 13. 10. 2020.

⁴² Usvojena od strane Parlamentarne skupštine 21. 4. 2016. godine.

izbornom sistemu, postaviti ambiciozne ciljeve i osigurati stroge sankcije za nepoštivanje.” Države su upućene da zakonima koji uređuju djelovanje političkih stranaka normiraju proces kandidovanja koji bi osigurao rodnu ravnopravnost. Također, države su pozvane da osiguraju da nezavisna tijela za provedbu i nadzor nad izborima sankcionišu nepoštivanje pozitivnih mjera. Preporuka državama članicama, neovisno o postojanju zakonskih kvota, jest da se izbornim zakonodavstvom kao obavezan utvrdi naizmjeničan raspored kandidata na listama, da svaki drugi kandidat bude istog spola (Rezolucija 2111, 2016, t. 2).

U posljednjoj, tački 16. naznačeno je da: “Parlamentarna skupština snažno podržava načelo rodnog pariteta, koji predstavlja dalji korak od pozitivnih mjera i ultimativni cilj u političkom predstavljanju. Konzistentna primjena takvog načela zahtijeva od država da prevaziđu pozitivne mjere i da osiguraju jednaku zastupljenost žena i muškaraca u izabranim tijelima u drugim institucijama na svim nivoima.”

2.3. Evropski sud za ljudska prava i pitanje rodni kvota

Evropski sud za ljudska prava u nekoliko predmeta je odlučivao o rodnim kvotama na izbornim listama i zauzeo stav da ne predstavljaju kršenje člana 3 Protokola 1 EKLJP (Pravo na slobodne izbore) ni diskriminaciju na temelju spola. Kao relevantan pravni okvir Evropski sud je, uz EKLJP, naveo Preporuku Rec(2003)3, Kodeks dobre prakse u izbornim pitanjima, kao i rezolucije 1706(2010) i 2111(2016).

U predmetu 35473/08 Mendez Perez v. Španija Evropski sud je utvrdio da kvote kojima se traži da najmanje 40% kandidata oba spola bude na kandidatskoj listi ne predstavljaju diskriminaciju na temelju spola, baš kao ni raspored kandidata prema sistemu zatvarača. Sud je ocijenio da se radi o rodno neutralno koncipiranim kvotama koje se jednako primjenjuju i na žene i muškarce (tačka 29, odluka od 4. 10. 2011).

Jasno opredjeljenje Evropskog suda u zaštiti načela ravnopravnosti spolova izneseno je u predmetu *Staakunding Gereformeerde Partij v. The Netherlands* iz 2012. godine. U ovom predmetu apelaciju pred Evropskim sudom pokrenula je nizozemska Reformirana politička stranka – RPS (*EvrStaatkundig Gereformeerde Partija*) čiji program se temeljio na određenoj interpretaciji Biblije, te zabranjivao ženama da se kandiduju za političke funkcije. Brojne organizacije nevladinog sektora koje se bore za ženska prava, pokrenule su sporove pred nizozemskim pravosuđem što je u konačnici rezultiralo odlukom da se radi o diskriminaciji žena. Evropski sud za ljudska prava 2012. godine podržao je presudu nizozemskog Vrhovnog suda da je stav RPS-e diskriminatoran i neprihvatljiv bez obzira na vjersko uvjerenje na kojem se zasniva. Sud je naglasio da je ravnopravnost spolova jedan od najvažnijih ciljeva Vijeća Evrope, te da države ne mogu tolerisati stavove prema kojima je uloga muškarca primordijalna, a uloga žena sporedna (Evropski sud za ljudska prava, 2019,

t. 72 i 75).⁴³

U najnovijem predmetu *Zevnik v. Slovenija* (54893/18, 12. 11. 2019. godine), podnosioci apelacije su se žalili da su izborne komisije na prijevremenim izborima u Sloveniji, odbijanjem kandidatskih listi, neusklađenih s obaveznom rodnom kvotom, prekršile član 3 Protokola 1. Uz ponovljeni stav da je ravnopravnost spolova jedan od osnovnih ciljeva Vijeća Evrope, Evropski sud dodatno ističe da se narušavanje rodne ravnopravnosti smatra prijetnjom za demokratiju i kršenje ljudskih prava. Posebno je važno istaći da se Evropski sud pozvao na odredbe Rezolucije 1706(2010) i preporuku za uvođenje sankcija i odbijanja kandidatskih listi, ukoliko nisu u skladu sa zakonskim rodnim kvotama. Shodno navedenom, Evropski sud u konkretnom predmetu smatra da je “dotično miješanje slijedilo legitimni cilj jačanja legitimiteta demokratije osiguravanjem uravnoteženijeg učešća žena i muškaraca u političkom odlučivanju”. U predmetu *Zevnik* Evropski sud je na temelju ciljeva Vijeća Evrope utvrdio da je cilj uravnoteženog učešća žena i muškaraca u političkom životu legitiman, a rodne kvote je ocijenio kao legitimno sredstvo za postizanje ovog cilja

3. Rodna ravnopravnost i politička participacija u BiH

3.1. Ustavnopravni okvir

Ustav Bosne i Hercegovine ne sadrži odredbe kojima se striktno utvrđuje načelo rodne ravnopravnosti, niti sadrži odredbe o obaveznom rodnom paritetu u institucijama javne vlasti. Članom II (4) Ustava BiH utvrđena je opšta zabrana diskriminacije u uživanju svih prava i sloboda predviđenih Ustavom, kao i međunarodnim sporazumima iz Aneksa I Ustava BiH, na temelju različitih osnova, među kojima je prva navedena zabrana diskriminacije na temelju spola. Također, članom II (2) Ustava BiH definisano je da se Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i dodatni protokoli direktno primjenjuju i imaju nadzakonsku snagu u BiH, a na spisku međunarodnih sporazuma iz Aneksa I, nalazi se i Konvencija o ukidanju svih oblika diskriminacije žena.

3.1.1. Zakon o ravnopravnosti spolova i Izborni zakon BiH

Bosna i Hercegovina je od 1992. godine članica UN-a, a od 2002. godine Vijeća Evrope, te je dužna uskladiti zakonodavstvo sa standardima i obavezama utvrđenim CEDAW-om, kao i pravnom stečevinom Vijeća Evrope, što uključuje praksu Evropskog suda za ljudska prava, te ranije navedene preporuke

⁴³ *Staakunding Gereformeerde Partij v. The Netherlands* broj. 58369/10, t. 72 i 75.

i rezolucije usvojene od strane Vijeća ministara, kao i Parlamentarne skupštine Vijeća Evrope.

Pitanje rodne ravnopravnosti u institucijama javne vlasti, pa tako i u odnosu na izbor u zakonodavna tijela, normirano je odredbama dva zakona: Zakona o ravnopravnosti spolova u BiH i Izbornim zakonom BiH.

Zakonom o ravnopravnosti spolova u članu 20. propisana je obaveza relevantnih državnih organa da osiguraju ravnopravnu zastupljenost spolova u upravljanju, procesima odlučivanja i predstavljanju. Jednaka rodna zastupljenost podrazumijeva da su pripadnici oba spola zastupljeni sa najmanje 40% u svim državnim tijelima na svim nivoima vlasti. Kako bi se ostvario cilj rodne ravnopravnosti i otklonila diskriminacija, sva državna tijela dužna su donositi posebne mjere iz člana 8. CEDAW-a, a koje trebaju imati legitiman cilj, biti primjerene i nužne. Dakle, radi se o modelu koji se oslanja na međunarodne standarde utvrđene ranije predstavljenim dokumentima UN-a i Vijeća Evrope.

Izbornim zakonom BiH uređena su načela, uslovi i pravila učešća na izborima i za održavanje izbora na svim nivoima vlasti. Izborni zakon je od 2013. godine usklađen sa čl. 8. i 20. Zakona o ravnopravnosti spolova, te je članom 4.19., stav 3 definisano da “svaka lista kandidata uključuje kandidate muškog i ženskog spola, koji su ravnopravno zastupljeni. Ravnopravna zastupljenost spolova postoji u slučaju kada je jedan od spolova zastupljen sa najmanje 40% od ukupnog broja kandidata na listi. Kandidati spola koji je manje zastupljen raspoređuju se na liste kandidata na sljedeći način: najmanje jedan (1) kandidat manje zastupljenog spola među prvih dva (2) kandidata, dva (2) kandidata manje zastupljenog spola među prvih pet (5) kandidata i tri (3) kandidata manje zastupljenog spola među prvih osam (8) kandidata itd.

3.2. Utjecaj faktora izbornog sistema na participaciju žena u zakonodavnoj vlasti u BiH

3.2.1. Tip izbornog sistema i izborne jedinice

Na izborima za zakonodavna tijela svih nivoa vlasti i lokalnim izborima za opštinska i gradska vijeća primjenjuje se proporcionalni ili srazmjerni izborni sistem s niskim izbornim pragom od 3%, a zastupnici se biraju iz višečlanih izbornih jedinica.

Iz Federacije BiH u Predstavnički dom Parlamentarne skupštine BiH (u daljem tekstu: PDPSBiH), bira se 28 članova, od kojih se 21 bira neposrednim glasovima birača u 5 višečlanih izbornih jedinica koje broje između 3 i 6 zastupnika. Preostalih sedam su kompenzacijski mandati. Od 14 članova iz Republike Srpske, 9 se bira iz tri izborne jedinice s po 3 zastupnika, a 5 članova se bira preko kompenzacijskih mandata. Članovi Zastupničkog doma

Parlamenta Federacije BiH (u daljem tekstu: ZDPFBiH) biraju se iz 12 višočlanih izbornih jedinica koje broje između 3 i 9 zastupnika. Od 98 članova, 73 se biraju direktnim glasovima građana, a 15 su kompenzacijski mandati. Narodna skupština Republike Srpske (u daljem tekstu: NSRS) broji 83 člana, od kojih se 63 bira direktnim putem iz 9 izbornih jedinica u kojima se bira između 4 i 12 zastupnika, a dvadeset su kompenzacijski mandati.

U Federaciji BiH postoji 10 kantona, čije skupštine broje od 21 do 35 zastupnika, svi se biraju direktnim izborima s teritorije odgovarajućeg kantona koji svaki za sebe predstavlja jednu veliku višočlanu izbornu jedinicu.

3.2.2. Tip rodnih kvota

Rodne kvote, kako su definisane Izbornim zakonom BiH, usklađene su s preporukama Vijeća Evrope. Radi se o obaveznim kvotama s visokim postotkom zatupljenosti kandidata manje zastupljenog spola i obaveznim rasporedom rangiranja kandidata (varijacija sistema zatvarača). Rodne kvote primjenjuju se na lokalnim izborima za izbor opštinskih i gradskih vijeća, kao i na opštim izborima za PDPSBiH, na nivou entiteta za ZDPFBiH i za NSRS, te za kantonalne skupštine u Federaciji BiH.

3.2.3. Model izbornih listi

Na izborima za sve nivoe vlasti od 2000. godine koristi se model tzv. fleksibilnih izbornih listi⁴⁴ gdje svaki birač može da glasa ili za izbornu listu jedne stranke ili za više kandidata s jedne izborne liste. Glasovi koje dobiju kandidati na listama zovu se preferencijalni ili direktni glasovi. Posljednjim izmjenama Izbornog zakona iz 2016. godine povećan je unutarstranački prag za dodjelu mandata na izbornim listama sa 5% na 10% (od ukupnog broja važećih glasova koje je lista osvojila) za općinska ili gradska vijeća, tj. sa 5% na 20% za zakonodavna tijela kantonalnog, entitetskog i državnog nivoa⁴⁵. Ovim

⁴⁴ Fleksibilne liste su izborne liste na kojima politička stranka rangira kandidate, ali moguće je preferencijalnim glasanjem birača za jednog ili više kandidata promijeniti redoslijed kandidata i time utjecati na raspodjelu mandata. Dakle, radi se o svojevrsnom kompromisu između zatvorenih i otvorenih listi, te se za ovaj model koristi i naziv poluotvorene liste. Institut unutarstranačkog praga je mehanizam kojim se na fleksibilnim listama može prednost dati procjeni stranačkog rukovodstva ili volji građana. Unutarstranački prag predstavlja broj pojedinačnih glasova (najčešće određeni postotak od ukupnog broja glasova koje je dobila lista) koje kandidat mora dobiti da bi mogao napredovati unutar liste. Ukoliko se radi o visokom unutarstranačkom pragu, fleksibilne liste su bliže modelu zatvorenih listi ako je nizak sistemu otvorenih listi.

⁴⁵ Član 30 Zakona o izmjenama i dopunama Izbornog zakona, broj: 31/16 od 29. 04. 2016. g.

izmjenama, izborne liste približile su se modelu zatvorenih listi jer je otežana mogućnost napredovanja na listi.

3.2.4. Pogodnost izbornog sistema BiH za participaciju žena u zakonodavnoj vlasti

Potrebno je naglasiti da osim vrste izbornog sistema, tipa rodnih kvota i izbornih listi, važne varijable koje utječu na zastupljenost žena jesu i veličina izborne jedinice i broj političkih stranaka (Kadribašić, 2020, str. 21). Međutim, reforme vezane za rodne kvote i izborne liste⁴⁶ imale su najveći utjecaj na rodno izbalansiran sastav zakonodavnih tijela u BiH (Kadribašić, 2020, str. 22), te su odabrane kao predmet uže analize ovog rada.

Generalno govoreći, izborni sistem u BiH u odnosu na faktore koji su Izvještajem o izbornim sistemima Venecijanske komisije označeni kao relevantni za rodnu uravnoteženost zakonodavnih tijela može se odrediti kao relativno pogodan.⁴⁷ Faktori koji imaju pozitivan utjecaj su da se radi o proporcionalnom izbornom sistemu, obaveznim rodnim kvotama s rasporedom rangiranja kandidata/kinja, te višečlanim izbornim jedinicama (posebno na lokalnom, kantonalnom i entitetskom nivou; na državnom nivou to nije slučaj jer se od 8 izbornih jedinica samo u 3 bira više od 3 zastupnika). Kao nepogodni faktori mogu se navesti nizak izborni prag koji rezultira velikim brojem parlamentarnih političkih stranaka, fleksibilne liste (posebno do reforme iz 2016. godine), ali i broj političkih stranaka koje učestvuju na izborima (Kadribašić, 2020, str. 22).

Kadribašić (2020) u studiji izdvaja i strukturu glasanja kao varijablu koja utječe na rodnu uravnoteženost parlamenta. Međutim, struktura glasanja se može odrediti kao jedan od uzroka i pokazatelja *de facto* neravnopravnosti žena u političkom životu.

3.3. Utjecaj rodnih kvota i modela izbornih listi na participaciju žena u zakonodavnoj vlasti u BiH

Pitanje političke participacije žena u BiH u zadnjih dvadesetak godina bilo je predmetom istraživanja i analize mnogih stručnih i naučnih studija,⁴⁸ stoga

⁴⁶ U Pravilima i propisima Privremene izborne komisije u članu 532 koristio se termin otvorene liste.

⁴⁷ Ista procjena uz detaljniji pregled varijabli prema izborima za različite nivoe vlasti data je kod Kadribašić (2023, str. 22).

⁴⁸ Vidjeti npr. Bakšić-Muftić, Ler-Sofronić, Gradašćević-Sijerčić, Fetahagić (2003); Kadribašić (2013; 2019); Miftari (2014); Mujić (2019); Balić & Ždralović (2020); Kadribašić (2012); Veličković (2014); Aganović, Miftari & Veličković (2015); Ždralović, Popov Momčinović & Hrnjić (2018); Kadribašić (2019).

će biti dat samo osvrt na izborne cikluse do 2014. godine. Prioritetna analiza, kao što je u uvodu navedeno, usmjerena je na opšte izbore održane 2014, 2018. i 2022. godine i utjecaj izborne reforme iz 2016. godine kojom je promijenjen tip izborne liste.

3.3.1. Opšti izbori 1996–2010.

Studije izbornih ciklusa u BiH su bez sumnje dokazale da su rodne kvote, ali i tip kandidatske liste, imale značajan utjecaj na broj žena izabranih u zakonodavna tijela, tako da je najniži postotak izabranih žena bio u izbornom ciklusu 1996. godine, uz primjenu modela zatvorenih listi i bez zakonskih rodni kvota. Naime, bez mjera pozitivne akcije i bez preferencijalnih glasova, u Parlamentarnu skupštinu BiH izabrano je svega 2,38% žena, u Predstavnički dom Parlamenta Federacije BiH 5%, a u Narodnu skupštinu RS 1,89% (Balić & Ždralović, 2020, str. 87).

Uvođenje rodni kvota i zatvorene izborne liste na izborima 1998. godine, donijele su rezultate i značajan rast broja žena u zakonodavnim tijelima na svim nivoima vlasti. Tadašnji rezultat od 26% žena u Parlamentarnoj skupštini BiH u odnosu na taj dom više nikada nije ostvaren.

Na izbornim ciklusima 2000, 2002, 2006. i 2010. godine⁴⁹, primjenjivao se model fleksibilnih listi s niskim unutarstranačkim pragom (5%), uz zakonske rodne kvote od 30% i obavezan raspored rangiranja kandidata manje suprotnog spola. Izmjene tipa izbornih listi kojima je omogućen značajan utjecaj direktnih glasova na izborni rezultat kandidata/kinja, pokazale su da birači na izborima direktne glasove dominantno daju muškarcima. Broj žena u zakonodavnim tijelima, i pored mjera pozitivne akcije, nije dosegnuo 30% ni na jednom nivou vlasti, a uočena je tendencija da muškarci napreduju na izbornim listama i “preskaču” visokopozicionirane kandidatkinje. Kada govorimo o opštoj zastupljenosti žena u zakonodavnim tijelima u BiH on je u periodu 2000–2010. godine varirao od najnižeg od 15% iz 2000. godine do najvišeg 20,15% u 2002. godini⁵⁰, a cilj Vijeća Evrope od 40% pokazao se nedostižnim. Također, u svim izbornim ciklusima, broj muškaraca nosilaca izbornih listi bio je dominantan u odnosu na žene.⁵¹

3.3.2. Opšti izbori 2014 – 2018 – 2022.

3.3.2.1. Opšti izbori 2014. godine

Na Opštim izborima 2014. godine prvi put su primijenjene kvote od 40%

⁴⁹ Detaljnije o rezultatima izbora kod Balić & Ždralović (2020, str. 87–91).

⁵⁰ Prema podacima Interparlamentarne unije (Women in national parliaments, 1997/2019).

⁵¹ Studije: Miftari (2014), Mujić (2018), Veličković (2014), Kadribašić (2010).

manje zastupljenog spola na izbornim listama.⁵² Ukupan udio žena (direktni i kompenzacijski mandati) izabranih u zakonodavna tijela 2014. godine bio je 18,9% (CIKBiH). U odnosu na izbore 2010. godine zabilježen je manji rast broja izabranih žena na državnom nivou i nivou Federacije BiH, ali i pada na nivou RS. Povećanje rodne kvote sa 30% na 40% nije rezultiralo srazmjerno istim povećanjem izabranih zastupnica, a nizak unutarstranački prag od 5% pogodovao je rodno pristrasnom glasanju. Izborne liste bile su izrazito “prohodne” te je rang kandidata nakon izbora u velikoj mjeri odstupao od originalnog rasporeda, najčešće na štetu kandidatkinja.

Kada se govori o direktno izabranim kandidatima/kinjama u PDPSBiH izabrano je 6 žena i 24 muškaraca, te je udio žena bio 20%. Mandat su izgubile 4 žene i 1 muškarac, što znači da bi na zatvorenoj listi bilo izabrano 9 zastupnica i 21 zastupnik, a udio žena bi bio 30%. Preko 20% preferencijalnih glasova dobilo je samo 9% žena (4 žene i 39 muškaraca), a što je više nego dvostruko manje od osvojenih mandata.

Na entitetskom nivou u ZDPFBiH izabrano je 12 žena i 61 muškarac, čime je udio žena iznosio 16,43%. U NSRS izabrano je svega 5 žena i 58 muškaraca, te je udio žena iznosio 7,93%. U federalnom Zastupničkom domu, broj izgubljenih ženskih mandata bio je 10, a u NS RS-a 15 mandata. Hipotetički, na zatvorenim listama, u ZDPFBiH bi bilo izabrano 30%, a u RS-u 31,7% žena. Preferencijalne glasove (preko 20%) u Federaciji BiH dobilo je 8 žena i 71 muškarac, a u RS-u 23 žene i 113 muškaraca. U RS-u kandidatkinje su dobile 20,35% glasova, što je ujedno i jedini nivo vlasti na kojem je broj direktnih glasova veći od broja izabranih žena, dok je u Federaciji BiH taj postotak manji od broja izabranih i iznosi 14,68%.

U deset kantonalnih skupština bira se ukupno 289 zastupnika/ca,⁵³ od kojih je izabrana 51 žena i 238 muškaraca, što je 17,64% žena. Najviše izabranih kandidatkinja je u Zapadnohercegovačkom kantonu (Kanton 8) 30,4%, a najmanje u Kantonu 10 samo 4%. Broj kandidatkinja koje su izgubile mandat na kantonalnom nivou je visokih 59, te je više kandidatkinja izgubilo mandat nego što ga je dobilo. U slučaju zatvorenih listi, u kantonalnim skupštinama bi bilo 110 zastupnica koje bi činile 38,03% ukupnog broja zastupnika, odnosno kvota od 40% bi bila skoro u potpunosti ostvarena.

Više od 20% preferencijalnih glasova na listama političkih stranaka koje su osvojile mandat dobili su 21 žena i 122 muškaraca (14,68% žena). Rezultati

⁵² U 2013. godini usvojena je izmjena Izbornog zakona, kojom je član 4.19. Izbornog zakona usklađen sa Zakonom o ravnopravnosti spolova.

⁵³ Najviše zastupnika, po 35 je u Tuzlanskom kantonu (Kanton 3), Zeničko-dobojskom kantonu (Kanton 4) i Kantonu Sarajevo (Kanton 9). Najmanje zastupnika je u Posavskom kantonu (Kanton 2) – 21 zastupnik.

direktno izabranih kandidata/kinja na Opštim izborima 2014. godine nedvo-smisleno pokazuju da biračko tijelo u BiH radije glasa za muške kandidate, ali i da rodne kvote u značajnoj mjeri koriguju “pristrasno” glasanje. S druge strane, fleksibilne liste s niskim unutrastranačkim pragom (5%), koje omogućavaju direktnije predstavljanje građana i jačaju neposrednost izbora, ne pogoduju rodnoravnopravnom političkom predstavljanju.

3.3.3.2. Opšti izbori 2018. godine

Opšti izbori 2018. godine prvi su izbori na kojima je za napredovanje na listi bilo potrebno preći visok unutarstranački prag od 20%. Djelimično “zatvaranje” listi pokazalo se relativno pogodnim za rodno balansirana zakonodavna tijela, budući da je dobre rezultate pokazalo u većim izbornim jedinicama (kantonima), ali lošije rezultate u manjim izbornim jedinicama, posebno na državnom nivou. Ukupan udio žena u zakonodavnim tijelima izabranim na ovim izborima bio je 27,41%, što je značajno više nego na izborima 2010. i 2014. godine. Postignuta zastupljenost žena u zakonodavnim tijelima u BiH bila je iznad svjetskog prosjeka od 24%, a skoro izjednačena s evropskim prosjekom koji je iznosio 27,6% (IPU).

Najveće odstupanje u odnosu na prethodni izborni ciklus, što je i doprinijelo visokoj stopi državnog prosjeka, zabilježeno je na kantonalnom nivou gdje su mandate dobile 92 žene, dakle skoro dvostruko više nego 2014. godine. Najviše žena izabrano je u Hercegovačko-neretvanskom kantonu (Kanton 7) 46,6%, a najmanje u Kantonu 10 svega 3,12%. Posljedično iznesenim podacima i broj izgubljenih mandata na kantonalnom nivou je značajno manji nego na izborima 2014. godine i iznosi 22 kandidatkinje. Da se radilo o zatvorenim listama procenat kandidatkinja bi bio 39,44%, te bi standard iz Preporuke Rec(2003)3 bio ispunjen. Pozitivan trend se ne može primijetiti i u odnosu na preferencijalne glasove biračkog tijela koje je dobila 31 žena i 173 muškarca, što je 15,19% glasova za kandidatkinje i dvostruko je manje od osvojenih mandata.

Samo jedna žena je direktno izabrana u Predstavnički dom Parlamentarne skupštine BiH, što je 3,33% učešća žena u ovom zakonodavnom tijelu. Izgubljena su 3 ženska mandata, a s kojim bi žene činile 13,33% zastupnika. Preferencijalni glasovi dati ženama ne odstupaju mnogo od ranijeg izbornog ciklusa i čine 10,2%, tačnije 5 žena i 44 muškarca su prešli unutarstranački prag.

U ZDPFBiH izabrano je 16 žena i 57 muškaraca, što je 21,91% žena ukupnog broja direktno izabranih zastupnika/ca. Na nivou manjeg bh. entiteta vidljiva je tendencija blagog rasta kandidatkinja, izabrano je 7 žena, a 56 muškaraca, što čini da je ukupan udio žena 11,11%. Broj izgubljenih mandata u Federaciji BiH je neznatno smanjen i ukupno je 8 kandidatkinja ostalo bez mandata, s kojim bi žene činile 32,87% sastava ZDPFBiH. U NSRS se bilježi pad broja

izgubljenih mandata, a svih 11 izgubile su kandidatkinje. Zatvaranjem lista udio žena bio bi 26,9%. Evidentirane su promjene u preferencijalnim glasovima, rast glasova za žene u FBiH, koje su dobile 19,94% glasova (18 žena i 95 muškaraca). U RS-u je došlo do pada u direktnim glasovima kandidatkinja u odnosu na ranije izbore, ali i dalje je više kandidatkinja (18,05%) sa preferencijalnim glasovima od izabranih kandidatkinja. Ukupno je 26 žena i 144 muškarca dobilo direktnu podršku birača.

3.3.3.3. Opšti izbori 2022. godine

Opšti izbori održani 2022. godine drugi su izborni ciklus s fleksibilnim listama i 20% unutarstranačkim pragom, što već znači i čvršće zaključke učinku koji ovaj model listi ima na broj izabranih žena.

Zanimljivo je da su rezultati izbora za PDPSBiH sličniji rezultatima Opštih izbora 2014. godine, te je izabrano 5 žena i 25 muškaraca, što je 16.66% žena. U slučaju zatvorenih lista udio žena bio bi 33,33% jer je 5 kandidatkinja izgubilo mandate. Primjetan je rast preferencijalnih glasova za žene, pa je podršku dobilo 9 žena i 32 muškarca, dakle 21,95 % žena.

Kada se analiziraju izbori za NS RS-a, prvi zaključak koji se nameće je konstanta, jer skoro da nema razlike u tri analizirana izborna ciklusa. Dakle, baš kao i 2018. godine direktni mandat je dobilo 6 žena, a izgubilo 11. Što se tiče preferencijalnih glasova, samo je jedan glas manje, te su žene dobile 18,5% direktnih glasova.

Ni u ZDPF BiH nema značajnih odstupanja, izabrano je 19 žena i 54 muškarca, pa je procenat ipak porastao za 5% i iznosi 26.98%. Mandat su izgubile svega 3 žene i 1 muškarac, pa u slučaju zatvorene liste ne bi bilo značajnije razlike u procentualnoj zastupljenosti koja bi iznosila 28,76%. Blago je porastao i broj preferencijalnih glasova, pa je 21,44% birača prednost dalo kandidatkinjama, odnosno unutarstranački prag prešle su 21 žena i 76 muškaraca.

Na nivou kantonalnih skupština rezultati su veoma blizu prethodnog ciklusa, ali ipak uz blagi pad u broju zastupnica. Izabrano je ukupno 89 žena i 200 muškaraca, odnosno 30,79% žena. Najviše žena izabrano je u Srednjobosanskom kantonu (Kanton 6) 43,3%, a najmanje u Bosansko-podrinjskom (Kanton 5) i Kantonu 10 po 20%.

Tabelarni pregled opštih izbora 2014–2018–2022.

Predstavnički dom Parlamentarne skupštine BiH

Izborni ciklus	Rodna struktura direktno izabраниh zastupnica/ka (30 zastupnika/ca)	Rodna struktura “izgubljenih” mandata	Rodna struktura kandidata/kinja sa 20 % preferencijalnih glasova na listama političkih stranaka koje su osvojile mandat u izbornoj jedinici
2014.	6 žena i 24 muškarca 20% žena	4 žene i 1 muškarac	4 žene i 39 muškaraca 9,3% žena
2018.	1 žena i 29 muškaraca 3,33% žena	3 žene	5 žena i 44 muškarca 10,2% žena
2022.	5 žena i 25 muškaraca 16,66% žena	5 žena	9 žena i 32 muškarca 21,95% žena

Tabela 1

Zastupnički dom Parlamenta Federacije BiH

Izborni ciklus	Rodna struktura direktno izabраниh zastupnica/ka (73 zastupnice/ka)	Rodna struktura “izgubljenih” mandata	Rodna struktura kandidata/kinja sa 20 % preferencijalnih glasova na listama političkih stranaka koje su osvojile mandat u izbornoj jedinici
2014.	12 žena i 61 muškarac 16,43% žena	10 žena	8 žena i 71 muškarac 10,1% žena
2018.	16 žena i 57 muškaraca 21,91% žena	8 žena	18 žena i 95 muškaraca 18,94% žena
2022.	19 žena i 54 muškarca 26,97% žena	3 žene i 1 muškarac	21 žena i 76 muškaraca 21,44% žena

Tabela 2

Narodna skupština RS

	Rodna struktura direktno izabranih zastupnica/ka (63 zastupnice/ka)	Izgubljeni mandati	Rodna struktura kandidata/kinja sa 20 % preferencijalnih glasova na listama političkih stranaka koje su osvojile mandat u izbornoj jedinici
2014.	5 žena i 58 muškaraca 7,93% žena	15	23 žene i 113 muškarca 20,35%
2018.	7 žena i 56 muškaraca 11,11% žena	11	26 žena i 144 muškarca 18,05%
2022.	6 žena i 57 muškaraca 9,5 % žena	11	25 žena i 110 muškarca 18,5 %

Tabela 3

Kantonalne skupštine

Izborni ciklus	Rodna struktura direktno izabranih zastupnica/ka (289 zastupnica/ka u deset kantonalnih skupština)	Rodna struktura "izgubljenih" mandata	Rodna struktura kandidata/kinja sa 20 % preferencijalnih glasova na listama političkih stranaka koje su osvojile mandat u izbornoj jedinici
2014.	51 žena i 238 muškaraca 17,64% žena	59 žena	21 žena i 122 muškarca 14,68% žena
2018.	92 žene i 197 muškaraca 31,83% žena	23 žene i 2 muškarca	31 žena i 173 muškarca 15,19% žena
2022.	89 žena i 200 muškaraca 30,79 % žena	25 žena i 3 muškarca	36 žena i 193 muškarca 18,65 % žena

Tabela 4

Opšti izbori 2022 – pregled rezultata po kantonima u FBiH

Kanton i broj zastupnika/ca u kantonalnoj skupštini	Rodna struktura direktno izabраних zаstupnіcа/kа	Rodna struktura “izgubljenih” mandata	Rodna struktura kandidata/kinja sa 20% preferencijalnih glasova na listama političkih stranaka koje su osvojile mandat u izbornoj jedinici	Žene nositeljice listi/broj izbornih listi	Žene nositeljice listi/broj izbornih listi stranaka koje su osvojile mandate
Unsko-sanski kanton Kanton 1 (30)	10 ž i 20 m 33,33% žena	1 ž	3 ž i 10 m 23,33 % žena	4/21	2/9
Posavski kanton Kanton 2 (21)	5 ž i 16 m 23,6% žena	2 ž	1 ž i 19 m 5% žena	0/14	0/7
Tuzlanski kanton Kanton 3 (35)	10 ž i 25 m 28,57% žena	4 ž	2 ž i 17 m 10,52 % žena	1/22	0/8
Zeničko-dobojski kanton Kanton 4 (35)	13 ž i 22 m 37,1 % žena	2 ž	2 ž i 8 m 20% žena	5/16	2/9
Bosansko-podrinjski kanton Kanton 5 (25)	5 ž i 20 m 20% žena	6 ž i 3 m	13 ž i 41 m 24,07% žena	1/19	1/13
Srednjo-bosanski kanton Kanton 6 (30)	13 ž i 17 m 43,3% žena	/	0 ž i 5 m 0 % žena	2/16	0/6
Hercegovačko-neretvanski kanton Kanton 7 (30)	11 ž i 19 m 36,66% žena	/	3 ž i 3 m 50% žena	6/17	2/8

Zapadnohercegovački kanton Kanton 8 (23)	5ž i 18m 21,73% žena	5 ž	6ž i 23 m 20,68% žena	3/10	1/4
Kanton Sarajevo Kanton 9 (35)	12ž i 23m 34,28% žena	/	3ž i 11 m 21,42% žena	3/17	1/7
Kanton 10 (25)	5ž i 20m 20% žena	5ž	3ž i 20 m 13,04% žena	2/16	2/10
Ukupno 289 zastupnika kantonalnih skupština	89ž i 200 30,79% žena	25 ž i 3 m 89,21% žena	36ž i 157 m 18,65% žena	27/168 16% žena	11/81 13,58% žena

Tabela 5

Opšti izbori 2022. godine – Pregled broja izbornih listi koje nose kandidatkinje

Zakonodavno tijelo	Broj žena nositeljica listi/broj izbornih listi	Broj žena nositeljica listi/broj izbornih listi stranaka koje su osvojile mandate
PDP S BiH	34/186 – 18,27%	4/23 – 17,39%
ZP FBiH	43/189 – 22,75%	10/51 – 19,6%
NSRS	52/238 – 21,84 %	1/39 – 2,56 %
Kantonalne skupštine	27/168 – 16,07%	11/81 – 13,58%
UKUPNO	156/781 – 19,97%	26/194 – 13,4 %

Tabela 6

Analiza i zaključna razmatranja

Uporednim pregledom izbornih rezultata Opštih izbora 2014. godine s jedne strane, te izbornih rezultata 2018. i 2022. godine s druge strane, jasno se vidi da je izmjena tipa izbornih listi najviše utjecala na izbore u kantonalnim skupštinama. Djelimično zatvaranje listi rezultiralo je manjim utjecajem biračkog tijela na sastav skupštine, a visoka rodna kvota i raspored rangiranja bili su presudni faktori. Ovaj rezultat je očekivan, imajući u vidu spomenute zaključke Venecijanske komisije u Izvješčaju o utjecaju modela izbornih si-

stema na predstavljenost žena u politici 2009. godine. Naime, proporcionalni izborni sistem, obavezna rodna kvota i djelimično zatvaranje izbornih listi uz veliku višočlanu izbornu jedinicu preporučena su “formula” za postizanje kritične mase žena u zakonodavnim tijelima. Primjer kantonalnih skupština je empirijski dokaz da je formula uspješna, broj izgubljenih ženskih mandata na izborima 2018. i 2022. godine je dva i po puta manji nego 2014. godine, a broj izabраниh zastupnica za 40% viši. Ipak, ne radi se o magičnoj formuli, budući da nema značajnije izmjene *de facto* preferencija biračkog tijela. U ovom segmentu skoro da nije došlo do promjene, odnosno svega je 4% više preferencijalnih glasova za kandidatkinje 2022. godine nego što je to bilo 2014. godine. Pokazalo se da građani i dalje direktne glasove u većoj mjeri daju muškim kandidatima, ali da zbog visokog unutarstranačkog praga njih mnogo manje pređe unutarstranački prag. Treba napomenuti, da i muški kandidati koji nisu ostvarili minimalnih 20% glasova liste, u pravilu imaju više pojedinačnih glasova nego kandidatkinje. Međutim, iz Tabele 5 vidljivo je da se rezultati u pojedinim kantonima u velikoj mjeri razlikuju. Dijelom se razlike vežu za broj političkih stranaka koje participiraju na izborima (Kadribašić, 2019, str. 22), ali potrebna je dublja sociološka analiza kojom bi se uz institucionalne elemente, utvrdili i kulturološki i tradicionalni uzroci ovakvih rezultata.

Na nivou entiteta, evidentne su značajne razlike između Federacije BiH i RS. Kada se radi o ZDPFBiH, utjecaj promjene modela izbornih listi je postepen, ali vidljiv u svim analiziranim elementima: broju izabраниh zastupnica, broju izgubljenih ženskih mandata i broju preferencijalnih glasova za žene. Zanimljivo je da je skoro identičan procentualni rast za svaki od istraživanih elemenata. Međutim, baš kao i na kantonalnom nivou vidljiva je tendencija da je procent izabраниh zastupnica veći od procenta kandidatkinja koje su dobile direktne glasove birača, što je argument da rodne kvote imaju očekivani učinak.

Kada se govori o izborima za NSRS, promjena skoro da nema ni u jednom od analiziranih elemenata. Najveća je razlika u broju izgubljenih mandata kojih je na izborima 2018. i 2022. godine za 4 manje nego 2014. godine. Međutim, nema razmjernog povećanja broja izabраниh zastupnica. Razlog tome je što je u devet izbornih jedinica, za 39 izbornih listi koje su osvojile mandate, na samo jednoj nositeljica žena. Zbog prirode izbornog sistema veliki broj izbornih listi osvojio je samo jedan mandat, koji najčešće pripada upravo nosiocu liste. Još jedan podatak vrijedan pažnje je da se radi o jedinom nivou vlasti gdje na svakom narednom izbornom ciklusu pada procent žena koje su dobile preferencijalne glasove, ali ipak je na svakom izbornom ciklusu viši od procenta izabраниh zastupnica.

I na kraju, za izborne rezultate na državnom nivou, može se reći da potpuno odstupaju od ostalih nivoa vlasti, kao i da je teško detektovati tendenciju ili determinantu koja određuje rezultate izbora u odnosu na rodnu ravnoprav-

nost. Naime, suprotno od ostalih nivoa vlasti, broj direktno izabраних žena u PDPSBiH najveći je bio 2014. godine, te je bio dvostruko viši od preferencijalnih glasova koje su dobile kandidatkinje. Izbori 2018. godine donijeli su izrazito nizak procent izabраних zastupnica, može se reći i neočekivano nizak imajući u vidu efekte djelimičnog zatvaranja listi na nižim nivoima vlasti. Na izborima 2022. godine dolazi do većeg uspjeha kandidatkinja u odnosu na 2018. godinu, ali ipak za jednu kandidatkinju manje nego 2014. godine. Pozitivna tendencija posljednjeg izbornog ciklusa za državni nivo vlasti je dvostruko veći broj preferencijalnih glasova za kandidatkinje, nego na izborima 2014. i 2018. godine. Primjena rodних kvota i “zatvorenijih” listi nisu imale pozitivan efekt na broj izabраних zastupnica na državnom nivou, naprotiv došlo je do regresije. Stoga se može prikloniti zaključcima iznesenim u Polaznoj studiji o barijerama političkom učešću žena u BiH, da su prevladale veličine izbornih jedinica, veličine političkih stranaka i struktura glasanja (Kadribašić, 2019, str. 23).

Kao što se vidi iz predstavljenih rezultata istraživanja, rodne kvote i djelimično zatvaranje listi su u generalnom smislu rezultirali većim brojem direktno izabраних zastupnica, a posebno su se pokazale efektivnim u višečlanim izbornim jedinicama (kantonima), dok su u malim izbornim jedinicama učinci minimalni. Međutim, u odnosu na analizirane pokazatelje, zajednički za sve nivoe vlasti jesu preferencijalno glasanje građana koje prednost daje muškarcima i neravnopravna rodna struktura nositelja/ica izbornih listi.

Naime, rodno “pristrasno” glasanje je najujednačeniji pokazatelj na svim nivoima vlasti, gdje nema velikog odstupanja. Najmanje preferencijalnih glasova za žene bilo je na izborima za NSRS (18,5%), a najviše za PDPSBiH (21,95%). Radi se o niskoj podršci biračkog tijela za kandidatkinje, dvostruko nižoj od utvrđene rodne kvote i međunarodnih standarda, koja nije “neutralisana” ni izmjenom modela izbornih listi. Pozitivan pokazatelj jeste, da je sa svakim analiziranim izbornim ciklusom, rasla podrška kandidatkinjama na listama, pa je 2014. godine prosječan broj direktnih glasova za sve nivoe vlasti bio 13,6%, a 2018. godine 15,78%, dok je 2022. godine iznosio 20,13%. Ova tendencija govori da su promjene moguće, te da je značajan angažman Agencije za ravnopravnost spolova i brojnih nevladinih organizacija u snaženju žena za politički angažman dao rezultat.⁵⁴ Rodno pristrasno glasanje sigurno je dijelom određeno i medijskim izvještavanjem o kandidatima i kandidatkinjama. Naime, istraživanja pokazuju da mediji mnogo manje izvještavaju o kandidatkinjama, te da su skloni koristiti stereotipne slike prikaza kandidatkinja.⁵⁵

⁵⁴ Detaljno o aktivnostima kod Kadribašić (2023).

⁵⁵ Detaljno o medijskom predstavljanju žena: Miftari (2014, str. 44), Mujić (2019, str. 50), Veličković (2014, str. 15), Aladžuz (2022), Čaušević (2022), Ljevaković Bajramović (2022).

U Tabeli 6, prikazana je rodna struktura nositelja/ica listi, koja je nepogodna za kandidatkinje na svim nivoima vlasti i iznosi 19,97% žena na prvom mjestu izborne liste. Zanimljivo je da je ovaj procent, skoro jednak procentu preferencijalnih glasova za žene. Međutim, ako se pogleda druga kolona, gdje su obrađene liste samo onih političkih stranaka koje su osvojile mandate, rezultat je značajno slabiji. Znači da relevantne političke stranke, pa čak i kada formalnopravno primjenjuju načelo rodne ravnopravnosti u stranačkim dokumentima i djelovanju stranačkih tijela, ne slijede iste principe za izborima. Da li zbog toga što su svjesni preferencija biračkog tijela ili nekih drugih razloga, ne može se odgovoriti bez posebnog istraživanja.

U akademskoj i stručnoj literaturi kada se analizira participacija žena u zakonodavnoj vlasti, često se spominju četiri prepreke koje žene moraju preći da bi postigle ravnopravnost. Prva je uklanjanje pravnih barijera i izjednačavanje u pravima, druga prepreka je odluka žene da se politički aktivira, što je često teško zbog ekonomsko-socijalnih faktora i problema s usklađivanjem porodičnih i poslovnih obaveza. Treća prepreka su političke stranke, koje se teško odlučuju da daju punu podršku kandidatkinjama, posebno ukoliko nema obaveznih mjera pozitivne akcije. I konačno, četvrta prepreka izboru žena su sami građani, glasači koji donose konačnu odluku o izboru.

U Bosni i Hercegovini prve tri prepreke su manje ili više savladane. Međutim, četvrta, uz sve mjere pozitivne akcije, još uvijek ne. Osim predstavljenih izbornih rezultata, brojna istraživanja pokazuju da biračko tijelo u BiH *a priori* daje prednost muškarcima nad ženama⁵⁶. Radi se o opšteprepoznatom problemu duboko ukorijenjenih stereotipa o tradicionalnim ulogama žena i muškaraca, koje potiču iz patrijarhalnog društva, a koji vodi tome da i muškarci i žene svoj glas češće daju muškarcima.

Stoga je potrebno koristiti mehanizme izbornog prava za neutralizaciju ovakvog postupanja. Dakle, upravo je tzv. “pristrasno glasanje” jedan od pokazatelja da je potrebno koristiti odgovarajuće instrumente izbornog prava i primjenjivati mjere pozitivne akcije dok se ne postigne “kritična masa” žena u zakonodavnim tijelima, ali i postigne balans u preferencijalnim glasovima. Tek kada “rodno pristrasno” glasanje ne bude značajno utjecalo na političku participaciju žena, može se smatrati da je posebnim mjerama ostvaren rezultat i da više nisu potrebne kao korektiv.

⁵⁶ Razlika u prioritetima muških i ženskih političara i glasača: Dokazi iz Bosne i Hercegovine, USAID BiH, Projekat podrške monitoringu i evaluaciji, 2017., National Survey of Citizens Perceptions in Bosnia and Herzegovina 2019, Findings Report, Monitoring and Evaluation support activity (Measure – BiH), 2018 (Kadribašić, 2023, str. 49).

Aktuelna, 2023. godina, ujedno je i posljednja godina Strategije za ravnopravnost spolova 2018– 2023, ali i jubilara 20. godina od donošenja Preporuke Rec(2003) 3. Prema podacima Interparlamentarne unije, 2003. godine kada je donesena u evropskom državama u zakonodavnim tijelima u prosjeku je bilo svega 17% žena, dok danas taj prosjek iznosi 31,4%. U dvadeset godina skoro da je udvostručen broj žena u zakonodavnim tijelima, što je u najvećoj mjeri rezultat reformi izbornog zakonodavstva i uvođenja zakonskih rodnih kvota.⁵⁷ Međutim, veliki doprinos dale su i organizacije civilnog društva koje kontinuirano rade na snaženju žena kroz brojne programe obuke i jačanja samopouzdanja, ali i političke stranke izmjenama svojih unutrašnjih akata i prihvatanjem dobrovoljnih stranačkih rodni kvota.

Na kraju, potrebno je naglasiti da rodne kvote, ni bilo koje druge mjere pozitivne akcije, same po sebi nisu dovoljne da se ostvari suštinsko političko predstavljanje žena u parlamentima i promjene politika. Potrebna je mnogo šira državna platforma i duboka reforma svih segmenata društvenih odnosa, polazeći od ravnopravnosti u radnim i socijalnim pravima, ravnomjernoj podjeli poslova i brige za djecu i neplaćenog rada, obrazovnog sistema i nastavnih programa, medijskog prostora itd. Na nivou Ujedinjenih nacija i Vijeća Evrope, usvojen je širok katalog različitih akata koji detektuju probleme iz spomenutih oblasti, analiziraju uzroke, izdaju preporuke i uspostavljaju standarde koje države treba da dostignu.

Bibliografija

- Aganović, A., Miftari, E. & Veličković, M. (2015). *1995–2015: Žene i politički život u postdejtonskoj Bosni i Hercegovini*. Sarajevo: SOC.
- Aladžuz, Dž. (2022). *Medijska promocija kandidatkinja tokom kampanje za Opće izbore 2022 na primjeru Kantona Sarajevo*: Infohouse. Preuzeto 7. 9. 2023. sa <https://infohouse.ba/wp-content/uploads/2023/01/Medijska-promocija-kandidatkinja.pdf?x99882>
- Bakšić-Muftić, J. (2006). *Ženska prava sistemu ljudskih prava*. Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu.
- Bakšić-Muftić, J., Ler-Sofronić N., Gradašćević-Sijerčić J., & Fetahagić, M. (2003). *Economic Status of Women in Bosnia and Herzegovina: Analysis of the result of star pilot research done in 2002*. Sarajevo: Jež.
- Balić, L. & Ždralović, A. (2020). “Učešće žena u zakonodavnoj i izvršnoj vlasti i pravosuđu”. U A. Ždralović, S. Gavrić & M. Rožajac-Zulčić (ur.). *Kojeg je roda sigurnost* (str. 87–91). Sarajevo: SOC.

⁵⁷ Podaci o evropskim državama i kvotama dostupni su na: <https://www.idea.int/data-tools/data/gender-quotas-database>

- Čaušević, J. (2022). Narativi diskreditacije kandidatkinja: tradicionalni seksizam i izdaja. Mediacentar Online. Preuzeto 7. 9. 2023. sa <https://media.ba/bs/magazin-novinarstvo/narativi-diskreditacije-kandidatkinja-tradicionalni-seksizam-i-izdaja>
- Dahlerup, D. (2005). Increasing Women's Political Representation: New Trends in Gender Quotas. U *Women in Parliament Beyond numbers* (str. 141–145). IDEA.
- Huges, M. M., & Paxton, P. (2019). "The Political Representation of Women over Time. U S. Franceschet (ur.), *The Palgrave Handbook of Womens political rights, Gender and Politics* (str. 33-51). Palgrave Macmillan.
- Kadribašić, A (2019). "Institucionalni mehanizmi i javne politike za rodnu ravnopravnost". U S. Gavrić & A. Ždralović (ur.), *Uvod u rodne studije: teorija, pravo, politika* (str. 137–150).
- Kadribašić, A. (2013). "Izborni sistem i "ženske kvote"". U D. Dardić (ur.), *Zbornik radova Ženske političke akademije* (str. 136–167). Banja Luka: Helsinški parlament građana. Sarajevo: SOC & pravni fakultet.
- Kadribašić, A. (2020). *Polazna studija o barijerama učešću žena*. Sarajevo: UN Women kancelarija u BiH = UN Women CO in BiH : UNDP.
- Ljevaković Bajramović, K. (2022). Rodni stereotipi o kandidatkinjama: Anonimni portali u službi patrijarhata. Mediacentar Online. Preuzeto 7. 9. 2023. sa <https://media.ba/bs/magazin-novinarstvo/rodni-stereotipi-o-kandidatkinjama-anonimni-portali-u-sluzbi-patrijarhata>
- Miftari, E. (2015). *Politička participacija žena u Bosni i Hercegovini: Analiza učešća žena na stranačkim listama i konačnih rezultata općih izbora 2014*. Sarajevo: SOC, 2015.
- Mujić, M. (2019). *Politička participacija žena u BiH : Opći izbori 2018*. Sarajevo: Fondacija CURE.
- OSCE. (2018). Smjernice za pregled izbornog pravnog okvira. Varšava: OSCE. Preuzeto 30. 8. 2023. sa <https://www.osce.org/files/f/documents/e/2/384840.pdf>
- Veličković, M. (2014). *Stranke, izbori, parlamenti: Žene u politici u Bosni i Hercegovini: priča u brojkama*. Sarajevo: SOC.
- Women in national parliaments. (1997/2019). Preuzeto 4. 9. 2023. sa <http://archive.ipu.org/wmn-e/classif-arc.htm>
- Ždralović A., Popov Momčinović, Z., & Hrnjić, Z. (2018). *Žene u bh. institucijama marionete zakonske kvote*. Sarajevo: CURE.
- Dokumenti, propisi i sudska praksa
- Evropski sud za ljudska prava. (2011). *Mendez Perez v. Španija*, 35473/08.
- Evropski sud za ljudska prava (2012). *Staakunding Gereformeerde Partij v. The Netherlands*, 58369/10.

- Evropski sud za ljudska prava (2019). *Zevnik v. Slovenija*, 54893/18.
- Izborni zakon Bosne i Hercegovine. *Službeni glasnik BiH*, 23/01, 7/02, 9/02, 20/02, 25/02, 4/04, 20/04, 25/05, 52/05, 65/05, 77/05, 11/06, 24/06, 32/07, 33/08, 37/08, 32/10, 18/13, 7/14, 31/16, 41/20, 38/2, 51/22 i 67/22.
- Konvencija o političkim pravima žena (Generalna skupština 20. 12. 1952. godine). Preuzeto 4. 9. 2023. sa <https://ravnopravnost.gov.rs/wp-content/uploads/2012/11/images/files/Konvencija%20o%20politicnim%20pravima%20zena.pdf>
- Konvencija o ukidanju svih oblika diskriminacije žena. (2006). Sarajevo: Agencija za ravnopravnost spolova. Preuzeto 4. 9. 2023. sa https://arsbih.gov.ba/wp-content/uploads/2014/01/CEDAW_za-web.pdf
- Memorandum sa objašnjenjima Preporuke Rec(2003). Preuzeto 4. 9. 2023. sa <https://tinyurl.com/yrytbuar>
- Pekinška deklaracija i Platforma za akciju. (2018). Sarajevo: Agencija za ravnopravnost spolova. Preuzeto 4. 9. 2023. sa <https://arsbih.gov.ba/wp-content/uploads/2014/01/04-PEKINSKA-DEKLARACIJA-kb.pdf>
- Pravila i propisi Privremene izborne komisije. *Služeni list BiH*, 18/00.
- Preporuka Rec(2003) 3 Komiteta ministara/ministrica o ravnoteži u zastupljenosti žena i muškaraca pri donošenju odluka u političkom i javnom sektoru. Preuzeto 4. 9. 2023. sa <https://tinyurl.com/yrytbuar>
- Preporuka 1898 (2010) o izbornim pragovima i drugim obilježjima izbornog sistema koji imaju uticaj na predstavljenost žena u parlamentima država članica Vijeća Evrope. Preuzeto 7. 9. 2023. sa <https://pace.coe.int/pdf/19141a76a4ae23ea4c2c945230a13aceefa34807c29a50284a2ed64f3cf1b1d4/rec.%201898.pdf>
- Preporuka 1899 (2010) o povećanju predstavljenosti žena u politici kroz izborni sistem. Preuzeto 7. 9. 2023. sa <https://pace.coe.int/en/files/17812/html>
- Preporuka 2152 (2019) o promociji parlamenta bez seksizma i seksualnog uznemiravanja. Preuzeto 6. 9. 2023. sa <https://rm.coe.int/translation-preporuka-se-12-06-2019-/1680968597>
- Report on the impact of electoral system on women s representaton in politics (CDL-AD(2009)029). Preuzeto 4. 9. 2023. sa [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2009\)029-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2009)029-e)
- Rezolucija 1325 (2000). Preuzeto 4. 9. 2023. sa <https://arsbih.gov.ba/wp-content/uploads/2016/04/UN-Rezolucija-1325.pdf>
- Rezolucija 1706 (2010) o povećanju predstavljenosti žena u politici kroz izborni sistem. Preuzeto 7. 9. 2023. sa <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17809&lang=en>

- Rezolucija 1489 (2006) o mehanizmima za osiguranje učešća žena u donošenju odluka. Preuzeto 7. 9. 2023. sa <https://pace.coe.int/pdf/92dc318550f1e8d9a0e71cb433db92d48a88810e8b36fcb77db38e235db9ec14/res.%201489.pdf>
- Rezolucija 1751 (2010) o borbi protiv seksističkih stereotipa u medijima. Preuzeto 7. 9. 2023. sa <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168059a97c>
- Rezolucija 1898 (2012) o političkim strankama i političkom predstavljanju žena. Preuzeto 6. 9. 2023. sa <https://pace.coe.int/pdf/d7b2b293472bf26af6f3b74735eac18f14d97d9f520111293dd93dd43b7abe0d/res.%201898.pdf>
- Rezolucija 2111 (2016) o procjeni utjecaja mjera za unapređenje političkog predstavljanja žena. Preuzeto 9. 9. 2023. sa <https://pace.coe.int/pdf/74447059113fab9bbab75c34c88037eb9e987a0034bf256fcdd47ca07f310d6a/res.%202111.pdf>
- Rezolucija 2222 (2018) o promociji različitosti i jednakosti u politici. Preuzeto 9. 9. 2023. sa <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=24812&lang=en>
- Rezolucija 2274 (2019) o promociji parlamenta bez seksizma i seksualnog uznemiravanja. Preuzeto 10. 9. 2023. sa <https://pace.coe.int/pdf/5bebe245688e0e87b763c8afb67214a00b206f293eda2aaa4aa5598a11046e1f/res.%202274.pdf>
- Rezolucija 2275 (2019) o ulozi i odgovornosti političkih lidera u borbi protiv govora mržnje i netolerancije. Preuzeto 10. 9. 2023. sa <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=27636>
- Rezolucija 2339 (2020) o očuvanju ljudskih prava u vremenu kriza i pandemija: rod, jednakost i nediskriminacija. Preuzeto 11. 9. 2023. sa <https://pace.coe.int/pdf/e007ed5286efaa6b9cd8de701386069f2f1366bf253d6b267d83b1d72aa77e55/res.%202339.pdf>
- Rezolucija 1489 (2006) o mehanizmima za osiguranje učešća žena u donošenju odluka. Preuzeto 11. 9. 2023. sa <https://pace.coe.int/pdf/92dc318550f1e8d9a0e71cb433db92d48a88810e8b36fcb77db38e235db9ec14/res.%201489.pdf>
- Strategija za ravnopravnost spolova Vijeća Evrope od 2018. do 2023. (2018). <https://ravnopravnost.gov.hr/UserDocsImages/dokumenti/Vije%C4%87e%20Evrope/2018/Strategija%20za%20ravnopravnost%20spolova%20VE%202018-2023.pdf>
- Zakon o ravnopravnosti spolova u Bosni i Hercegovini – prečišćena verzija. Službeni glasnik BiH, 32/10.

Lejla Balić, PhD

Associate professor
University of Sarajevo
Faculty of Law
l.balic@pfsa.unsa.ba

GENDER QUOTAS IN INTERNATIONAL LAW AND ELECTION LAW OF BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary

The implementation of the principle of gender equality in political rights at the global level was actualized in the mid-50s of the 20th century. In the beginning, focus was on normative framework that guaranteed all political rights equally for both women and men. However, de iure equality in opportunities did not result in de facto equality in results, and political and public decision-making remained in the exclusive sphere of men, thus calling into question the foundations of democratic government and the concept of political representation. At the international level, a set of policies and special measures was created with the aim of ensuring the so-called a critical mass of women in legislative bodies, as a prerequisite for substantive representation that leads to a comprehensive transformation of policies and the strengthening of democratic principles. Gender quotas are measures of positive action, which achieve a gender-balanced composition of the legislative body in a short period of time, and have been applied in different modalities in systems around the world. They were introduced into the electoral system of BiH in 1998, and since then they have been reformed on several occasions, which was reflected in the number of female candidates on electoral lists who won mandates. Research on the results of the 2014, 2018 and 2022 elections show that gender quotas, as a measure of BiH electoral law, have a positive effect on the formal and descriptive participation of women in legislative bodies. Although they have been a corrective to the so-called gender “biased voting”, their effect also depends on electoral list models, as well as the size of the electoral constituencies.

Keywords: *gender quotas, Recommendation Rec (2003) 3, electoral system of BiH, gender-biased voting, flexible electoral lists*

Dr. sc. Amila Ferhatović

Vanredna profesorica
Univerzitet u Sarajevu
Pravni fakultet
a.ferhatovic@pfsa.unsa.ba

UDK 349:61
343.222:614.253.83
Izvorni naučni rad

Kanita Pruščanović, MA

Viša asistentica
Univerzitet u Sarajevu
Pravni fakultet
k.pruscanovic@pfsa.unsa.ba

RAZVOJ I PERSPEKTIVA MEDICINSKOG KRIVIČNOG PRAVA U BOSNI I HERCEGOVINI¹

Sažetak

Liječnička djelatnost dijelom je zdravstvene djelatnosti, koja je, obzirom na svoju usmjerenost na zaštitu zdravlja pojedinca, porodice i cjelokupnog stanovništva, pozicionirana kao djelatnost od naročitog društvenog interesa. Pravna regulativa ove oblasti sadržana je u okviru relativno novije pravne grane medicinskog prava, čijoj sve većoj društvenoj aktualizaciji svjedočimo upravo u XXI stoljeću. Prateći razvoj medicine, medicinsko pravo se kontinuirano razvija i usavršava, susrećući se sa brojnim izazovima, te kao svoj neizostavan segment i subdisciplinu etablira i medicinsko krivično pravo. Slijedom uloge krivičnog prava u zaštiti najznačajnijih društvenih dobara i vrijednosti, medicinsko krivično pravo, zbog neprikosnovenog značaja zdravlja kao pravnog dobra, kao ultima ratio pravnog poretka štiti zdravlje pojedinca, ali i javno zdravlje, obuhvatajući širok dijapazon delikatnih pravnih pitanja koja uključuju liječnika, kao osnovnog, samostalnog i odgovornog nosioca zdravstvene djelatnosti, s jedne strane, te pacijente s druge strane.

¹ Rad pod istim nazivom je prvi put prezentiran u okviru sesije „Odgovornost u medicini” na II Kongresu Ljekarske/Liječničke komore FBiH sa međunarodnim učešćem na temu „Medicinsko pravo”, održanom od 11.11. do 13.11.2022. godine na Medicinskom fakultetu Univerziteta u Tuzli. Predmetni rad nije publiciran niti korišten od strane Ljekarske/Liječničke komore FBiH, zbog čega su autorice zadržale sva autorska prava na objavu kompletnog rada. Ljekarska/Liječnička komora FBiH zadržava pravo da objavi sažetak predmetnog rada u Zborniku sažetaka II Kongresa Ljekarske/Liječničke komore FBiH sa međunarodnim učešćem na temu „Medicinsko pravo”.

Fokus medicinskog krivičnog prava globalno čine brojne teme, kao što su krivnja liječnika općenito, informirani pristanak, odnosno krivnja za samovoljno liječenje, inkriminacije nesavjesnog liječenja i nepružanja medicinske pomoći, liječnička tajna i krivnja za kršenje liječničke tajne, krivično djelo čedomorstva, pobačaj i pravni problemi pobačaja, pravni aspekti intenzivne medicine, presađivanje dijelova ljudskog tijela, odnosno krivnja za nedozvoljeno presađivanje dijelova ljudskog tijela, nedozvoljenu trgovinu organima i transfuziju krvi, krivična djela prenošenja spolne i zarazne bolesti, osobe s duševnim smetnjama, odnosno pitanja neuračunljivosti i smanjene uračunljivosti, isključenja krivnje, mjera sigurnosti obaveznog psihijatrijskog liječenja, posebnih prava osoba s duševnim smetnjama, te odnos krivičnog prava i ovisnosti, kroz brojne segmente među kojima se naročito ističe zloupotreba opojnih droga, mjera sigurnosti obaveznog liječenja od ovisnosti, te legalizacija i dekriminalizacija lakih droga.

Slijedom navedenog, autorice će se u radu osvrnuti na razvoj i perspektivu medicinskog krivičnog prava konkretno u Bosni i Hercegovini, te ukazati na pojedina naročito prijeporna pitanja u teoriji, zakonodavstvu, ali i u sudskoj praksi Bosne i Hercegovine.

Ključne riječi: *zdravstveno pravo, medicinsko pravo, medicinsko krivično pravo, Bosna i Hercegovina*

Uvod

Unatoč relativno skorijem nastanku, medicinsko pravo uživa izuzetan zakonodavni i naučni značaj, te se u praksi suočava sa brojnim izazovima i dilemama. Kao jedna od njegovih subdisciplina etabliralo se i medicinsko krivično pravo. U pravilu, medicinsko krivično pravo slijedi generalnu ulogu krivičnog prava u zaštiti najznačajnijih društvenih dobara i vrijednosti, u vidu posljednjeg čuvara, odnosno pružanja pravne zaštite *ultima ratio*. U tom smislu se ovom subdisciplinom, polazeći od neprikosnovenog značaja zdravlja kao pravnog dobra, pruža ne samo zaštita zdravlja pojedinca, nego i javnog zdravlja, te je obuhvaćen širok dijapazon delikatnih pravnih pitanja koja uključuju liječnika, kao osnovnog, samostalnog i odgovornog nosioca zdravstvene djelatnosti, s jedne strane, te pacijente s druge strane.

Ishodište ovog rada čine izlaganja o medicinskom pravu kao grani prava i naučnoj disciplini, njegovim počecima i formalnom etabliranju, kriterijima za njegovo samostalno postojanje, predmetu, karakteristikama njegovih pravnih izvora, te o načelima ove grane prava, generalno i u Bosni i Hercegovini (u daljem tekstu: BiH), sa naročitim osvrtom na Federaciju Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu: FBiH). Autorice će potom u središte naučnog promatranja staviti medicinsko krivično pravo u BiH, ukazujući na njegovu genezu

i širok dijapazon pitanja koja predstavljaju fokus medicinskog krivičnog prava, počevši od krivičnih djela protiv zdravlja ljudi, ali i drugih inkriminacija relevantnih za medicinsko krivično pravo, pitanja psihijatrijskog vještačenja u slučaju sumnje na isključenu ili smanjenu uračunljivost osumnjičenog, odnosno optuženog, mjera sigurnosti medicinskog karaktera, aspekta maloljetničkog prava, pa sve do pitanja dekriminalizacije i legalizacije lakih droga, među kojima se najčešće problematizira pravno uređenje u vezi sa biljkom kanabis (lat. *Cannabis sativa L.*). Nadalje će biti ukazano na razvoj medicinskog krivičnog prava na Pravnom fakultetu Univerziteta u Sarajevu promatranjem različitih vidova izučavanja interdisciplinarnog aspekta dodirnih tačaka prava i medicine, sa fokusom na nastavnim predmetima u okviru Katedre krivičnog prava, gdje je izučavanje ovih aspekata oduvijek prisutno kroz određene tematske cjeline u okviru obaveznih predmeta, ali i kroz zasebne izborne predmete predviđene različitim nastavnim planovima, kao što su Medicinsko krivično pravo, Sudska medicina, Sudska psihopatologija, Etiologija narkomanije i narkokriminala te Mjere sigurnosti u savremenom uporednom pravu. Najzad, autorice će iznijeti i svoje mišljenje o perspektivi medicinskog krivičnog prava u Bosni i Hercegovini, ističući pitanja koja bi u narednom periodu trebala biti u fokusu zakonodavstva i nauke medicinskog krivičnog prava.

1. Razvoj medicinskog prava kao grane prava i naučne discipline

Medicinsko pravo nesporno se etabliralo kao jedna od grana prava u pravnom sistemu, ali i kao naučna disciplina u okviru pravne nauke.² Predmetom je interesovanja i izučavanja pravnika, medicinskih i zdravstvenih radnika, ali i brojnih drugih. Njegovi počeci datiraju daleko u prošlost, u vidu egzistencije medicinskog prava bez formalne konceptualizacije i proglašenja zasebnom disciplinom, počevši od koncepta odgovornosti u medicini u Hamurabijevom zakoniku, preko Hipokratove zakletve kao svojevrsnog izvora medicinskog prava, zatim rimskog Zakona XII pločica koji je sadržavao pojmove delikta i pravne maksime nemarnosti, nakon čega je uslijedilo dalje širenje rimskog prava u kontinentalnoj Evropi, kao i širenje određenog utjecaja na anglo-saksonsko pravo (Mujović Zornić, 2020, str. 11 – 12). Vremenom dolazi do sve učestalijeg preispitivanja i utvrđivanja liječničkih greški i zloupotreba, što od šezdesetih godina prošlog vijeka postaje uobičajena praksa, slijedom čega, u konačnici, dolazi do etabliranja medicinskog prava kao grane prava

² Medicinsko pravo dijelom je šire oblasti zdravstvenog prava. O pojmovnom određenju, odnosu i razlikama medicinskog i zdravstvenog prava, te subjektima na koje se pravne norme u ovom domenu odnose vidjeti više u: Ferhatović & Pruščanović (2022), 33 – 34.

koja čak postaje predmetom globalnog naučnog promatranja na svjetskim kongresima, među kojima je u literaturi kao prvi zabilježen Svjetski kongres medicinskog prava koji je održan u augustu 1967. godine na Univerzitetu u Gentu, u Belgiji (Mujović Zornić, 2020, str. 11 – 12).

Ipak, u pravnoj literaturi nije zabilježen precizan datum njegovog sticanja statusa grane prava, niti su precizirani i taksativno navedeni uvjeti za sticanje takvog statusa, ali bi načelno u pogledu promišljanja o postojanju ove grane prava kao zasebne trebalo razmotriti sljedeće kriterije:

- a) značajna količina specijalističkih stručnih i/ili naučnih tekstova s temama iz medicinskog prava,
- b) stav(ovi) naučnika koji bez izuzetka polaze od činjenice postojanja te pravne grane kao neupitne,
- c) udruživanje onih koji se bave medicinskim pravom u posebna udruženja,
- d) izučavanje te pravne grane na pravnim i srodnim fakultetima,
- e) održavanje posebnih savjetovanja na kojima se (ekskluzivno ili uz jednu ili više drugih pravnih grana) raspravlja o problemima iz te tematike (Kačer & Kačer, 2022, str. 116).

Tako, imajući na umu impozantan opus radova iz oblasti medicinskog prava, naučne rasprave u ovom domenu, mnogobrojna udruženja iz oblasti medicinskog prava, sve učestalije izučavanje ove oblasti na fakultetima i institutima, kao i veliki broj savjetovanja, konferencija i kongresa koji u najširem smislu problematiziraju brojne aspekte medicinskog prava i srodnih grana prava, neizbježno će uslijediti zaključak da medicinsko pravo ispunjava sve naznačene kriterije, te shodno tome egzistira kao zasebna grana prava.

Generalno promatrano, pravo ima nedvojbenu utjecaj na medicinske nauke i medicinsku praksu, pa pravna nauka, nastojeći da taj utjecaj bude sveobuhvatan, ali i društveno koristan, kontinuirano prati savremena medicinska dostignuća pomaganjem i podržavanjem njihovog eksplozivnog razvoja (Ferhatović, Degen & Kurjak, 2023, str. 237). Stoga se odnos medicine i prava može okarakterizirati kao odnos „skladne saradnje“, koji do izražaja naročito dolazi pri rješavanju praktičnih, nerijetko kontroverznih pitanja i dilema, primjerom čega su u skorije vrijeme bila pitanja eutanazije, pa čak i teratonezije, ali i brojna druga (Ferhatović, Degen & Kurjak, 2023, str. 237). Govoreći konkretno o medicinskom pravu, možemo reći da teoriju, kao i praksu medicinskog prava obilježavaju evolucija i širina u pogledu odnosa prema medicini i drugim naučnim i praktičnim pristupima, pa i bioetici, na što uka-

zuje i različita terminologija koja je obilježila razvoj discipline medicinskog prava, kao što je biopravo, liječničko pravo, zdravstveno pravo i sl. (Mujović, 2022, str. 53). Zapravo, medicinskim pravom obuhvaćena je svojevrsna nužna pravna kontrola dešavanja u domenu medicinske djelatnosti, uz dugo prisutne tendencije tzv. juridizacije medicine, nadilaženja paternalističke medicinske prakse, te prihvatanje maksime prema kojoj „medicina ne smije sve što može“ (Mujović, 2022, str. 53).³ U praksi do primjene medicinskog prava neizostavno dolazi uvijek prilikom odlučivanja o životu, psihičkom i tjelesnom integritetu, zdravlju i ličnom dostojanstvu čovjeka, kao čovjekovim najvažnijim pravno zaštićenim dobrima u vezi sa zdravljem, obzirom da ova grana prava sadržajno i obuhvata ljudska prava u oblasti zdravlja (Mujović Zornić, 2020, str. 13).

Promatrajući pravne izvore medicinskog prava, dolazimo do zaključka da se oni generalno mogu svrstati u dvije grupe:

1. propisi koji direktno uređuju odnose koji nastaju u obavljanju zdravstvene djelatnosti,
2. propisi iz drugih područja prava, kao što su ustavno, građansko procesno, krivično, krivično procesno, radno, socijalno, upravno, porodično, međunarodno pravo i sl., koji dijelom, posredno uređuju pojedina pitanja vezana za odnose u obavljanju zdravstvene djelatnosti.

Upravo zbog naprijed naznačenog predmetnog objedinjavanja dijelova drugih disciplina koje se tiču zdravstva, medicinsko pravo je u teoriji prepoznato i kao „pravo na raskršću“, te se kao njegove temeljne karakteristike navode poseban odnos prema bioetici i biomedicini i nedovoljno određeno jedinstvo normativnog okvira, odnosno razuđenost i specifičnošću materije uslovljena različitost pravnih izvora (Mujović Zornić, 2020, str. 10, 13).

U pogledu medicinskog prava BiH *de lege lata* bitno je istaći da se i na ovu oblast neizbježno preslikava složenost državnog uređenja i podjele zakonodavnih nadležnosti u BiH, obzirom da su nadležnosti u oblasti zdravstva u podijeljenoj nadležnosti entiteta i kantona u FBiH, u nadležnosti entiteta Republika Srpska (u daljem tekstu: RS) i u nadležnosti Brčko Distrikta BiH (u daljem tekstu: BDBiH). Imajući u vidu naprijed navedeno, u nastavku će detaljan osvrt na normativni okvir biti predstavljen samo u odnosu na FBiH.⁴

³ O fenomenu juridizacije medicine vidjeti više u: Ferhatović & Pruščanović (2022), str. 34 – 39.

⁴ Tako i Ferhatović & Pruščanović (2022), str. 39 – 42.

Tako u FBiH, uz Ustav FBiH⁵, kao najviši pravni akt koji katalogom prava, pored ostalih, garantira i pravo na zdravstvenu zaštitu, pravni okvir medicinskog prava čine sljedeći zakoni iz oblasti zdravstva kao *lex specialis*:

1. Zakon o zdravstvenoj zaštiti⁶,
2. Zakon o zdravstvenom osiguranju⁷,
3. Zakon o pravima, obavezama i odgovornostima pacijenta⁸,
4. Zakon o krvi i krvnim sastojcima⁹,
5. Zakon o transplataciji organa i tkiva u svrhu liječenja¹⁰,
6. Zakon o liječništvu¹¹,
7. Zakon o stomatološkoj djelatnosti¹²,
8. Zakon o sestринstvu i primaljstvu¹³,
9. Zakon o evidenciji u oblasti zdravstva¹⁴,
10. Zakon o lijekovima i medicinskim sredstvima¹⁵,
11. Zakon o lijekovima¹⁶,
12. Zakon o apotekarskoj djelatnosti¹⁷,
13. Zakon o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti¹⁸,
14. Zakon o zaštiti osoba sa duševnim smetnjama¹⁹,

⁵ Službene novine FBiH, br. 1/94, 1/94 - Amandman I, 13/97 - Amandmani II-XXIV, 3/97 - Amandmani XXV i XXVI, 16/02 - Amandmani XXVII-LIV, 22/02 - Amandmani LVI-LXIII, 52/02 - Amandmani LXIV-LXXXVII, 60/02 - ispr. Amandmana LXXXI, 18/03 - Amandman LXXXVIII, 63/03 - Amandmani LXXXIX-XCIV, 9/04 - Amandmani XCV-CII, 20/04 - Amandmani CIII i CIV, 33/04 - Amandman CV, 1/05 - Amandmani CVI-CVIII, 72/05 - Amandman CVI, 88/08 - Amandman CIX, 79/2022 - Amandmani CX-CXXX, 80/2022 - ispr. i 31/2023 - Amandman CXXXI.

⁶ Službene novine FBiH, br. 46/10 i 75/13.

⁷ Službene novine FBiH, br. 30/97, 7/02, 70/08, 48/11 i 36/18.

⁸ Službene novine FBiH, br. 40/10.

⁹ Službene novine FBiH, br. 09/10.

¹⁰ Službene novine FBiH, br. 75/09.

¹¹ Službene novine FBiH, br. 56/13.

¹² Službene novine FBiH, br. 37/12.

¹³ Službene novine FBiH, br. 43/13.

¹⁴ Službene novine FBiH, br. 37/12.

¹⁵ Službeni glasnik BiH, br. 58/08.

¹⁶ Službene novine FBiH, br. 109/12.

¹⁷ Službene novine FBiH, br. 40/10.

¹⁸ Službene novine FBiH, br. 29/05.

¹⁹ Službene novine FBiH, br. 37/01.

15. Zakon o sistemu poboljšanja kvalitete, sigurnosti i akreditacije u zdravstvu²⁰,
16. Zakon o ograničenoj upotrebi duhanskih prerađevina²¹,
17. Zakon o zdravstvenoj ispravnosti životnih namirnica i predmeta opšte upotrebe²²,
18. Zakon o prometu otrova²³,
19. Zakon o hemikalijama²⁴,
20. Zakon o radijacijskoj i nuklearnoj sigurnosti u BiH²⁵,
21. Zakon o upravljanju otpadom²⁶,
22. Zakon o sprečavanju i suzbijanju zloupotrebe opojnih droga²⁷,
23. Zakon o liječenju neplodnosti biomedicinski potpomognutom oplodnjom²⁸,
24. Zakon o finansijskoj konsolidaciji i restrukturiranju javnih zdravstvenih ustanova u FBiH^{29, 30}.

Pravni okvir čine i brojni podzakonski akti, većinom doneseni od strane Ministarstva zdravstva FBiH, među kojima izdvajamo: Pravilnik o organizaciji i radu komisija za zaštitu osoba s duševnim smetnjama³¹, Pravilnik za dodatnu edukaciju polivalentnih patronažnih sestara³², Pravilnik o specijalizacijama i subspecijalizacijama zdravstvenih radnika i zdravstvenih saradnika³³, Pravilnik o uvjetima za obavljanje privatne prakse, grupne privatne prakse, kao i uvjetima za obavljanje privatne prakse na osnovu posebnog ugovora sa zdravstvenom ustanovom³⁴, Pravilnik o načinu uvođenja novih zdravstvenih tehnologija u zdravstvenim ustanovama i privatnoj praksi, kao i postupak odobravanja korištenja zdravstvenih tehnologija³⁵, itd.

²⁰ Službene novine FBiH, br. 59/05.

²¹ Službene novine FBiH, br. 6/98.

²² Službeni list R BiH, br. 2/92 i 13/94.

²³ Službeni list R BiH, br. 2/92 i 13/94.

²⁴ Službene novine FBiH, br. 77/20.

²⁵ Službeni glasnik BiH, br. 88/07.

²⁶ Službene novine FBiH, br. 33/03.

²⁷ Službeni glasnik BiH, br. 8/06.

²⁸ Službene novine FBiH, br. 59/18 i 44/22.

²⁹ Službene novine FBiH, br. 34/22.

³⁰ O predmetu normiranja navedenih zakona vidjeti više u: Ferhatović, 2021, str. 163 – 168.

³¹ Službene novine FBiH, br. 53/01.

³² Službene novine FBiH, br. 1/10.

³³ Službene novine FBiH, br. 75/20.

³⁴ Službene novine FBiH, br. 104/13, 16/14 i 66/15.

³⁵ Službene novine FBiH, broj 84/14.

Najzad, u osvrtu na svaku granu prava veliki značaj pridaje se i načelima odnosne grane prava, što je slučaj i kod medicinskog prava, gdje i samo postojanje ustanovljenih načela dodatno osnažuje tezu o nespornoj samostalnoj egzistenciji medicinskog prava. Slijedom sadržajne strukture pojma medicinskog prava, kao i temeljnih ciljeva zdravstvene politike, u medicinskom pravu se diferenciraju načela pružanja zdravstvene zaštite i načela provođenja zdravstvene zaštite, kao dvije vrste temeljnih načela medicinskog prava (Čizmić, 2020, str. 17).

Za načela medicinskog prava bitno je istaći da se naslanjaju na već postojeća načela drugih grana prava, i to u prvom redu građanskog prava, građanskog procesnog prava, krivičnog prava i krivičnog procesnog prava, tako tvoreći načela medicinskog prava, među kojima se u literaturi ističu načela: sveobuhvatnosti, kontinuiranosti, dostupnosti zdravstvene zaštite, cjelovitog pristupa, specijaliziranog pristupa, kvalitete pruženih medicinskih usluga, povjerenja, istinitosti, savjesti i poštenja, i ekonomičnosti (Franjić, 2013, str. 862 – 864). Konkretno u FBiH, Zakonom o zdravstvenoj zaštiti FBiH u okviru glave III kao načela zdravstvene zaštite precizirana su: načelo pristupačnosti zdravstvene zaštite, načelo pravičnosti zdravstvene zaštite, načelo solidarnosti u zdravstvenoj zaštiti, načelo sveobuhvatnosti zdravstvene zaštite, načelo kontinuiranosti zdravstvene zaštite, načelo specijalizovanog pristupa, načelo stalnog unapređenja kvaliteta zdravstvene zaštite i načelo efikasnosti zdravstvene zaštite.³⁶

2. Razvoj subdiscipline medicinskog krivičnog prava

Medicinsko pravo se, prateći razvoj medicine, kontinuirano razvija i usavršava, susrećući se sa brojnim izazovima, te kao svoj neizostavan segment i subdisciplinu etablira i medicinsko krivično pravo. Naime, subdisciplina medicinskog krivičnog prava, kako je naprijed i naznačeno, u pravilu slijedi generalnu ulogu krivičnog prava u zaštiti najznačajnijih društvenih dobara i vrijednosti, u vidu posljednjeg čuvara, odnosno pružanja pravne zaštite *ultima ratio*. Navedena subdisciplina, cijeneći neprikosnoveni značaj zdravlja kao pravnog dobra, štiti zdravlje pojedinca, ali i javno zdravlje, obuhvatajući širok dijapazon delikatnih pravnih pitanja koja uključuju liječnika, kao osnovnog, samostalnog i odgovornog nosioca zdravstvene djelatnosti, s jedne strane, te pacijente s druge strane.

Fokus medicinskog krivičnog prava globalno čine brojne teme, kao što su krivnja liječnika općenito, informirani pristanak, odnosno krivnja za samo-

³⁶ Čl. 18 – 25. Zakona o zdravstvenoj zaštiti FBiH.

voljno liječenje, inkriminacije nesavjesnog liječenja i nepružanja medicinske pomoći, liječnička tajna i krivnja za kršenje liječničke tajne, krivično djelo čedomorstva, pobačaj i pravni problemi pobačaja, pravni aspekti intenzivne medicine (eutanazija, potpomognuto samoubistvo, učestvovanje u samoubistvu i pomoć umirućem), presađivanje dijelova ljudskog tijela, odnosno krivnja za nedozvoljeno presađivanje dijelova ljudskog tijela, nedozvoljenu trgovinu organima i transfuziju krvi, krivična djela prenošenja spolne i zarazne bolesti, osobe s duševnim smetnjama, odnosno pitanja neuračunljivosti i smanjene uračunljivosti, isključenja krivnje, mjere sigurnosti obaveznog psihijatrijskog liječenja, posebnih prava osoba s duševnim smetnjama, te odnos krivičnog prava i ovisnosti, kroz brojne segmente među kojima se naročito ističe zloupotreba opojnih droga, mjera sigurnosti obaveznog liječenja od ovisnosti, kao i pitanje legalizacije i dekriminalizacije lakih droga.

Slijedom dijapazona pitanja koja predstavljaju fokus medicinskog krivičnog prava, čiji je zajednički imenitelj zdravlje, možemo zaključiti da medicinsko krivično pravo u najširem smislu podrazumijeva krivičnopravnu zaštitu zdravlja. Naime, zdravlje ljudi je zaštitni objekt posebne grupe krivičnih djela protiv zdravlja ljudi, koji predstavlja izvedeni, složeni objekt zaštite, obuhvatajući fizički integritet organizma, kao i krivična djela protiv života i tijela, ali i sadržaje van toga koji pripadaju socijalnoj oblasti, te se same inkriminacije unutar navedene grupe većinom odnose na ugrožavanje zdravlja više osoba, stvaranjem opasnosti za neodređen krug osoba, kao krivična djela opće opasnosti, dok se u manjem broju, kod pojedinih inkriminacija, posljedica odnosi na individualnu osobu, slijedom čega zaključujemo da se većinom radi o posljedici stvaranja apstraktne opasnosti, a samo u pojedinim slučajevima o posljedici stvaranja konkretne opasnosti za zdravlje ljudi ili o posljedici prozročjenja oboljenja ili pogoršanja stanja neke osobe (Pavišić, Grozdanić & Veić, 2007, str. 578; Rajić, Tomić & Miljko, 2000, str. 341).

Generalna karakteristika krivičnih djela protiv zdravlja ljudi jeste da uglavnom imaju blanketnu dispoziciju, obzirom da elemente njihovog bića čini postupanje protivno propisima iz oblasti zdravstva. Ova grupa krivičnih djela generalno podrazumijeva opće inkriminacije koje može učiniti bilo ko, ali i inkriminacije koje spadaju u *delicta propria*, koje mogu počinuti samo lica koja imaju određeno formalno svojstvo normirano kao obilježje bića takvih krivičnih djela, koje se najčešće odnosi na svojstvo liječnika kao osnovnog, samostalnog i odgovornog nosioca zdravstvene djelatnosti. Inače, krivična odgovornost liječnika je samo jedan od vidova višestruke deliktne odgovornosti liječnika, koja obuhvata građanskopravnu, disciplinsku, prekršajnu i krivičnu odgovornost, te generalno postoje dva modela po kojim liječnici

odgovaraju, u vidu odgovornosti za opće inkriminacije, s jedne strane, ili za posebne inkriminacije protiv zdravlja, s druge strane, što je u BiH slučaj.³⁷

U okviru XXI glave Krivičnog zakona FBiH (u daljem tekstu: KZ FBiH)³⁸, obuhvaćena su krivična djela Prenošnja zarazne bolesti, Nepostupanja po zdravstvenim propisima za vrijeme epidemije, Prenošnja spolne bolesti, Zapošljavanje lica oboljelih od zarazne bolesti, Nesavjesnog liječenja, Samovoljnog liječenja, Nedozvoljenog presađivanja dijelova ljudskog tijela, Nepružanja medicinske pomoći, Nadriliječništva, Proizvodnje i stavljanja u promet škodljivih živežnih namirnica, Nesavjesnog pregleda mesa za prehranu, Zagađivanja vode za piće i živežnih namirnica, Služenja alkoholnih pića mlađim maloljetnicima, Neovlaštene proizvodnje i stavljanja u promet opojnih droga, Posjedovanja i omogućavanja uživanja opojnih droga, te Teških krivičnih djela protiv zdravlja ljudi³⁹, među kojima liječnici obavljanjem svoje dužnosti kao *delicta propria* mogu počinuti Nesavjesno liječenje, Samovoljno liječenje, Nedozvoljeno presađivanje dijelova ljudskog tijela, Nepružanje medicinske pomoći, kao i Teška krivična djela protiv zdravlja ljudi, koja zajednički možemo okarakterizirati kao medicinska krivična djela *stricto sensu*.

Pored inkriminacija iz grupe krivičnih djela protiv zdravlja ljudi, za medicinsko krivično pravo relevantna su i krivična djela Čedomorstva, Učestvovanja u samoubistvu i Protupravnog prekida trudnoće, kao Krivična djela protiv života i tijela, sadržana u glavi XVI KZ FBiH⁴⁰.

U segmentu pravnih aspekata intenzivne medicine, prisutna su brojna i raznolika pitanja u vezi sa brigom o pacijentu kod kojeg su izostale ili prijete izostankom vitalne funkcije, kao graničnim situacijama života i smrti, u kojima tok bolesti ili nekog drugog kritičnog stanja vodi prema smrti, a medicina koja intervenira ulaže krajnje napore da taj proces zaustavi (Šeparović, 1990, str. 297). Navedeno podrazumijeva društvene, etičke i deontološke kategorije koje u svojim krajnjim oblicima imaju i pravni izraz, što skupno podrazumijeva problem odgovornosti za odluke koje su u graničnom području života i smrti pacijenta (Šeparović, 1990, str. 297). Na ovom području otvaraju se pitanja u vezi sa tzv. pretpostavljenim pristankom, pravom umirućeg pacijenta na odbijanje medicinskih mjera kojima se održava život (engl. *Life-sustaining*) ili

³⁷ O odgovornosti liječnika vidjeti više u: Ferhatović & Pruščanović, 2022, str. 50 – 55.

³⁸ Službene novine FBiH, br. 36/03, 21/04 - ispr., 69/04, 18/05, 42/10, 42/11, 59/14, 76/14, 46/16, 75/17 i 31/23.

³⁹ Glava XXI, čl. 225 – 240. KZ FBiH.

⁴⁰ Članovi 169 – 171 KZ FBiH.

zahtjeva da se te mjere obustave, odnosno pitanja aktivne i pasivne eutanazije⁴¹. I dok pasivna eutanazija podrazumijeva izostanak liječenja potrebnog za održavanje života, nečinjenjem (npr. nepreduzimanjem liječenja) ili činjenjem (npr. isključenjem respiratornog aparata ili fizičkim uklanjanjem cijevi koje pacijenta snabdijevaju ishranom i hidratacijom), i u određenim zemljama je dozvoljena, aktivna eutanazija uključuje upotrebu smrtonosnih supstanci ili sile radi okončanja života (Đurđević, 2020, str. 260).⁴² Konkretno u FBiH, u skladu sa Zakonom o pravima, obavezama i odgovornostima pacijenata, pacijent načelno ima pravo da predloženu medicinsku mjeru odbije, ali se to ne odnosi na situacije kada se tom mjerom spašava ili održava njegov život⁴³, te se nad pacijentom koji je bez svijesti ili iz drugih razloga nije u stanju da saopšti svoj pristanak, hitna medicinska mjera može preduzeti i bez njegove saglasnosti, odnosno saglasnosti staratelja ili zakonskog zastupnika, ukoliko bi nepreduzimanje takve mjere dodatno ugrozilo ili oštetilo zdravlje pacijenta odnosno ugrozilo njegov život⁴⁴. S druge strane pitanje, pitanje eutanazije nije pravno regulirano u BiH.

Kako je naprijed i naznačeno, i pitanja neuračunljivosti i smanjene uračunljivosti⁴⁵, odnosno isključenja krivnje, spadaju u tematiku medicinskog krivičnog prava, i to iz razloga što se u takvim situacijama određuje psihijatrijsko vještačenje. Naime, Zakon o krivičnom postupku FBiH (u daljem tekstu: ZKP FBiH) propisuje da će psihijatrijsko vještačenje odrediti kada se u toku krivičnog postupka pojavi sumnja da je isključena ili smanjena uračunljivost osumnjičenog, odnosno optuženog, ili da je osumnjičeni, odnosno optuženi učinio krivično djelo zbog ovisnosti od alkohola ili opojnih droga, ili da zbog duševnih smetnji nije sposoban učestvovati u postupku⁴⁶.

U slučaju da se u toku istrage osumnjičeni dobrovoljno ne podvrgne psihijatrijskom pregledu radi vještačenja ili ako je prema mišljenju vještaka potrebno duže posmatranje, osumnjičeni će se poslati na psihijatrijski pregled, odnosno na posmatranje u odgovarajuću zdravstvenu ustanovu, o čemu rješenje, na prijedlog tužitelja, donosi sudija za prethodni postupak, a samo posmatranje ne može trajati duže od dva mjeseca⁴⁷. Ako vještaci ustanove da je duševno stanje osumnjičenog, odnosno optuženog poremećeno, oni **će**

⁴¹ Vidjeti više u: Mišić Radanović, 2021, str. 263 – 287.

⁴² Vidjeti više u: Aljinović, 2022, str. 823 – 851.

⁴³ Čl. 19. stav 1. Zakona o pravima, obavezama i odgovornostima pacijenta FBiH.

⁴⁴ Čl. 20. st. 1. Zakona o pravima, obavezama i odgovornostima pacijenta FBiH.

⁴⁵ Vidjeti više u: Sutović & Ferhatović, 2010, str. 431 – 462.

⁴⁶ Čl. 124. st. 1. ZKP FBiH, Službene novine FBiH, br. 35/03, 56/03 - ispr., 78/04, 28/05, 55/06, 27/07, 53/07, 9/09, 12/10, 8/13, 59/14, 74/20.

⁴⁷ Čl. 124. st. 2. ZKP FBiH.

utvrditi prirodu, vrstu, stepen i trajnost poremećenosti i dati svoje mišljenje o tome kakav je uticaj takvo duševno stanje imalo i kakav još ima na shvatanje i postupke osumnjičenog, odnosno optuženog, kao i da li je i u kojoj mjeri poremećaj duševnog stanja postojao *tempore criminis*, u vrijeme učinjenja krivičnog djela⁴⁸ (Mrčela & Vuletić, 2019, str. 92).

Iz navedenog zaključujemo da u medicinskom krivičnom pravu razmatramo ne samo pitanje liječnika kao učinitelja medicinskih krivičnih djela, nego i ulogu liječnika kao vještaka u krivičnom postupku. Naime, govoreći o liječnicima kao vještacima u krivičnom postupku, potrebno je naznačiti da navedeno predstavlja angažiranje liječnika u svrhu utvrđivanja određenih činjenica u krivičnom postupku, najčešće za potrebe sudskomedicinskih i psihijatrijskih vještačenja, kao osobe koja raspolaže određenim stručnim znanjem, o čemu daje svoj nalaz i mišljenje. Pored uloge vještaka, liječnik može biti i u ulozi svjedoka, kada se na njega primjenjuju zakonske odredbe koje važe i za druge svjedoke u krivičnom postupku, s izuzetkom koji se odnosi na povlasticu nesvjedočenja u odnosu na okolnosti koje je kao liječnik u obavljanju medicinske djelatnosti saznao od okrivljenog, te najzad, liječnik u određenim situacijama ima i dužnost prijavljivanja okolnosti u vezi sa pojedinim krivičnim djelima i učiniteljima (Mrčela & Vuletić, 2019, str. 92).

Dodirne tačke medicine i prava prisutne su i u domenu krivičnih sankcija, i to naročito mjera sigurnosti medicinskog karaktera, među koje spadaju obavezno psihijatrijsko liječenje i obavezno liječenje od ovisnosti⁴⁹. Prema KZ FBiH, obavezno psihijatrijsko liječenje izriče se učinitelju krivičnog djela koji je krivično djelo učinio u stanju bitno smanjene ili smanjene uračunljivosti⁵⁰, ako postoji opasnost da bi uzroci takvog stanja mogli i ubuduće djelovati na učinitelja da učini novo krivično djelo, te izrečena mjera traje sve dok ne prestanu razlozi zbog kojih je izrečena, ali najduže do isteka izdržavanja kazne zatvora ili izvršenja rada za opće dobro na slobodi ili isteka vremena provjeravanja uz uvjetnu osudu, uz koje se ona i izvršava⁵¹. S druge strane, obavezno liječenje od ovisnosti sud može izreći učinitelju koji je krivično djelo učinio pod odlučujućim djelovanjem ovisnosti od alkohola ili opojnih droga, ako postoji opasnost da će zbog te ovisnosti i ubuduće učiniti krivična djela, i to uz istu krivičnopravnu sankciju, u istom trajanju i na isti način kako je propisano i za sigurnosnu mjeru obaveznog psihijatrijskog liječenja⁵².

⁴⁸ Čl. 124. st. 3. ZKP FBiH.

⁴⁹ Vidjeti više u: Petrović & Ferhatović, 2017, str. 191 – 205.

⁵⁰ Vidjeti više u: Sutović & Ferhatović, 2010, str. 431 – 462.

⁵¹ Čl. 74. st. 1 – 3. KZ FBiH.

⁵² Čl. 75. st. 1 – 2. KZ FBiH.

Također, potrebno se osvrnuti i na oblast maloljetničkog krivičnog prava, gdje se kao naročito relevantno pitanje za medicinsko krivično pravo nameće opservacija i dijagnostika ličnosti maloljetnih prestupnika. Pojmovno opservacija, kao jedna od temeljnih metoda procjene bihejvioralnih, socijalnih i emocionalnih problema koje iskazuju djeca i mladi s poremećajem u ponašanju, predstavlja proces u kojem stručnjak opservirajući maloljetnika sistemski bilježi njegova ponašanja i reakcije, te na taj način dolazi do svojih zapažanja, na osnovu kojih potom učestvuje u predlaganju, izboru ili provedbi tretmanskim intervencijama prema maloljetniku (Pleh, Suljagić & Suljagić, 2020, str. 48). S druge strane, dijagnostika predstavlja interdisciplinarnu, odnosno transdisciplinarnu timsku djelatnost upoznavanja, razumijevanja i tumačenja rizika i potreba djece i mladih s poremećajima u ponašanju, te njihovog okruženja na svim životnim područjima radi donošenja utemeljene odluke o daljnim intervencijama (Pleh, Suljagić & Suljagić, 2020, str. 48). Konkretno u FBiH prema Zakonu o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku FBiH (u daljem tekstu: ZOM FBiH)⁵³ poznajemo više mogućih vidova primjene procesa opservacije i dijagnostike prema maloljetnicima, prisutnih u sljedećim segmentima:

1. za potrebu donošenja odluke tužioca o pokretanju ili nepokretanju pripremnog postupka prema maloljetniku, što podrazumijeva da, ako je za donošenje odluke o primjeni principa oportuniteta potrebno da se ispituju lične karakteristika maloljetnika, sud može na obrazloženi prijedlog tužioca uputiti maloljetnika u prihvatilište za djecu ili odgovjnu ustanovu, najduže do 30 dana;
2. u toku krivičnog postupka, i to u fazi pripremnog postupka kada je potrebno pored činjenica utvrđenih na osnovu socijalne anamneze, pribaviti i druge podatke koji se tiču ličnosti maloljetnika i njegovog ponašanja, sredine i prilika u kojim živi. Tako se u slučaju potrebe za utvrđivanjem zdravstvenog stanja maloljetnika, stepena zrelosti i drugih karakteristika ličnosti određuje da pregled vrše vještaci, odnosno ljekari, psiholozi ili pedagozi, a sama se ispitivanja mogu obaviti u zdravstvenoj ili drugoj ustanovi;
3. u toku sudskog postupka, kada sud može na prijedlog tužioca, branioca ili ako sam to ocjeni neophodnim donijeti rješenje o privremenom smještaju maloljetnika, koje se naknadno može i ukinuti, gdje sam privremeni smještaj služi za pružanje adekvatne pomoći, zaštite i odgojno-obrazovnog tretmana koji se ne može objektivno osigurati u uvjetima pritvora, a s ciljem korištenja vremena za opservaciju

⁵³ Zakon o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku FBiH, Službene novine FBiH, br. 7/14, 74/20.

- i dijagnostiku maloljetnika od strane stručnih službi. Navedeni vid opservacije i dijagnostike u konačnici ima veliki značaj za sud prilikom donošenja odluke o krivičnoj sankciji za maloljetnika, ukoliko se po okončanom postupku utvrdi krivična odgovornost maloljetnika;
4. za vrijeme izvršenja zavodskih odgojnih mjera i kazne maloljetničkog zatvora, što se provodi iz razloga neophodnosti procjene ličnosti maloljetnika u svrhu individualiziranog pristupa i odabira adekvatnog programa postupanja, odnosno plana i programa tretmana, kao i zbog potrebe praćenja promjena kod maloljetnika radi izvještavanja suda o toku izvršenja izrečene sankcije, te ostvarivanju, odnosno neostvarivanju napretka u resocijalizaciji maloljetnika (Pleh, Suljagić & Suljagić, 2020, str. 51 – 54).

Pored naprijed naznačenog, osvrtom na sistem alternativnih mjera i krivičnih sankcija propisan ZOM FBiH uočavamo da dodirnu tačku krivičnog prava i medicine čine:

1. u domenu alternativnih mjera:
 - i. odgojne preporuke bolničkog ili ambulantnog liječenja u odgovarajućoj zdravstvenoj ustanovi i uključivanja u pojedinačni ili grupni tretman odgojnih, obrazovnih, psiholoških i drugih savjetovališta,
2. u domenu odgojnih mjera:
 - i. u grupi mjera upozorenja i usmjeravanja, posebna obaveza podvrgavanja maloljetnika stručnom medicinskom postupku ili postupku odvikavanja od droge ili drugih vrsta ovisnosti uz saglasnost zakonskog zastupnika,
 - ii. u grupi zavodskih mjera, upućivanje u posebnu ustanovu za liječenje i osposobljavanje, koja se u pravilu izriče maloljetniku ometenom u psihičkom ili fizičkom razvoju, i to umjesto upućivanja u odgojnu ustanovu, odnosno upućivanja u odgojno-popravni dom⁵⁴.

Najzad, u tematici medicinskog krivičnog prava se kao globalno aktualno pitanje ističe dekriminalizacija i legalizacija lakih droga, među kojima se najčešće problematizira pravno uređenje u vezi sa biljkom kanabis (lat. Cannabis sativa L.), i to naročito sa aspekta medicinske upotrebe kanabisa. Iako je godinama smatran štetnom psihoaktivnom supstancom, mnogobrojne naučne studije i klinička ispitivanja dokazali su ljekovita dejstva kanabisa

⁵⁴ Vidjeti čl. 24 – 49. Zakona o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku FBiH.

u tretmanu širokog spektra medicinskih stanja. Tako se u literaturi govori o primjeni kanabisa kod pacijenata s artritismom, hroničnim bolom, epilepsijom, glaukomom, multipla sklerozom, karcinomom, AIDS-om, Kronovom bolesti, fibromijalgijom, kao i kod brojnih drugih oboljenja, korištenjem u vidu ulja, ekstrakta, vaporizacije, pušenja osušenih cvjetova, uzimanja kapsula, oralnih sprejeva itd. (Masal, Mičić & Osmanović, 2018, str. 1).

I dok je određeni broj država u Evropi i svijetu proveo dekriminalizaciju, odnosno legalizaciju korištenja kanabisa u medicinske svrhe, u BiH je kanabis i dalje, unatoč brojnim inicijativama, prema Zakonu o sprječavanju i suzbijanju zloupotrebe opojnih droga u tablici I zabranjenih supstanci i biljaka, shodno čemu nije dozvoljena njegova upotreba u medicinske svrhe (Masal, Mičić & Osmanović, 2018, str. 1). Osvrtom na ranije preduzete korake, vidljivo je da je već početkom 2016. godine Vijeće ministara BiH formiralo Ekspertnu radnu grupu, koja je u oktobru iste godine dala pozitivno mišljenje o opravdanosti medicinske upotrebe kanabisa u BiH (Masal, Mičić & Osmanović, 2018, str. 1). No, dalji konkretni koraci su izostali, te je u pogledu navedenog i dalje pristan svojevrsan *status quo*, na što ćemo ukazati kroz dalja razmatranja.

Kako na pravni status kanabisa utiču međunarodne konvencije o opojnim drogama, značajno je ukazati na izmjenu do koje je došlo Odlukom Komisije Ujedinjenih nacija za opojne droge (CND) od 02.12.2020. godine, a na osnovu preporuka Svjetske zdravstvene organizacije (u daljem tekstu: WHO). Naime, WHO je u januaru 2019. godine donijela Preporuke za promjenu opsega kontrole kanabisa i sa kanabisom povezanih tvari⁵⁵, koje su rezultatom višegodišnjeg postupka preispitivanja koje je proveo Ekspertni odbor za ovisnosti o drogama (ECDD), kao nezavisno naučno savjetodavno tijelo WHO, te su na temelju naučne procjene potencijalne opasnosti za zdravlje i terapijske koristi preporučene izmjene u međunarodnim konvencijama s primarnim ciljem omogućavanja korištenja kanabisa u medicinske svrhe. Navedene Preporuke je potom razmotrila Komisija Ujedinjenih nacija za opojne droge, nakon čega je u konačnici u decembru 2020. godine navedena Komisija odlučila da će kanabis i smola kanabisa biti izbrisani sa liste najopasnijih droga (Popis IV Konvencije iz 1961. godine), te da ostaju na Popisu I Konvencije iz 1961. godine, prema čemu ostaju podložni svim razinama nadzora Konvencije iz

⁵⁵ Vidjeti: World Health Organization, Cannabis Recommendations, dostupno na: <https://www.who.int/publications/m/item/ecdd-41-cannabis-recommendations> (pristup: 23.09.2022.).

1961. godine⁵⁶. Temeljem ove historijske odluke, dalji korak je na zemljama da i svoje zakonodavstvo usklade u skladu sa navedenom promjenom. U tom pogledu je u BiH za dalje djelovanje nadležna Komisija za suzbijanje zloupotrebe opojnih droga, koja je, prema raspoloživim informacijama, imenovala i radnu grupu za izmjene zakona, ali do danas nije došlo do konkretnih koraka u pravcu pokretanja zakonodavne procedure za nužno potrebne zakonske izmjene. Navedeno, nažalost, svoje reperkusije ima na veliki broj pacijenata, koji su u liječenju i tretmanu velikog broja zdravstvenih oboljenja i stanja onemogućeni koristiti kanabis u medicinske svrhe, odnosno eventualno se odlučuju na ilegalnu uporebu, dolazeći do pripravaka kanabisa na crnom tržištu, koji su van kontrole nadležnih zdravstvenih institucija, što ostavlja prostor za razne zloupotrebe.

3. Razvoj medicinskog krivičnog prava na Pravnom fakultetu Univerziteta u Sarajevu

Pravni fakultet u Sarajevu osnovan je 1946. godine, neposredno nakon Drugog svjetskog rata, što ga čini najstarijom visokoškolskom ustanovom u BiH, starijom čak i od Univerziteta u Sarajevu, čiji je član, budući da je Univerzitet osnovan tri godine kasnije, 1949. godine (Petrović & Ferhatović, 2022, str. 182). U svim godinama svoga rada Pravni fakultet u Sarajevu težio je izvrsnosti pravnog obrazovanja budućih naraštaja pravnika, te je kontinuirano pratio svjetske trendove visokog obrazovanja, ali i stvarne potrebe tržišta rada. Tako je tokom 76 godina postojanja prošao kroz nekoliko reformi visokog obrazovanja, od kojih je najznačajnija vezana za uvođenje bolonjskih standarda, te je danas obrazovni proces na Pravnom fakultetu organiziran u tri ciklusa:

- I ciklus koji čini osnovni četvorogodišnji studij i vodi do sticanja zvanja bakaleurat prava (bachelor),
- II ciklus koji čini jednogodišnji master studij prava i vodi do sticanja zvanja master prava, i
- III ciklus studija, koji traje tri godine i vodi do sticanja zvanja doktora pravnih nauka (Petrović & Ferhatović, 2022, str. 182).

U tom smislu, Pravni fakultet teži ka cjelovitosti i kontinuiranosti obrazovanja pravnika, ali i ka interdisciplinarnosti, što je naročito značajno sa aspekta

⁵⁶ Vidjeti: United Nations Commission on Narcotic Drugs (CND), Press Statement – 2 December 2020, CND votes on recommendations for cannabis and cannabis-related substances, dostupno na: https://www.unodc.org/documents/commissions/CND/CND_Sessions/CND_63Reconvened/Press_statement_CND_2_December.pdf (pristup: 23.09.2022.).

promatranja današnjeg izučavanja medicinskog, odnosno medicinskog krivičnog prava, kao i ranijeg izučavanja niza predmeta koji predstavljaju određene tačke susreta prava i medicine. Takvi predmeti su tradicionalno bili dijelom nastavnih planova i programa na Pravnom fakultetu, i to najvećim dijelom na Katedri krivičnog prava i naučnoj oblasti Krivično pravo.

Tako je na Katedri krivičnog prava interdisciplinarni aspekt dodirnih tački krivičnog prava i medicine oduvijek bio prisutan u dva vida:

1. izučavanje segmenata krivičnog prava koji se odnose na pitanja sudsko-medicinskih i psihijatrijskih vještačenja, procjene uračunljivosti, mjere sigurnosti medicinskog karaktera, kao i medicinska krivična djela u okviru posebnog dijela krivičnog prava,
2. izučavanje izbornih nastavnih predmeta, kao što su: Sudska medicina⁵⁷,

⁵⁷ Nastavni predmet Sudska medicina studentima pruža temeljne spoznaje o osnovnim pojmovima sudske medicine, kao i osnovnim institutima ove discipline, te se oslonom na savremena viđenja teorije i prakse, nauke i struke u okviru predmeta izučavaju nastavni sadržaji koji se odnose na: forenzičku patologiju (oštećenje zdravlja, ishod oštećenja zdravlja, uzroci oštećenja zdravlja), forenzički aspekt tjelesnih povreda (klasifikacija i kvalifikacija tjelesnih povreda), smrti (uzroci, znaci, utvrđivanje i određivanje doba smrti), trudnoće (znaci trudnoće kod živih i mrtvih žena, trajanje i nepravilnosti trudnoće), pobačaja (znaci, vrste i posljedice), porođaja (znaci kod živih i mrtvih žena), novorođenost i novorođenče (dob, životna sposobnost, znaci živorođenosti, uzroci smrti). Vidjeti više u: Pravni fakultet u Sarajevu, Nastavni plan i program dodiplomskog studija, 2011., str. 75., dostupno na: <https://www.pfsa.unsa.ba/pf/wp-content/uploads/2014/09/Nastavni-plan-i-program.pdf> (pristup: 05.09.2022.).

Sudska psihopatologija⁵⁸, Etiologija narkomanije i narkokriminala, Mjere sigurnosti u savremenom uporednom pravu (obzirom da integralni dio predmeta čine mjere sigurnosti medicinskog karater)⁵⁹, Medicinsko krivično pravo.

Naprijed naznačeni nastavni predmeti izučavani su kao izborni predmeti, koje su studenti mogli birati na određenim godinama studija prema ličnim afinitetima i budućim profesionalnim ciljevima.

U okviru svih naprijed nabrojanih nastavnih predmeta na Katedri krivičnog prava, najveći novum predstavljalo je uvođenje nastavnog predmeta Medicinsko krivično pravo. Naime, akademsko osoblje Pravnog fakulteta u Sarajevu je, prateći svjetske trendove razvoja visokog obrazovanja i inoviranja kurikuluma, aktuelne teme u naučnom diskursu, te sveopće tendencije, uvijek nastojalo kontinuirano širiti polja naučnog promatranja na Fakultetu, te stu-

⁵⁸ Nastavni predmet Sudska psihopatologija studentima pruža temeljne spoznaje o osnovnim pojmovima sudske psihopatologije, kao i osnovnim institutima ove discipline u vezi sa fenomenima psihički abnormalnih ljudi, potencijalnih počinitelaca krivičnih djela i forenzičkim aspektima oštećenja zdravlja, obuhvatajući nastavne sadržaje koji se odnose na: odnos krivičnog djela i psihičkog poremećaja (koincidencija, posljedica, precipitacija, sastavni dio ponašanja ličnosti), mentalne funkcije (uvodni dio, definicije i sadržaj opće i specijalne psihopatologije), klasifikaciju psihičkih poremećaja (MKB-10, DSM – IV) i njihovu etiologiju (biološki i psihosocijalni faktori), organske poremećaje (pojavni oblici, etiologija epidemiologija, tretman, krivičnopravni značaj), mentalni poremećaji izazvani psihoaktivnim supstancama (pojavni oblici, etiologija, epidemiologija, tretman, krivično-pravni značaj), shizofreniju (pojavni oblici, etiologija, epidemiologija, tretman, krivično-pravni značaj), afektivne psihoze (pojavni oblici, etiologija, epidemiologija, tretman, krivično-pravni značaj), neurotske, sa stresom povezane i somatiformne poremećaje (pojavni oblici, etiologija, epidemiologija, tretman, krivično-pravni značaj), poremećaje ličnosti (pojavni oblici, etiologija, epidemiologija, tretman, krivično-pravni značaj), duševnu zavisnost (pojavni oblici, etiologija, epidemiologija, tretman, krivično-pravni značaj). Vidjeti više u: Pravni fakultet u Sarajevu, Nastavni plan i program dodiplomskog studija, 2011., str. 76., dostupno na: <https://www.pfsa.unsa.ba/pf/wp-content/uploads/2014/09/Nastavni-plan-i-program.pdf> (pristup: 05.09.2022.).

⁵⁹ Nastavni predmet Mjere sigurnosti u savremenom uporednom pravu, predviđen nastavnim planom III ciklusa studija, studentima omogućava usvajanje produbljenih znanja o mjerama sigurnosti generalno, pa i mjerama sigurnosti medicinskog karaktera. Vidjeti više u: Univerzitet u Sarajevu – Pravni fakultet, Doktorski univerzitetski studij prava- III ciklus studija, 2018., str. 92-95., dostupno na: <https://www.pfsa.unsa.ba/pf/wp-content/uploads/2020/02/doktorski-studij-prava-elaborat-25.2.18..pdf> (pristup: 06.09.2022.).

dentima, budućim generacijama mladih pravnikâ, pružati mogućnost sticanja znanja u vezi sa aktuelnim i izazovnim pravnim pitanjima, kako kroz nastavne, tako i vannastavne aktivnosti.

U tom smislu je naročît podstrek i doprinos razvoju predmeta iz oblasti medicinskog (krivičnog) prava pružila Četvrtâ tripartitna konferencija Tursko-bosanskohercegovačko-hrvatski pravnički dani pod nazivom Medicinsko pravo. Navedenu konferenciju je inicirao Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, koja je potom, zajedno sa Pravnim fakultetom Univerziteta u Istanbulu, Pravnim fakultetom Tursko-njemačkog univerziteta u Istanbulu i Pravnim fakultetom Sveučilišta u Zagrebu organizirana od 22. do 24. aprila 2015. godine u Istanbulu, predstavljajući nastavak uspješne međunarodne saradnje navedenih fakulteta. Učesnici konferencije bili su članovi akademskog osoblja navedenih fakulteta, ali i drugih pravnih fakulteta u Turskoj, brojni studenti, magistranti i doktoranti. Tom prilikom je čak 18 eminentnih profesora navedenih pravnih fakulteta predstavilo predmetnu tematiku sa različitih pravnih aspekata, što je omogućilo razmjenu i unaprijeđenje znanja i iskustava svih prisutnih učesnika Konferencije. Ono što je još značajnije, ovim međunarodnim naučnim skupom određena je i perspektiva razvoja Medicinskog prava kao grane pravne nauke na pravnim fakultetima, budući da je isto prepoznato kao aktuelna i dinamična oblast prava, koju je trebalo približiti i učiniti dostupnom i studentima.

Tako je jedan od prvih vidova izučavanja ove oblasti prava na Pravnom fakultetu bilo organiziranje Pravne klinike iz oblasti medicinskog prava u saradnji sa Evropskim udruženjem studenata prava (ELSA) u akademskoj 2016./2017. godini, gdje su studenti različitih godina I ciklusa studija imali priliku steći širok dijapazon teoretskih, ali i praktičnih znanja, koja su na okončanju Klinike imali priliku i demonstrirati simulacijom suđenja u predmetu iz oblasti medicinskog krivičnog prava. Veliko interesovanje studenata, zavidan odziv, kao i izuzetno pozitivne evaluacije studenata u vezi sa održanom Klinikom, usmjerili su, između ostalog, dalja razmišljanja u pravcu formalnog uvođenja nastavnih sadržaja iz ove oblasti u nastavni plan i program I ciklusa studija. Tako su već Nastavnim planom i programom studija iz 2018. godine za diplomski univerzitetski studij prava - I ciklus studija pružena čak dva različita izborna nastavna predmeta iz oblasti medicinskog prava na II godini studija:

Privatno medicinsko pravo (na Katedri građanskog prava)⁶⁰ i Medicinsko krivično pravo (na Katedri krivičnog prava).

Obzirom na uklon rada na medicinsko krivično pravo, u nastavku ćemo se osvrnuti na nastavni plan i program ovog predmeta u okviru naprijed naznačenog studijskog programa.

Nastavni predmet Medicinsko krivično pravo prema studijskom programu za cilj ima da studenti usvoje opća i posebna znanja iz oblasti medicinskog krivičnog prava, s naročitim naglaskom na znanje o pravima i dužnostima liječnika, krivnji liječnika, pravnim problemima pobačaja, pravnim aspektima intenzivne medicine sa posebnim osvrtom na eutanaziju, pravnoj zaštiti osoba sa duševnim smetnjama, itd. (Dodiplomski univerzitetski studij prava – I ciklus studija, 2018, str. 102). Nastavni sadržaj predmeta u tom smislu obuhvata širok dijapazon tema:

⁶⁰ Nastavni predmet Privatno medicinsko pravo predstavlja praktičnu nastavu koja se realizira sa ciljem pripreme studenata za rješavanje problema u praksi privatnog medicinskog prava, tako ih osposobljavajući za obavljanje poslova suca ili advokata u vezi sa slučajem iz medicinskog privatnog prava. Cilj predmeta je dati studentima osnovnu sliku multidisciplinarnosti oblasti medicinskog prava, te produbljeni uvid u privatnopravne aspekte ove grane prava. Studenti se upoznaju sa čitavim nizom posebnih zakona kojima je regulirana ova oblast u mjeri u kojoj ti zakoni sadrže privatnopravne norme, te treba da kritički sagledaju odnos tih posebnih zakona sa općim pravnim uređenjem (npr. porodično pravo, nasljedno pravo, obligaciono pravo, stvarno pravo) i njihovu međusobnu usklađenost te eventualnu potrebu reforme određenih općih pravnih instituta (npr. pravne i poslovne sposobnosti, pretpostavki odštetne odgovornosti itd.). Na taj način trebaju steći osnovna znanja iz ove oblasti i mogućnosti njihove praktične primjene, a u okviru prakse studenti na sudu ili na Fakultetu analiziraju anonimizirane konkretne slučajeve odštetne odgovornosti za medicinsku grešku, te sačinjavaju tužbu, odgovor na tužbu, protutužbu i presudu. Okvirni sadržaj predmeta čine sljedeće tematske cjeline: 1. Predmet medicinskog prava; izvori medicinskog prava u BiH; razgraničenje javnog i privatnog medicinskog prava u BiH; 2. Pravna i poslovna sposobnost u kontekstu razvoja medicine i medicinskog prava; 3. Prava pacijenata kao posebna lična prava; zaštita privatnosti i podataka u oblasti medicinskog prava; 4. Građanskopravni aspekti presađivanja ljudskih organa i tkiva i davanja krvi; 5. Građanskopravni aspekti biomedicinski potpomognute oplodnje; 6. Odštetna odgovornost u oblasti zdravstvenog prava, osiguranje od odgovornosti zdravstvenih radnika. Vidjeti više u: Univerzitet u Sarajevu – Pravni fakultet, Dodiplomski univerzitetski studij prava – I ciklus studija, Sarajevo, 2018, str. 270-273., dostupno na: <https://www.pfsa.unsa.ba/pf/wp-content/uploads/2021/04/STUDIJSKI-PROGRAM-DODIPLOMSKI-UNIVERZITETSKI-STUDIJ-PRAVA.pdf> (pristup: 06.09.2022.).

1. odnos krivičnog i medicinskog prava,
2. pitanje krivnje liječnika,
3. institut informiranog pristanka i pitanje krivnje za samovoljno liječenje,
4. krivična djela Nesavjesnog liječenja i Nepružanja medicinske pomoći,
5. institut liječničke tajne i pitanje krivnje za kršenje liječničke tajne,
6. krivično djelo Čedomorstva,
7. pravne probleme pobačaja,
8. pravne aspekte intenzivne medicine – eutanazija, potpomognuto samoubistvo, učestvovanje u samoubistvu, pomoć umirućem,
9. presađivanje dijelova ljudskog tijela – krivnja za nedozvoljeno presađivanje dijelova ljudskog tijela, nedozvoljena trgovina organima, transfuzija krvi,
10. krivična djela Prenošenja spolne i zarazne bolesti,
11. pitanja u vezi sa osobama s duševnim smetnjama (neuračunljivost i smanjena uračunljivost, isključenje krivnje, mjera sigurnosti obaveznog psihijatrijskog liječenja, posebna prava osoba s duševnim smetnjama),
12. pitanje ovisnosti i krivičnog prava (zloupotreba opojnih droga, mjera sigurnosti obaveznog liječenja od ovisnosti, legalizacija i dekriminlizacija) (Dodiplomski univerzitetski studij prava – I ciklus studija, 2018, str. 102).

Kao ishodi učenja ovog nastavnog predmeta precizirani su upoznavanje studenata sa osnovama materijalnopravnog uređenja Krivičnih djela protiv zdravlja ljudi, krivičnih djela i njihovih posljedica vezanih za medicinu, kao i krivičnih djela specifičnih za liječnike i medicinsko osoblje u krivičnom zakonodavstvu Bosne i Hercegovine, te, na razini razumijevanja, uočavanje mjesta medicinskog krivičnog prava u pravnom sistemu, odnosa ove grane prava prema drugim granama prava, te prepoznavanje medicinskih krivičnih djela (Dodiplomski univerzitetski studij prava – I ciklus studija, 2018, str. 103). U pogledu vještina koje bi studenti trebali steći ovim predmetom, predviđeno je da bi studenti trebali usvojiti znanja i vještinu rješavanja složenih pravnih problema iz predmetne oblasti, kao i steći sposobnost da kritički razmišljaju i argumetirano rješavaju pravne probleme uz svijest o postojanju različitih gledišta na predmetnu problematiku (Dodiplomski univerzitetski studij prava – I ciklus studija, 2018, str. 103). Na taj način se studenti, promatrano kroz prizmu stečenih kompetencija, osposobljavaju za rad u okviru krivičnog pravosuđa, ili drugih nadležnih ustanova koje se bave preventivnim i represivnim aktivnostima na suzbijanju kriminaliteta, iz oblasti medicinskog krivičnog prava (Dodiplomski univerzitetski studij prava – I ciklus studija, 2018, str. 103).

Umjesto zaključka – Perspektiva medicinskog krivičnog prava u BiH

Počevši od šireg pojma medicinskog prava, predmetnim radom dat je iscrpan osvrt na medicinsko krivično pravo sa naročitim naglaskom na BiH i FBiH, razmotrivši dosadašnji opseg i domete naučnog promatranja medicinskog krivičnog prava na Pravnom fakultetu Univerziteta u Sarajevu. Navedeni način i sistematika rukopisa su, prema našem mišljenju, višestruko značajni, jer za cilj imaju dati jasan pregled, odnosno iznijeti konstatacije u odnosu na postojeće stanje u oblasti medicinskog krivičnog prava BiH u normativnom i naučnom aspektu, ali i naznačiti moguće buduće pravce razvoja medicinskog krivičnog prava, odnosno ukazati konkretno na njegovu perspektivu u BiH.

Tako je pozitivnopravno, *de lege lata*, medicinskim krivičnim pravom normiran veliki broj naprijed naznačenih delikatnih pravnih pitanja, u kontekstu kojih bi se svakako moglo razmišljati o mogućim izmjenama u skladu sa iskustvenim zapažanjima i smjericama koje proizlaze iz prakse medicinskih i zdravstvenih radnika, ali i pravnika. Prema našem mišljenju, pažnja bi se *de lege ferenda* naročito trebala usmjeriti na pravno reguliranje dosad nereguliranih, odnosno nedovoljno reguliranih oblasti, gdje naročito ističemo segment pravnih aspekata intenzivne medicine, i to u prvom redu pitanje eutanazije, te pitanje dekriminalizacije, odnosno legalizacije upotrebe kanabisa u medicinske svrhe.

U domenu pravnih aspekata intenzivne medicine postoje brojne teorijske i pravne dileme, što je često predmetom brojnih rasprava, gdje su primjetna veoma podijeljena mišljenja. Najžustrije se problematizira o pravnom reguliranju eutanazije, što bi, prema našem mišljenju, trebalo biti razmotreno u daljim zakonodavnim aktivnostima. Kada je riječ o legalizaciji upotrebe kanabisa u medicinske svrhe, možemo reći da su povodom ovog pitanja do sada preduzeti određeni koraci, koji nisu polučili rezultate, zbog čega je upotreba kanabisa u medicinske svrhe u BiH i dalje u domenu kažnjivih ponašanja. Stoga je potrebno okončati započete procedure, i tako omogućiti određenim kategorijama pacijenata sa zdravstvenim oboljenjima i stanjima kod kojih su naučno dokazani blagotvorni učinci kanabisa da se legalno liječe kanabisom, čime se posredno pruža širi dijapazon mogućnosti za liječenje i tretman raznih bolesti, te se pacijentima adekvatno omogućava i pravo na izbor načina liječenja. Kao ključni argument za navedeno ističemo da se, krivičnopravno promatrano, inkriminacijama određena ponašanja zabranjuju zbog njihove društvene opasnosti, a upravo u segmentu liječenja i medicinske upotrebe element društvene opasnosti evidentno ne postoji, već naprotiv, time se ostvaruje naučno dokazani zdravstveni benefit i blagotvorni učinci, te

svakako bojazan od eventualnih zloupotreba ne bi trebala imati prevagu nad interesom pacijenata kao vodiljom u ovom segmentu.

U pogledu segmenta naučnog razvoja medicinskog krivičnog prava u BiH, i konkretno, na Pravnom fakultetu Univerziteta u Sarajevu, dosadašnje naučno promatranje medicinskog prava kroz dijelove obaveznih nastavnih predmeta ili zasebne izborne predmete moglo bi biti produbljeno na više načina. U tom smislu, pored eventualne mogućnosti uvođenja medicinskog prava kao obaveznog predmeta u nastavni program I ciklusa studija, zajedno sa predmetima sudske medicine, odnosno sudske psihopatologije, svrsishodan način izučavanja ove oblasti bio bi u okviru specijalističkog studija, odnosno interdisciplinarnog master studija za svršeničke pravnog, odnosno medicinskog i drugih zdravstvenih fakulteta. Uz navedeno, bilo bi poželjno i šire izučavanje ove oblasti u vidu doktorskog studija, koje bi rezultiralo i doktorskim disertacijama u vezi sa brojnim teoretskim i praktičnim pravnim pitanjima iz šire oblasti medicinskog, odnosno medicinskog krivičnog prava.

Bibliografija

- Aljinović, N. (2022). Pravna regulacija eutanazije i medicinski potpomognutog samoubojstva u pojedinim evropskim zemljama. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 59 (4), 823 – 851.
- Čizmić, J. (2020). Medicinsko pravo. U: S. Kraljić & J. Čizmić (ur.). *Hrestomatija medicinskega prava* (str. 3 – 22). Maribor: Univerza v Mariboru, Univerzitetna založba.
- Đurđević, T. (2020). Pravo na odbijanje medicinskog tretmana i pasivna eutanazija. *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, XCII (2), 259 – 265.
- Ferhatović, A. & Pruščanović, K. (2022). Pravni položaj liječnika u svjetlu medicinskog prava. *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, LXV, 31 – 62.
- Ferhatović, A. (2021). Medical Law in Bosnia and Herzegovina. U: Rasim Jusufović (ed.). *Medical Ethics and Legal Aspects of Medical Practice* (str. 161 – 203). Sarajevo: University Sarajevo School of Science and Technology.
- Ferhatović, A., Degen, S. & Kurjak, A. (2022). The Unborn and Its Rights. *Science, Art and Religion*, 1 (2 – 4), 237-242.
- Franjić, S. (2013). Ishodišni temelji medicinskog prava. *JAHN*, 4 (8), 857 – 870.
- Kačer, B. & Kačer, H. (2010). Kritične točke - slučajevi primjene općih pravnih instituta građanskog prava na medicinsko pravo. U: P. Bačić, V. Barić Punda & A. Kurtović Mišić (ured.). *Zbornik radova s međuna-*

rodnog kongresa “3. kongres KOKOZA i 5. hrvatski kongres medicinskog prava s međunarodnim sudjelovanjem”, 2022. (str. 115 – 130). Split: Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu.

Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine, Službene novine FBiH, br. 36/03, 21/04 - ispr., 69/04, 18/05, 42/10, 42/11, 59/14, 76/14, 46/16, 75/17 i 31/23.

Masal, G., Mičić, A. & Osmanović, A. (2018). *Dekriminalizacija kanabisa u medicinske svrhe u odabranim evropskim državama*. Preuzeto 05. 09. 2022. sa: <https://www.parlament.ba/Publication/Read/14273?title=dekriminalizacija-kanabisa-u-medicinske-svrhe-u-opdabranim-evropskim-drzavama&pageId=0> .

Mišić Radanović, N. (2021). Pravni aspekti odbijanja medicinskog postupka. *Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske*, XII (1), 263 – 287.

Mrčela, M. & Vuletić, I. (2019). *Liječnik i kazneno pravo*. Zagreb : Narodne novine.

Mujović Zornić, H. (2020). Od prava na raskršću do zaokruženog sistema normi. *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, XCII (1), 9 – 31.

Mujović, H. (2022). Perspektive pravnih i bioetičkih razmatranja sa stajališta medicinskog prava. *Filozofska istraživanja*, 42 (1), 53 – 67.

Pavišić, B., Grozdanić, V. & Veić, P. (2007). *Komentar kaznenog zakona*. Zagreb: Narodne novine.

Petrović, B. & Ferhatović, A. (2017). Mjere bezbjednosti medicinskog karaktera i materijalno krivično zakonodavstvo Bosne i Hercegovine. U: S. Bejatović & I. Jovanović (ured.). *Mere bezbednosti medicinskog karaktera – pravni i medicinski aspekt (regionalna zakonodavstva, iskustva u primeni i mere unapređenja)*, (str. 191 – 205). Beograd: Misija OEBS-a u Srbiji.

Petrović, B. & Ferhatović, A. (2022). Razvoj krivičnopravne naučne oblasti na Pravnom fakultetu Univerziteta u Sarajevu. *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, LXIV, 81 – 215.

Pleh, V., Suljagić, S. & Suljagić, A. (2020). *Opservacija i dijagnostika ličnosti maloljetnih prestupnika u krivičnom zakonodavstvu i praksi Bosne i Hercegovine*. Banja Luka: Centar modernih znanja.

Pravilnik o načinu uvođenja novih zdravstvenih tehnologija u zdravstvenim ustanovama i privatnoj praksi, kao i postupak odobravanja korištenja zdravstvenih tehnologija, Službene novine FBiH, br. 84/14.

Pravilnik o organizaciji i radu komisija za zaštitu osoba s duševnim smetnjama, Službene novine FBiH, br. 53/01.

Pravilnik o specijalizacijama i subspecijalizacijama zdravstvenih radnika i zdravstvenih saradnika, Službene novine FBiH, br. 75/20.

- Pravilnik o uvjetima za obavljanje privatne prakse, grupne privatne prakse, kao i uvjetima za obavljanje privatne prakse na osnovu posebnog ugovora sa zdravstvenom ustanovom, Službene novine FBiH, br. 104/13, 16/14, 66/15.
- Pravilnik za dodatnu edukaciju polivalentnih patronažnih sestara, Službene novine FBiH, br. 1/10.
- Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu (2011). *Nastavni plan i program dodiplomskog studija*. Preuzeto 05.09.2022. sa: <https://www.pfsa.unsa.ba/pf/wp-content/uploads/2014/09/Nastavni-plan-i-program.pdf>.
- Rajić, T., Tomić, M. & Miljko, Z. (2000). *Komentar kaznenog zakona Federacije Bosne i Hercegovine (posebni dio)*. Mostar: OSCE, Ured za demokratizaciju.
- Sutović, A. & Ferhatović, A. (2010). Bitno smanjena uračunljivost. *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, LIII, 431 – 462.
- Šeparović, Z. (1990). Život doveden na rub. *Revija za sociologiju*, XXI (2), 297 – 307.
- United Nations Commission on Narcotic Drugs (CND) (2020). Press Statement – 2 December 2020, CND votes on recommendations for cannabis and cannabis-related substances. Preuzeto 23.09.2022. sa: https://www.unodc.org/documents/commissions/CND/CND_Sessions/CND_63Reconvened/Press_statement_CND_2_December.pdf.
- Univerzitet u Sarajevu – Pravni fakultet (2018). *Dodiplomski univerzitetski studij prava – I ciklus studija*. Preuzeto 06.09.2022. sa: <https://www.pfsa.unsa.ba/pf/wp-content/uploads/2021/04/STUDIJSKI-PROGRAM-DODIPLOMSKI-UNIVERZITETSKI-STUDIJ-PRAVA.pdf> (prijetup: 06.09.2022.).
- Univerzitet u Sarajevu – Pravni fakultet (2018). *Doktorski univerzitetski studij prava – III ciklus studija*. Preuzeto 06.09.2022. sa: <https://www.pfsa.unsa.ba/pf/wp-content/uploads/2020/02/doktorski-studij-prava-elaborat-25.2.18..pdf>.
- Ustav Federacije Bosne i Hercegovine. Službene novine FBiH, br. 1/94, 1/94 - Amandman I, 13/97 - Amandmani II-XXIV, 13/97 - Amandmani XXV i XXVI, 16/02 - Amandmani XXVII-LIV, 22/02 - Amandmani LVI-LXIII, 52/02 - Amandmani LXIV-LXXXVII, 60/02 - ispr. Amandmana LXXXI, 18/03 - Amandman LXXXVIII, 63/03 - Amandmani LXXXIX-XCIV, 9/04 - Amandmani XCV-CII, 20/04 - Amandmani CIII i CIV, 33/04 - Amandman CV, 71/05 - Amandmani CVI-CVIII, 72/05 - Amandman CVI, 88/08 - Amandman CIX, 79/2022 - Amandmani CX-CXXX, 80/2022 - ispr. i 31/2023 - Amandman CXXXI.

- World Health Organization (2019). *Cannabis Recommendations*. Preuzeto 23.09.2022. sa: <https://www.who.int/publications/m/item/ecdd-41-cannabis-recommendations>.
- Zakon o apotekarskoj djelatnosti. Službene novine FBiH, br. 40/10.
- Zakon o evidenciji u oblasti zdravstva. Službene novine FBiH, br. 37/12.
- Zakon o finansijskoj konsolidaciji i restrukturiranju javnih zdravstvenih ustanova u Federaciji Bosne i Hercegovine. Službene novine FBiH, br. 6/98.
- Zakon o hemikalijama. Službene novine FBiH, br. 77/20.
- Zakon o krvi i krvnim sastojcima. Službene novine FBiH, br. 09/10.
- Zakon o liječenju neplodnosti biomedicinski potpomognutom oplodnjom. Službene novine FBiH, 59/18 i 44/22.
- Zakon o liječništvu. Službene novine FBiH, br. 56/13.
- Zakon o lijekovima i medicinskim sredstvima. Službeni glasnik BiH, broj 58/08.
- Zakon o lijekovima. Službene novine FBiH, br. 109/12.
- Zakon o ograničenoj upotrebi duhanskih prerađevina. Službene novine FBiH, br. 6/98.
- Zakon o pravima, obavezama i odgovornostima pacijenta. Službene novine FBiH, br. 40/10.
- Zakon o prometu otrova. Službeni list R BiH, br. 2/92 i 13/94.
- Zakon o radijacijskoj i nuklearnoj sigurnosti u BiH. Službeni glasnik BiH, br. 88/07.
- Zakon o sestrinstvu i primaljstvu. Službene novine FBiH, br. 43/13.
- Zakon o sistemu poboljšanja kvalitete, sigurnosti i akreditacije u zdravstvu. Službene novine FBiH, br. 59/05.
- Zakon o sprečavanju i suzbijanju zloupotrebe opojnih droga. Službeni glasnik BiH, broj 8/06.
- Zakon o stomatološkoj djelatnosti. Službene novine FBiH, br. 37/12.
- Zakon o transplantaciji organa i tkiva u svrhu liječenja. Službene novine FBiH, br. 75/09.
- Zakon o upravljanju otpadom. Službene novine FBiH, br. 33/03.
- Zakon o zaštiti osoba sa duševnim smetnjama. Službene novine FBiH, br. 37/01.
- Zakon o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti. Službene novine FBiH, br. 29/05.
- Zakon o zdravstvenoj ispravnosti životnih namirnica i predmeta opšte upotrebe. Službeni list R BiH, br. 2/92 i 13/94.

Zakon o zdravstvenoj zaštiti. Službene novine FBiH, br. 46/10 i 75/13.

Zakon o zdravstvenom osiguranju. Službene novine FBiH, br. 30/97,
7/02, 70/08, 48/11 i 36/18.

Dr Amila Ferhatović

Associate professor
University of Sarajevo
Faculty of Law
a.ferhatovic@pfsa.unsa.ba

Kanita Pruščanović, MA

Senior assistant
University of Sarajevo
Faculty of Law
k.pruscanovic@pfsa.unsa.ba

DEVELOPMENT AND PERSPECTIVE OF MEDICAL CRIMINAL LAW IN BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary

Medical profession, as the part of the health profession, is committed to the protection of the health of the individuals, families, and public health. Therefore, it is positioned as a service of special social interest, and accompanied by appropriate legal regulations within the relatively new law branch of medical law. Medical law, following the development of medicine, is continuously evolving and improving, facing numerous challenges, and its indispensable segment and subdiscipline is medical criminal law. Due to the undisputed importance of health, medical criminal law follows the role of criminal law in the protection of the most important social values and rights, thereby providing ultima ratio legal protection of the health of the individuals, as well as the public health. Moreover, it encompasses a wide range of delicate legal issues involving the physician, as the primary, independent and responsible health care provider, on the one hand, and patients on the other.

The focus of medical criminal law globally consists of numerous topics, such as the guilt of the physician, informed consent, i.e. guilt for arbitrary treatment, incriminations of medical malpractice and failure to provide medical assistance, medical secret and guilt for violation of medical secret, the crime of infanticide, abortion and legal problems of abortion, legal aspects of intensive medicine (euthanasia, assisted suicide, participation in suicide and help to a dying individual), organ transplantation, i.e. guilt for illegal organ transplantation, illegal organ trafficking and blood transfusion, criminal offenses of transmission of venereal and infectious diseases, persons with mental disorders, i.e. issues of insanity and diminished accountability, exclusion of guilt, security measure of mandatory psychiatric treatment, special rights of persons with mental disor-

ders, and the relationship between criminal law and addiction, among which the abuse of narcotic drugs, security measure of mandatory medical treatment for addiction, as well as the issue of legalization and decriminalization of soft drugs are especially emphasized .

In this regard, the authors will reflect on the development and perspective of medical criminal law specifically in Bosnia and Herzegovina and point out the issues that are particularly controversial in theory, legislation, but also in the jurisprudence of Bosnia and Herzegovina.

Keywords: *health law, medical law, medical criminal law, Bosnia and Herzegovina*

Ena Gotovuša, MA iur.

Viša asistentica

Univerzitet u Sarajevu

Pravni fakultet

e.gotovusa@pfsa.unsa.ba

UDK 343.102:061.1 EU

Izvorni naučni rad

EUROPSKI ISTRAŽNI NALOG U PRAKSI SUDA EUROPSKE UNIJE

Sažetak

U maju 2017. godine započela je primjena Direktive 2014/41/EU o Europskom istražnom nalogu u krivičnim stvarima. Europski istražni nalog je jedinstveni pravni instrument utemeljen na načelu uzajamnog priznavanja presuda i ostalih odluka pravosudnih tijela. Ovo načelo je proglašeno za „kamen temeljac“ pravosudne saradnje u krivičnim predmetima među državama članicama Europske unije na sastanku u Tamperu, te je postalo pravno obvezujuće za države članice nakon stupanja na snagu Ugovora iz Lisabona. Ovaj rad analizira presude Suda Europske unije u slučajevima Gavanozov I i II, HP i Staatsanwaltschaft Graz, sagledavajući praktičnu primjenu Europskog istražnog naloga kao novog pravnog instrumenta, namijenjenog pojednostavljivanju prikupljanja dokaza u prekograničnim krivičnim predmetima unutar Europske unije. Također, rad istražuje promjene u praksi Suda Europske unije u kontekstu načela uzajamnog povjerenja među državama članicama, načela ključnog za funkcionalnost pravnih instrumenata zasnovanih na načelu uzajamnog priznavanja. Prikazane su promjene u praksi Suda Europske unije donošenjem presude u predmetima Aranyosi i Căldăraru, koja je otvorila mogućnost osporavanja načela uzajamnog povjerenja među državama članicama, načela koje je do tada fingiralo kao neoboriva pretpostavka. Unatoč pravnim izazovima pri primjeni Europskog istražnog naloga, ovaj instrument predstavlja značajan napredak u pojednostavljenju procesa prikupljanja dokaza u prekograničnim krivičnim predmetima među državama članicama. Očekuje se da će buduće odluke Suda Europske unije povodom zahtjeva za prethodnu odluku dodatno osvijetliti praktičnu primjenu Europskog istražnog naloga.

Ključne riječi: *Europski istražni nalog, pravosudna saradnja u krivičnim stvarima, načelo uzajamnog priznavanja presuda i sudskih odluka, načelo uzajamnog povjerenja, praksa Suda EU*

1. Uvod

U aprilu 2014. godine Europski parlament i Vijeće Europske unije (u daljem tekstu: Vijeće) donijeli su Direktivu 2014/41/EU o Europskom istražnom nalogu u krivičnim stvarima (u daljem tekstu: Direktiva 2014/41). Ovom direktivom kreiran je jedinstveni pravni instrument, Europski istražni nalog (engl. *European Investigation Order*, u daljem tekstu: EIO,) s ciljem olakšavanja pribavljanja dokaza u prekograničnim predmetima među državama članicama Europske unije (u daljem tekstu: EU). EIO utemeljen je na načelu uzajamnog priznavanja presuda i ostalih odluka pravosudnih tijela (engl. *mutual recognition*), koje načelo je proglašeno „kamenom temeljcem“ (engl. *cornerstone*) pravosudne saradnje u krivičnim stvarima među državama članicama EU na sastanku Europskog savjeta održanom u finskom gradu Tampereu (Tampere European Council 15 and 16 october 1999, Presidency conclusions, tačka 33). Stupanjem na snagu Ugovora iz Lisabona napuštena je stupna struktura Europske unije i uspostavljen njen jedinstveni pravni poredak (Satzger, 2018; Fletcher, 2011; Peers, 2021). Ugovorom o funkcioniranju Europske unije (engl. *Treaty on the Functioning of the European union*, u daljem tekstu: TFEU) odredbe o policijskoj i pravosudnoj saradnji su objedinjene u Poglavlju IV, Glave V, Trećeg dijela TFEU pod nazivom „Pravosudna saradnja u krivičnim stvarima“. Načelo uzajamnog priznavanja presuda i ostalih odluka pravosudnih tijela proglašeno je i formalnopravno za temeljno načelo pravosudne saradnje u krivičnim stvarima među državama članicama. Taj zaključak proizlazi iz njegovog izričitog navođenja u odredbi člana 82 stav 1 TFEU. Odredbom istog člana TFEU, tačka (a), Europski parlament i Vijeće, ovlašteni su da u skladu s redovnim zakonodavnim postupkom usvoje mjere koje se odnose na priznavanje svih oblika presuda i sudskih odluka u čitavoj EU. Upravo, na osnovu ove odredbe donesena je Direktiva 2014/41/EU. Tradicionalni sistem pružanja pravne pomoći u krivičnim stvarima temeljen na međuvladinoj saradnji i mnogobrojnim konvencijama, kao i prethodno doneseni pravni instrumenti za prikupljanje dokaza u okviru EU ocijenjeni su previše fragmentiranim i kompliciranim (Direktiva 2014/41/EU, Preambula, alineja 3-6). Donošenjem Direktive 2014/41, EU zakonodavac pokušao je otkloniti uočene nedostatke postojećih sistema koji koegzistiraju u području pružanja pravne pomoći, odnosno pravosudne saradnje, u krivičnim stvarima među državama članicama. Riječ je o takoreći tri sistema: prvom, uspostavljenom van pravnog okvira EU i utemeljenog na načelu uzajamne pravne pomoći (Europska konvencija o uzajamnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima iz 1959. godine i Konvencija o provedbi Schengenskog sporazuma iz 1985. godine, s napomenom da je šengenski *acquis* integriran u pravni okvir EU Protokolom 2 uz Ugovor iz Amsterdama); drugom, koji se zasniva na istom načelu, ali predstavlja prvi pravni instrument ove vrste donesen za područje

EU nakon stupanja na snagu Ugovora o Europskoj uniji (Konvencija o uzajamnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima između država članica Europske unije iz 2000. godine i njen Dodatni protokol iz 2001. godine) s ciljem nadogradnje i modernizacije već postojećih odredbi prethodno navedenih konvencija; i trećem, koji obuhvata pravne instrumente zasnovane na principu uzajamnog priznavanja (Okvirna odluka 2003/577/PUP o izvršenju odluka o zamrzavanju imovine i osiguranju dokaza u Europskoj uniji i Okvirna odluka 2008/978/PUP o Europskom dokaznom nalogu u svrhu pribavljanja predmeta, dokumenata i podataka za korištenje u krivičnim postupcima). Sva tri sistema, bez obzira da li se zasnivaju na načelu uzajamne pravne pomoći ili na načelu uzajamnog priznavanja, sadrže odredbe o prikupljanju dokaza između država članica u prekograničnim predmetima. Njihova primjena, bilo da je riječ o konvencijama ili okvirnim odlukama, zbog paralelnog egzistiranja okarakterisana je od strane Europske komisije kao opterećujuća s obzirom da može izazvati zabunu među praktičarima na način da se ne koriste najprikladnijim instrumentom za pribavljanje dokaza, što posljedično može rezultirati ometanjem učinkovite prekogranične saradnje u krivičnim stvarima (Green Paper, COM (2009) 624, tačka 4.1, str. 4). Dodatno, Europska komisija prepoznala je manjkavosti obje vrste pravnih instrumenata temeljenih na različitim načelima. Pravni instrumenti koji se temelje na načelu uzajamne pravne pomoći (konvencije) okarakterisani su kao spori i neučinkoviti s obzirom da ne nameću standardne obrasce koji se koriste prilikom izdavanja zahtjeva za pribavljanje dokaza koji se nalaze u drugoj državi članici ili bilo koje fiksne rokove za izvršenje zahtjeva. Isto tako, pravni instrumenti koji se temelje na načelu uzajamnog priznavanja (okvirne odluke) ne mogu se smatrati zadovoljavajućim jer pokrivaju samo određene vrste dokaza i predviđaju veliki broj razloga za odbijanje izvršenja zahtjeva (Green Paper, COM (2009) 624, tačka 4.1, str. 4). Stoga, novi pristup EU za prikupljanje dokaza između država članica jeste jedinstveni pravni instrument (EIO) koji se temelji na načelu uzajamnog priznavanja i omogućava državi članici da za potrebe vođenja krivičnog postupka, uz ispunjenje taksativno navedenih uslova (Direktiva 2014/41/EU, čl. 6), od druge države članice zatraži sprovođenje jedne ili više posebnih istražnih mjera ili pribavi dokaze koje su već u posjedu te države članice (Direktiva 2014/41/EU, čl.13). Kao takav, EIO jeste sudska odluka koju izdaje ili potvrđuje pravosudno tijelo države članice („država izdavateljica“) na osnovu kojeg tijelo nadležno za priznavanje i osiguranje njegova izvršavanja („država izvršiteljica“) u skladu sa odredbama Direktive 2014/41/EU i postupcima koji se primjenjuju u sličnom domaćem slučaju sprovodi jednu ili više naznačenih posebnih istražnih mjera na svojoj teritoriji, a sve radi prikupljanja dokaza za potrebe krivičnog postupka u državi izdavateljici EIO. Cijeli postupak pribavljanja dokaza putem EIO je pojednostavljen i standardizovan upotrebom obrazaca koji čine priloge Direktive 2014/41/EU i sadrže

sve potrebne informacije na osnovu kojih država izvršiteljica može donijeti odluku o ne/izvršenju EIO.¹ Bitno je istaći da EIO, kao pravni instrument, ne stoji na raspolaganju samo organima krivičnog gonjenja država članica. Naprotiv, osumnjičeni ili optuženi, kao i njihovi branitelji, imaju mogućnost zatražiti izdavanje EIO. U takvim slučajevima, njihov zahtjev za izdavanje EIO mora biti usklađen s važećim odredbama nacionalnog zakonodavstva koje propisuje pravo na odbranu (Direktiva 2014/41/EU, čl. 1 st. 3). Također, važno je naglasiti da Direktiva 2014/41/EU ne utječe na obvezu poštovanja temeljnih prava i pravnih načela sadržanih u članu 6 Ugovora o Europskoj uniji (engl. *Treaty on European union*, u daljem tekstu: TEU), uključujući pravo na odbranu osoba koje su podvrgnute krivičnom postupku (čl. 6 st. 4 TEU). Budući da je direktiva sekundarni pravni izvor ona mora biti donesena i usklađena s primarnim zakonodavstvom EU, što Povelja Europske unije o temeljnim pravima iz decembra 2000. (u daljem tekstu: Povelja), nakon stupanja na snagu Ugovora iz Lisabona i izjednačavanjem njenog pravnog dejstva sa pravnim dejstvom Osnivačkih ugovora (TEU i TFEU), jeste. Primjena ovako osmišljenog pravnog instrumenta počela je 22. maja 2017. godine, datuma koji je bio određen kao krajnji rok za sve države članice da usklade svoje nacionalno zakonodavstvo sa odredbama Direktive 2014/41/EU (čl. 36). Dakle, tri godine po njenom donošenju. Međutim, tek praktičnim korištenjem novog pravnog instrumenta, bez obzira na pokušaj anticipiranja svih nedostataka prethodnih pravnih instrumenata/sistema koje je zamijenio, može se dobiti uvid u sporna mjesta pri njegovoj primjeni. Taj uvid pruža jurisprudencija Suda Europske unije (engl. *Court of Justice of the European Union*, u daljem tekstu: CJEU), pri čemu se mora imati u vidu da CJEU pri donošenju odluka na temelju zahtjeva za prethodno odlučivanje, analizira širi okvir pravnog sistema EU i u tom kontekstu tumači načelo međusobnog priznavanja i povezano načelo međusobnog povjerenja između država članica (engl. *mutual trust*). Zadatak koji nije uvijek lak i zahtijeva balansiranje između očuvanja nadređenosti prava EU, s jedne strane, i zaštite ljudskih prava, s druge strane. Stoga, presedani u praksi CJEU nisu iznenađujući. Za ovaj rad najbitniji jeste onaj zauzet u presudi u spojenim predmetima *Aranyosi i Căldăraru* (C-404/15 i C-659/15 PPU), u kojem je CJEU zaključio, suprotno dotadašnjoj praksi, da je načelo uzajamnog priznavanja, odnosno uzajamnog povjerenja među državama članicama, oboriva pretpostavka.

¹ Prilog A – Sadržaj i oblik EIO; Prilog B – Potvrda prijema EIO od strane države izvršiteljice; Prilog C – obavještenje države članice o presretanju telekomunikacija koje će se izvršiti ili koje je izvršeno na njezinu državnom području bez njezine tehničke pomoći i Prilog D – popis 32 krivična djela koja su izuzeta od provjere dvostruke kažnjivosti.

Prije analize do sada donesene tri, odnosno četiri presude, s obzirom da se dvije presude odnose na isti predmet Ivana Gavanozova, nužno je dati kratki prikaz uzajamnog povjerenja među državama članicama kao konstitutivnog elementa načela uzajamnog priznavanja na kojem počiva pravosudna saradnje u krivičnim stvarima EU. To će biti urađeno kroz sažeti prikaz presuda CJEU pri primjeni Europskog uhidbenog naloga (engl. *European arrest warrant*, u daljem tekstu: EAW). Pored analize dvije presude u predmetu Ivan Gavanozov (C-324/17 i C-852/19) koje se tiču prava na djelotvoran pravni lijek protiv izdatog EIO, u radu će biti analizirane i presude u predmetima *HP* (C-724/19) i *Staatsanwaltschaft Graz* (C-16/22). Potonje presude se odnose na tumačenje odredbi Direktive 2014/41/EU u pogledu ko se ima smatrati tijekom izdavanja EIO.

2. Načelo uzajamnog povjerenja među državama članicama kao ne/oboriva pretpostavka

Sve do donošenja presude u spojenim predmetima *Aranyosi i Căldăraru* (C-404/15 i C-659/15 PPU), CJEU isticao se kao snažni zagovornik i zaštitnik načela uzajamnog povjerenja među državama članicama u području pravosudne saradnje u krivičnim stvarima. Autori su saglasni da je do donošenja ove presude, CJEU naglašavao važnost učinkovitosti prava EU, stavljajući je iznad pružanja višeg stepena zaštite temeljnih prava (Ventrella, 2013; Besse-link, 2014; Ostropolski, 2015; Armada & Weyembergh, 2017; Auke, 2020). U prilog tome govore presude u predmetima *Gözütok i Brügge* (C-187/01 i C-385/01), *Advocaten voor de Wereld* (C-303/05), *Radu* (C-396/11) i *Melloni* (C-399/11). Bez obzira na značajna pitanja postavljena u predmetnim slučajevima, poput tumačenja načela *ne bis in idem* (*Gözütok i Brügge*, t. 18 i t. 23), potencijalnom kršenju načela zakonitosti zbog nedovoljne preciznosti 32 krivična djela izuzeta od provjere dvostruke kažnjivosti (*Advocaten voor de Wereld*, t. 13), odbijanju izvršenja EAW ukoliko bi njegovo izvršenje dovelo do kršenja prava tražene osobe zajamčenih Europskom konvencijom o ljudskim pravima (u daljem tekstu: EKLJP) i Poveljom (*Radu*, t. 20), ili odbijanju izvršenja EAW zbog činjenice da nacionalno pravo države članice pruža veći stepen zaštite od onog koji je predviđen Poveljom (*Melloni*, t. 26), CJEU čvrsto je stajao na stanovištu da je uzajamno povjerenje među državama članicama neoboriva pretpostavka. Kao takva ona podrazumijeva da svaka država članica priznaje krivično pravo koje na snazi u drugim državama članicama, čak i ako bi primjena vlastitog nacionalnog prava dovela do drukčijeg ishoda (*Gözütok i Klaus Brügge*, t. 33). Isto tako, izbor Vijeća od 32 taksativno navedena krivična djela temeljen je na načelu uzajamnog priznavanja i „u svjetlu visoke razine povjerenja i solidarnosti među državama članicama, da, bilo zbog njihove inherentne prirode ili zbog izrečene kazne od najmanje tri godine

(...)“ opravdava odstupanje od provjere obostrane kažnjivosti (*Advocaten voor de Wereld*, t. 57). U predmetu *Radu*, CJEU izbjegao je daljnje ispitivanje kršenja temeljnih prava, konkretno da li država izvršiteljica može odbiti izvršenje EAW zbog toga što tražena osoba nije bila saslušana u državi izdateljici prije nego što je on izdat, na način da je konstatovao da Okvirna odluka o EAW sadrži iscrpan popis razloga i izvršenje EAW može se odbiti samo ako je ispunjen jedan ili više njih (*Radu*, t. 36-42). Konačnu potvrdu zaštite nadređenosti prava EU i načela uzajamnog povjerenja među državama članicama dala je presuda u predmetu *Melloni*. Stav CJEU u ovom predmetu bio je da se odredba člana 53 Povelje² ne može tumačiti na način da je dozvoljeno odbiti primjenu odredbi prava EU³, kada je standard zaštite temeljnih prava ponuđen odgovarajućim nacionalnim ustavom viši od onog koji proizlazi iz njenih odredbi. Ovo iz razloga što bi takvo tumačenje podrilo načelo nadređenosti prava EU, jer bi omogućilo državi članici da ne primjenjuje sekundarno pravo EU (Okvirnu odluku o EAW), koje je u potpunosti u skladu sa primarnim pravom EU (Poveljom), u slučaju ako taj propis krši temeljna prava zajamčena ustavom države članice (*Melloni*, t. 58). Posljedično to bi rezultiralo narušavanjem „načela međusobnog povjerenja i priznavanja koja ta odluka nastoji održavati“ i umanjilo njenu učinkovitost (*Melloni*, t. 63).

CJEU osnažio je načelo uzajamnog povjerenja među državama članicama u svom Mišljenju 2/13 datom na Nacrt sporazuma o pristupanju Europske unije Konvenciji za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (u daljem tekstu: Mišljenje 2/13). Ovo načelo je istaknuto kao ključno za omogućavanje stvaranja i održavanja prostora bez unutarnjih granica (Mišljenje 2/13, t. 191). Ukoliko bi EU pristupila EKLJP, načelo uzajamnog povjerenja između država članica onako kako je ono razvijeno u pravu EU bilo bi narušeno i proces stvaranja „sve tješnje povezane unije među narodima Europe“ bio bi osujećen (čl. 1 st. 1 TEU). Iz tačke 166 Mišljenja 2/13 nesporno proizlazi da upravo na načelu uzajamnog povjerenja počiva priroda prava EU i njegova nadređenost nacionalnim zakonodavstvima država članica. Drugim riječima, pretpostavlja se da države članice dijele zajedničke vrijednosti na kojima je zasnovana EU (čl. 2 TEU) i upravo ta pretpostavka opravdava postojanje

² “ Nijedna odredba ove Povelje ne smije se tumačiti kao ograničavanje ili nepovoljno utjecanje na ljudska prava i temeljne slobode, na način na koji ih u njihovim područjima primjene priznaju pravo Unije i međunarodno pravo te međunarodni sporazumi čije su stranke Unija ili sve države članice, uključujući Europsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, te ustavi država članica.”

³ Stupanjem na snagu Ugovora iz Lisabona Povelja o temeljnim pravima Europske unije postala je izvor komunitarnog prava. V. čl. 6 st. 1 TEU, Consolidated version of the Treaty on European Union, *OJ C* 202, 7.6.2016, str. 19.

međusobnog povjerenja među državama članicama (Mišljenje 2/13, t. 168). U Mišljenju 2/13 istaknuto je da:

U mjeri u kojoj EKLJP, time što nalaže da se Unija i države članice smatraju ugovornim strankama ne samo u svojim odnosima s ugovornim strankama koje nisu države članice Unije nego i u svojim uzajamnim odnosima, uključujući kad te odnose uređuje pravo Unije, zahtijeva da jedna država članica provjerava poštovanje temeljnih prava od strane druge države članice, iako pravo Unije nameće uzajamno povjerenje među tim državama članicama, pristupanje može ugroziti ravnotežu na kojoj je Unija utemeljena te autonomiju prava Unije (t. 194).

Na osnovu prethodno citiranog, jasno se može zaključiti da su države članice dužne prilikom provođenja prava EU pretpostaviti da ostale države članice poštuju temeljna prava. U tom kontekstu, one ne samo da ne mogu zahtijevati višu nacionalnu razinu zaštite temeljnih prava od one koju osigurava pravo EU nego ni provjeriti da li je ta druga država članica u konkretnom slučaju doista poštovala temeljna prava koja jamči EU, osim u iznimnim slučajevima (Mišljenje 2/13, t. 192). Uz to, važno je naglasiti da načelo uzajamnog povjerenja među državama članicama nije opće načelo prava EU, već je prepoznato kao načelo od „temeljne važnosti u pravu Europske unije“ (Mišljenje 2/13, t. 191). Ono se može opisati kao svojevrzni „kvazi ustavni aksiom“ čiji sadržaj i domet nije uvijek posve jasan, ali unatoč tome koncepcija načela uzajamnog povjerenja opravdava djelovanje EU pri kreiranju mnogih pravnih instrumenata u nekadašnjem trećem stupu, poput EAW i EIO (Herlin-Karnell, 2014).

Zaokret u praksi CJEU dogodio se presudom u spojenim predmetima *Aranyosi i Căldăraru* (C-404/15 i C-659/15 PPU), u kojoj je zauzet stav da načelo uzajamnog povjerenja među državama članicama može biti dovedeno u pitanje kada je ugroženo apsolutno pravo poput prava na zabranu mučenja, nečovječnog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja (čl. 4 Povelje). Presuda u ovom predmetu je rezultat zahtjeva Hanzeatskog visokog zemaljskog suda u Bremenu, Njemačka, koji je uputio zahtjeve za prethodno odlučivanje CJEU zbog nemogućnosti da samostalno odluči o izvršenjima EAW. U zahtjevima Hanzeatski visoki zemaljski sud u Bremenu navodi da bi se predaja traženih lica trebala proglasiti nedopuštenom shodno članu 73 Zakona o europskom uhidbenom nalogu⁴ i članu 1 stav 3 Okvirne odluke o EAW kojim je propisano

⁴ „U slučaju nepostojanja zahtjeva u tom smislu, pružanje pravne pomoći i prijenos podataka nedopušteni su ako su protivni bitnim načelima njemačkog pravnog poretka. U slučaju zahtjeva na temelju osmog, devetog i desetog dijela, pravna pomoć je nedopuštena ako je protivna načelima sadržanim u članu 6. TEU.”

da njene odredbe ne mijenju obvezu poštovanja temeljnih prava i temeljnih pravnih načela sadržanih u članu 6 TEU⁵ (*Aranyosi i Căldăraru*, t. 45 i 62). Razlozi za to leže u činjenici da su obje države članice, Mađarska i Rumunija, opetovano proglašene odgovornima za kršenje člana 3 EKLJP zbog neispunjavanja minimalnih standarda pritvorskih uslova predviđenih međunarodnim pravom. Pilot presudom u predmetu *Varga i dr. protiv Mađarske*, Mađarska je proglašena odgovornom za kršenje prava iz člana 3 EKLJP zbog zatvaranja aplikanata u premale i prenapučene ćelije (*Aranyosi i Căldăraru*, t. 43). Situacija je skoro istovjetna kada su u pitanju pritvorski uslovi u Rumuniji, u čijem pritvoru se trebao naći gospodin Căldăraru ukoliko bi Njemačka izvršila EAW. Kao i Mađarska, Rumunija je više puta od strane ESLJP proglašena odgovornom za kršenje člana 3 EKLJP zbog prenapučenih, malih i prljavih ćelija koje nemaju dovoljno grijanja i toplu vodu za tuširanje (*Aranyosi i Căldăraru*, t. 60). Pored presuda ESLJP u kojima je utvrđena odgovornost ove dvije države članice zbog kršenja prava iz člana 3 EKLJP, Hanzzeatski visoki zemaljski sud u Bremenu je ovu svoju tvrdnju dodatno potkrijepio izvještajima Europskog vijeća za sprečavanje mučenja ili nečovječnog ili ponižavajućeg postupanja ili kazne iz 2009. i 2013. godine za Mađarsku, te iz 2014. godine za Rumuniju (*Aranyosi i Căldăraru*, t. 44 i 61). Pitanja koja su postavljena CJEU i koja zahtijevaju zajedničko razmatranje su: 1) je li moguće odbiti zahtjev za izručenje tražene osobe ako postoje ozbiljne naznake da uslovi pritvora u državi izdateljici EAW (Mađarskoj/Rumuniji) krše temeljna prava te osobe i opća pravna načela propisana u članu 6 TEU ili članu 1 stavu 3 Okvirne odluke o EAW, te 2) je li moguće otkloniti prepreke predaje tražene osobe putem jamstava pruženih od strane države izdateljice EAW (*Aranyosi i Căldăraru*, t. 46 i 63).

Suprotno dotadašnjem stavu da Okvirna odluka o EAW sadrži iscrpan popis obaveznih i mogućih razloga za odbijanje izvršenje EAW, te ukoliko nije ispunjen niti jedan od njih država izvršiteljica obavezna je po automatizmu izvršiti EAW, CJEU je u presudi *Aranyosi i Căldăraru* zauzeo stav koji predstavlja kompromis između striktno primjene načela uzajamnog priznavanja i s njim u vezi povezanog načela uzajamnog povjerenja između država i faktičkog ostvarenja zajamčenih minimalnih temeljnih prava propisanih pravom EU u svakoj državi članici. U krug obaveznih ili mogućih razloga za odbijanje izvršenja EAW od strane države izvršiteljice ne ulaze nezadovoljavajući pritvorski uslovi (Okvirna odluka o EAW, čl. 3-4). Po prvi puta, CJEU nije stao u zaštitu načela uzajamnog priznanja i nadređenosti prava EU, već je uspostavio dvodijelni test za procjenu izvršenja EAW u slučaju nedostataka u državi izdava-

⁵ V. bilj. 3.

teljici. Prvi dio testa se odnosi na procjenu nedostataka, pri čemu samo utvrđivanje nedostatka nije dovoljno za odbijanje izvršenja EAW. Drugi dio testa uključuje konkretnu procjenu postojanja ozbiljnih razloga za vjerovanje da će osoba biti izložena riziku zbog uslova oduzimanja slobode u državi izdavateljici. Tu konkretnu procjenu pravosudno tijelo države izvršiteljice sačinjava na osnovu dodatnih informacija dobivenih od strane države izdavateljice EAW. Dužnost pravosudnog tijela države izvršiteljice jeste da zatraži dodatne informacija od države izdavateljice EAW kako bi pažljivo procijenilo uslove oduzimanja slobode na njenom teritoriju. Država izdavateljica EAW obvezna je pridržavati se rokova određenih u zahtjevu za dodatnim informacijama. Ukoliko pravosudno tijelo države izvršiteljice, čak i nakon dobivanja dodatnih informacija, zaključi da postoji opasnost da će tražena osoba biti izložena kršenju prava zajamčenog članom 4 Povelje i da ta opasnost ne može biti otklonjena u razumnom roku, obvezno je odlučiti treba li obustaviti postupak predaje (*Aranyosi i Căldăraru*, t. 105). Iluzorno je očekivati da države članice, Mađarska i Rumunija, mogu brzo ispraviti, tačnije „preko noći“, sistemske nedostatke detektovane u presudama ESLJP i izvještajima CPT u vezi s uslovima oduzimanja slobode unutar njihovih teritorija (Auke, 2020). Stoga se smjernice CJEU, koje zahtijevaju traženje dodatnih informacija od države izdavateljice EAW radi temeljite procjene ozbiljnog rizika da će prava tražene osobe biti prekršena u slučaju izvršenja EAW, mogu smatrati suvišnima ili čak kao oblik odugovlačenja postupka ili donošenja konačne odluke. Međutim, one se moraju posmatrati u kontekstu uzajamnog povjerenja među državama članicama. Budući da je uzajamno povjerenje, u konkretnom slučaju između Njemačke i Mađarske i između Njemačke i Rumunije, kao država članica EU, očigledno poljuljano, smjernice nalažu proces kojim se ono nastoji poboljšati ili uspostaviti putem saradnje između pravosudnih tijela države izdavateljice (Mađarske i Rumunije) i države izvršiteljice (Njemačke). Tek u slučaju kada to nije moguće, države izdavateljice EAW biti će uskraćene za izvršenje EAW, bez obzira na to što nezadovoljavajući uslovi oduzimanja slobode nisu izričito navedeni kao razlog za nemogućnost primjene sekundarnog zakonodavstva EU, kao što je Okvirna odluka o EAW.

Presudom u predmetu *LM* (C-216/18 PPU) i primjenom dvodijelnog testa uspostavljenog u predmetu *Aranyosi and Căldăraru*, CJEU je još jednom dao prednost zaštiti ljudskih prava spram očuvanja nadređenosti prava EU. U ovom predmetu presudio je da se država izvršiteljica može, nakon dobivanja dodatnih informacija od strane države izdavateljice EAW, suzdržati od izvršenja EAW ako je izgledno da će pravo tražene osobe na pošteno suđenje pred neovisnim sudom biti prekršeno. Važno je istaknuti da se sadržaj i obim primjene člana 47 stava 2 Povelje podudara sa primjenom člana 6 stava 1 EKLJP (Explanations relating to the Charter of Fundamental Rights, str. 30).

Bitna razlika u odnosu na odluku CJEU u predmetu *Aranyosi i Căldăraru* ogleda se u prirodi prava o kojem je odlučeno. Za razliku od zabrane mučenja i nečovječnog ili ponižavajućeg postupanja ili kazne, pravo na djelotvoran pravni lijek i na pošteno suđenje nije apsolutno pravo i moguće ga je derogirati u određenim situacijama (Šarin, 2015). Svakako, za odluku CJEU u ovom predmetu od izuzetnog značaja bio je obrazloženi prijedlog Europske komisije za pokretanje postupka protiv Poljske u skladu s odredbama TEU radi utvrđivanja očigledne opasnosti od teškog kršenja vladavine prava uslijed provedenih pravosudnih reformi, kao jedne od zajedničkih vrijednosti država članica Europske unije (član 2 TEU).

Na osnovu prethodno sažeto prikazane jurisprudencije CJEU u pogledu primjene načela uzajamnog priznavanja i s njim u vezi načela uzajamnog povjerenja među državama članicama pri primjeni EAW, kao pravnog instrumenta sekundarnog prava EU u području pravosudne saradnje u krivičnim stvarima, opravdano je bilo očekivati da će CJEU slijediti isti pristup pri tumačenju odredbi EIO, kao novog pravnog instrumenta. Međutim, presuda u predmetu *Gavanozov I* (C-324/17) pokazuje suprotno.

U nastavku rada detaljno će biti prikazana dosadašnja praksa CJEU u pogledu primjene EIO, kako u kontekstu zaštite ljudskih prava, tako i u smislu tumačenja koje tijelo države članice ima ovlaštenja da izda EIO. Kao što je u uvodu napomenuto riječ je o ukupno četiri presude, s napomenom da u trenutku pisanja ovog rada CJEU nije još uvijek odlučio o zahtjevima za prethodnu odluku u tri predmeta (C-670/22; C-255/23 i C-285/23).

3. Europski istražni nalog u praksi CJEU

3.1. Činjenični i pravni kontekst predmeta *Ivan Gavanozov I i II*

Prvi puta CJEU bio je pozvan da da tumačenje relevantnih odredbi Direktive 2014/41, odnosno primjene novog pravnog instrumenta EIO, u predmetu *Gavanozova I* (C-324/17). U slučaju *Gavanozov I*, bugarske pravosudne vlasti optužile su gospodina Gavanozova da vodi kriminalnu skupinu osnovanu s ciljem počinjenja poreznih krivičnih djela. Među ostalim optužbama, on je optužen za korištenje fiktivnih društava kako bi uvezao šećer u Bugarsku (putem unutrašnje zajedničke nabavke) iz drugih država članica, uključujući od dobavljača X iz Češke, kojeg predstavlja gospodin Y. Uz postojeće, Specijalizirani kazneni sud odlučio je prikupiti nove dokaze izdavanjem EIO kojim je od češki vlasti zatražio sprovođenje pretresa i privremeno oduzimanje predmeta u prostorijama društva X i domu gospodina Y, te zatražiti ispitivanje gospodina Y u statusu svjedoka putem video konferencije, budući da se on odbio pojaviti na ispitivanju u Bugarskoj. Prema ocjeni Specijaliziranog kaznenog suda, provedba predloženih istražnih mjera bila bi od pomoći pri

razjašnjavanju odnosa između gospodina Gavanozova i gospodina Y, a koji odnos je bitan za sam predmetni krivični postupak. Imajući u vidu okolnosti slučaja, EIO se činio najprikladnijim instrumentom za prikupljanje dodatnih dokaza na području druge države članice (Češke). Nakon što je Specijalizirani kazneni sud odlučio izdati EIO u tu svrhu, suočio se s poteškoćama prilikom popunjavanja odjeljka J EIO u obliku kako je utvrđen u Prilogu A Direktive 2014/41. Pri popunjavanju standardizovanog Priloga A Direktive 2014/41 kojim je propisan sadržaj i oblik EIO, u odjeljku J, tačka 1, potrebno je navesti informacije o tome da li je već upotrijebljeno pravno sredstvo protiv izdavanja EIO uz daljnje pojedinosti (opis pravnog sredstva, uključujući potrebne korake i rokove). Dilema Specijaliziranog kaznenog suda bila je kako odgovoriti na ovo pitanje zbog činjenice da bugarski zakon ne predviđa pravni lijek protiv odluka o naredbi za pretres, privremeno oduzimanje predmeta ili saslušanje svjedoka. Bugarskim zakonodavstvom protiv navedenih istražnih radnji nije propisana mogućnost žalbe, bilo direktno u vidu žalbe protiv sudske odluke, bilo indirektno putem posebnog zahtjeva za naknadu štete. S obzirom na to, Specijalizirani kazneni sud u Bugarskoj odlučio je privremeno obustaviti postupak i uputiti nekoliko prethodnih pitanja CJEU u vezi s tumačenja člana 1 stava 4, člana 6 stava 1.(a) i člana 14 Direktive 2014/41(Gavanozov I, t. 16):

1. Protive li se nacionalno pravo i nacionalna sudska praksa članu 14 Direktive 2014/41 ako ne omogućavaju da se, ni izravnim pravnim sredstvom protiv sudske odluke ni zasebnim zahtjevom za naknadu štete, osporavaju materijalnopravni razlozi sudske odluke o izdavanju EIO kojim se traži provođenje pretresa u stambenom i poslovnom objektu, privremeno oduzimanje određenih predmeta, te ispitivanje svjedoka?
2. Daje li Direktiva 2014/41, izravno i neposredno, zainteresiranoj strani (engl. party concerned) pravo osporiti sudske odluke o izdavanju EIO, čak i ako takav postupak nije predviđen nacionalnim zakonom (ovo pitanje odnosi se na gospodina Gavanozova i gospodina Y u konkretnom slučaju)?
3. Smatra li se osoba protiv koje je podignuta optužnica zainteresiranom stranom, u smislu Direktive 2014/41, u situaciji u kojoj se mjere prikupljanja dokaza odnose na treću osobu (ovo pitanje odnosi se na gospodina Gavanozova u konkretnom slučaju)?
4. Može li se osoba koja živi ili koristi objekat u kojem je proveden pretres i privremeno oduzimanje predmeta ili osoba koja će biti ispitana u svojstvu svjedoka, smatrati zainteresiranom stranom u smislu Direktive 2014/41 (ovo pitanje odnosi se na gospodina Y u konkretnom slučaju)?

CJEU je tek nakon skoro dvije i pol godine, u oktobru 2019, donio svoju odluku koja nije odgovorila niti na jedno od postavljenih pitanja. Koristeći svoje pravo na preformuliranje postavljenih pitanja, CJEU sažeo je četiri pitanja u jedno koje se može parafrazirati na sljedeći način: Kada izdaje EIO, da li je pravosudno tijelo države izdavateljice u odjeljku J Priloga A dužno navesti opis pravnih sredstava kojima se može osporiti izdavanje EIO, ukoliko takva pravna sredstva eventualno postoje u nacionalnom zakonodavstvu države izdavateljice (*Gavanozov I*, t. 23 i 24)? Na navedeno pitanje CJEU dao je negativan odgovor. Drugim riječima, jedina korist ove presude jeste doslovno tumačenje tačke 1 odjeljka J obrasca A Direktive 2014/41: opis pravnog sredstva mora biti uključen samo ako je pravno sredstvo zatraženo protiv EIO. Ovakav formalistički pristup tumačenju odredbi Direktive 2014/41 naišao je na kritike od strane pravnih stručnjaka i praktičara zbog razočaravajuće zaštite prava na odbranu, budući da podržava bugarsko zakonodavstvo koje ne predviđa pravno sredstvo protiv izdavanja EIO na štetu prava optuženog (Wahl, 2020; Materljan & Materljan, 2020). Presuda je okarakterisana kao štura i bez osvrta na ključne elemente čija se analiza očekuju u presudi ovog tipa, te da podržava načelo međusobnog nepovjerenja među državama članicama (Materljan & Materljan, 2020, str. 764-767).

Ovakav odgovor CJEU nije bio zadovoljavajući za Specijalizirani kazneni sud u Bugarskoj. Samo nekoliko sedmica nakon što je donesena presuda u predmetu *Gavanozov I*, Specijalizirani kazneni sud u Bugarskoj odlučio je prekinuti postupak i uputiti novi zahtjev za prethodno odlučivanje u istom predmetu. Ovog puta, umjesto četiri odvojena pitanja, Specijalizirani kazneni sud u Bugarskoj postavio je dva pitanja. Prvo, da li je nacionalni propis države članice koji ne predviđa pravna sredstva protiv izdavanja EIO za pretres stambenih i poslovnih prostorija, privremeno oduzimanje predmeta i saslušanje svjedoka protivan odredbama Direktive 2014/41, njenim uvodnim izjavama iz tačke 18 i 22, te članu 47 i 7 Povelje, odnosno članu 13 i 8 EKLJP (*Gavanozov II*, t. 23). Na temelju odgovora na prvo, ovisi i odgovor na drugo postavljeno pitanje, a to je može li država članica uopće izdati EIO u navedenim okolnostima. Zaključak CJEU u ponovnom odlučivanju u istom predmetu *Gavanozova*, bio je da relevantne odredbe Direktive 2014/41 i s njima u vezi član 47 Povelje, na koje se pozvao Specijalizirani kazneni sud u Bugarskoj u svom zahtjevu za prethodno odlučivanje, treba tumačiti na način da im se protivi nacionalno zakonodavstvo države izdavateljice EIO koje ne predviđa nikakvo pravno sredstvo protiv njegovog izdavanja za provođenje istražnih radnji pretresa, privremenog oduzimanja predmeta i saslušanja svjedoka putem videokonferencije (*Gavanozov II*, t. 63.1). Kao rezultat toga, presudom je Bugarska, kao država članica, isključena je od mogućnosti izdavanja EIO (*Gavanozov II*, t. 63.2).

Obrazloženje presude u predmetu *Gavanozov II* ima poseban značaj s obzirom da se CJEU osvrnuo na načelo uzajamnog povjerenja između država članica. EIO, kao pravni instrument sekundarnog zakonodavstva Europske unije u području pravosudne saradnje u krivičnim stvarima, temelji se na uzajamnom povjerenju i pretpostavci da druge države članice poštuju pravo EU. Međutim, koncepcija načela uzajamnog povjerenja među državama članicama ne podrazumijeva da bi sva odgovornost trebala ležati na tijelima države izvršiteljice, bez obzira na odredbu člana 11 stav 1 tačke (f) Direktive 2014/41 koja im omogućava iznimno odstupanje od primjene tog načela ako postoji osnovana sumnja da bi izvršenje EIO moglo dovesti do povrede temeljnih prava zajamčenih primarnim zakonodavstvom EU. Razlog tome jeste činjenica da je uzajamno povjerenje dvosmjerna ulica, gdje svaka od strana koja učestvuje u odnosu zasnovanom na njemu mora preuzeti prava i obaveze i postupati u skladu sa uspostavljenim pravilima na koje su sve države članice pristale pristupanjem EU. Prebacivanje obaveze provjere da li će zajamčena ljudska prava biti narušena izvršenjem EIO isključivo na državu izvršiteljicu nije u duhu lojalne saradnje i uzajamnog povjerenja. Ukoliko bi se to dopustilo, rezultat bi bio da država izdateljica, koja je *a priori* svjesna da nije pravilno prenijela Direktivu 2014/41 u svoje nacionalno zakonodavstvo, koristi EIO pri čemu odgovornost za zaštitu temeljnih ljudskih prava u potpunosti prepušta državi izvršiteljici. Zbog razlika među nacionalnim zakonodavstvima država članica, država izvršiteljica EIO može, ali i ne mora biti svjesna njihovog kršenja. Kako je istakao nezavisni advokat Bobek u svom Mišljenju datom u predmetu *Gavanozov II*, EIO za kojeg je država izdateljica u trenutku izdavanja svjesna da nije u skladu sa propisanim minimalnim garancijama temeljnih prava ustvari predstavlja antitezu uzajamnom povjerenju i narušava cjelokupni sistem zasnovan na ovom načelu (Mišljenje *Gavanozov II*, t. 82). Prema Bobeku, ako bi državi članici koja svjesno postupa mimo propisanih pravila bilo dopušteno da izda EIO, zaštita temeljnih ljudskih prava bi se pretvorila u igru ruskog ruleta. U toj igri država izdateljica svjesna je činjenice da izdani EIO povrjeđuje temeljna prava, ali ostavlja državi izvršiteljici da to prepozna, te ukoliko država izvršiteljica ne uspije da otkrije ili spriječi povredu, postoji opasnost da ona potencijalno postane sudionik tih povreda i bude međunarodnopravno odgovorna (Mišljenje *Gavanozov II*, t. 85-86).

CJEU je propustio prvu priliku da u presudi *Gavanozov I* na vrijeme ponudi smjernice državama članicama za eventualne izmjene u njihovim nacionalnim zakonodavstvima u kontekstu stepena i obima zaštite ljudskih prava, što bi sigurno doprinijelo boljoj saradnji i međusobnom povjerenju pri provedbi Direktive 2014/41. Presuda u predmetu *Gavanozov II* donijeta je četiri i po godine nakon što je podnesen zahtjev za prethodno odlučivanje u pred-

metu *Gavanozov I*. Kao što je prethodno elaborirano u svojoj osnovi zahtjev za prethodno odlučivanje u predmetu *Gavanozov II* je istovjetan zahtjevu iz predmeta *Gavanozov I*. Ipak, značaj presude *Gavanozov II* je neupitan. Na ovom mjestu treba istaći da za razliku od presuda u predmetima *Aranyosi i Căldăraru* i *LM*, iako se i u ovim predmetima radilo o primjeni sekundarnog zakonodavstva EU u području pravosudne saradnje u krivičnim stvarima (EAW), u presudi *Gavanozov II* CJEU nije ni pokušao balansirati između pretpostavljenog uzajamnog povjerenja i faktičkog ostvarenja zajamčenih minimalnih temeljnih prava propisanih pravom EU u svakoj državi članici. CJEU nije ostavio prostor i rokove u kojem bi države članice trebale pokušati same riješiti nastali problem i ponovo uspostaviti poljuljani odnos uzajamnog povjerenja. Odluka CJEU u predmetu *Gavanozov II* je nedvosmislena. Ona implicira da država članica za koju je utvrđeno da ima sistemske propuste u poštivanju prava na djelotvorno pravno sredstvo, pravo zajamčeno primarnim zakonodavstvom EU- Poveljom, gubi mogućnost izdavanja EIO sve dok te nedostatke ne otkloni u svom nacionalnom zakonodavstvu. U tom kontekstu, ispravan način korištenja uspostavljenog sistema pravosudne saradnje u krivičnim stvarima zasnovanog na načelu uzajamnog priznavanja s kojim je neraskidivo povezano uzajamno povjerenje među državama članicama najbolje je opisan u Mišljenju nezavisnog advokata Bobeka. Koristeći se metaforama advokat Bobek poredi korištenje sistema pravosudne saradnje u krivičnim stvarima i pravnih instrumenata donesenih u tu svrhu sa bontonom za stolom. Ukoliko želite uživati u ručku potrebno je da dođete čistih ruku, jer u suprotnom možete biti zamoljeni da odstupite od stola i vratite se tek što pronađete sapun i izvršite potrebne radnje (Mišljenje, t. 91).

3.2. Predmet HP

Samo mjesec dana nakon presude u predmetu *Gavanozov II*, CJEU donio je presudu u predmetu *HP* (C-724/19). Interesantno je da je i ova presuda donesena na osnovu zahtjeva za prethodno odlučivanje Specijaliziranog kaznenog suda Bugarske. Ovaj sud postavio je pitanje u vezi s tumačenjem definicije „tijela izdavatelja“ EIO, kako je propisana u članu 2 tačka c) podtačka i. Direktive 2014/41⁶. Povod za traženje autentičnog tumačenja definicije „tijela izdavatelja“ jeste dilema Specijaliziranog kaznenog suda Bugarske o zakonitosti dokaza prikupljenih putem četiri EIO koje je izdalo Državno tužilaštvo Bugarske u svrhe vođenja krivičnog postupka protiv osobe HP. HP je osumnjičen da je na državnom području Bugarske i izvan njega prikupljao i stavljao na raspolaganje finansijska sredstva koja bi se koristila za počinjenje terorističkih

⁶ Ovom odredbom propisano je da je „tijelo izdavatelj“: sudija, sud, istražni sudija ili državni tužilac nadležan u dotičnom predmetu.

djela. Kako bi prikupilo dokaze o aktivnostima osobe HP, Državno tužilaštvo Bugarske zatražilo je putem EIO od Njemačke, Austrije, Belgije i Švedske pribavljanje podataka o prometu i lokaciji elektroničke komunikacije budući da je HP telefonski razgovarao s osobama koje borave na području ove četiri države. Sva četiri EIO upućena nadležnim tijelima u Njemačkoj, Austriji, Belgiji i Švedskoj izdalo je Državno tužilaštvo Bugarske bez intervencije i potvrde sudije ili suda, iako je shodno odredbama bugarskog nacionalnog zakonodavstva za prikupljanje podataka koje prosljeđuju operatori elektroničkih komunikacijskih mreža i/ili javnih elektroničkih komunikacijskih usluga u fazi istrage potrebna naredba sudije prvostepenog suda (Zahtjev za prethodnu odluku HP, t. 4). Također, sve četiri države izvršile su EIO, s tim da je jedino Belgija uz tražene podatke dostavila odluku istražnog sudije o priznavanju EIO. Na osnovu prikupljenih dokaza, uključujući i dokaze koji su proizašli iz odgovora država izvršiteljica na četiri upućena EIO, Državno tužilaštvo Bugarske podiglo je optužnicu protiv HP i još pet drugih osoba zbog nezakonitog finansiranja terorističkih djela i sudjelovanja u zločinačkom udruženju radi njihovog finansiranja (HP, t. 22). Specijalizirani kazneni sud je postavio dva pitanja. Prvo, da li je državno tužilaštvo države članice nadležno za izdavanje EIO u smislu odredbe člana 2 tačka c) podtačka i. Direktive 2014/41 kojim se traže podaci o prometu i lokaciji elektroničke komunikacije, ako u skladu sa nacionalnim zakonodavstvom države izdavateljice prikupljanje ove vrste dokaza može odobriti isključivo sud ili sudija? Drugim postavljenim pitanjem Specijalizirani kazneni sud ustvari provjerava mogućnost da sudska naredba, koja je *condition sine que non* za prikupljanje ove vrste dokaza shodno nacionalnom zakonodavstvu države izdavateljice EIO (Bugarske), bude zamijenjena samom činjenicom da je nadležno tijelo države izvršiteljice (državni tužilac ili istražni sudija) priznalo EIO (HP, t. 26). CJEU je odgovorio negativno na oba pitanja.

Odgovor na prvo postavljeno pitanje, CJEU započeo je analizom odredbe člana 2 tačka c) Direktive 2014/41 koja propisuje definiciju „tijela izdavatelja“. U skladu s podtačkom i. predmetne odredbe tijelo izdavatelj jeste „sudija, sud, istražni sudija ili državni tužitelj nadležan u konkretnom predmetu“ ili u skladu s podtačkom ii. „bilo koje drugo nadležno tijelo, kako je određeno u državi izdavateljici, koje u konkretnom slučaju djeluje kao istražno tijelo u krivičnom postupku s nadležnošću za prikupljanje dokaza u skladu s nacionalnim pravom“. Kada EIO izda potonje nepravosudno tijelo s nadležnošću za prikupljanje dokaza, potrebno je da pravilnost EIO, odnosno ispunjenost kumulativno propisanih uslova za njegovo izdavanje, potvrdi pravosudno tijelo iz podtačke i., konkretno sudija, sud, istražni sudija ili državni tužitelj. Stoga, iz same formulacije odredbe člana 2 tačka c) jasno proizlazi da tijelo izdavatelj EIO, u svim situacijama na koje se ona primjenjuje, mora biti nadležno u konkretnom predmetu, bilo kao sudija, sud, istražni sudija ili

državni tužitelj, ili, ako nije pravosudno tijelo, kao tijelo zaduženo za istrage (HP, t. 29). Međutim, prema zaključku CJEU, analiza teksta odredbe člana 2 tačka c) Direktive 2014/41 sama po sebi ne omogućuje utvrđivanje da izraz „nadležan u konkretnom predmetu“ (podtačka i.) ima istovjetno značenje kao izraz „s nadležnošću za prikupljanje dokaza u skladu s nacionalnim pravom“ (podtačka ii.), što znači da se samo na temelju nje ne može odgovoriti na prvo postavljeno pitanje (HP, t. 30). Radi toga, u cilju davanja odgovora na prvo postavljeno pitanje, CJEU pozvao se na ciljeve i kontekst Direktive 2014/41 (HP, t. 32-39). U tom smislu, za izdavanje EIO kojim se traži provođenje određene istražne radnje od strane države izvršiteljice od ključnog značaja jeste nacionalno zakonodavstvo države izdateljice, odnosno odredba člana 6 stav 1 Direktive 2014/41. Ovom odredbom nalaže se procjena nužnosti i proporcionalnosti istražne radnje (član 6 stav 1 tačka a), pri čemu tijelo izdateljice može izdati EIO samo ukoliko je tu istražnu radnju moguće odrediti pod istim uslovima u sličnom domaćem slučaju (član 6 stav 1 tačka b). Zbog toga, samo tijelo koje je nadležno za određivanje takve istražne mjere u skladu sa nacionalnim zakonodavstvom države izdateljice može biti nadležno za izdavanje EIO (HP, t. 35). Iz predmetnog slučaja jasno je da u skladu sa nacionalnim krivičnim zakonodavstvom Bugarske, Državno tužilaštvo nema ovlaštenja da naloži sprovođenje istražne radnje prikupljanja podataka koje prosljeđuju operatori elektroničkih komunikacijskih mreža i/ili javnih elektroničkih komunikacijskih usluga u fazi istrage. Ova istražna radnja shodno odredbama Zakona o krivičnom postupku Bugarske može se poduzeti tek nakon što je sudija prvostepenog suda na zahtjev Državnog tužilaštva donio obrazloženu naredbu za njeno provođenje. Posljedično tome, Državno tužilaštvo Bugarske nije ovlašteno izdati EIO sa takvim zahtjevom. Dodatni problem u predmetnom slučaju jeste činjenica da je shodno Zakonu o europskom istražnom nalogu Bugarske kojim je Direktiva 2014/41 prenesena u nacionalno zakonodavstvo ove države članice, Državno tužilaštvo određeno kao tijelo nadležno za izdavanje EIO u krivičnom postupku, iako ono nije nadležno za određivanje prikupljanja podataka o prometu i lokaciji koji se odnose na telekomunikacije u okviru sličnog nacionalnog postupka, već sudija prvostepenog suda (Zahtjev za prethodnu odluku HP, t. 5). Kako je to navedeno u mišljenju nezavisnog advokata Sánchez-Bordona u ovom predmetu, nadležnost za izdavanje EIO u potpunosti odgovara nadležnosti za izdavanje naloga sličnog sadržaja i dometa u isključivo domaćem postupku u skladu sa nacionalnim zakonodavstvom države članice (Mišljenje HP, t. 52; HP, t. 39-41). Iz tog razloga sama činjenica da je Državnom tužilaštvu Bugarske dodijeljeno svojstvo „tijela izdateljice“ ne znači da je ono ovlašteno samostalno izdati i prosljediti EIO za prikupljanje dokaza o prometu i lokaciji telekomunikacija, jer ta ovlaštenja nema ni prema nacionalnom zakonodavstvu Bugarske. U svrhu davanja potpunog odgovora Specijaliziranom

kaznenom sudu Bugarske na prvo postavljeno pitanje, CJEU pozvao se na presudu u predmetu *Prokuratuur* iz marta 2021 (C-746/18, t. 59). Iako se ova presuda odnosi isključivo na provođenje nacionalne istražne mjere bez prekograničnih implikacija na osnovu koje je državno tužilaštvo države članice prikupilo podatke o prometu i lokaciji određene elektroničke komunikacije, njen uticaj pri tumačenju Direktive 2014/41 je neizbježan. Izreka presude u predmetu *Prokuratuur* glasi da je nacionalni propis države članice, kojim se državnom tužilaštvu čiji je zadatak vođenje istrage i ovisno o slučaju zastupanje optužbe u daljnjem toku postupku, daju ovlastiti za odobravanje pristupa državnog tijela podacima o prometu i podacima o lokaciji za potrebe krivične istrage, protivan relevantnim odredbama Direktive o obradi ličnih podataka i zaštiti privatnosti u sektoru elektroničkih komunikacija (Direktiva 2002/58/EZ od 12. jula 2002) i članu 52 stav 1 Povelje. Za CJEU obaveza jednakosti postupanja državnog tužilaštva, odnosno njegova dužnost da sa jednakom pažnjom ispituje i utvrđuje kako činjenice koje terete osumnjičenog/optuženog, tako i one koje mu idu u korist, nije dovoljna da bi se ono smatralo neovisnim tijelom (trećom stranom) nadležnim za odobrenje pristupa podacima o prometu i lokaciji kojima raspolažu pružatelji usluga elektroničke komunikacije (*Prokuratuur*, t. 56). Sumnja u nepristrasnost državnog tužilaštva pri odobravanju pristupa predmetnim podacima proizlazi iz njegovog zadatka koji uključuje provođenje istrage i, po potrebi, pokretanje postupka pred sudom. S obzirom na tu ulogu, državno tužilaštvo ne ispunjava zahtjev neovisnosti i neutralnosti potreban prilikom davanja odobrenja za pristup podacima, jer istovremeno djeluje i kao stranka u krivičnom postupku. (*Prokuratuur*, t. 54-57). Analogno argumentaciji iznesenoj u presudi *Prokuratuur*, u presudi *HP* CJEU je zaključio da EIO za prikupljanje podataka o prometu i lokaciji elektroničke komunikacije ne može izdati državno tužilaštvo s obzirom da ono ne vodi samo istragu, nego i krivično gonjenje u okviru kasnijeg krivičnog postupka (*HP*, t. 43; Mišljenje *HP*, t. 40).

CJEU je odgovorio negativno i na drugo pitanje: da li priznavanje EIO od strane države izvršiteljice može zamijeniti neispunjenost uslova propisanih članom 6 stav 1 Direktive 2014/41 prilikom njegovog izdavanja od strane države izdateljice.⁷ U predmetnom slučaju, kako je prethodno navedeno, EIO je nepravilno izdao državni tužilac, iako je u okviru sličnog nacionalnog postupka poduzimanje istražne mjere tražene EIO u isključivoj nadlež-

⁷ Član 6 stav 1 glasi: „Tijelo izdateljice može izdati EIO samo kada su ispunjeni sljedeći uvjeti:

(a) izdavanje EIO je potrebno i proporcionalno svrsi postupka iz članka 4. uzimajući u obzir prava osumnjičenika ili okrivljenika; i (b) istražna mjera navedena ili istražne mjere navedene u EIN-u mogle su biti određene u sličnom domaćem slučaju.“

nosti sudije. U presudi je istaknuto da ukoliko bi bilo dopušteno da nadležno tijelo države izvršiteljice samim donošenjem odluke o priznavanju EIO ispravi nepoštivanje uslova za njegovo izdavanje (član 6 stav 1 Direktive 2014/41), to bi moglo ugroziti ravnotežu mehanizma EIO koji počiva na međusobnom povjerenju između država članica. Pri čemu upravo raspodjela nadležnosti između tijela izdavatelja i tijela izvršitelja „predstavlja temeljni element međusobnog povjerenja“ među državama članicama u postupku primjene EIO (*HP*, t. 53). Takav postupak obesmislio bi svrhu odredbe člana 6 stava 1 Direktive 2014/41, koja precizno propisuje uslove koje država izdavateljica mora ispuniti prilikom izdavanja EIO, i priznao bi nadležnosti državi izvršiteljici da se upušta u provjeravanje ispunjenosti osnovnih uslova za izdavanje EIO. Osim toga, odredba člana 9 stav 3 koja nalaže nadležnom tijelu države izvršiteljice da vrati nazad EIO državi izdavateljici ukoliko isti nije izdalo tijelo izdavatelj u skladu s definicijom iz člana 2 tačka c) Direktive 2014/41, postala bi bespredmetna (*HP*, t. 53-55). Konačno, CJEU odlučio je da priznavanje EIO od strane države izvršiteljice, a koji je izdat u cilju pribavljanja podataka o prometu i lokaciji elektroničke komunikacije, ne može zamijeniti zahtjeve koji se primjenjuju u državi izdavateljici. Drugim riječima, ukoliko je EIO izdalo državno tužilaštvo, a u okviru sličnog nacionalnog postupka u državi izdavateljici donošenje ove istražne mjere je u isključivoj nadležnosti sudije, priznavanje EIO od strane države izvršiteljice ne može ispraviti ovu nepravilnost (*HP*, t. 56. 2.)

3.3. Predmet *Staatsanwaltschaft Graz*

Nakon presude u predmetu *HP*, tumačenje definicije „tijela izdavatelja“ EIO iz člana 2 tačka c) Direktive 2014/41 ponovno je razmotreno u svjetlu okolnosti navedenih u zahtjevu za prethodnu odluku Visokog zemaljskog suda u Grazu u predmetu *Staatsanwaltschaft Graz* (C-16/22). Iz sažetog prikaza činjenica i postupka navedenih u zahtjevu za prethodnu odluku proizlazi da je Porezna uprava za porezne krivične predmete i porezne istrage Njemačke (u daljnjem tekstu: Porezna uprava) provodila istragu protiv MS zbog krivičnog djela utaje poreza. U cilju prikupljanja dokaza Porezna uprava izdala i prosljedila EIO Državnom tužilaštvu u Grazu. Njime je Porezna uprava zahtijevala od Državnog tužilaštva u Grazu da od jedne austrijske banke pribavi dokumente koji se odnose na dva bankovna računa otvorena na ime osumnjičene MS za tačno određeni vremenski period. Prilikom popunjavanja standardiziranih obrazaca za izdavanje EIO, Porezna uprava označila je u odjeljku K priloga A uz Direktivu 2014/41 da je EIO izdat od strane pravosudnog tijela. Posljedično, odjeljak L istog priloga kojim se traže podaci o pravosudnom tijelu koje je potvrdilo EIO nije ispunjen. Na zahtjev Državnog tužilaštva u Grazu, sudija za istražni zatvor i pravnu zaštitu (njem. *Haft- und Rechtsschutzrichte-*

rin) Zemaljskog krivičnog suda odobrio je izvršenje EIO, te je na osnovu ovog odobrenja Državno tužilaštvo u Grazu naložilo izvršenje traženih istražnih radnji. Osumnjičena MS podnijela je žalbu Njemačkoj, kao državi izdavateljici EIO, koja nije prihvaćena, ali i Visokom zemaljskom sudu u Grazu zbog odobrenja njegovog izvršenja (Zahtjev za prethodnu odluku *Staatsanwaltschaft Graz*, t. 6). U ovoj situaciji Visoki zemaljski sud u Grazu odlučio je prekinuti postupak priznavanja EIO i zatražiti odgovor od CJEU na pitanje: da li se „pravosudnim tijelom“ i „tijelom izdavatelja“ može smatrati i njemačka Porezna uprava koja je u skladu sa nacionalnim zakonodavstvom Njemačke ovlaštena da za određena krivična djela izvršava prava i obavlja dužnosti državnog tužilaštva (*Staatsanwaltschaft Graz*, t. 23)⁸. Ovim zahtjevom, Visoki zemaljski sud u Grazu zatražio je tumačenje odredbi člana 1 stav 1 prvi podstav i člana 2 tačke c) podtačke i. Direktive 2014/41. Kako definicija EIO propisana u članu 1 stavu 1 prvom podstavu ne sadrži jasno određenje što se smatra „pravosudnim tijelom“, CJEU naveo je da se ova odredba mora tumačiti zajedno sa odredbom člana 2 tačkom c) Direktive 2014/41, kojom je propisana definicija „tijela izdavatelja“ (*Staatsanwaltschaft Graz*, t. 26-27). U obrazloženju presude detaljno je obrazložena razlika između „tijela izdavatelja“ iz podtačke i. i „tijela izdavatelja“ iz podtačke ii. predmetne odredbe. Ona se ogleda u dvije kategorije tijela izdavatelja EIO: pravosudna i nepravosudna tijela. Ta razlika uvjetuje i ovlaštenja za izdavanje EIO. Dok su četiri taksativno nabrojana pravosudna tijela (sudija, sud, istražni sudija i državno tužilaštvo) iz podtačke i. izričito navedena kao tijela izdavatelji EIO, pod uslovom da su nadležna u konkretnom predmetu, „druga tijela“ koja su nadležna da djeluju kao istražna tijela u krivičnom postupku i prikupljaju dokaze u skladu sa nacionalnim pravom iz podtačke ii. mogu izdati i prosljediti EIO samo ukoliko je on potvrđen od strane pravosudnog tijela. Drugim riječima, izdavanje EIO od strane „drugih tijela“ iz podtačke ii. i njegovo prosljeđivanje državi izvršiteljici uvjetovano je odobrenjem „pravosudnih tijela“ iz podtačke i. člana 2 tačke c) Direktive 2014/41 (*Staatsanwaltschaft Graz*, t. 28-36). Unatoč činjenici da je u konkretnom slučaju riječ o Poreznoj upravi koja je u skladu sa nacionalnim zakonodavstvom Njemačke ovlaštena da za odre-

⁸ Prikaz relevantnih odredbi nacionalnog zakonodavstva o ovlaštenjima poreznih tijela za samostalno vođenje krivičnih istraga dat je u Zahtjevu za prethodnu odluku (tačke 8-9). Dodatno, u skladu s članom 33. stavom 1. i 2. Direktive 2014/41, Stalno predstavništvo Savezne Republike Njemačke pri Europskoj uniji izvijestilo je Komisiju 14.3.2017. da pri provođenju samostalnih krivičnih istraga prema nacionalnom zakonodavstvu, porezna tijela preuzimaju ovlasti i obveze državnog odvjetništva i djeluju kao pravosudna tijela u smislu članka 2. točke c) Direktive 2014/41 (*Staatsanwaltschaft Graz*, t. 9).

đena krivična djela izvršava prava i obavlja dužnosti državnog tužilaštva, prema stavu CJEU ona ne spada u taksativno navedena pravosudna tijela iz podtačke i. Kao takva, Porezna uprava može se smatrati tijelom izdavateljem EIO samo ukoliko su ispunjeni uslovi propisanim podtačkom ii. člana 2 tačke (c) Direktive 2014/41 (*Staatsanwaltschaft Graz*, t. 46). Presuda u ovom predmetu, kao i presuda u predmetu *HP*, pokazuju da CJEU pažljivo analizira ovlasti i status tijela koja izdaju EIO sa aspekta diobe vlasti i jasno naglašava potrebu sudske kontrole ukoliko EIO izdaje tijelo koje nije pravosudno, bez obzira na njihova ovlaštenja u nacionalnom zakonodavstvu.

Zaključak

Presude CJEU u predmetima *Gavanozov I i II*, *HP* i *Staatsanwaltschaft Graz* rezultat su praktične primjene EIO, kao novog i jedinstvenog pravnog instrumenta, kreiranog u cilju pojednostavljenja i olakšanja pravosudne saradnje u krivičnim stvarima između država članica EU kada je riječ o prikupljanju dokaza u prekograničnim predmetima. EIO zasniva se na načelu uzajamnog priznavanja, koje je proglašeno „kamenom temeljcem“ (engl. *cornerstone*) pravosudne saradnje u krivičnim stvarima među državama članicama EU na sastanku u Tamperu, te potom i formalnopravno priznato kao temeljno načelo u ovom području nakon stupanja na snagu Ugovora iz Lisabona. Primjena ovog temeljnog načela, pa posljedično i pravnih instrumenata koji se zasnivaju na njemu (EAW, EIO), moguća je isključivo ukoliko postoji uzajamno povjerenje među državama članicama. Kako to proizlazi iz analizirane prakse CJEU u pogledu primjene EAW, uzajamno povjerenje među državama članicama fingiralo je kao neoboriva pretpostavka sve do donošenja presude u spojenim predmetima *Aranyosi i Căldăraru*. Razlog za to jeste činjenica da se podrazumijeva da su države članice svojim pristupanjem EU pristale da dijele i promiču zajedničke vrijednosti na kojima je ona zasnovana, što uključuje poštivanje temeljnih prava pojedinaca zajamčenih njenim primarnim zakonodavstvom. U skladu sa tim, provjera faktičkog stepena poštivanja zaštite temeljenih prava od strane jedne države članice u drugoj državi članici pri primjeni pravnih instrumenata sekundarnog prava EU u području pravosudne saradnje u krivičnim stvarima bila je nedopuštena. Ta provjera dovela bi do narušavanja koncepta uzajamnog povjerenja među državama članicama i posljedično ugrozila nadređenost prava EU, jer bi države članice mogle odbiti primjenu sekundarnog prava, koje je u potpunosti u skladu sa primarnim pravom EU - Poveljom. U tom smislu, prema praksi CJEU do donošenja presude u predmetu *Aranyosi i Căldăraru*, nebitno je da li država članica ne osigurava stvarnu zaštitu prava zajamčenih Poveljom dokle god postupa u skladu sa odredbama sekundarnog zakonodavstva, ili pak, odbija da primjeni sekundarno pravo EU ukoliko je njenim nacionalnom zakono-

davstvo propisan veći stepen zaštite temeljnih prava, jer u oba slučaj narušava nadređenost prava EU i podriva uspostavljeni sistem. No, donošenjem presude u predmetu *Aranyosi i Căldăraru*, te kasnije presude u predmetu *LM*, CJEU napravio je presedan u svojoj praksi, proglašivši uzajamno povjerenje država članica oborivom pretpostavkom. Presude u oba predmeta ticale su se potencijalnog kršenja osnovnih ljudskih prava u slučaju izvršenja EAW, prava na zabranu mučenja i nečovječnog ili ponižavajućeg postupanja ili kazne (*Aranyosi i Căldăraru*) i prava na pošteno suđenje pred neovisnim sudom (*LM*). Zbog prethodno navedenog, a imajući u vidu da se EIO, kao i EAW, temelji na načelu uzajamnog povjerenja između država članica, presuda u predmetu *Gavanozov I* je iznenađujuća. Bez obzira na činjenicu da je zahtjev za prethodno odlučivanje upućen samo jedan dan nakon roka do kojeg su države članice bile obavezne prenijeti Direktivu 2014/41 u svoja nacionalna zakonodavstva, vremenski period od četiri i po godine koliko je trebalo CJEU da u meritumu odgovori na postavljena pitanja je neopravdan. U presudi *Gavanozov I* iz oktobra 2019. godine, umjesto odgovora na pitanje da li država članica koja ne predviđa nikakvo pravno sredstvo protiv izdavanja EIO kojim se traži provođenje pretresa u stambenom i poslovnom objektu, privremeno oduzimanje određenih predmeta, te ispitivanje svjedoka, može izdati isti, CJEU dao je doslovnu interpretaciju kako treba popuniti odjeljak J Priloga A Direktive 2014/41. Nakon ove odluke, CJEU korigirao je svoj stav donošenjem presude *Gavanozov II* u oktobru 2021. godine u istom slučaju. U ovoj, kasnijoj, presudi zaključeno je da država članica koja ne pruža odgovarajuće pravno sredstvo za osporavanje izdavanja EIO radi provođenja predmetnih istražnih radnji, gubi mogućnost izdavanja EIO.

CJEU odlučio je o primjeni EIO u još dva predmeta: *HP* i *Staatsanwaltschaft Graz*. Obje presude odnose se na tumačenje definicije „tijela izdavatelja“ iz člana 2 tačka c) Direktive 2014/41. Iako direktno ne adresirajući pitanje zaštite temeljnih prava, iz obrazloženja ovih presuda jasno proizlazi da CJEU pridaje veliku važnost ravnoteži vlasti, te odlučno sprječava nepravosudna tijela da budu izdavatelji EIO, bez obzira na ovlaštenja koja im nacionalno zakonodavstvo može dodijeliti, osim ako prethodno ne dobiju odobrenje pravosudnih tijela u skladu sa članom 2 tačka c) podtačka ii. Direktive 2014/41. Na kraju, uzimajući u obzir da je EIO relativno novi pravni instrument u okviru pravosudne saradnje u krivičnim stvarima među državama članicama, realno je očekivati da će odluke CJEU u vezi sa trenutno tri otvorena zahtjeva za prethodnu odluku pružiti dodatne smjernice u vezi s njegovom praktičnom primjenom. Bez obzira na pravne dileme s kojima se suočavaju nadležni sudovi država članica pri implementaciji Direktive 2014/41, a koje su uglavnom rezultat razlika između nacionalnih zakonodavstava država članica, EIO nesporno predstavlja značajan korak naprijed u pojednostavljenju procesa prikupljanja dokaza u prekograničnim krivičnim predmetima unutar EU.

Bibliografija

- Armada, I. & Weyembergh, A. (2017). The mutual recognition principle and EU criminal law. U: Fletcher, M., Herlin-Karnell, E., & Matera, C. (eds.). *The European Union as an Area of Freedom, Security and Justice*, 1st ed, (111-136). Abingdon, Oxon; New York, NY: Routledge.
- Auke, W. (2020). *The Principle of Mutual Trust in EU Criminal Law*. Oxford: Hart Publishing.
- Besselink, L. 2014. The Parameters of Constitutional Conflict After Melloni. *European Law Review*, 39(4), 531-552.
- Fletcher, M. (2011). EU criminal justice: beyond Lisbon. U: Eckes C. & Konstadinides T. (eds). *Crime within the Area of Freedom, Security and Justice: A European Public Order*, (10-42). Cambridge: Cambridge University Press.
- Herlin-Karnell, E. (2014). Constitutional Principles in the Area of Freedom, Security and Justice. U: Acosta Arcarazo, D., & Murphy, C. (eds.). *EU Security and Justice Law: After Lisbon and Stockholm*, (38–53). London: Hart Publishing.
- Materljan, I. i Materljan, G. (2020). Europski istražni nalog i nacionalni sustavi pravnih lijekova: pitanje primjerene razine zaštite temeljnih prava u državi izdavanja naloga. *Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu*, 27 (2), 745-769.
- Ostropolski, T. (2015). The CJEU as a Defender of Mutual Trust. *New Journal of European Criminal Law*, 6(2), 166–178. <https://doi.org/10.1177/203228441500600202>
- Peers, S. (2021). EU Criminal Law and Police Cooperation. U: Craig P. & De Búrca G. (eds). *The Evolution of EU Law*, 3rd ed, (752-769). Oxford: Oxford University Press.
- Šarin, D. (2015). Pravo na pristup sudu u praksi Europskog suda za ljudska prava. *Pravni vjesnik*, 31 (3-4), 267-296.
- Satzger, H. (2018). *International and European Criminal Law*, 2nd ed. Munchen: C.H. Beck/Hart/Nomos.
- Ventrella, M. (2013). European Integration or Democracy Disintegration in Measures concerning Police and Judicial Cooperation? *New Journal of European Criminal Law*, 4(3), 290–309. <https://doi.org/10.1177/203228441300400308>.
- Wahl, T. 2020. *First CJEU Judgment on European Investigation Order. Euclid*. Preuzeto sa: <https://eucrim.eu/news/first-cjeu-judgment-european-investigation-order/>.

Dokumenti

- Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union Consolidated version of the Treaty on European Union Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union Protocols Annexes to the Treaty on the Functioning of the European Union Declarations annexed to the Final Act of the Intergovernmental Conference which adopted the Treaty of Lisbon, signed on 13 December 2007 Tables of equivalences, OJ C 202, 7.6.2016, 1–388.
- Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States (2002/584/JHA), OJ L 190, 18.7.2002, 1–20.
- Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector (Directive on privacy and electronic communications), OJ L 201, 31.7.2002, 37–47.
- Directive 2014/41/EU of the European Parliament and of the Council of 3 April 2014 regarding the European Investigation Order in criminal matters, O.J. L 130, 1.5.2014, 1-36.
- European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters, Council of Europe (1959), Strasbourg, 20.4.1959, European Treaty Series No. 30.
- Explanations relating to the Charter of Fundamental Rights, OJ C 303, 14.12.2007, 17–35.
- Green Paper on obtaining evidence in criminal matters from one Member State to another and securing its admissibility, COM(2009) 624 final. Brussels, 11.11.2009.
- Mišljenje Suda 2/13 - Pristupanje Europske unije Europskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (puni sastav) od 18. 12. 2014, *Zbornik sudske prakse – Opći zbornik*, ECLI: ECLI:EU:C:2014:2454.
- Okvirna odluka Vijeća 2003/577/PUP od 22.7.2003. o izvršenju odluka o zamrzavanju imovine i osiguranju dokaza u Europskoj uniji, OJ L 196, 2.8.2003, 45–55.
- Okvirna odluka Vijeća 2008/978/PUP od 18.12.2008. o Europskom dokaznom nalogu u svrhu pribavljanja predmeta, dokumenata i podataka za korištenje u kaznenim postupcima, OJ L 350, 30.12.2008, 72–92.
- Tampere European Council 15 and 16 october 1999, Presidency conclusions. Dostupno na: https://www.europarl.europa.eu/summits/tam_en.htm.

The Convention of 29 May 2000 on mutual assistance in criminal matters between the Member States, OJ C 197, 12.7.2000, 1 and its accompanying Protocol of 16 October 2001, OJ C 326, 21.11.2001, 2.

The Schengen acquis - Convention implementing the Schengen Agreement of 14 June 1985 between the Governments of the States of the Benelux Economic Union, the Federal Republic of Germany and the French Republic on the gradual abolition of checks at their common borders, OJ L 239, 22.9.2000, 19–62.

Sudska praksa

Advocaten voor de Wereld, CJEU, C-303/05, ECLI:EU:C:2007:261.

Aranyosi and Căldăraru, CJEU, C-404/15 and C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198.

Gavanozov I, CJEU, C-324/17, ECLI:EU:C:2019:892.

Gavanozov II, CJEU, C-852/19, ECLI:EU:C:2021:902.

Gözütok and Brügge, CJEU, C-187/01 and C-385/01, ECLI:EU:C:2003:87.

Melloni, CJEU, C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107

Minister for Justice and Equality v LM, CJEU, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586.

Opinion of Advocate General Bobek, 29.4.2021, C-852/19, ECLI:EU:C:2019:312.

Opinion of Advocate General Campos Sánchez-Bordona, 20.5.2021, C-724/19, ECLI:EU:C:2021:414.

Prokuratuur, CJEU, C- 746/18, ECLI:EU:C:2021:152.

Radu, CJEU, C396/11, ECLI: ECLI:EU:C:2013:39.

Request for a preliminary ruling, 1.10.2019, *HP*, C-724/19.

Request for a preliminary ruling, 6.1.2022, *Staatsanwaltschaft Graz*, C-16/22.

Staatsanwaltschaft Graz, CJEU, C-16/22, ECLI:EU:C:2023:148.

Varga and Others v. Hungary - [14097/12](#), [45135/12](#), [73712/12](#) et al., 10.3.2015 [Section II], ECLI:CE:ECHR:2015:0310JUD001409712.

Ena Gotovuša, MA iur.

Senior assistant

University of Sarajevo

Faculty of Law

e.gotovusa@pfsa.unsa.ba

THE EUROPEAN INVESTIGATION ORDER IN THE JURISPRUDENCE OF THE CJEU

Summary

In May 2017, the implementation of Directive 2014/41/EU regarding the European Investigation Order in criminal matters commenced. The European Investigation Order is a unique legal instrument founded on the principle of mutual recognition of judgments and judicial decisions. This principle was declared as ‘the cornerstone’ of judicial cooperation in criminal matters among the European Union member states during the meeting in Tampere and became legally binding for member states after the Lisbon Treaty came into force. This paper analyzes the judgments of the Court of Justice of the European Union in the cases of Gavanozov I and II, HP, and Staatsanwaltschaft Graz, examining the practical application of the European Investigation Order as a novel legal instrument aimed at simplifying the gathering of evidence in cross-border criminal cases within the European Union. Furthermore, the paper explores changes in the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union concerning the principle of mutual trust among member states, a principle crucial for the functionality of legal instruments based on mutual recognition. Changes in the practice of the Court of Justice of the European Union have been highlighted through the judgments in the cases of Aranyosi and Căldăraru, which opened the possibility of challenging the principle of mutual trust among member states, a principle previously assumed as irrefutable. Despite legal challenges in its implementation, the European Investigation Order represents a significant advancement in streamlining the evidence gathering process in cross-border criminal cases among member states. It is anticipated that future decisions of the Court of Justice of the European Union regarding preliminary rulings will further illuminate the practical application of the European Investigation Order.

Keywords: *European Investigation Order, judicial cooperation in criminal matters, principle of mutual recognition of judgments and judicial decisions, principle of mutual trust, jurisprudence of the CJEU*

Dr. sc. Jasminka Gradašćević-Sijerčić

Redovna profesorica

Univerzitet u Sarajevu

Pravni fakultet

j.gradascevic.sijercic@pfsa.unsa.ba

UDK 349.2:061.1 EU

Izvorni naučni rad

ODGOVOR EVROPSKE UNIJE NA IZAZOVE SIGURNOSTI I PREDVIDIVOSTI UVJETA ZAPOSLENJA

Sažetak

Poboljšanje radnih uvjeta u Evropskoj uniji promicanjem transparentnijih i predvidljivijih oblika zaposlenja te osiguravanje prilagodljivosti tržišta rada je glavni predmet analiza izvedenih u ovom radu. U prvom dijelu, u svjetlu novih prilika i izazova se analizira odgovor EU nakon promjena na tržištima rada zbog demografskih kretanja i digitalizacije, što je dovelo do stvaranja novih oblika zaposlenja kojima se podupiru inovacije, stvaranje radnih mjesta i rast tržišta rada. Analiza je koncentrirana na aspekte otvorenih pitanja u pogledu radnih uvjeta i novih oblika zapošljavanja kroz kategorije atipičnog rada i nesigurnosti radnih mjesta s posebnim akcentom na izazove vezane za uvjete rada u svjetlu djelovanja EU. Drugi dio rada obuhvata analize osnovnih standarda vezanih za pravce razvoja zakonodavstva država članica s ciljem transparentnosti i predvidivosti radnih uvjeta. Težište je preneseno na analizu Direktive (EU) 2019/1152 Evropskog parlamenta i Vijeća od 20. juna 2019. godine o transparentnim i predvidivim radnim uvjetima. Analiza je obuhvatila obavezu pružanja informacija i minimalne zahtjeve koji se odnose na radne uvjete vezane za maksimalno trajanje razdoblja probnog rada, dodatno zaposlenje, minimalnu predvidivost rada, mjere za ugovore o radu na zahtjev, prijelaz na drugačiji oblik zaposlenja i obvezno osposobljavanje.

Ključne riječi: *nestandardno zaposlenje, atipični rad, nesigurna radna mjesta, izazovi vezani za radne uvjete, radnik, samozaposlena osoba*

UVOD

Tokom posljednjih tri decenije na tržištu rada Evropske unije/država članica, došlo je do značajnog pomjeranja od standardnog zapošljavanja ka nestandardnom zapošljavanju. Nestandardni oblici zaposlenja vezuju se za različite oblike radnih angažmana koji odstupaju od radnopravnog statusa vezanog za neodređeno vrijeme s punim radnim vremenom. Nestandardni oblici zapos-

lenja obuhvataju: privremeno zaposlenje¹; rad sa nepunim radnim vremenom²; rad posredstvom agencija za privremeno zapošljavanje i druge višestranne radne odnose³; te prikrivene radne odnose i zavisno samozaposlenje⁴. Razlozi ove tendencije na tržištu rada su višestruki. Iako postoje razlike među državama članicama Evropske unije, povećana upotreba nestandardnih oblika zapošljavanja je posljedica transformacija u svijetu rada s obzirom na tehnološke promjene, promjene u privrednoj strukturi država od poljoprivrede i proizvodnje do usluga, povećani pritisak globalizacije, te promjene u organizaciji rada i poslovanja poslodavačkih subjekata.

U posljednjim decenijama 20. stoljeća, države članice Evropske unije su djelimično deregulisale tržište rada sa ciljem povećanja fleksibilnosti i podsticanja rasta radnih mjesta. Reforme su omogućile povećano korištenje nestandardnih oblika zapošljavanja. Pri tome, nestandardni oblici zapošlja-

¹ Privremeno zaposlenje obuhvata radne odnose na određeno vrijeme, ugovore za realizaciju projekta ili zadatka, sezonski, povremeni rad i rad za dnevnicu. U radnom zakonodavstvu država članica Evropske unije, ugovori o radu na određeno vrijeme su uređeni posebnim zakonskim odredbama o razlozima za zasnivanje, maksimalnom trajanju, broju produženja. Povremeni rad je angažovanje radnika na kratak rok odnosno s vremena na vrijeme, s određenim brojem sati ili sedmica. Povremeni rad je posebno povezan s poslovima koji se obavljaju na zahtjev, na digitalnim platformama koje obavljaju nezavisni radnici.

² Zaposlenje sa nepunim radnim vremenom vezuje se za radni odnos kod koga je radno vrijeme kraće od punog radnog vremena. Radni angažman može da podrazumijeva veoma mali broj sati ili izostanak predvidivog fiksnog broja sati jer poslodavac nema obavezu da utvrdi broj radnih sati. Ovakva zaposlenja poznata su pod nazivom „rad po pozivu“, i u pravilu se oslanjaju na ugovore bez naznake radnih sati.

³ Kada radnici nisu neposredno zaposleni od strane poslodavca kome pružaju svoje usluge, oni su strane ugovornih odnosa koji uključuju više subjekta: radnik je poslat na rad i plaćen od strane agencije za privremeno zapošljavanje, ali rad obavlja za poslodavca-korisnika.

⁴ Prema Međunarodnoj organizaciji rada, prikriveno zaposlenje ostavlja „utisak koji se razlikuje od suštinske stvarnosti, s namjerom da ukine ili umanja zaštitu propisanu zakonom“. Prikriveno zaposlenje obuhvata prikrivanje identiteta poslodavca, angažovanjem radnika preko treće strane, ili uključivanjem radnika u obligacioni ugovor umjesto ugovor o radu, pri čemu se radi o suborniranom/zavisnom radu u izvršavanju poslova i zadataka. Zavisno samozaposlenje vezuje se za radne angažmane u kojem radnici obavljaju usluge za nekog poslodavca pod obligacionim ugovorom, ali zavise od jednog ili nekoliko poslodavaca u pogledu primanja, ili dobijaju neposredna uputstva o tome kako se dati posao obavlja.

vidjeti: International Labour Conference, S. 91. (2003). The scope of the employment relationship: fifth item on the agenda: report V. IV, 90. Str. 25.

vanja odražavaju se na sve aspekte radnih uvjeta: zaradu, radno vrijeme, bezbjednost i zdravlje na radu, socijalnu sigurnost, stručno osposobljavanje i druga osnovna načela i prava na radu u mnogo većem obimu u poređenju sa standardnim zapošljavanjem.

U pravnom sistemu Evropske unije, u području zapošljavanja, uvažava se okolnost da radni angažman može i treba imati različite oblike, posebno obzirom na stalne transformacije u svijetu rada. Međutim, iako su nestandardni oblici zapošljavanja postali suvremena karakteristika tržišta rada, mjerama i politikama zbog povećane nesigurnosti radnih mjesta i uvjeta rada nastoji se uspostaviti okvir da bi svaki rad bio dostojanstven. U nastavku rada, u prvom dijelu, analizira se prilagođavanje radnih standarda budućnosti rada u pravu EU u svjetlu transformacija tržišta rada, a u drugom dijelu, regulatorni okvir vezan za obaveze uspostavljanja transparentnih i predvidivih radnih uvjeta u državama članicama Evropske unije.

1. Prilagodavanje radnih standarda budućnosti rada u pravu EU

1.1. Evropska ekonomija prolazi kroz procese zelene, digitalne⁵ i demografske tranzicije,⁶ a Evropska unija (dalje: EU) nastoji i regulativom osigurati da ljudi i njihova dobrobit ostanu u središtu politika i mjera. Konkretnije,

⁵ Evropska unija je za razdoblje od 2019. do 2024. definirala 6 prioriteta na kojima će se raditi. Dva prioriteta su vezana za zelenu tranziciju (Evropski zeleni plan) i digitalnu tranziciju/transformaciju (Evropa spremna za digitalno doba). Ovi prioriteti posebno su istaknuti u okviru Mehanizma za oporavak i otpornost. Evropski zeleni plan je strategija kojom EU nastoji napraviti tranziciju prema ekonomiji u kojoj neće biti emisija stakleničkih plinova i u kojoj ekonomski rast nije povezan s upotrebom resursa. Istovremeno, nastoji se zaštititi, očuvati i povećati prirodni kapital EU, te zaštititi zdravlje i dobrobit građana od rizika povezanih s okolišem. Klimatske promjene i uništavanje okoliša predstavljaju egzistencijalnu prijetnju Evropi i svijetu. Pametna upotreba čistih digitalnih tehnologija može poslužiti kao ključni pokretač djelovanja u području klime i okolišne održivosti. Digitalna tranzicija te pametnija i zelenija upotreba tehnologija pomoći će Evropi da postane prvi klimatski neutralan kontinent do 2050., što je ključni cilj Evropskog zelenog plana. Tehnologija može poboljšati energetske i resursne učinkovitost, olakšati kružnu ekonomiju i dovesti do bolje raspodjele resursa, smanjiti emisije, onečišćenje, gubitak biološke raznolikosti i uništavanje okoliša.

Zeleno radno mjesto“ definira se kao svaka profesionalna aktivnost koja pomaže u zaštiti okoliša i borbi protiv klimatskih promjena. Prepoznaje se u štednji energije i sirovina, promicanju obnovljive energije, smanjivanju otpada i zagađenja te zaštiti bioraznolikosti i ekosistema. Od 2008. godine u sektoru obnovljive energije stvorena su brojna radna mjesta. U tom je sektoru u razdoblju 2009./2010. godine evidentirano oko milion radnih mjesta, a cijeli se sektor pokazao otpornim na krizu. Usvoji li EU ambiciozne klimatske strategije, s ciljem dostizanja 100% energije iz obnovljivih izvora, mogućnosti tog sektora bit će veće. Evropska komisija je 2011. godine izračunala kako bi do 2020. godine moglo biti stvoreno dodatnih 3 miliona radnih mjesta, dok bi se brojku od 6 miliona radnih mjesta moglo dosegnuti do 2050. godine.

Vidjeti: A Green and Digital Transformation of the EU, Ministerial Declaration, 19.03.2021. Dostupno na: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/eu-countries-commit-leading-green-digital-transformation>

⁶ Evropske regije suočene su s dugoročnim demografskim trendovima, od dužine očekivanog života do niže stope nataliteta, starenja društava, smanjenja radne snage, manjih kućanstava i sve veće urbanizacije. Prema uočenim trendovima, produženje životne dobi i smanjenje stope nataliteta u EU ima za posljedicu starenje stanovništva i smanjivanje broja dostupnih radnika. Projekcije ukazuju da će se broj zaposlenih stanovnika (15-65 godina) u EU smanjiti za oko 15% u sljedećih 50 godina. Rezultat naznačenog je mijenjanja Evrope iz društva u kojem na svaku osobu iznad 65 dolaze 4 zaposlene osobe u društvo koje će 2050. godine imati omjer 2:1.

EU je opredijeljena da treba osigurati jaku socijalnu Evropu za pravednu tranziciju i oporavak,⁷ što podrazumijeva da „napredak prema održivoj, pravednoj i uključivoj socijalnoj Evropi zahtijeva snažnu zajedničku predanost, kako unapređenju Programa UN-a za održivi razvoj do 2030., tako i provedbi i ostvarenju načela i prava sadržanih u Evropskom stupu socijalnih prava”.⁸ U tom okviru, države članice se podstiču da provodeći svoje politike i mjere, promiču pravednu tranziciju vezanu za stvaranje dostojnog rada i kvalitetnih radnih mjesta u skladu s nacionalno definiranim prioritetima i strategijama razvoja. Konkretnije, polazi se od stava da su socijalna pravda, dostojan rad s pristojnim platama, jednake mogućnosti, poštena mobilnost te stabilni sistemi socijalne sigurnosti ključni elementi pravedne tranzicije za održivu i socijalnu Evropu.⁹

⁷ Prema istraživanjima, 9 od 10 sudionika (88 %) socijalnu Evropu smatra posebno važnom. Izvor: Posebni Eurobarometar 509 o socijalnim pitanjima.

⁸ Komunikacija Evropske komisije od 14.1.2020. godine naslovljena „Jaka socijalna Evropa za pravednu tranziciju” (COM(2020)0014); Evropski parlament, Rezolucija o jakoj socijalnoj Evropi za pravednu tranziciju, 17. decembar 2020. (2020/2084(INI), (2021/C 445/11)

⁹ Rezolucija Evropskog parlamenta od 17. 12. 2020. o jakoj socijalnoj Evropi za pravednu tranziciju (2020/2084(INI)) tač.1-3 navodi :“... EU je započela prelazak na niskouglično, klimatski neutralno, resursno učinkovito i kružnu ekonomiju koja mora osigurati najviše standarde socijalne pravde, povećane dobrobiti, socijalnog napretka, sigurnosti, prosperiteta, jednakosti i uključenosti i načela da se nikoga ne zapostavlja; vjeruje da je održivi razvoj duboko ukorijenjen u evropskom projektu i evropskim vrijednostima te da je socijalna održivost temeljni preduvjet za poštenu i uključivu zelenu, digitalnu i demografsku tranziciju; ustraje na tome da se, kako bi se smanjile nejednakosti, ti procesi moraju uobličiti u tranziciju koja može pružiti socijalne mogućnosti i zajednički prosperitet; naglašava da su socijalna pravda, dostojan rad s pristojnim plaćama, jednake mogućnosti, poštena mobilnost i čvrsti sistemi socijalne sigurnosti ključni elementi pravedne tranzicije u održivu i socijalnu Evropu”.

U Parizu, 2015.godine, postignut je dogovor o novim ciljevima u borbi protiv klimatskih promjena. Pariški sporazum stupio je na snagu 4. novembra 2016., pošto je ispunjen uvjet ratificiranja od najmanje 55 država odgovornih za najmanje 55 % globalnih emisija stakleničkih plinova. Sve zemlje EU-a ratificirale su sporazum. Pariški sporazum postignut na COP 21 2015. Dostupno na: <https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement>

2.1. Na tržištu rada EU, kontinuirano se poboljšavaju i političke i zakonodavne mjere usmjerene na dimenzije fleksibilnosti i sigurnosti kako za radnike tako i za poslodavce u okviru modela fleksigurnosti¹⁰ kao okvira i pravca za razvoj radnog zakonodavstva. Fleksigurnost na tržišti rada primijenjena na pravi način može dovesti do *win-win* situacije uspostavljajući ravnotežu između interesa rada i kapitala. Od početka 21. stoljeća na tržištu rada na tlu Evrope posebno je uočljiva povećana fleksibilnost zaposlenja. Prema procjenama Eurostata u Anketama o radnoj snazi¹¹: 25% svih ugovora o radu u 2016. godini obuhvatalo je „nestandardne” oblike zaposlenja, da bi u zadnjih deset godina više od 50% svih novih radnih mjesta bilo vezano za „nestandardne”¹² radne odnose. Udio zaposlenih s ugovorima na određeno vrijeme je u značajnom porastu, pri čemu prema istraživanjima, veliki i rastući udio ugovora na određeno vrijeme nisu odraz volje radnika nego čest oblik zaposlenja. Istovremeno je i udio radnika koji rade nepuno radno vrijeme u ukupnoj zaposlenosti također u porastu. Prema anketama o radnoj snazi, 80% radnika koji rade s nepunim radnim vremenom taj oblik radnopravnog statusa odabiru radi: porodičnih obaveza, obrazovanja ili obuke, zdravstvenih razloga ili zato što ne žele raditi puno radno vrijeme. Međutim, petina radnika (25%) koji rade nepuno radno vrijeme žele posao s punim radnim vremenom. U 2022. godini prema Eurostatu bilo je zaposleno 75% (193,5 miliona) osoba u dobi od 20 do 64 godine u EU, što je najveći udio zaposlenih zabilježen od početka 2009. godine. Prema podacima, u 2018. godini u 28 država članica EU-a je bilo 8,3 miliona zaposlenih radnika s nepunim radnim vremenom,

¹⁰ Koncept fleksigurnosti kao okvir za razvoj radnog prava teži i na razini EU i nacionalnim razinama država članica omogućiti tržištu rada da postane fleksibilnije uz maksimiziranje sigurnosti radnika imajući u vidu izazove u vezi s jazom između postojećih pravnih okvira i stvarnosti tržišta rada. Fleksigurnost se definira kao integrirana strategija za povećanje fleksibilnosti i sigurnosti na tržištu rada uz poštovanje zajedničkih načela. Zajednička načela fleksigurnosti uključuju: a) ravnotežu između prava i odgovornosti za poslodavce, radnike, tražitelje posla i javne vlasti; b) prilagođavanje posebnim okolnostima, tržištima rada i industrijskim odnosima država članica; c) smanjenje jaza između insajdera i autsajdera na tržištu rada; d) fleksibilnost pri zapošljavanju i otpuštanju praćenu sigurnim prijelazima s posla na posao; e) podršku ravnopravnosti spolova kao i pružanje jednakih mogućnosti migrantima, mladim, invalidima i starijim radnicima; f) klimu povjerenja i dijaloga između javnih vlasti i socijalnih partnera; g) pravednu raspodjela troškova i koristi.

Vidjeti: Commission Green Paper of 22 November 2006. entitled “Modernising labour law to meet the challenges of the 21st century” [COM(2006) 708].

¹¹ Anketa o radnoj snazi, 2019. Dostupno na: https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Employment_statistics/hr.

¹² Tradicionalno „standardni,” radni odnos vezuje se za kriterije trajanja radnog odnosa i radno vrijeme odnosno za radni odnos na neodređeno vrijeme s punim radnim vremenom.

7,6 miliona osoba bilo je raspoloživo za posao, ali nije tražilo posao, a još 2,2 miliona tražilo je posao, a da pritom nije moglo početi raditi u kratkom roku odnosno ukupno 18,1 miliona osoba je u EU-28 u 2018. doživjelo situacije nezaposlenosti. Prilagodljivost novih oblika zaposlenja na promjene u ekonomiji otvorila je tržište rada i za osobe koje su ranije bile isključene, posebno u odnosu na žene i stariju populaciju. Iako dostupni podaci ukazuju da je rad na crno raširen u svim državama članicama, postoje velike teškoće u procjenama. Rad na crno narušava tržišno natjecanje te potkopava financiranje sistema socijalne sigurnosti.¹³

3.1. Na tlu Evrope, radno pravo je vezano prije svega za zakonodavne aktivnosti država, s obzirom na paradigmu radnog prava oslonjenu na obrazac da je pojedinac-radnik ekonomski slabija strana u radnim odnosima. Naime, državnim zaštitnim radnim zakonodavstvom poništavaju se negativni aspekti slobode ugovaranja u kontekstu radnih odnosa zbog nejednakosti radnika kao strane individualnog radnog odnosa ako bi se dosljedno primjenjivala samo načela obligacionog prava. Zaštitnički stav prema radniku kao slabijoj strani u radnom odnosu tradicionalno je evropsko objašnjenje pojave i postojanja radnog prava kao samostalne pravne discipline. Radnicima su osigurana prava državnim intervencijom, u pravilu, mnogo više i češće nego autonomnim dogovaranjem sindikata i poslodavaca. Potreba za modernizacijom radnog prava u državama članicama oslonjena je na četiri razloga: a) evropska i međunarodna ekonomska integracija; b) razvoj novih tehnologija, posebno u informacijskim i komunikacijskim područjima; c) demografsko starenje evropskih društava, koje dovodi u opasnost održivost sistema socijalne sigurnosti; i d) razvoj segmentiranih tržišta rada u mnogim državama, gdje istodobno postoje i relativno zaštićeni i nezaštićeni radnici. Pravom EU utvrđen je zaštitni okvir u pogledu radnih uvjeta, radnog vremena, sigurnosti i zdravlja na radu te jednakog postupanja i mogućnosti bez obzira na osobna svojstva pojedinaca. Radna zakonodavstva država članica EU utemeljena su na radničkom zaštitnom zakonodavstvu i kolektivnom pregovaranju, pri čemu državno zaštitno radno zakonodavstvo formalno ograničava slobodu ugovaranja, u pravilu, osiguravajući nederogabilna prava, prava koja se ne

¹³ Vidjeti: Ključni izazovi za evropska tržišta rada-zajednička analiza socijalnih partnera, Udruženje poslodavačkih i industrijskih konfederacija Evrope (UNICE), Evropska udruga obrta i MSP-a (UEAPME), Evropski centar poduzeća u javnom vlasništvu i od općeg ekonomskog interesa (CEEP) i Evropska konfederacija sindikata (ETUC)

Dostupna na: www.business-europe.eu; www.ueapme.com; www.etuc.org; www.ceep.eu

mogu isključiti ili zboutprijebiti ugovoranjem, pri čemu su uvjeti rada među najboljima na svijetu.

Ali svijet rada se stalno mijenja, dopunjava i modificira, posebno zbog uticaja IV industrijske revolucije. Novi oblici i modeli poslovanja koji imaju za posljedicu novu organizaciju rada, nove oblike radnih odnosa i radnih angažmana, donose nove prilike i izazove. Posljedica trendova u svijetu rada, ukazuje da zaposlenje više ne može poslužiti kao paradigma unutar koje se isključivo promatra radni odnos zbog dinamičnosti promjena na tržištu rada.¹⁴

U daljem dijelu rada je osvrt na neke aspekte otvorenih pitanja u pogledu radnih uvjeta i novih oblika zapošljavanja kroz kategorije atipičnog rada i nesigurnosti radnih mjesta s posebnim akcentom na izazove vezane za uvjete rada u svjetlu djelovanja EU.

1.1. Nestandardno zaposlenje - atipični rad i nesigurna radna mjesta

U skladu sa zaključcima Međunarodne organizacije rada iz februara 2015. godine, postoje četiri široke kategorije nestandardnog zapošljavanja: (1) privremeno zaposlenje, (2) rad sa nepunim radnim vremenom, (3) rad posredstvom agencija za privremeno zapošljavanje i drugi oblici zaposlenja koji uključuju više strana, i (4) prikriveno i zavisno samozaposlenje¹⁵.

U Rezoluciji Evropskog parlamenta o uvjetima rada i nesigurnosti radnih mjesta¹⁶ iz jula 2017. godine, zatražno je od Evropske komisije (dalje: Komisija) i država članica da riješe pitanje nesigurnih radnih mjesta, uključujući neprijavljeni rad i lažno samozapošljavanje, kako bi sve vrste ugovora o radu osiguravale dostojanstvene radne uvjete uz odgovarajuću socijalnu zaštitu u skladu s Programom za dostojanstven rad Međunarodne organizacije rada, članom 9. Ugovora o funkcioniranju EU (dalje: UFEU), Poveljom EU o temeljnim pravima i Evropskom socijalnom poveljom.¹⁷ Kako je već konstatirano, tokom zadnjih decenija u EU je porastao broj radnika s ugovorima na odre-

¹⁴ Bilić, A. (2011). Transformacija radnopravnog odnosa. *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 32 (2), 755-792.

¹⁵ International Labour Office (2015). Non-standard forms of employment: report for discussion at the Meeting of Experts on Non-Standard Forms of Employment. Geneva. "Conclusions of the Meeting of Experts on Non-Standard Forms of Employment", GB.323/POL/3. Dostupno na: http://www.ilo.org/gb/GBSessions/GB323/pol/WCMS_354090/lang-en/index.htm

¹⁶ Rezolucija Evropskog parlamenta od 4. jula 2017. o uvjetima rada i nesigurnosti radnih mjesta (2016/2221(INI)), SL C 334, 04.07.2017. Str. 92.

¹⁷ Vidjeti: Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions — Establishing a European Pillar of Social Rights (COM(2017) 250 final, 26.4.2017.)

đeno vrijeme i ugovorima s nepunim radnim vremenom. Novi oblici zapošljavanja se razlikuju od tradicionalnih standardnih oblika obzirom da se kod novih oblika zapošljavanja često mijenja odnos između poslodavca i radnika kao i radna struktura i organizacija rada, što može dovesti do porasta lažnog samozapošljavanja, pogoršanja radnih uvjeta i smanjenja socijalne zaštite. Pri tome, kategorije radnih angažmana vezane za oznake “netipičan- atipičan”¹⁸ i „nesiguran”rad nisu sinonimi. Definicija “atipičnog rada”¹⁹ se odnosi na radne odnose koji nisu u skladu sa standardnim ili tipičnim modelom zaposlenja koje se vezuje za puno radno vrijeme u pravilu na neodređeno vrijeme, s jednim poslodavcem tokom dužeg vremenskog razdoblja.

Nesigurno radno mjesto znači radno mjesto koje nije u skladu sa standardima EU niti s međunarodnim i nacionalnim normama i propisima i/ili kojim se ne mogu steći dostatni resursi za pristojan život ili odgovarajuća socijalna zaštita. Atipični oblici zaposlenja mogu dovesti do većeg rizika od neizvjesnosti i nesigurnosti poput rada s nepunim radnim vremenom, rada na određeno vrijeme, rada po ugovoru bez radnog vremena te neplaćenog stažiranja i pripravnštva. Nesigurna radna mjesta su ovisna o vrsti ugovora, ali i o privremenoj prirodi posla, nejasnog radnog vremena i obaveza koje se mijenjaju zbog rada prema potrebi; zaštiti od otkaza i nedostatak socijalne sigurnosti u slučaju otkaza; plati koja nije dostatna za pristojan život; zaštiti od svih oblika diskriminacije; mogućnosti za napredovanje na tržištu rada ili razvoju karijere i usavršavanju; razini kolektivnih prava, zaštiti zdravlja i sigurnosti na radu.²⁰

1.2. Izazovi vezani za uvjete rada

Iako je zapošljavanje putem radnopravnog statusa i dalje dominantno u cijeloj EU, evropska tržišta rada karakteriziraju i sve raznolikiji novi oblici radnih angažmana. Pojedini novi oblici zapošljavanja posljedica su neophodne potrebe za fleksibilnošću poslodavaca u organizaciji poslovanja ili želje radnika. Međutim, otvorena pitanja u pogledu radnih uvjeta doprinose značajnoj

¹⁸ Eurofound (2015.), „Novi oblici zapošljavanja”, Ured za publikacije EU, Luksemburg.; Eurofound (2017.), Aspekti nestandardnih oblika zapošljavanja u Europi”, Eurofound, Dublin; Eurofound (2020.), Programski dokument za razdoblje 2021. – 2024.: prema oporavku i otpornosti, Dublin.

¹⁹ European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions: Atypical work. Dostupno na; <https://www.eurofound.europa.eu/observatories/eur-work/industrial-relations-dictionary/atypical-work>

²⁰ Vidjeti: Rezolucija Evropskog parlamenta od 19. oktobra 2010. o radnicama u nesigurnom položaju.

segmentaciji tržišta rada. Prema istraživanjima koje provodi i prati Eurofound zajedno s Međunarodnom organizacijom rada, utvrđeno je sedam dimenzija kvalitete radnih mjesta, i to: fizičko okruženje, intenzitet rada, kvaliteta radnog vremena, socijalno okruženje, vještine i razvoj, mogućnosti i zarada.²¹ Svaka od naznačenih dimenzija ima implikacije i predstavlja izazove vezane za uvjete rada. U daljem dijelu rada je kratka naznaka utvrđenih izazova u kontekstu uvjeta rada odnosno nesigurnosti radnih mjesta.

(1) Prema procjenama EU, jedan od najznačajnijih izazova u kontekstu uvjeta rada je primjerena plata. Primjerena plata je ključan element životnih i radnih uvjeta radnika i njihovih porodica. Kako bi se u cijelom EU-u osigurali minimalni standardi za primjerene minimalne plate i istodobno poduprlo kolektivno pregovaranje, Komisija je u oktobru 2020. godine predstavila prijedlog direktive o primjerenim minimalnim plaćama, uz poštivanje nacionalnih tradicija i autonomije socijalnih partnera.²² Procijenjeno je da, iako je plaćenost rada u nadležnosti država članica, velike razlike u standardima za ostvarivanje primjerene minimalne plate stvaraju razlike na jedinstvenom tržištu, te se u cilju djelotvornosti to može najbolje riješiti na razini EU. Predloženom, a u oktobru 2022. godine donesenom Direktivom (EU) 2022/2041²³ utvrđuje se okvir za minimalne standarde ostvarivanja primjerene plate uz poštivanje nadležnosti država članica za postavljanje viših standarda i nedovođenje u pitanje uloge koju države članice mogu povjeriti socijalnim partnerima u skladu s nacionalnim tradicijama. U skladu s čl. 153. st. 2. tač. (b) UFEU direktivom se podupiru i dopunjavaju mjere država članica pomoću minimalnih uvjeta kroz postepenu provedbu. Posebno je značajno da se direktiva u pogledu personalne primjene vezuje za sve osobe/radnike ako ispunjavaju kriterije koje je utvrdio Sud EU u pogledu definicije „radnika”. Na taj način se uklanja rizik da se iz područja primjene direktive isključe radnici u nestandardnim oblicima zaposlenja, kao što su radnici u kućanstvu, radnici na zahtjev, radnici na ugovoru o radu s prekidima, lažno samozaposleni, radnici koji rade putem platformi i pripravnici. Države članice imaju obavezu da donose mjere potrebne radi usklađivanja s ovom Direktivom do 15. novembra 2024. godine.

²¹ Eurofound (2020). Programski dokument za razdoblje 2021. – 2024.: prema oporavku i otpornosti. Dublin, str. 17.

²² Prijedlog Direktive Evropskog parlamenta i Vijeća o primjerenim minimalnim plaćama u EU, COM/2020/682 final.

²³ Direktiva (EU) 2022/2041 Evropskog parlamenta i Vijeća od 19. oktobra 2022. o primjerenim minimalnim plaćama u EU, Službeni list Evropske unije L 275/33.

(2) Sljedeći važan izazov je nestajanje tradicionalno jasnog razgraničenja između radnika²⁴ i samozaposlene osobe²⁵ s obzirom na sve veću heterogenost u zapošljavanju. Naime, proširenje koncepta subordinacije kao bitnog elementa radnopravnog statusa²⁶ dovelo je do kompleksnosti u identifikaciji radnog odnosa. Iako je subordinacija i dalje najvažniji kriterij identifikacije postojanja radnog odnosa, u teoriji radnog prava javlja se mišljenje prema kojem subordinaciju kao kriterij treba zamijeniti kriterijem ekonomske ovi-

²⁴ U EU se postavlja pitanje treba li koncept radnika u kontekstu evropskih mjera definirati prema konceptu definiranom na EU razini ili definiranje treba prepustiti državi članici u kojoj se određena mjera ima primijeniti. Mišljenja su podijeljena. Budući da ni evropsko radno zakonodavstvo ne definira pojam radnika, definiranje je prepušteno Sudu EU. «Radnik je osoba koja se obavezuje prema nalogima i uputama poslodavca za njega i pod njegovim nadzorom obavljati određeni posao u zamjenu za plaću.» Ovakvu definiciju pojma radnika postavio je Sud EU u presudi C. 179/90 (*Merci Convenzionali Porto di Genova spa v Siderurgica Gabrielli spa*), te C. 66/85 (*Deborah Lawrie-Blum v Land Baden Württemberg*). Vidjeti: www.curia.eu.int.

²⁵ Izvan konteksta slobode kretanja, nije bilo presuda u kojima je Sud EU-a definirao pojam samozaposlenih osoba.

članom 56. Ugovora o funkcioniranju EU-a regulirano je obavljanje djelatnosti samozaposlene osobe. Sloboda kretanja radnika razlikuje se od slobode pružanja usluga i poslovnog nastana s obzirom na to da je kod posljednjih riječ isključivo o samozaposlenim osobama, a ne o radnicima. Ugovor ne definira pojam “samozaposlena osoba”, već je Sud EU-a u predmetu *Jany i drugi v. Staatssecretaris van Justitie* utvrdio da su, za razliku od radnika, samozaposleni izvan odnosa subordinacije u pogledu izbora poslova, uvjeta rada i uvjeta plaćanja naknade, osobno odgovaraju za posao koji obavljaju te im pripada naknada izravno i u punom iznosu. Sud je u navedenoj presudi utvrdio da je prostitucija pružanje usluga uz naknadu, što potpada pod pojam ekonomske aktivnosti te je riječ o samozaposlenim osobama. Presuda: *Jany i drugi protiv Staatssecretaris van Justitie*, C-268/99, EU:C:2001:616, par. 70.

U predmetu *Barkoci i Malik* Sud EU-a utvrdio je kako samozaposlena osoba može obavljati i trgovačke, industrijske i obrtničke djelatnosti. Presuda: *The Queen protiv Secretary of State for the Home Department, ex parte Julius Barkoci i Marcel Malik*, C-257/99, EU:C:2001:491, par. 43.

²⁶ Model tradicionalnog radnog odnosa utemeljen je na subordinaciji. Radnik u zamjenu za sigurnost predaje poslodavcu dio svoje neovisnosti, budući da se u izvršenju rada, kojeg izvršava *lege artis*, podvrgava nalogima i uputama poslodavca. Ovaj model više ne odgovara u potpunosti zbog pojave i širenja novih oblika rada u kojima radnici uživaju veći stupanj autonomije u izvršavanju poslova i zadataka svog radnog mjesta.

snosti.²⁷ Konkretnije, pri identifikaciji postojanja ugovora o radu kod radnika koji su u obavljanju svog rada u velikoj mjeri ili u potpunosti autonomni, subordinacija kao kriterij te identifikacije nije pouzdan. To je posebno vidljivo u kontekstu pojave ranjivih samozaposlenih osoba koje rade putem platformi i u nesigurnim radnim uvjetima. Evropska komisija je u februaru 2021. godine pokrenula savjetovanje sa socijalnim partnerima o mogućem smjeru djelovanja EU.

(3) Nadalje, kao posljedica digitalizacije, otvaraju se potpuno novi aspekti nadzora, upotrebe podataka i primjene alata za algoritamsko upravljanje. Sistemi umjetne inteligencije često se primjenjuju za odabir kandidata za posao, praćenje radnog opterećenja, definiranje naknada, upravljanje napredovanjima ili povećanju učinkovitosti procesa. Procijenjeno je da se rješavanjem problema algoritamskog donošenja odluka, posebno uklanjanjem rizika od pristranih odluka, diskriminacije i manjka transparentnosti, može povećati povjerenje u sisteme koji se temelje na umjetnoj inteligenciji, promicati njihova primjena te zaštititi temeljnih prava.

(4) Rad na daljinu je zbog pandemije postao pravilo, a prema procjenama, dugoročno će ostati u široj upotrebi organizacije rada i poslovanja. Rad na daljinu nudi mogućnost sinergije i ravnotežu između poslovnog i privatnog života. U svrhu zaštite osnovnih prava na radu i u vezi s radom, Evropski parlament donio je 21. januara 2021. godine rezoluciju o pravu na isključivanje.²⁸ Konstatovano je da sve veća upotreba digitalnih alata za potrebe rada dovodi do kulture „stalne povezanosti na mrežu” i „stalne dostupnosti” ili „stalnih dežurstava”, te može imati štetne učinke na osnovna prava radnika i na pravedne radne uvjete, uključujući pravednu naknadu, ograničenje radnog vremena i ravnotežu između poslovnog i privatnog života, zdravlje i sigurnost na radu, kao i na ravnopravnost muškaraca i žena zbog nerazmjernog učinka na radnike koji o nekome moraju skrbiti, a to su obično žene. Konkretnije, zaključeno je da se digitalna tranzicija treba voditi načelom poštovanja ljudskih prava kao i temeljnih prava i vrijednosti EU sa pozitivnim učinkom na radnike i radne uvjete. U rezoluciji se Komisija poziva da sačini prijedlog direktive o minimalnim standardima i uvjetima kako bi se osiguralo da radnici mogu iskoristiti svoje pravo na isključivanje. Posebno se ističe uloga socijalnih partnera u utvrđivanju i provedbi mjera u pogledu prava na isključivanje te u pronalaženju odgovarajuće ravnoteže između iskorištavanja prilika koje digitalizacija donosi na radnom mjestu i suočavanja s izazovima

²⁷ Betten, L. (1995). *The Role of the Contract in transforming Labour Relations*. U: L. Betten, (ur.), *The Employment Contract in transforming Labour Relations*. Kluwer law international, 7.

²⁸ Rezolucija Evropskog parlamenta od 21. januara 2021. s preporukama Komisiji o pravu na isključivanje (2019/2181(INL)), (2021/C 456/15)

koje te prilike predstavljaju. U tu je svrhu, u rezoluciji kao prvi korak predloženo da socijalni partneri provedbene mjere poduzmu u roku od tri godine.

2. Okvir za evropsko tržište rada putem transparentnih i predvidivih radnih uvjeta

Uspostavljanje okvira za pravedne radne uvjete i postizanje ravnoteže između fleksibilnosti i sigurnosti tržišta rada u EU je kompleksan i delikatan zadatak s obzirom da istovremeno treba:

- a) garantirati zaštitu osnovnih prava svih radnika,
- b) dugoročno poboljšavati produktivnost u korist poslodavaca, te
- c) omogućiti konvergenciju radi ostvarivanja boljih životnih i radnih uvjeta diljem EU.

Ipak, bez obzira na sve izazove, EU ostaje vjerna socijalnom tržišnom privređivanju, te nastoji svojim mjerama i politikama uspostaviti okvir da se tržišno natjecanje ne odvija na štetu radničkih prava i socijalne sigurnosti. Donesena detaljna pravila za funkcioniranje jedinstvenog tržišta i slobode kretanja, predstavljala su ishodište i za okvir minimalnih pravila o radnim odnosima i pravima radnika, s obzirom da jedinstveno tržište ne može biti potpuno ili u potpunosti integrirano bez uvođenja i provedbe slobode kretanja radnika i minimalnih zajedničkih propisa o uvjetima rada.

Jedna je od značajnih mjera u uspostavljanju okvira za pravedne radne uvjete i postizanje ravnoteže između fleksibilnosti i sigurnosti tržišta rada vezana za provedbu Evropskog stupa socijalnih prava.²⁹ U ostvarenju utvrđenih načela je donesena Direktiva (EU) 2019/1152 Evropskog parlamenta i Vijeća od 20. juna 2019. godine o transparentnim i predvidivim radnim uvjetima u EU

²⁹ Evropski stup socijalnih prava je dokument EU koji naznačava 20 osnovnih načela i prava kao potporu pravednim i funkcionalnim tržištima rada i socijalnim sistemima. Načela i prava su strukturirana u tri kategorije: jednake mogućnosti i pristup tržištu rada, pravedni radni uvjeti, socijalna zaštita i uključenost. Dokument je prihvaćen 17.11. 2017. godine. U okviru druge kategorije "Pravedni radni uvjeti" naznačena su načela i prava vezana za: sigurno i prilagodljivo zaposlenje, plaće, informacije o uvjetima zaposlenja i zaštita u slučaju dobivanja otkaza, socijalni dijalog i uključenost radnika, ravnoteža između poslovnog i privatnog života, zdravo, sigurno i dobro prilagođeno radno okruženje te zaštita podataka.

Evropska komisija je 26. aprila 2017. i zatim 21. septembra 2017. godine pokrenula dvije faze savjetovanja s evropskim socijalnim partnerima o mogućem smjeru i sadržaju djelovanja EU u skladu s članom 154. Ugovora o funkcioniranju EU. Socijalni partneri nisu pokrenuli postupak dijaloga radi uspostavljanja ugovornih odnosa u tom području, uključujući sporazume, kako je predviđeno u članu 155. UFEU-a. Dostupno na: https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/social-summit-european-pillar-social-rightsbooklet_hr.pdf

(dalje: Direktiva (EU) 2019/1152).³⁰ Direktivom se podupire peto (sigurno i prilagodljivo zaposlenje³¹) i sedmo načelo (informacije o uvjetima zaposlenja i zaštiti u slučaju otkaza³²) Evropskog stupa socijalnih prava.

2.1. Direktiva (EU) 2019/1152

Direktiva objedinjuje i uvezuje dva međusobno povezana otvorena pitanja. Prvo, evaluacijom Direktive 91/533/EEZ o obavezi poslodavca da obavijesti radnike o uvjetima koji se primjenjuju na ugovor o radu ili radni odnos (dalje: Direktiva o pisanoj izjavi)³³ provedenom u okviru Programa za primjerenost

³⁰ Sl. l. 186, 11.7.2019, str. 105–121, <http://data.europa.eu/eli/dir/2019/1152/oj>

³¹ Sigurno i prilagodljivo zaposlenje:

- a) Bez obzira na vrstu i trajanje radnog odnosa radnici imaju pravo na pravedno i jednako postupanje u pogledu radnih uvjeta, pristupa socijalnoj zaštiti i osposobljavanja. Potiče se prijelaz prema zapošljavanju na neodređeno vrijeme.
- b) U skladu sa zakonodavstvom i kolektivnim ugovorima osigurava se potrebna fleksibilnost poslodavaca da se brzo prilagode tržišnim promjenama.
- c) Potiču se inovativni oblici zapošljavanja kojima se osiguravaju kvalitetni radni uvjeti. Potiču se poduzetništvo i samozapošljavanje. Olakšava se profesionalna mobilnost.
- d) Sprečava se zaključivanje radnih odnosa s nesigurnim radnim uvjetima, uključujući zabranu zlouporabe nestandardnih ugovora. Probni rad trebao bi se zaključiti u razumnom roku.

³² Informacije o uvjetima zaposlenja i zaštita u slučaju dobivanja otkaza:

- a) Radnici imaju pravo na početku zaposlenja u pisanom obliku biti upoznati sa svojim pravima i obavezama koji proizlaze iz radnog odnosa, uključujući probni rad.
- b) Prije dobivanja otkaza, radnici imaju pravo biti upoznati s razlozima za njegovo dobivanje i mora im se dati razuman otkazni rok. Radnici imaju pravo pristupa djelotvornom i nepristranom rješavanju sporova, a u slučaju neopravdanog otkaza imaju pravo na pravnu zaštitu, uključujući primjerenu kompenzaciju.

³³ Sl. l. 288, 18.10.1991., str. 32.

i učinkovitost propisa (REFIT) Evropske komisije³⁴ utvrđeni su nedostaci u personalnom i materijalnom području primjene Direktive o pisanoj izjavi te su naznačena moguća rješenja za poboljšanje njezine djelotvornosti. Drugo, tokom javnog savjetovanja o Evropskom stupu socijalnih prava istaknuta su nepodudaranja važeće pravne stečevine EU u području socijalnih prava i aktuelnih kretanja na tržištu rada. Evropski parlament je u Rezoluciji o uvjetima rada i nesigurnosti radnih mjesta iz jula 2017. pozvao Evropsku komisiju na preispitivanje Direktive o pisanoj izjavi kako bi se u obzir uzeli novi oblici zaposlenja. Evropski ekonomski i socijalni odbor i Odbor regija su u svojim mišljenjima o Evropskom stupu socijalnih prava istaknuli nedostatke u zaštiti radnika i potrebu djelovanja na razini EU kako bi se uspostavio okvir za pravedne radne uvjete te postigla ravnoteža fleksibilnosti i sigurnosti. Direktivom (EU) 2019/1152 utvrđuju se minimalna prava koja se odnose na svakog radnika u EU koji ima ugovor o radu ili je u radnom odnosu u skladu sa zakonom, kolektivnim ugovorima ili praksom primjenjivom u svakoj državi članici, uzimajući u obzir sudsku praksu Suda.³⁵

³⁴ Program za primjerenost i učinkovitost propisa (REFIT) uspostavljen je 2012. godine radi pojednostavljenja propisa EU-a i smanjenja nepotrebnih regulatornih troškova bez smanjenja ostvarenih koristi. REFIT je dio programa Komisije za bolju regulativu. Tim programom Komisija osigurava da se zakonodavstvom EU-a ostvaruju namjeravane koristi za pojedince i poduzeća pojednostavljivanjem postojećih zakona EU-a i smanjenjem birokracije gdje god je to moguće. Njime se nastoji postići da zakonodavstvo EU-a bude jednostavnije, ciljanije i da se lakše poštuje. REFIT je posebno koristan za male i srednje poslodavce/mala i srednja poduzeća, koja predstavljaju 99 % svih poduzeća u EU-u, jer na njih mogu posebno utjecati administrativna opterećenja i složena pravila. Komisija redovito prati napredak tog programa pomoću pregleda uspješnosti REFIT-a, kojim se prate sve faze inicijativa za pojednostavljenje propisa. U godišnjem pregledu opterećenosti navodi se pregled nastojanja EU-a za pojednostavljenje i smanjenje opterećenja, uključujući najvažnije inicijative REFIT-a. Program rada Evropske komisije u Prilogu o REFIT-u sadržava prijedloge za revizije i inicijative za procjenu kvalitete postojećeg zakonodavstva EU-a. https://commission.europa.eu/law/law-making-process/evaluating-and-improving-existing-laws/refit-making-eu-law-simpler-less-costly-and-future-proof_hr

³⁵ Vidjeti: Kotulovski, K. (2021). Direktiva (EU) 2019/1152 o transparentnim i predvidivim radnim uvjetima u Europskoj uniji – univerzalna zaštita za sve postojeće i buduće oblike zapošljavanja. *Zagrebačka pravna revija*, 10 (1).

2.1.1. Svrha, predmet i područje primjene

Prema naznakama, opći cilj Direktive (EU) 2019/1152 je poticanje sigurnijeg i predvidljivijeg zaposlenja uz istovremeno osiguravanje prilagodljivosti tržišta rada te poboljšavanje životnih i radnih uvjeta. Istovremeno, posebni ciljevi kao alat u ostvarenju općeg cilja su: (1) poboljšavanje pristupa informacijama za radnike o njihovim radnim uvjetima; (2) poboljšavanje radnih uvjeta za sve radnike, a posebno radnike u novim i nestandardnim oblicima zaposlenja uz zadržavanje prostora za fleksibilnost i inovacije na tržištu rada; (3) poboljšavanje usklađivanja sa standardima radnih uvjeta na temelju osnažene provedbe i (4) povećavanje transparentnosti na tržištu rada uz izbjegavanje propisivanja pretjeranih opterećenja za poslodavce svih veličina.³⁶

Direktiva (EU) 2019/1152 je novi instrument kojim se zamjenjuje Direktiva o pisanoj izjavi u nastojanjima da se osigura transparentnost u pogledu radnih uvjeta za sve radnike i definiraju nova materijalna prava radi povećavanja predvidivosti i sigurnosti radnih uvjeta, posebno za radnike u nesigurnim oblicima zaposlenja. To se ostvaruje posebno rješenjima iz poglavlja II³⁷ o pružanju ažuriranih ključnih informacija o radnom odnosu svim radnicima u EU, uključujući radnike koji su isključeni iz područja primjene Direktive o pisanoj izjavi, s obzirom da je državama članicama ostavljena nadležnost za definiranje pojmovi „radnik” i „radni odnos”.

Istovremeno, Direktivom (EU) 2019/1152 se upotpunjuju i sljedeći sekundarni izvori prava EU:

a) Direktiva 96/71/EZ o upućivanju radnika u okviru pružanja usluga.³⁸ U članu 6. Direktive (EU) 2019/1152 utvrđuju se pisani podaci koji se moraju pružiti radnicima koji su poslani u inozemstvo, uključujući radnike koji su upućeni u drugu državu članicu EU;

b) Direktiva Vijeća 97/81/EZ o radu s nepunim radnim vremenom³⁹ i Direktiva Vijeća 1999/70/EZ o radu na određeno vrijeme.⁴⁰ Članom 10. Direktive (EU) 2019/1152 dopunjuju se odredbe naznačenih direktiva koje su posebno

³⁶ Čl.1 Direktive (EU) 2019/1152

³⁷ Čl. 4-7 Direktive (EU) 2019/1152

³⁸ Direktiva 96/71/EZ Evropskog parlamenta i Vijeća od 16. 12. 1996. o upućivanju radnika u okviru pružanja usluga, Sl. l. 18, 21.1.1997, str. 1-6.

³⁹ Direktiva Vijeća 97/81/EZ od 15. 11.1997. o okvirnom sporazumu o radu s nepunim radnim vremenom koji su sklopili UNICE, CEEP i ETUC ,Sl. l. 014, 20.1.1998.

⁴⁰ Direktiva Vijeća 1999/70/EZ od 28.6.1999. o okvirnom sporazumu o radu na određeno vrijeme zaključenog od strane ETUC-a, UNICEA-a i CEEP-a ,Sl. l. 175, 10.7.1999.

usmjerene na radnike u nepunom radnom vremenu i radnike zaposlene na određeno vrijeme, uvođenjem mogućnosti da radnik zatraži oblik zaposlenja s predvidljivijim i sigurnijim radnim uvjetima, ako je to moguće, i da od poslodavca primi pisani odgovor.

c) Direktiva 2008/104/EZ o radu preko agencija za privremeno zapošljavanje.⁴¹ U članu 2. Direktive (EU) 2019/1152 utvrđuju se kriteriji za određivanje statusa radnika i poslodavaca te u članu 1. u kojem je navedeno da funkcije poslodavca može obavljati više od jednog subjekta.

d) Odredbama poglavlja III. Direktive (EU) 2019/1152 podupire se organiziranje radnog vremena kojim se štiti sigurnost i zdravlje radnika, što je obuhvaćeno Direktivom 2003/88/EZ o određenim vidovima organizacije radnog vremena.⁴²

2.1.2. Domen primjene Direktive (EU) 2019/1152

Personalno područje primjene Direktive (EU) 2019/1152 vezano je za utvrđenje pojma „radnik”. U pravu EU, Sud EU-a ima odlučujuću ulogu u određivanju pojma “radnik” osiguravajući da se tumačenje pojma “radnik” i primjena zakonodavstva EU provode i tumače na jednak način u svim državama članicama. Sud EU je postepeno određivao značenje pojma “radnik”, proširivao njegovu definiciju, ostavljajući nacionalnim sudovima da utvrđuju činjenično stanje. Drugim riječima, iako nacionalni sudovi donose konačnu odluku o dodjeljivanju statusa radnika, uzimajući u obzir okolnosti konkretnog slučaja, odluku o tome tko će se smatrati radnikom trebaju donijeti u skladu s EU pravom i kriterijima utvrđenim od strane Suda EU.⁴³ Konkretnije, pri provedbi Direktive (EU) 2019/1152 treba uzeti u obzir tumačenje kriterija u

⁴¹ Direktiva 2008/104/EZ Evropskog parlamenta i Vijeća od 19.11.2008. o radu putem agencija za privremeno zapošljavanje, Sl. l. 327, 5.12.2008.

⁴² Direktiva 2003/88/EZ Evropskog parlamenta i Vijeća od 4.11.2003. o određenim aspektima organizacije radnog vremena, Sl. l. 299, 18.11.2003.

⁴³ Dio teoretičara smatra da značenje pojma “radnik” u pravu EU ima dvije dimenzije. Prva dimenzija odnosi se na situacije kada je potrebna uniformna interpretacija pojma “radnik” u državama članicama, te se u tim situacijama primjenjuje definicija radnika u pravu EU. Druga dimenzija odnosi se na primjenu nacionalnih definicija pojma “radnik” u slučajevima kada se putem nacionalnog prava implementira direktiva EU te se nacionalna definicija pojma “radnik” interpretira u svjetlu evropskog prava.

Vidjeti: Davies, A. C. L., 2012, str. 115.

pojmovnom određenju radnika koje je dao Sud EU.⁴⁴ Pod uvjetom da ispunjavaju te kriterije, radnici u kućanstvu, radnici s ugovorima o radu na zahtjev, radnici na ugovoru o radu s prekidima, radnici koji rade putem platformi i pripravnici mogu biti obuhvaćeni područjem primjene ove Direktive. Samoza-
poslene osobe nisu obuhvaćene područjem primjene ove Direktive. Posebno se podcrtava da zlouporaba statusa samozaposlene osobe u odnosu na rješenja u nacionalnom pravu, bilo na nacionalnoj razini, bilo u prekograničnim situacijama, predstavlja oblik lažno prijavljenog rada koji je često povezan i s neprijavljenim radom. Lažno samozapošljavanje vezuje se za situacije kada se pojedinci prijave kao samozaposlene osobe iako ispunjavaju uvjete koji su specifični za radni odnos, s ciljem izbjegavanja određenih pravnih ili fiskalnih obaveza. U tim situacijama i takve osobe trebale bi biti obuhvaćene područjem primjene ove Direktive s obzirom da utvrđivanje statusa radnika treba temeljiti i na činjenicama koje se odnose na stvarno obavljanje rada, a ne na tome kako stranke opisuju svoj odnos.

Direktiva (EU) 2019/1152 u članu 1. st. (3) daje prostor državama članicama da obaveze iz Direktive ne primjenjuju na radnike koji su u radnom odnosu s prethodno utvrđenim i stvarnim radnim vremenom od prosječno tri sata sedmično ili manje u referentnom razdoblju od četiri uzastopne sedmice. Vrijeme rada kod svih poslodavaca koji čine isto poduzeće, grupu ili subjekt, ili pripadaju istom poduzeću, grupi ili subjektu, uračunava se u taj prosjek od tri sata. Ovo rješenje je novi pristup u odnosu na isključivanje radnika iz

⁴⁴ Sudskom praksom utvrđeno je da je radnik svaka osoba koja obavlja aktivnosti za poslodavca tokom određenog razdoblja uz predviđeno dobivanje naknade. Pitanje “radnika“ Sud EU najčešće je regulirao u odnosu na prirodu, trajanje i kvalitetu rada. Pojam radnika uvjetovan je činjenicom da mora biti riječ o stvarnoj aktivnosti, a ne o sporednom i pomoćnom poslu. Ekonomske aktivnosti ocijenjene su u presudama Suda EU kao stvarne i istinske, iz čega proizilazi da se pojam “radnik” ekstenzivno tumači.

Vidjeti: Peročević, 2017, str. 319-343.

Presude Suda EU:

3.7.1986., Deborah Lawrie-Blum protiv Savezne zemlje Baden-Württemberg, C-66/85, ECLI:EU:C:1986:284;

14.10.2010., Union Syndicale Solidaires Isère protiv premijera i ostalih, C-428/09, ECLI:EU:C:2010:612;

9.7.2015., Ender Balkaya protiv Kiesel Abbruch- und Recycling Technik GmbH, C-229/14, ECLI:EU:C:2015:455;

4.12.2014., FNV Kunsten Informatie en Media protiv Nizozemske, C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2411;

17.11.2016., Betriebsrat der Ruhrlandklinik gGmbH protiv Ruhrlandklinik gGmbH, C-216/15, ECLI:EU:C:2016:883.1

osobnog područja primjene kako je to utvrđeno u Direktivi o pisanoj izjavi,⁴⁵ za koje je evaluacijom u okviru programa REFIT zaključeno da se nedosljedno primjenjuju i da se njime isključivao sve veći broj radnika. Ako radno vrijeme nije unaprijed određeno poput angažmana na osnovu ugovora o radu na zahtjev, ovaj izuzetak se ne primjenjuje s obzirom da obim zajamčenog plaćenog rada nije utvrđen prije početka rada.

2. 1. 3. Informacije o radnim odnosima

Poslodavac je obavezan svakom radniku dati potrebne informacije u pisanom obliku ili se, pod uvjetom da su dostupne radniku, mogu pohraniti i ispisati, a poslodavac zadržava dokaz o prijenosu ili primanju, u elektroničkom obliku.

⁴⁵ Prema rješenjima u čl. 1. st. 2 Direktive 91/533/EEZ države članice su imale mogućnost da se Direktiva ne primjenjuje na radnike koji imaju ugovor o radu ili radni odnos: (a) čije ukupno trajanje ne prelazi jedan mjesec, i/ili čije sedmično radno vrijeme ne prelazi osam sati; ili (b) koji je povremene i/ili specifične prirode, ako je, u tim slučajevima, njezino neprimjenjivanje opravdano objektivnim razlozima.

Pravo na pisanu obavijest o ključnim podacima radnog odnosa⁴⁶ je temeljno pravo Direktive (EU) 2019/1152 s obzirom na nastojanje da se otklone sve moguće dileme i nepoznanice u odnosima između radnika i poslodavca pri zasnivanju ili nastavljanju radnog odnosa. Većinu nabrojanih podataka poslodavac mora dostaviti osobno radniku pisanim putem u roku od sedam dana od prvog radnog dana, dok za ostale u roku od mjesec dana.

2. 1. 4. Minimalni standardi za pojedine aspekte radnih uvjeta

Direktiva (EU) 2019/1152 utvrđuje zaštitu minimuma standarda u pogledu šest aspekata uvjeta rada vezanih za: a) maksimalno trajanje razdoblja probnog rada, b) dodatno zaposlenje, c) minimum predvidivosti rada, d) ugovore o radu na zahtjev, e) prijelaz na drugačiji oblik zaposlenja i f) obavezno osposobljavanje.⁴⁷ Dakle, države članice mogu u skladu s nacionalnim pravom ili praksom putem socijalnog dijaloga/kolektivnog ugovaranja predvidjeti i

⁴⁶ Informacije o ključnim aspektima radnog odnosa prema čl. 4.st. (2) Direktive (EU) 2019/1152 sadrži podatke o identitetu poslodavca i radnika/stranaka u radnom odnosu; mjestu rada (ako nema stalnog ili glavnog mjesta rada, načelo da je radnik zaposlen na različitim mjestima ili može slobodno utvrditi svoje mjesto rada, kao i mjesto sjedišta ili, prema potrebi, domicil poslodavca); radno mjesto ili kratku specifikaciju ili opis rada; datum otpočinjanja rada; trajanje radnog odnosa/u slučaju radnog odnosa na određeno vrijeme, krajnji datum ili očekivano trajanje radnog odnosa; u slučaju radnika zaposlenih preko agencija za privremeno zapošljavanje, identitet poduzeća korisnika, ako je i čim je poznat; trajanje i uvjete probnog rada, ako postoji; pravo na osposobljavanje koje osigurava poslodavac, ako postoji; trajanje plaćenoga godišnjeg odmora na koji radnik ima pravo ili, ako se to ne može navesti u trenutku davanja informacija, načine odobravanja i utvrđivanja plaćenoga godišnjeg odmora; postupak otkazivanja i trajanje otkaznih rokova, ili, ako se trajanje otkaznih rokova ne može navesti u trenutku davanja informacija, način određivanja takvih otkaznih rokova; naknadu za rad, uključujući osnovni iznos i ostale dijelove, vremenski period i način isplate naknade za rad na koju radnik ima pravo; dužini i rasporedu radnog vremena - organizacija radnog vremena i njegova raspodjela prema određenom obrascu koji utvrđuje poslodavac; ako je obrazac rada u potpunosti ili uglavnom nepredvidiv, poslodavac radnika mora obavijestiti o: a) načelu da je raspored rada promjenjiv, broju zajamčenih plaćenih radnih sati i naknadi za rad obavljen preko zajamčenih sati; b) referentnim satima i danima unutar kojih se od radnika može tražiti da radi; c) minimalnom razdoblju nakon obavijesti na koji radnik ima pravo prije početka radnog zadatka te prema potrebi o roku u kojem poslodavac može otkazati prihvaćeni radni zadatak; kolektivnim ugovorima kojima se uređuju radni uvjeti; identitet ustanova socijalne sigurnosti koje primaju doprinose povezane s radnim odnosom i zaštitu u okviru socijalnog osiguranja koje pruža poslodavac, ako je to odgovornost poslodavca.

⁴⁷ Čl. 8-13 Direktive (EU) 2019/1152

povoljnije odredbe u pogledu utvrđenih minimalnih standarda koji se odnose na uvjete rada.⁴⁸

a) Trajanje probnog rada utvrđuje se u najdužem trajanju od šest mjeseci, osim ako duže trajanje nije opravdano prirodom radnog mjesta ili je u interesu radnika. Ukoliko se radi o radnom odnosu na određeno vrijeme, trajanje razdoblja probnog rada treba da bude razmjerno očekivanom trajanju ugovora i prirodi posla. U slučaju obnove ugovora o radu na istom radnom mjestu i s istim zadacima, ne može se uvesti probni rad. Utvrđenim standardima za probni rad konkretizira se peto načelo st. (d) (d) Evropskog stupa socijalnih prava vezano za određenje: "Probni rad trebao bi se zaključiti u razumnom roku."

b) U kontekstu dodatnog zaposlenja odnosno prava na dvostruko ili višestruko zaposlenje utvrđuje se da poslodavac ne može spriječiti svog radnika od ugovaranja dodatnog zaposlenja⁴⁹ izvan dužine i rasporeda radnog vre-

⁴⁸ Čl. 14 Direktive (EU) 2019/1152

⁴⁹ Klauzule o isključivosti ili klauzule o nespojivosti.

mna⁵⁰ niti zbog toga nepovoljno postupati prema radniku.⁵¹ Ostavljena je mogućnost utvrđivanja izuzetaka u pogledu prava na dodatno zaposlenje ukoliko je to opravdano legitimnim razlozima poput zaštite zdravlja i sigurnosti, zaštite poslovne povjerljivosti, integriteta javne službe ili sprečavanje sukoba interesa.

c) U situacijama kada je oblik organizacije radnog vremena i njegove raspodjele koji utvrđuje poslodavac (obrazac rada) u potpunosti ili djelomično nepredvidiv, radnik ima obavezu da radi, samo ako je poslodavac:

⁵⁰ Raspored kojim se utvrđuju sati i dani kada obavljanje posla počinje i završava.

⁵¹ Izmjene i dopune Zakona o radu Republike Hrvatske iz 2022.godine vezane su i za obavezu implementacije u radno zakonodavstvo Republike Hrvatske dvije evropske direktive: Direktive o transparentnim i predvidivim radnim uvjetima u EU te Direktive o ravnoteži između poslovnog i privatnog života roditelja i pružatelja skrbi. Jedan od instituta koji je reguliran je i dodatan rad radnika. Radnik koji je zaposlen i radi u punom radnom vremenu kod jednog poslodavca (matični poslodavac) odnosno, radi u nepunom radnom vremenu kod više matičnih poslodavaca, tako da je njegovo ukupno radno vrijeme 40 sati sedmično, može dodatno raditi na temelju ugovora o dodatnom radu za drugog poslodavca. Za dodatni rad nije potrebna pisana suglasnost matičnog poslodavca, već je radnik dužan prije početka rada kod drugog poslodavca pisanim putem obavijestiti svakog matičnog poslodavca o sklopljenom ugovoru o dodatnom radu s drugim poslodavcem. Zakon daje pravo poslodavcu da pisanim putem zatraži od radnika da prestane obavljati dodatan rad kod drugog poslodavca, ako za to postoje objektivni razlozi, posebno ako je to protivno zakonskoj zabrani natjecanja ili ako se dodatni rad obavlja unutar rasporeda radnog vremena radnika kod matičnog poslodavca. U slučaju kada je zahtjev matičnog poslodavca za prestanak obavljanja dodatnog rada postavljen zbog obavljanja rada unutar rasporeda radnog vremena radnika kod matičnog poslodavca, radnik je dužan najkasnije u roku od tri dana prilagoditi radno vrijeme kod drugog poslodavca. Ugovor o dodatnom radu ne mogu zaključiti radnici koji rade na poslovima s posebnim uvjetima rada u skladu s propisima o zaštiti na radu, radnici koji rade u skraćenom radnom vremenu na poslovima na kojima, uz primjenu mjera zaštite zdravlja i sigurnosti na radu, nije moguće zaštititi radnika od štetnih utjecaja, te radnici kojima se prema propisu o penzionom osiguranju staž osiguranja računa s povećanim trajanjem. Ugovor o dodatnom radu zaključuje se u pisanom obliku, mora sadržavati sve zakonom taksativno navedene podatke, a može se zaključiti na određeno ili neodređeno vrijeme. Ugovorom o dodatnom radu ne smije se ugovoriti radno vrijeme u trajanju dužem od osam sati sedmično osim u slučaju ako je raspored radnog vremena u dodatnom radu utvrđen kao nejednak, kada sedmično radno vrijeme u dodatnom radu smije biti duže od osam sati, ali ne duže od 16 sati sedmično uključujući i prekovremeni rad kada je dozvoljen. Vidjeti: čl. 18a, 18b i 18c Zakona o radu Republike Hrvatske - pročišćeni tekst, "Narodne novine", br. 93/14, 127/17, 98/19, 151/22 i 64/23.

(1) radnika obavijestio/dao informacije u pisanom obliku o promjenjivom rasporedu rada, broju zajamčenih plaćenih radnih sati i naknadi za rad obavljen mimo zajamčenih sati te referentnim satima i danima unutar kojih se od radnika može tražiti da radi;

(2) radnika unaprijed obavijestio o radnom zadatku u razumnom roku.

Radnik ima pravo odbiti radni zadatak, a da zbog toga ne trpi negativne posljedice ukoliko nije ispunjen jedan ili oba utvrđena uvjeta od strane poslodavca. Na ovaj način, ovoj ciljnoj skupini radnika je omogućeno optimalnije iskorištavanje vremena koje nije obuhvaćeno referentnim satima i danima kod datog poslodavca (zaposlenja kod drugog poslodavca, obrazovanja, brige o porodici). Radnici mogu pristati raditi izvan referentnih sati i dana, ali nisu to obavezni učiniti niti se zbog odbijanja smiju staviti u nepovoljan položaj.

d) Države EU koje dopuštaju korištenje ugovora na zahtjev ili sličnih ugovora o radu (npr. gig-economy ili zero-hour ugovori)⁵² moraju poduzeti mjere za sprečavanje zlouporabe ovakvih radnih angažmana putem: (a) ograničenja upotrebe i trajanja ugovora o radu na zahtjev ili sličnih ugovora o radu; (b) utvrđivanjem oborive presumpcije o postojanju ugovora o radu s minimalnim brojem plaćenih radnih sati na temelju prosjeka radnih sati tokom određenog razdoblja; (c) drugim mjerama kojima se osigurava djelotvorno sprečavanje zlouporabe.

e) Konkretizacija petog načela st. (a) Evropskog stupa socijalnih prava: „Potiče se prijelaz prema zapošljavanju na neodređeno vrijeme” vezana je za rješenje u čl. 12 Direktive (EU) 2019/1152 koje utvrđuje minimalne zahtjeve u pogledu mogućnosti prelaza na drugačiji oblik zaposlenja. Radnik koji najmanje šest mjeseci radi kod istog poslodavca i čije je eventualno razdoblje probnog rada završilo, može zatražiti oblik zaposlenja s predvidivijim i sigurnijim uvjetima rada. Dakle, radnici će moći zatražiti sigurniji i predvidiviji oblik zaposlenja poput prelaska na puno radno vrijeme, na radni odnos s većim brojem zajamčenih plaćenih sati ili na manje promjenjiv radni raspored. Rok za odgovor poslodavca je tri mjeseca za fizičke osobe, mikropoduzeća te mala i srednja poduzeća, i jedan mjesec za veća poduzeća. Ako je obrazloženje odbijanja ostalo nepromijenjeno, odgovor na naknadne zahtjeve istog radnika upućene istom poslodavcu koji je fizička osoba ili mikropoduzeće te malo i srednje poduzeće mogao bi biti u usmenom obliku.

⁵² Vidjeti: Aloisi, A. (2015). The Rising of On-Demand Work, a Case Study Research on a Set of Online Platforms and Apps. *IV Regulating for Decent Work Conference*, ILO, Geneva, 8-10 July 2015. Dostupno na: <http://www.rdw2015.org/download>
De Stefano, V. (2016). The rise of the “just-in-time workforce” : on-demand work, crowdwork and labour protection in the “gig-economy”, International Labour Office, Inclusive Labour Markets, Labour Relations and Working Conditions Branch. Geneva: ILO. Conditions of work and employment series, 71.

f) Kada je poslodavac obavezan pružati osposobljavanje radniku za obavljanje posla za koji je zaposlen, radnik ne snosi troškove takvog osposobljavanja. Osposobljavanje se uračunava u radno vrijeme i, u pravilu, odvija tokom radnog vremena.

Zaključak

1. S obzirom na veliki problem nesigurnih radnih odnosa u EU, utvrđivanje obavezujućih standarda za transparentne i predvidive radne uvjete je važan korak ka ispunjavanju ciljeva sadržanih u primarnom pravu vezanih za poboljšanja životnih i radnih uvjeta odnosno implementaciji rješenja iz Povelje EU o temeljnim pravima i načela Evropskog stupa socijalnih prava, kako bi se postigao napredak na putu usklađivanja zakonodavstava država članica.

2. Kretanja na tržištu rada EU nakon 1991. godine, dovele su do stvaranja novih oblika zaposlenja kojima se podupiru inovacije, stvaranje radnih mjesta i rast tržišta rada. Novi oblici zaposlenja se većim ili manjim dijelom razlikuju od tradicionalnih radnih odnosa posebno s obzirom na predvidivost, što ima za posljedicu nesigurnost u pogledu prava i socijalne sigurnosti radnika na koje se to odnosi. Zbog velikih promjena u svijetu rada uočljiva je velika potreba da radnici imaju: a) potpune informacije o osnovnim radnim uvjetima u smislu blagovremenosti i potpunosti, te b) garanciju niza minimalnih prava radi promicanja sigurnosti i predvidivosti radnih odnosa.

Direktiva (EU) 2019/1152 je novi instrument kojim se zamjenjuje Direktiva Vijeća 91/533/EEZ u nastojanjima da se osigura transparentnost u pogledu radnih uvjeta za sve radnike i definiraju nova materijalna prava radi povećavanja predvidivosti i sigurnosti radnih uvjeta, posebno za radnike u nesigurnim oblicima zaposlenja. Direktiva (EU) 2019/1152 se odnosi na svakog radnika u EU koji ima ugovor o radu ili je u radnom odnosu u skladu sa zakonom, kolektivnim ugovorima ili praksom koja se primjenjuje u svakoj državi članici uz standard utvrđen praksom Suda EU u pojmovnom određivanju radnika.

3. Direktivom (EU) 2019/1152 utvrđuju se minimalni zahtjevi, čime se državama članicama ostavlja mogućnost uvođenja i zadržavanja povoljnijih rješenja. Prava stečena unutar postojećeg pravnog okvira EU se i dalje primjenjuju, osim ako ovom Direktivom nisu uvedena povoljnija rješenja. Dakle, provedba ove Direktive ne može imati za posljedicu smanjenje prava utvrđenih pravom EU ili nacionalnim pravom niti može predstavljati osnov za smanjenje opće razine zaštite koja se dodjeljuje radnicima u područjima koje obuhvata. Provedbu ove Direktive države članice mogu povjeriti na zahtjev i socijalnim partnerima pod uvjetom da poduzmu sve potrebne mjere da u svakom trenutku mogu garantirati ostvarenje rezultata vezanih za transparen-

tne i predvidive uvjete rada. Proširivanje prava na informiranje, instrumenti za provedbu zakona i minimalni standardi za pojedine aspekte radnih uvjeta imaju potencijal, ovisno o polazištu država članica, da poboljšaju individualna prava na radu i u vezi s radom ili da ublaže pojedinačne probleme povezane s prekarnim radom.

4. Radnici bez utvrđenog radnog vremena, kao i radnici koji su zaključili ugovor bez zajamčenog minimalnog broja radnih sati ili ugovore o radu na zahtjev, nalaze se u posebno osjetljivoj situaciji. Konkretnije, ugovori o radu na zahtjev ili slični ugovori o radu, uključujući ugovore bez zajamčenog minimalnog broja radnih sati, na temelju kojih poslodavac ima fleksibilnost da pozove radnika na rad ako je i kada je to potrebno, posebno su nepredvidivi za radnika. Shodno Direktivi (EU) 2019/1152 mjere za sprečavanje zloupotrebe mogu biti ograničenja upotrebe i trajanje takvih ugovora, oborive presumpcije o postojanju ugovora o radu ili radnog odnosa sa zajamčenim brojem plaćenih radnih sati na temelju odrađenih sati u prethodnom referentnom razdoblju ili druge mjere.

5. U skladu s načelima utvrđenim u Evropskom stupu socijalnih prava, potiče se prijelaz na sigurnije oblike zaposlenja ako poslodavci radnicima koji su zaposleni u nestandardnom obliku zaposlenja mogu ponuditi ugovor na puno radno vrijeme ili ugovor o radu na neodređeno vrijeme. Radnici bi trebali imati mogućnost zatražiti drugi predvidljiviji i sigurniji oblik zaposlenja, ako je dostupan, uz obrazloženi pisani odgovor poslodavca u kojem se u obzir uzimaju potrebe poslodavca i potrebe radnika.

6. Potreba za jačanjem provedbe radnog prava EU, kako bi se osigurala njezova djelotvornost, proizašla je i iz javnog savjetovanja o Evropskom stupu socijalnih prava. Konstatovano je da su sistemi pravne zaštite koji su isključivo vezani za naknadu štete manje djelotvorni od sistema kojima su predviđene i sankcije za poslodavce koji ne izdaju pisane izjave. Stoga je predložena ugradnja u radno zakonodavstvo država članica odredbi o provedbi kojima se osigurava primjena načela povoljnih presumpcija ako informacije o radnom odnosu nisu navedene ili primjena postupka u okviru kojeg je poslodavac dužan navesti informacije koje nedostaju, te može podlijegati sankcijama ako poslodavac to ne učini, ili oboje. Drugačije rečeno, ako relevantne informacije nedostaju, rješenja trebaju uključivati presumpciju da se radi o radnom odnosu na neodređeno vrijeme, da nema probnog rada ili da radnik radi na puno radno vrijeme.

7. Poboljšanje radnih uvjeta promicanjem transparentnijih i predvidljivijih oblika zaposlenja te osiguravanje prilagodljivosti tržišta rada je značajan korak ka stvaranju okvira za jačanje kvalitete rada u EU odnosno dostojanstvenog rada. Međutim, donesena rješenja se još uvijek ne bave sveobuhvatno nesigurnošću na poslu, već prije svega ublažavaju pojedine aspekte atipičnih oblika zaposlenja. Za efikasno učinkovito unapređenje kvalitete rada u EU

nužan je otklon od orijentacije ekonomske politike i tržišta rada orijentiran na ponudu, na osnovu koje se vršila deregulacija standarda rada i na razini EU. Sveobuhvatan pristup nesigurnosti u svijetu rada obuhvatao bi opću zabranu rada po pozivu, zabranu postugovornih klauzula o zabrani natjecanja, pravo na minimalni obim usavršavanja tokom radnog vremena, pravo na plaćeno obrazovno odsustvo, zaštitu od obaveznih premještaja i kontinuiranu isplatu naknada plaća u slučaju bolesti i drugih važnih razloga spriječenosti za rad.

Bibliografija

- Aloisi, A. (2015). The Rising of On-Demand Work, a Case Study Research on a Set of Online Platforms and Apps, paper presented at the IV Regulating for Decent Work Conference, ILO, Geneva, 8-10 July 2015. Dostupno na: <http://www.rdw2015.org/download>
- Anketa o radnoj snazi (2019). Dostupno na: https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Employment_statistics/hr.
- Betten, L. (1995). The Role of the Contract in transforming Labour Relations. U: L. Betten, (ur.), *The Employment Contract in transforming Labour Relations. Kluwer law international*, 7.
- Bilić, A. (2011). Transformacija radnopravnog odnosa. Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 32 (2), 755-792.
- Commission Green Paper (22.11.2006). *Modernising labour law to meet the challenges of the 21st century*. COM (2006)708.
- Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Establishing a *European Pillar of Social Rights* (COM(2017) 250 final, 26. 4. 2017.)
- De Stefano, V. (2016). The rise of the „just-in-time workforce“ : on-demand work, crowdwork and labour protection in the „gig-economy“, International Labour Office, Inclusive Labour Markets, Labour Relations and Working Conditions Branch. Geneva: ILO. Conditions of work and employment series, 71.
- Direktiva (EU) 2019/1152 Evropskog parlamenta i Vijeća od 20. juna 2019.godine o transparentnim i predvidivim radnim uvjetima u EU, SL L 186 od 11. 7. 2019.
- Direktiva (EU) 2022/2041 Evropskog parlamenta i Vijeća od 19. 10. 2022. o primjerenim minimalnim plaćama u EU, SL L 275/33.
- Direktiva 2003/88/EZ Evropskog parlamenta i Vijeća od 4. 11. 2003. o određenim aspektima organizacije radnog vremena,SL, L 299 od 18. 11. 2003.
- Direktiva 2008/104/EZ Evropskog parlamenta i Vijeća od 19. 11. 2008. o radu putem agencija za privremeno zapošljavanje,SL, L 327 od 5. 12. 2008.
- Direktiva 96/71/EZ Evropskog parlamenta i Vijeća od 16. 12. 1996. o upućivanju radnika u okviru pružanja usluga, SL, L 18 od 21 .1.1997.

- Direktiva Vijeća 1999/70/EZ od 28. 6. 1999. o okvirnom sporazumu o radu na određeno vrijeme zaključenog od strane ETUC-a, UNICEA-a i CEEP-a, SL, L 175 od 10. 7. 1999.
- Direktiva Vijeća 97/81/EZ od 15. 11.1997. o okvirnom sporazumu o radu s nepunim radnim vremenom koji su sklopili UNICE, CEEP i ETUC, SL, L 014 od 20. 1. 1998.
- Direktive 91/533/EEZ o obavezi poslodavca da obavijesti radnike o uvjetima koji se primjenjuju na ugovor o radu ili radni odnos, SL L 288 od 18.10.1991.
- Eurofound (2015.) *Novi oblici zapošljavanja*. Dostupno na: https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef1461en.pdf
- Eurofound (2020.) *Programski dokument za razdoblje 2021. – 2024.: prema oporavku i otpornosti*. Dublin.
- Evropski parlament (21. 01. 2021.) *Rezolucija s preporukama Komisiji o pravu na isključivanje* (2019/2181(INL)), (2021/C 456/15)
- Evropski parlament (4. 07. 2017.) *Rezolucija o uvjetima rada i nesigurnosti radnih mjesta* (2016/2221(INI)), SL C 334.
- Evropski parlament (17. 12. 2020.) *Rezolucija o jakoj socijalnoj Evropi za pravednu tranziciju*, (2020/2084(INI), (2021/C 445/11)
- International Labour Office (ILO) (2003). *The Scope of the Employment Relationship*, Report V, International Labour Conference, 91st Session, Geneva.
- Komunikacija Evropske komisije (14.1.2020). *Jaka socijalna Evropa za pravednu tranziciju* (COM(2020)0014).
- Kotulovski, K. (2021). Direktiva (EU) 2019/1152 o transparentnim i predvidivim radnim uvjetima u Europskoj uniji – univerzalna zaštita za sve postojeće i buduće oblike zapošljavanja. *Zagrebačka pravna revija*, 10.
- Međunarodna organizacija rada (2011). *Izveštaj o politikama i propisima za borbu protiv nesigurnosti radnih mjesta*. Dostupno na: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—ed_dialogue/—actrav/documents/meetingdocument/wcms_164286.pdf
- Međunarodna organizacije rada (2016). *Izveštaj o nestandardnim oblicima zapošljavanja diljem svijeta*. Dostupno na: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—dgreports/—dcomm/—publ/documents/publication/wcms_534496.pdf
- Pariški sporazum COP 21, (2015). Dostupno na: <https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement>
- Peročević, K. (2017). Pojam “radnik” u pravu Evropske unije, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 67 (2), 319-343.
- Prijedlog Direktive Evropskog parlamenta i Vijeća o primjerenim minimalnim plaćama u EU, COM/2020/682.
- Rezolucija Evropskog parlamenta od 19. oktobra 2010. o radnicama u nesigurnom položaju, SL C 70 E od 8.3.2012.
- Zakon o radu Republike Hrvatske - pročišćeni tekst, Narodne novine, 93/14, 127/17, 98/19, 151/22 i 64/23.

Jasminka Gradašćević-Sijerčić, PhD

Full professor

University of Sarajevo

Faculty of Law

j.gradascevic.sijercic@pfsa.unsa.ba

THE EUROPEAN UNION'S RESPONSE TO THE CHALLENGES OF SECURITY AND PREDICTABILITY OF EMPLOYMENT CONDITION

Summary

Improving working conditions in the European Union by promoting more transparent and predictable forms of employment and ensuring the adaptability of the labor market is the main subject of the analyzes carried out in this paper. In the first part, in the light of new opportunities and challenges, the EU's response to changes in labor markets due to demographic trends and digitalization is analyzed, which led to the creation of new forms of employment that support innovation, job creation and labor market growth. The analysis is concentrated on aspects of open issues regarding working conditions and new forms of employment through the categories of atypical work and job insecurity with a special emphasis on challenges related to working conditions in the light of EU action. The second part includes analyzes of the basic standards related to the adopted framework of connections for transparent and predictable working conditions. The focus was transferred to the analysis of Directive (EU) 2019/ 1152 of the European Parliament and the Council of June 20, 2019 on transparent and predictable working conditions. The analysis included: the obligation to provide information and minimum requirements related to working conditions related to: maximum duration of the probationary period, additional employment, minimum predictability of work, measures for work contracts on demand, transition to a different form of employment and mandatory training.

Keywords: *non-standard employment, atypical work, insecure workplaces, challenges related to working conditions, worker, self-employed person*

Dr. sc. Vildana Pleh
Vanredna profesorica
Univerzitet u Sarajevu
Pravni fakultet
v.pleh@pfsa.unsa.ba

UDK 343.121:342.725
Izvorni naučni rad

Sedin Idrizović
Sudija Vrhovnog suda Federacije BiH
Sedin.Idrizovic@pravosudje.ba

PRAVO OSUMNJIČENOG ODNOSNO OPTUŽENOG NA UPOTREBU JEZIKA I PISMA I BESPLATNO PREVOĐENJE OD STRANE SUDSKOG TUMAČA U KRIVIČNOM POSTUPKU

Sažetak

Rad je posvećen pravu osoba koje učestvuju u krivičnom postupku, a primarno osumnjičenog odnosno optuženog, da se služe maternjim jezikom ili jezikom koji razumiju i da im sudski tumač obavlja prevođenje, usmeno ili u pisanom obliku, izjava i dokumenata koji se koriste u krivičnom postupku. Navedena prava nisu u dovoljnoj mjeri uređena u zakonima o krivičnom postupku u Bosni i Hercegovini, što dovodi u pitanje obim zaštite tih prava i usklađenosti sa standardima sadržanim u Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i pravu Evropske unije. U radu je dat prikaz postojećih zakonskih rješenja kojim se propisuju spomenuta prava u krivičnom postupku u Bosni i Hercegovini i sudske prakse (ne)ostvarivanja navedenih prava. Također, rad obuhvata pregled međunarodnih standarda zaštite prava na upotrebu jezika i pisma i besplatno prevođenje od strane sudskog tumača, ustanovljene u Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda a tumačenih u praksi Evropskog suda za ljudska prava. Posebna pažnja posvećena je i Direktivi 2010/63/EU o pravu na tumačenje i prevođenje u krivičnim postupcima, njenim rješenjima kao i odlukama Suda Evropske unije. Na kraju, autori predlažu određena rješenja i moguće intervencije u zakone o krivičnom postupku u BiH u cilju potpunije i sveobuhvatnije zaštite prava na upotrebu jezika i pisma i besplatno prevođenje od strane sudskog tumača osumnjičenih odnosno optuženih osoba.

Ključne riječi: *pravo na upotrebu jezika i pisma, besplatno prevođenje, sudski tumač, pravo na odbranu, pravo na pravičan postupak*

Uvod

Pravo osumnjičenog odnosno optuženog na upotrebu maternjeg jezika ili jezika koji razumije, kao i pravo na besplatno usmeno prevođenje i prevođenje dokumenata u pisanom obliku od strane sudskog tumača,¹ predstavljaju jedan od elemenata prava na pravično suđenje iz člana 6. stav 1. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda², a koja su i izričito propisana u članu 6. stav 3. tačka e) EKLJP. Kao što se to navodi u praksi Evropskog suda za ljudska prava,³ nedostaci u osiguranju ovog prava mogu uzrokovati posljedice za druga prava i ugroziti pravičnost postupka u cjelini.⁴ Značaj ovih prava je prepoznat i u pravu Evropske unije, u kojem su uspostavljeni “minimalni” standardi koji moraju biti zadovoljeni da bi se osigurala zaštita tih prava. Također se i u praksi Suda Evropske unije⁵ navodi da pravo osumnjičenog ili optuženog, koji ne govori ili ne razumije jezik na kojem se vodi krivični postupak, na besplatno prevođenje pomoću tumača omogućava njegovo pravo na efikasnu odbranu i pravičnost postupka.⁶ S obzirom na spomenuti značaj tih prava, smatra se opravdanim ukazati na neke specifičnosti pojedinih odredbi zakona o krivičnom postupku u BiH kojima se uređuju spomenuta prava a koje uzrokuju određene poteškoće u praktičnoj primjeni, te uporedno sagledati s praksom ESLJP i rješenjima datim u pravu Evropske unije i tumačenim od strane Suda EU.

¹ U daljem tekstu navedeno pravo analizirat ćemo pod jednim nazivom – pravo na prevođenje od strane sudskog tumača.

² Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (u daljem tekstu: EKLJP), potpisana je u Rimu 4. 11. 1950. godine od strane država članica Vijeća Evrope, a stupila je na snagu 3. 9. 1953. godine. Od tada je mijenjana i dopunjavana s ukupno 17 protokola. Prema članu II (2) Ustava Bosne i Hercegovine, Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda direktno se primjenjuje u Bosni i Hercegovini i ima prvenstvo pred svakim drugim zakonodavstvom. Time je priznata efektivna pravna snaga EKLJP i prije nego što je Bosna i Hercegovina postala članica Vijeća Evrope, tj. prije 12. 7. 2002. godine, kada je ratificirala EKLJP.

³ Evropski sud za ljudska prava (u daljem tekstu: ESLJP) ustanovljen je EKLJP. Bosna i Hercegovina je ratificirala EKLJP dana 12. 7. 2002. godine i tim činom prihvatila nadležnost ESLJP da odlučuje o aplikacijama/zahtjevima bilo koje fizičke osobe, nevladine organizacije, skupine pojedinaca ili druge države članice koji tvrde da su im povrijeđena prava zajamčena EKLJP.

⁴ Baytar protiv Turske, aplikacija broj 45440/04, presuda od 14. 10. 2014., par. 54. i 55.

⁵ U daljem tekstu: Sud EU.

⁶ Predmet C-216/14, postupak protiv Gavrila Covacija, presuda od 15. 10. 2015, EU:C:2015:686.

1. Pravo na upotrebu jezika i pisma u zakonima o krivičnom postupku u Bosni i Hercegovini

Pravo na prevođenje od strane sudskog tumača je na identičan način sadržano u odgovarajućim odredbama Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine,⁷ Zakona o krivičnom postupku Brčko distrikta Bosne i Hercegovine,⁸ Zakona o krivičnom postupku Republike Srpske⁹ i Zakona o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine¹⁰. U ovom radu će se istaći određena pitanja u vezi s pojedinim odredbama ZKP FBiH, a koja će jednako vrijediti i za ostale zakone o krivičnom postupku u BiH, budući da su odredbe kojima se osiguravaju navedena prava identičnog sadržaja i u tim zakonima. Tako je u ZKP FBiH pravo na prevođenje od strane sudskog tumača u određenoj mjeri propisano u sljedećim odredbama, i to: člana 5. stav 1. (Prava osobe lišene slobode),¹¹ člana 9. (Pravo na upotrebu jezika i pisma),¹² člana 10. stav 3. (Upućivanje i dostavljanje pismena),¹³ člana 92. stav 2. tačka e) (Pouka osumnjičenom o njegovim pravima),¹⁴ člana 93. stav 2. tačka a) (Način ispitivanja osumnjičenog),¹⁵ člana 199. stav 5. (Vrste troškova)¹⁶ i člana 312. stav 1. tačka c) (Bitne povrede odredaba krivičnog postupka)¹⁷.

Izuzev odredbi članova 9. i 10. ZKP FBiH, ostale navedene odredbe tog zakona na indirektan način propisuju obavezu organa krivičnog postupka da osiguraju prava na upotrebu jezika i pisma i pravo na besplatno prevođenje od strane sudskog tumača, bilo kada su u pitanju osobe lišene slobode ili prili-

⁷ “Službeni glasnik BiH” br. 3/2003, 32/2003 - ispr., 36/2003, 26/2004, 63/2004, 13/2005, 48/2005, 46/2006, 29/2007, 53/2007, 58/2008, 12/2009, 16/2009, 53/2009 - dr. zakon, 93/2009, 72/2013 i 65/2018. (u daljem tekstu: ZKP BiH).

⁸ “Službeni glasnik Brčko distrikta BiH”, br. 34/2013 – prečišćen tekst, 27/2014, 3/2019 i 16/2020 (u daljem tekstu: ZKP BiH).

⁹ “Službeni glasnik RS”, 53/2012, 91/2017, 66/2018 i 15/2021 (u daljem tekstu: ZKP RS).

¹⁰ “Službene novine FBiH”, br. 35/2003, 56/2003 - ispr., 78/2004, 28/2005, 55/2006, 27/2007, 53/2007, 9/2009, 12/2010, 8/2013, 59/2014 i 74/2020 (u daljem tekstu ZKP FBiH).

¹¹ Član 5. stav 1. ZKP BiH, član 5. stav 1. ZKP BDBiH, član 5. stav 1. ZKP RS.

¹² Član 8. ZKP BiH, član 8. ZKP BDBiH, član 8. ZKP RS.

¹³ Član 9. stav 3. ZKP BiH, član 9. stav 3. ZKP BDBiH, član 9. stav 3. ZKP RS.

¹⁴ Član 78. stav 2. tačka e) ZKP BiH, član 78. stav 2. tačka e) ZKP BDBiH, član 143. stav 2. tačka e) ZKP RS.

¹⁵ Član 79. stav 2. tačka a) ZKP BiH, član 79. stav 2. tačka a) ZKP BDBiH, član 144. stav 2. tačka a) ZKP RS.

¹⁶ Član 185. stav 5. ZKP BiH, član 185. stav 5. ZKP BDBiH, član 96. stav 5. ZKP RS.

¹⁷ Član 297. stav 1. tačka c) ZKP BiH, član 297. stav 1. tačka c) ZKP BDBiH, član 311. stav 1. tačka c) ZKP RS.

kom ispitivanja osumnjičene odnosno optužene osobe ili odlučivanja o troškovima postupka, ili, u konačnici, što propust organa da osigura primjenu navedenih prava predstavlja bitnu povredu odredaba krivičnog postupka iz člana 312. stav 1. tačka c) ZKP FBiH.

Tako stranke, svjedoci i ostali učesnici u krivičnom postupku imaju pravo služiti se maternjim jezikom ili jezikom koji razumiju, te će se, ako osoba ne razumije jedan od službenih jezika BiH odnosno FBiH, osigurati usmeno prevođenje od strane sudskog tumača. Na ovaj način se navedenim subjektima odnosno učesnicima u krivičnom postupku omogućava da se tačno, potpuno i jasno upoznaju sa sadržajem onoga što oni odnosno drugi iznose, kao i sa sadržajem isprava i drugog pisanog dokaznog materijala. Posebno ističemo navod da će se o navedenim pravima i mogućnostima učesnici u postupku poučiti prije prvog ispitivanja i da se mogu navedenih prava odreći ako znaju službeni jezik na kojem se vodi krivični postupak. U zapisniku će se zabilježiti da je data pouka i izjava učesnika na datu pouku.

Međutim, ova odredba, kao i ostale navedene odredbe ZKP FBiH, ne propisuje koje je to vrijeme “prije prvog ispitivanja”, i da li je to identično kao i kada se o navedenim pravima, osumnjičeni odnosno optuženi poučava prilikom prvog ispitivanja, što se često susreće u praksi? Drugim riječima, zakoni o krivičnom postupku u BiH ne daju precizan odgovor na pitanje od kojeg momenta osumnjičeni odnosno optuženi ima pravo na besplatno prevođenje od strane sudskog tumača.

Ovo pitanje se posebno aktuelizira u praksi, kada organi krivičnog postupka trebaju prije prvog ispitivanja preduzeti radnje koje ne trpe odlaganje, kao što je npr. pretres osoba prilikom lišenja slobode osumnjičenog koji ne poznaje jezik na kojem se vodi krivični postupak, prilikom lišenja slobode bez naredbe suda, ili privremeno oduzimanje predmeta bez naredbe od takvog osumnjičenog. Dakle, ukoliko se te radnje preduzimaju prema osumnjičenom koji ne poznaje jezik i/ili pismo, od njega se zahtijeva, a kako to nalažu i odredbe zakona o krivičnom postupku, da potpiše zapisnike o izvršenom pretresanju (pri čemu ima pravo da istakne prigovor na sadržaj zapisnika), ili da potpiše potvrdu o privremenom oduzimanju predmeta (a pri tome osumnjičeni od kojeg se privremeno oduzimaju predmeti ima pravo žalbe), pa bi bilo svakako nužno da razumije sadržaj zapisnika ili potvrde o privremenom oduzimanju predmeta, prije nego što potpiše te dokumente.

Vrhovni sud FBiH je u jednoj svojoj odluci ocijenio nezakonitim, u smislu člana 11. stav 2. ZKP FBiH, zapisnike o pretresanju optuženog i privremenom oduzimanju predmeta i potvrdu o privremenom oduzimanju predmeta, koje je optuženi potpisao nakon što je prethodno lišen slobode, jer su pribavljeni uz bitnu povredu odredbe člana 9. stav 2. ZKP FBiH. Naime, optuženom nije uopće osigurano pravo na prevođenje tog pisanog dokaznog materijala, pri čemu ni prilikom preduzimanja ovih radnji dokazivanja, pretresa i privre-

menog oduzimanja predmeta, kao ni prilikom sačinjavanja tih dokumenata nije bio prisutan sudski tumač, a niti je optuženom prije prvog ispitivanja osigurano, usmeno ili pismeno prevođenje tih dokumenata.¹⁸ Također, u drugoj odluci, Vrhovni sud FBiH je naveo da je pretresanje osumnjičenog, koji ne razumije ni jedan od jezika koji su u službenoj upotrebi u BiH, izvršeno dan nakon što je lišen slobode i bez prisustva sudskog tumača za jezik koji osumnjičeni razumije, imalo za posljedicu povredu prava na upotrebu jezika i pisma, a što je dalje imalo za posljedicu da je radnja pretresanja nezakonita te da je učinjena bitna povreda odredaba krivičnog postupka.¹⁹

Ovim odlukama Vrhovnog suda FBiH zapravo je ukazano na propuste osiguranja prava na upotrebu jezika i pisma i pravo na besplatno prevođenje od strane sudskog tumača prilikom preduzimanja radnje dokazivanja, odnosno prilikom sačinjavanja dokumenata koji služe kao dokazi prije prvog ispitivanja osumnjičenog.

Vijeće Apelacionog odjeljenja Suda BiH je u jednoj svojoj odluci utvrdilo da nije došlo do bitne povrede odredaba krivičnog postupka,²⁰ u situaciji prilikom preduzimanja radnje pretresanja osumnjičenog, stranog državljanina koji nije poznao ni jedan službeni jezik koji se koristi u BiH, i preduzimanja radnje privremenog oduzimanja predmeta, iako pri njihovom preduzimanju nije bio prisutan sudski tumač. Naime, tokom njegovog ispitivanja od strane ovlaštenih službenih osoba “koje vremenski korespondira” s tim radnjama pretresanja i privremenog oduzimanja predmeta, osigurano je usmeno prevođenje na jeziku koji razumije.²¹ Znači bez obzira na to što prilikom pretresanja osumnjičenog i oduzimanja predmeta nije bio prisutan sudski tumač koji bi ga upoznao sa sadržajem radnji, njihovom značaju i posljedicama, nije došlo do bitne povrede odredaba krivičnog postupka, jer je neposredno nakon preduzimanja tih radnji obavljeno ispitivanje osumnjičenog na kojem mu je bio obezbijeđen prevodilac.

Navedene zakonske odredbe ne propisuju u kojem obimu su organi koji učestvuju u krivičnom postupku dužni da osiguraju osumnjičenom odnosno optuženom usmeno prevođenje isprava i drugog pisanog dokaznog materijala od strane sudskog tumača, ukoliko ne razumiju jedan od službenih jezika BiH odnosno FBiH. Odredbom člana 9. stav 2. ZKP FBiH, propisano je da će se tim osobama osigurati usmeno prevođenje isprava i drugog pisanog dokaznog materijala, ali nije preciziran okvir ili kriterij kojim će se organi koji učestvuju u krivičnom postupku rukovoditi pri ocjeni koje je sve isprave i

¹⁸ Rješenje Vrhovnog suda FBiH broj 09 0 K 037251 22 Kž 11 od 9. 3. 2022.

¹⁹ Član 312. stav 1. tačka i) ZKP FBiH. Rješenje Vrhovnog suda FBiH broj 09 0 K 037675 21 Kž 2 od 19. 3. 2021.

²⁰ Iz člana 297. stav 1. tačka c) ZKP BiH.

²¹ Presuda Suda BiH broj S1 2 K 031244 20 Kž 8 od 9. 6. 2020.

dokazni materijal potrebno usmeno prevesti, što je od posebnog značaja ukoliko se radi o obimnom dokaznom materijalu.

Što se tiče pismenog prevoda, propisano je da pozive, odluke i druga pismena upućuju sud i drugi organi koji učestvuju u postupku na jednom od službenih jezika i pisama, a da se podnesci dostavljaju sudu na tim jezicima/pismima.²² Osobi koja je lišena slobode ili se nalazi u pritvoru, na izdržavanju kazne ili na obaveznom psihijatrijskom liječenju, odnosno obaveznom liječenju od ovisnosti, treba dostaviti prevod pismena i podnesaka na maternjem jeziku ili jeziku koji razumije.²³ Dakle, ovim kategorijama osoba je osigurano pravo na prevođenje od strane sudskog tumača u smislu da se tim osobama upućuju pismena ili prevode zaprimljeni podnesci na maternji jezik ili jezik koji razumije. Međutim, ukoliko se već eksplicitno propisuje da samo ove osobe imaju pravo na prevođenje pismena i podnesaka, onda je opravdano pitanje zašto su u ovoj odredbi izostavljeni osumnjičeni odnosno optuženi koji nisu lišeni slobode ili se ne nalaze u pritvoru, na izdržavanju kazne ili na obaveznom psihijatrijskom liječenju, odnosno obaveznom liječenju od ovisnosti, a ne poznaju jedan od službenih jezika BiH odnosno FBiH? Tim prije što se ranije spomenutom odredbom eksplicitno propisuje da ukoliko osoba, pa tako i osumnjičeni odnosno optuženi, ne razumije jedan od službenih jezika BiH odnosno FBiH, da će se osigurati samo usmeno prevođenje onoga što ona odnosno drugi iznose kao i isprava i drugog pisanog dokaznog materijala, ali ne i pismena i podnesaka. Iako se opravdano očekuje da se osobama lišenim slobode po bilo kom osnovu, “ustupaju veća prava”, ipak, prevashodno radi ostvarivanja prava na pravično suđenje, potrebno je da osumnjičeni odnosno optuženi dobije pismena i podneske na jeziku koji razumije. S tim u vezi govori i jedna od presuda ESLJP. U okviru konteksta prava na pravičan postupak prema članu 6. stav 3. tačka e) EKLJP, osoba, koja ne razumije ili ne govori jezik koji se upotrebljava u postupku, ima pravo na besplatne usluge tumača ne samo kod prevođenja usmenih izjava, već i svih onih pisanih dokumenata koji su značajni za ostvarivanja prava na pravičan postupak, i bez obzira na fazu postupka (*Luedicke, Belkacem i Koc protiv Njemačke*, 1978, Serija A br. 29).

Vijeće Apelacionog odjeljenja Suda BiH je u jednoj svojoj odluci utvrdilo da je, iako je optuženi tokom istrage izjavio da razumije službene jezike koji se koriste u BiH, a u toku glavnog pretresa je zahtijevao da mu se osigura sudski tumač za slovenački jezik, budući da razumije “napola” službeni jezik na kojem se vodi krivični postupak pred sudom, učinjen propust koji je cjelokupnom postupku dao nezakonit karakter, s obzirom na to da optužnica Tuži-

²² Član 10. stav 1. i 2. ZKP FBiH.

²³ Član 10. stav 3. ZKP FBiH.

laštva BiH i dokazni materijali nisu bili prevedeni na slovenački jezik, čime je optuženom uskraćeno pravo na upotrebu jezika što predstavlja apsolutno bitnu povredu krivičnog postupka propisanu odredbom člana 297. stav 1. tačka c) ZKP BiH.²⁴

Dakle, iz sadržaja navedenih zakonskih odredbi nameće se više pitanja čiji je značaj utoliko veći kada se uzme u obzir da propust organa u krivičnom postupku da osiguraju osumnjičenom odnosno optuženom pravo na upotrebu jezika i pisma te pravo na besplatno prevođenje od strane sudskog tumača ima za posljedicu nezakonitost dokaza ali i bitnu povredu odredaba krivičnog postupka.²⁵ Stoga, odgovore svakako vrijedi “potražiti” prvenstveno u praksi ESLJP, koja daje tumačenje EKLJP kojom se štite prava na upotrebu jezika i besplatnu pomoć sudskog tumača.

2. Prava na upotrebu jezika i besplatnu pomoć tumača u praksi Evropskog suda za ljudska prava

Članom 6. stav 3. tačka e) EKLJP²⁶, štiti se pravo na besplatno prevođenje od strane sudskog tumača, što je ujedno i jedan od uslova za ostvarenje prava na pravično suđenje.²⁷ Garancije iz člana 6. stav 3. tačka e) EKLJP predstavljaju specifične aspekte prava na pravičan postupak iz člana 6. stav 1. EKLJP.²⁸

Prema praksi ESLJP, osoba mora biti poučena na jeziku koji razumije o pravu na besplatnu pomoć tumača u momentu kada je “optužena za krivično djelo”.²⁹ S tim u vezi, treba imati u vidu da se pojmovi “krivična optužba” i “optužen za krivično djelo” u smislu člana 6. stav 3. tačka a) EKLJP, tumače na osnovu njihovog “autonomnog značenja” u kontekstu Konvencije, a ne na osnovu njihovog značenja u domaćem (nacionalnom) pravu.³⁰ Stoga će, pre-

²⁴ Rješenje Suda BiH broj S 1 2 K 012843 16 Kž od 9. 6. 2016.

²⁵ Član 312. stav 1. tačka c) ZKP FBiH – ako je glavni pretres održan bez osobe čija je prisutnost na glavnom pretresu po zakonu obavezna ili ako je optuženom, branitelju ili oštećenom, protivno njegovom zahtjevu, uskraćeno da na glavnom pretresu upotrebljava svoj jezik i da na svom jeziku prati tok glavnog pretresa.

²⁶ Članom 6. stav 3. tačke a) i e) EKLJP propisano je da svako ko je optužen za krivično djelo ima sljedeća minimalna prava: da bez odgađanja, posebno i na jeziku koji razumije bude obaviješten o prirodi i razlozima optužbe protiv njega te da dobije besplatnu pomoć tumača ako ne razumije ili ne govori jezik koji se upotrebljava na sudu.

²⁷ Luedicke, Belkacem i Koc protiv Njemačke, aplikacija br. 6210/73 i drugi, presuda od 28. 11. 1978, par. 48.

²⁸ Baytar protiv Turske, aplikacija br. 45440/04, presuda od 14. 10. 2014, par. 48.

²⁹ Vizgirda protiv Slovenije, aplikacija br. 59868/08, presuda od 28. 8. 2018. godine, par. 86. i 87.

³⁰ Adolf protiv Austrije, aplikacija br. 8269/78, presuda od 26. 3. 1982, par. 30.

ma tumačenju koje daje ESLJP u svojim odlukama, osoba biti “optužena za krivično djelo”, kako u trenutku kada je od nadležne vlasti “zvanično obaviještena da se tereti za učinjenje krivičnog djela”³¹, tako i u trenutku kada je radnjama koje preduzimaju nadležne vlasti zbog sumnje da je učinjeno krivično djelo “suštinski pogoršana” situacija osumnjičene osobe, pa se od tog trenutka takva njena situacija podvodi pod pojam “krivične optužbe”.³² Upravo zbog toga će se osoba koja je lišena slobode “zbog sumnje da je učinila krivično djelo, smatrati optuženom za krivično djelo”,³³ jer je lišenjem slobode “suštinski pogoršana” njena situacija. Konačno, od trenutka uručenja optužnice, osumnjičeni je formalno obaviješten o činjeničnoj i pravnoj osnovi “optužbe” protiv njega.³⁴

Prema tome, pravo na prevođenje od strane sudskog tumača je zagarantovano osumnjičenom i optuženom kako u fazi istrage i optuženja tako i u fazi glavnog pretresa, pa sve do pravomoćnog okončanja krivičnog postupka. Ovo tim prije što, kao što je već spomenuto, garancije iz člana 6. stav 3. tačka e) EKLJP predstavljaju poseban element prava na pravičan postupak iz člana 6. stav 1. EKLJP koji se primjenjuje na sve stadije krivičnog postupka do “pravomoćnog presuđenja o krivičnoj optužbi”.³⁵ U praksi, to se prvenstveno odnosi na situacije kada se osumnjičeni lišava slobode ili prvi put ispituje, kojom prilikom se obavještava da je osumnjičen za krivično djelo kao i kada se podigne optužnica protiv osumnjičene osobe. U svim ovim situacijama, prema tumačenju koje daje ESLJP u svojim odlukama, ta osoba se smatra da je “optužena za krivično djelo” i pripada joj pravo na prevođenje od strane sudskog tumača iz člana 6. stav 3. tačka e) EKLJP.

Dakle, prema prethodno navedenoj praksi ESLJP, osumnjičeni odnosno optuženi ima pravo na prevođenje od strane sudskog tumača od momenta kada je obaviješten da je osumnjičen odnosno optužen za krivično djelo, što je svakako preciznije određivanje od rješenja iz člana 9. stav 2. ZKP FBiH, po kojem će se osumnjičeni odnosno optuženi o tom pravu poučiti “prije prvog ispitivanja”. Naime, ovim rješenjem nije obuhvaćen period od momenta lišenja slobode osumnjičenog pa do njegovog prvog ispitivanja, u kojem periodu može postojati potreba da organi u krivičnom postupku preduzmu radnje

³¹ Deweer protiv Belgije, aplikacija br. 6903/75, presuda od 27. 2. 1980, par. 42. i 46.; Ibrahim i ostali protiv Ujedinjenog Kraljevstva, aplikacija broj 50541/08 i druge, presuda od 13. 9. 2016. godine, par. 249. i 253.

³² Dubois protiv Francuske, aplikacija broj 52833/19, presuda od 28. 4. 2022. godine, par. 41. i 42.

³³ Heaney i McGuinness protiv Irske, aplikacija br. 34720/97, presuda od 21. 12. 2000, par.42.

³⁴ Kamasinski protiv Austrije, aplikacija br. 9783/82, presuda od 19. 12. 1989, par. 79.

³⁵ Vanyan proti Rusije, aplikacija br. 53203/99, presuda od 15. 12. 2005, par. 56.

koje ne trpe odlaganje, kao što je pretres osumnjičenog bez naredbe suda prilikom lišenja slobode ili privremeno oduzimanje predmeta od osumnjičenog bez naredbe suda ili tjelesni pregled osumnjičenog po naredbi tužitelja jer postoji opasnost od odlaganja.

S obzirom na to da je razumijevanje preduzimanja krivičnoprocesnih radnji i njihovih posljedica, odnosno omogućavanje ostvarivanja prava i dužnosti subjekata krivičnog postupka, naročito osumnjičenog odnosno optuženog, jedan od najvažnijih principa u osiguravanju zakonitih dokaza, praksa ESLJP postavlja određene standarde koji se odnose na osnovne institute u ostvarivanju zagaranovanih prava i zakonitog provođenja krivičnoprocesnih radnji. U tom smislu govorimo o stepenu/nivou vjerovatnosti da osumnjičeni odnosno optuženi razumije jezik i pismo organa pred kojim se vodi krivični postupak. Pa bi tako, prema praksi ESLJP, obaveza organa krivičnog postupka bila da osumnjičenom osigura prevođenje od strane sudskog tumača, ukoliko “postoje razlozi za uvjerenje” da ne poznaje dovoljno jezik na kojem mu je dostavljena navedena obavijest, neovisno o tome da li to osumnjičeni odnosno optuženi izričito zahtijeva.³⁶ Očigledan je stav ESLJP da je dovoljno da “postoje razlozi za uvjerenje” da osumnjičeni odnosno optuženi ne poznaje dovoljno jezik ili pismo na kojem se vodi krivični postupak bez da je to nepoznavanje potpuno, odnosno da apsolutno ne poznaje jezik i pismo te države.

Da li je istovremeno neophodno osigurati i pismeni i usmeni prevod informacije o djelu za koje se sumnjiči u slučaju kada osumnjičeni ne poznaje jezik i pismo države u kojoj se vodi krivični postupak? Iako je osumnjičenom u pravilu potrebno osigurati pismeni prijevod obavijesti o djelu za koje se sumnjiči, takva obavijest se može osigurati i usmeno, ukoliko mu se time osigurava “priprema odbrane”.³⁷ Znači u cilju ostvarivanja prava na odbranu, dovoljno je da se osumnjičeni usmeno upozna s tim šta mu se stavlja na teret.

Nadalje, ESLJP je stava da se važnost adekvatnog razumijevanja preduzetih radnji u krivičnom postupku izjednačava sa ostvarivanjem prava na formalnu odbranu i sve posljedice koje iz takvog (ne)razumijevanja mogu proizaći. Tako je u jednoj svojoj odluci ESLJP “pomoć tumača” poistovjetio s “pomoći advokata”, koja mora biti osigurana još u istrazi osim ako ne postoje “uvjerljivi” razlozi da se to pravo ograniči. Dalje je u toj odluci konstatovano da “se u nedostatku ‘pomoći tumača’, može dovesti u sumnju mogućnost optuženog da donosi ‘informisane’ odluke tokom postupka. Stoga, početni nedostaci u osiguranju ‘pomoći tumača’, mogu uzrokovati posljedice za druga prava i

³⁶ Brozicek protiv Italije, aplikacija br. 10964/84, presuda od 19. 12. 1989, par. 41.

³⁷ Kamasinski protiv Austrije, aplikacija br. 9783/82, presuda od 19. 12. 1989, par. 79. i 81.

ugroziti pravičnost postupka u cjelini”.³⁸

Što se tiče osiguranja prava na prevođenje od strane sudskog tumača, u ranije istaknutim procesnim situacijama koje ne trpe odlaganje, odgovor bi se mogao pronaći u rješenjima koja se odnose na prava iz člana 5. stav 2. EKLJP, da se, kao što je već navedeno, svako ko je lišen slobode, obavijesti bez odlaganja i na jeziku koji razumije o razlozima lišenja slobode i o svakoj optužbi protiv njega. U engleskom tekstu ove odredbe koristi se termin “*promptly*” koji se prevodi kao “odmah, bez odlaganja, u najkraćem roku”. S tim u vezi, Ustavni sud BiH je stanovišta da “prema članu 5. stav 2. Evropske konvencije, osobi lišenoj slobode moraju biti rečeni, jednostavnim jezikom, bez stručnih izraza, tako da može razumjeti, bitni pravni i činjenični razlozi za njegovo lišenje slobode. Ovakvo obavještenje mora biti hitno, ali ga ne mora dati službeno lice koje vrši hapšenje u samom momentu lišenja slobode.”³⁹ Hitnost obavještenja u smislu navedenog standarda “bez odlaganja”, ocjenjuje se u svakom konkretnom slučaju, iako će, prema stanovištu ESLJP, vremensko ograničenje određeno tim pojmom biti zadovoljeno kada je osoba lišena slobode obavještena o razlozima lišenja slobode u roku od nekoliko sati.⁴⁰ Obavješćavanje o razlozima lišenja slobode ne mora biti u pisanom obliku, ili u bilo kojem posebnom obliku.⁴¹

U vezi s navedenim, može se zaključiti da je ispoštovano pravo osobe lišene slobode da se “odmah” obavijesti o razlozima lišenja slobode na maternjem jeziku ili jeziku koji razumije, ukoliko se o tome obavijesti, tj. o “bitnim pravnim i činjeničnim razlozima za lišenje slobode”, uz pomoć sudskog tumača, najkasnije nekoliko sati nakon njenog lišenja slobode, kako bi uopće bila u mogućnosti da pokrene pitanje “zakonitosti” lišenja slobode i pritvaranja, u smislu člana 5. stav 4. EKLJP. Prema tome, pokazuje se opravdanim da se standard “bez odlaganja” primijeni i kada organi krivičnog postupka preduzimaju radnje koje ne trpe odlaganje, kao što je npr. pretres osumnjičenog koji ne poznaje jezik na kojem se vodi krivični postupak prilikom lišenja slobode bez naredbe suda ili privremeno oduzimanje predmeta bez naredbe suda od takvog osumnjičenog, jer često u praksi nije objektivno moguće osigurati prisustvo sudskog tumača prilikom samog preduzimanja tih radnji. Dakle, u

³⁸ Baytar protiv Turske, aplikacija br. 45440/04, presuda od 14. 10. 2014, par. 50, 54. i 55.

³⁹ Odluka Ustavnog suda BiH, broj AP 696/04 od 23. septembra 2005, par. 60. i 61.

⁴⁰ Fox, Campbell i Hartley protiv Ujedinjenog Kraljevstva, aplikacija br.12244/86 i druge, presuda od 27. 3. 1991, par. 42.

⁴¹ Kane protiv Kipra, aplikacija br. 33655/06, presuda od 13. 9. 2011, X protiv Njemačke, aplikacija br. 8098/77, odluka od 13. 12. 1978, str. 111.

takvim procesnim situacijama bilo bi opravdano da se osumnjičeni bez odlaganja obavijesti na maternjem jeziku ili jeziku koji razumije o preduzetim radnjama dokazivanja i sadržaju dokaza pribavljenim tim radnjama, tj. da se pravo na prevođenje od strane sudskog tumača osumnjičenom u takvim situacijama osigura bez odlaganja. S druge strane, ovakvo određenje “bez odlaganja” je svakako preciznije nego “prije prvog ispitivanja” koje je sadržano u ranije citiranoj odredbi člana 9. stav 2. ZKP FBiH, jer, kao što je već navedeno, prema praksi ESLJP “u nedostatku pomoći tumača, može se dovesti u sumnju mogućnost optuženog da donosi informisane odluke tokom postupka. Stoga početni nedostaci u osiguranju pomoći tumača, mogu uzrokovati posljedice za druga prava i ugroziti pravičnost postupka u cjelini.”⁴² Praksa ESLJP se bavila i pitanjem koje bi se sve isprave i drugi pisani dokazni materijal morali usmeno prevoditi kako bi se osiguralo pravo na upotrebu jezika, pa je tako navedeno da se članom 6. stav 3. tačka e) EKLJP “štiti pravo na besplatnu pomoć tumača za pisani ili usmeni prevod svih dokumenata ili izjava u postupku za koje je nužno da ih optuženi razumije i da se donesu na jeziku suda kako bi se ostvarilo pravo na pravično suđenje”.⁴³ Također, navedeno je i da se pravo iz člana 6. stav 3. tačka e) EKLJP na besplatnu pomoć tumača “ne odnosi samo na usmene iskaze date na sudskom ročištu, već i na dokumentaciju i postupak prije suđenja. Stav 3. (e) člana 6. EKLJP propisuje da osoba optužena za krivično djelo koje ne razumije ili ne govori jezik koji se upotrebljava na sudu, ima pravo na besplatnu pomoć tumača radi pismenog ili usmenog prevođenja svih onih dokumenata ili izjava koji budu dati ili predočeni u postupku protiv njega a koje je neophodno da ih sam razumije ili da budu prevedeni na jezik suda kako bi se omogućilo pravično suđenje (...). Međutim, stav 3. (e) člana 6. EKLJP ne ide toliko daleko da zahtijeva pismeni prevod svih dokumenata iz skupa pisanih dokaza ili zvaničnih dokumenata u postupku. Pomoć u prevođenju treba da bude takva da omogući optuženom da se upozna s tačkama optužnice protiv njega i da se brani, prije svega tako što će pred sud moći da iznese svoju verziju događaja.”⁴⁴

⁴² Baytar protiv Turske, aplikacija br. 45440/04, presuda od 14. 10. 2014, par. 50, 54. i 55; Wang protiv Francuske, aplikacija br. 83700/17, presuda od 28. 4. 2022, par. 72.

⁴³ Luedicke, Belkacem i Koc protiv Njemačke, aplikacija br. 6210/73 i drugi, presuda od 28. 11. 1978, par. 48; Hermi protiv Italije, aplikacija br. 18114/02, presuda od 18. 10. 2006, par. 69; Lagerblom protiv Švedske, aplikacija br. 26891/95, presuda od 14. 1. 2003, par. 61.

⁴⁴ Kamasinski protiv Austrije, aplikacija br. 9783/82, presuda od 19. 12. 1989, par. 74.

I u presudi ESLJP u predmetu “Vizgirda protiv Slovenije” navedeno je da “stav 3. (e) člana 6. EKLJP ne ide toliko daleko da zahtijeva pismeni prevod svih pisanih dokaza ili službenih dokumenata u postupku. S tim u vezi, treba napomenuti da se u tekstu relevantnih odredbi spominje *tumač*, a ne *prevodilac*. Ovo sugerira da usmena jezička pomoć može zadovoljiti zahtjeve EKLJP. Međutim, ostaje činjenica da bi pružena pomoć u tumačenju trebala biti takva da omogućući optuženom da ima saznanja o predmetu koji se protiv njega vodi i da se brani sam, posebno tako što će biti u mogućnosti da pred sudom iznese svoju verziju događaja.”⁴⁵

Slijedom navedene prakse ESLJP, nije moguće unaprijed definisati koji sve materijalni dokazi zahtijevaju bar usmeno prevođenje od strane sudskog tumača, međutim, kao okvir za tu procjenu, trebali bi biti svi oni dokazi “za koje je nužno da ih razumije”, što bi moglo ukazivati na dokaze koji potvrđuju činjenice koje terete osumnjičenog odnosno optuženog, a što bi dalje bilo uslov za osiguranje prava osumnjičenog odnosno optuženog na djelotvornu odbranu, pa tako i osiguranje pravičnosti postupka u cjelini. Stoga se u praksi ESLJP navodi da bi “pomoć pružena u obliku usmenog prevođenja trebala biti takva da osumnjičenom odnosno optuženom omogućući sticanje znanja o predmetu koji se vodi protiv njega i da se brani, posebno da pred sudom može iznijeti svoju verziju događaja”.⁴⁶ U konačnici, osumnjičeni odnosno optuženi koji ne poznaje jezik i/ili pismo na kojem se vodi krivični postupak, ne smije biti doveden u nepovoljniji položaj od osumnjičenog odnosno optuženog koji takav jezik odnosno pismo poznaje.

Isto vrijedi i kada je u pitanju pismeno prevođenje od strane sudskog tumača, s tim što za razliku od rješenja u zakonima o krivičnom postupku u BiH, po kojima postoji obaveza da se samo osobama koje su lišene slobode ili se nalaze u pritvoru, na izdržavanju kazne ili na obaveznom psihijatrijskom liječenju, odnosno obaveznom liječenju od ovisnosti, dostavlja prevod poziva, odluka i drugih pismena na maternjem jeziku ili jeziku koji razumije. U praksi ESLJP jedini uslov za besplatnu pomoć tumača jeste da osumnjičeni odnosno optuženi ne razumije ili ne govori jezik koji se upotrebljava u sudu bez obzira na to u kom je statusu i gdje se nalazi.⁴⁷

⁴⁵ Vizgirda protiv Slovenije, aplikacija br. 59868/08, presuda od 28. 8. 2018, par. 78. i 79.

⁴⁶ Hermi protiv Italije, aplikacija br. 18114/02, presuda od 18. 10. 2006, par. 70.

⁴⁷ Baytar protiv Turske, aplikacija br. 45440/04, presuda od 14. 10. 2014, par. 49; Hermi protiv Italije, aplikacija br. 18114/02, presuda od 18. 10. 2006, par. 69.

Isto tako, prema odredbama člana 9. stavovi 3. i 4. ZKP FBiH, obaveza je organa koji učestvuje u krivičnom postupku da pouči osumnjičenog odnosno optuženog o pravu na prevođenje i da im omogući prevođenje od strane sudskog tumača. Prema praksi ESLJP, pravo na besplatnu pomoć tumača mora biti konkretno i djelotvorno. Dakle, obaveza nadležnih organa nije ograničena na imenovanje sudskog tumača, nego ta obaveza može obuhvatiti i naknadnu kontrolu tačnosti obavljenog prevoda. Stoga propust suda da ispita navode o neodgovarajućoj “usluzi tumača”, može dovesti do povrede člana 6. stav 3. tačka e) EKLJP.⁴⁸ Isto tako, činjenica da optuženi ima osnovno znanje jezika na kome se vodi postupak ili, ovisno o slučaju, trećeg jezika na kojem je prevođenje lako dostupno, ne bi trebala sama po sebi onemogućiti optuženom da koristi tumača za jezik koji dovoljno dobro razumije kako bi u potpunosti ostvario svoje pravo na odbranu.⁴⁹

Nadalje, prema praksi ESLJP, obaveza organa krivičnog postupka nije samo da utvrde postoji li potreba za sudskim tumačem kada optuženi to izričito zahtijeva, nego i kada postoji sumnja da optuženi ne poznaje dovoljno jezik na kojem se vodi krivični postupak, kao što je u slučajevima kada je optuženi strani državljanin. Isto tako obaveza je nadležnog organa i da ocijeni u kojoj mjeri optuženi poznaje “treći” jezik, prije nego što odluči da se taj jezik koristi u svrhu prevođenja.⁵⁰ Pri tome, u jednoj svojoj odluci ESLJP navodi da bi “nekoliko otvorenih pitanja” optuženom moglo biti dovoljno da se utvrdi potreba za sudskim tumačem, kako bi se izbjegle bilo kakve sumnje u kasnijem toku postupka⁵¹.

Dakle, praksa ESLJP zahtijeva aktivniju uloga organa krivičnog postupka, ne samo u cilju osiguranja sudskog tumača osumnjičenom odnosno optuženom koji ne razumije jezik na kojem se vodi postupak, nego i procjeni u kojoj mjeri je osigurano njihovo pravo da se služe maternjim jezikom odnosno jezikom koji razumiju, jer, kako se to navodi u jednoj odluci ESLJP, “konačni čuvari pravičnosti postupka, što između ostalih aspekata obuhvata i eventualni izostanak pismenog ili usmenog prevođenja za optuženog koji nije državljanin date zemlje, su domaći sudovi”⁵².

⁴⁸ Knox protiv Italije, aplikacija broj 76577/13, presuda od 24. 1. 2019, par. 182. i 183.

⁴⁹ Vizgirda protiv Slovenije, aplikacija br. 59868/08, presuda od 28. 8. 2018, par. 83.

⁵⁰ Ibid., par. 81.

⁵¹ Ibid., par. 85.

⁵² Cuscani protiv Ujedinjenog Kraljevstva, aplikacija br. 32771/96, presuda od 24. 9. 2002, par. 39.

3. Direktiva 2010/63/EU o pravu na tumačenje i prevođenje u krivičnim postupcima

Direktivom⁵³ Evropskog parlamenta i Vijeća broj 2010/64/EU od 20. 10. 2010. godine o pravu na tumačenje i prevođenje u krivičnim postupcima⁵⁴, osigurava se dosljednija primjena člana 6. EKLJP. Dakle, svrha ove direktive je da olakša primjenu prava na tumačenje i prevođenje sadržanih u članu 6. EKLJP, a “kako ih tumači ESLJP”, za osobe koje ne govore ili ne razumiju jezik na kome se vodi postupak.⁵⁵

Prije svega, ovom direktivom trebala bi se osigurati mogućnost dobivanja besplatne i primjerene jezične pomoći koja će osumnjičenim ili optuženim koji ne govore ili ne razumiju jezik krivičnog postupka omogućiti da u potpunosti ostvare svoje pravo na obranu i osigurati im pravičnost postupka.⁵⁶ Dakle, prema odredbama Direktive⁵⁷, osoba ima pravo na besplatno usmeno i/ili pismeno prevođenje, ukoliko su ispunjena ova dva uslova, tj. ukoliko ima status osumnjičenog ili optuženog i ukoliko ne razumije jezik na kojem se vodi krivični postupak.

Nadalje, prema Direktivi, pravo na tumačenje⁵⁸ u krivičnom postupku primjenjuje se na osobe od trenutka kad ih “nadležno tijelo neke države članice službenom obaviješću ili na neki drugi način obavijesti da su osumnjičene ili optužene za učinjenje krivičnog djela, pa do zaključenja postupka, a to znači dok se konačno ne utvrdi jesu li učinili to krivično djelo, uključujući,

⁵³ Direktive EU su pravno obavezujući akti za države članice EU, ujedno i jedan od izvora prava EU, čiji se ciljevi i rezultati obavezno implementiraju u nacionalna zakonodavstva država članica EU (Više o tome: Đurđević, 2008). Prema praksi Suda EU u svim slučajevima kad su odredbe neke direktive s obzirom na svoj sadržaj bezuvjetne i dovoljno precizne, pojedinci se mogu na njih pozvati pred nacionalnim sudovima protiv predmetne države članice, bilo zato što je ona propustila blagovremeno implementirati tu direktivu u nacionalno pravo bilo zato što je nepravilno implementirana (v. presuda Suda pravde EU od 14. 1. 2021, C387/19, EU:C:2021:13, t. 44)

⁵⁴ Direktiva 2010/64/EU Evropskog parlamenta i Vijeća o pravu na tumačenje i prevođenje u krivičnim postupcima, Službeni list L 280 od 26. 10. 2010, str. 1–7, u daljem tekstu: Direktiva.

⁵⁵ Uvodna izjava 14. Direktive. Prava predviđena ovom direktivom primjenjuju se i prilikom izvršenja Evropskog uhidbenog naloga.

⁵⁶ Uvodna izjava 17 Direktive.

⁵⁷ Članovi 2. stav 1. i 3. stav 1. Direktive.

⁵⁸ Pod “tumačenjem” u smislu ove direktive podrazumijeva se usmeni prevod, a pod “prevođenjem” podrazumijeva se pismeni prevod.

prema potrebi, i izricanje presude i rješenje svih žalbi”. Dakle, prema citiranoj odredbi Direktive⁵⁹, osoba ima pravo da se služi maternjim jezikom odnosno jezikom koji razumije, te s tim u vezi i pravom na prevođenje od strane tumača od trenutka kada je obaviještena da je osumnjičena ili optužena za učinjenje krivičnog djela, pa sve do pravomoćnog okončanja krivičnog postupka.

Identično rješenje je sadržano i u praksi ESLJP, kao što je ranije istaknuto. Na ovaj način je preciznije određeno od kada osumnjičeni odnosno optuženi ima pravo na prevođenje za razliku od rješenja iz člana 9. stav 2. ZKP FBiH. Da podsjetimo, osumnjičeni će se o tom pravu poučiti “prije prvog ispitivanja”, pa nije propisano da će organi u krivičnom postupku osigurati pravo na prevođenje od strane sudskog tumača, kada prije prvog ispitivanja preduzimaju radnje koje ne trpe odlaganje, kao što je pretres osumnjičenog bez naredbe suda prilikom lišenja slobode ili privremeno oduzimanje predmeta od osumnjičenog bez naredbe suda ili tjelesni pregled osumnjičenog po naredbi tužitelja jer postoji opasnost od odlaganja.

Direktivom je dalje propisano da “države članice osiguravaju da se osumnjičenim ili optuženim koji ne govore ili ne razumiju jezik predmetnog krivičnog postupka bez odlaganja omogući tumačenje tokom krivičnog postupka pred istražnim i pravosudnim organima, uključujući tokom policijskih ispitivanja, svih sudskih rasprava i svih drugih potrebnih saslušanja”.⁶⁰ Isto tako, prema Direktivi, “države članice su dužne da osiguraju da se osumnjičenim ili optuženim koji ne razumiju jezik predmetnog krivičnog postupka u razumnom roku osigura pisani prevod svih dokumenata bitnih za osiguranje ostvarivanja njihova prava na odbranu i garancije pravičnosti postupka”.⁶¹

Stoga, prema rješenjima sadržanim u Direktivi, države članice EU dužne su da usmeno prevođenje od strane sudskog tumača osumnjičenim odnosno optuženim osiguraju bez odlaganja, od momenta kada su obaviještene da su osumnjičene ili optužene za učinjenje krivičnog djela, dok se pismeni prevod osigurava u razumnom roku.

Prema praksi Suda pravde EU, odredbe člana 2. stav 1. i člana 3. stav 1. Direktive, konkretiziraju temeljna prava na pravično suđenje i poštiva-

⁵⁹ Član 1. stav 2. Direktive.

⁶⁰ Član 2. stav 1. Direktive.

⁶¹ Član 3. stav 1. Direktive.

nje prava odbrane, kako su sadržana u članu 47. Povelje Evropske unije o temeljni pravima, te ih valja tumačiti s obzirom na ta prava.⁶²

Radi se o praktičnom rješenju, pa bi dobro bilo da zakoni o krivičnom postupku u BiH propisuju, ne samo da osumnjičeni odnosno optuženi ima pravo na besplatno prevođenje od strane sudskog tumača od momenta kada je obaviješten da je osumnjičen ili optužen, nego i da od tog momenta bez odlaganja ima pravo na usmeni prevod isprava i drugog pisanog materijala, a u razumnom roku pismeni prevod od strane sudskog tumača kako bi se osiguralo djelotvorno pravo na odbranu. Odredbe člana 9. stavovi 2. i 3. ZKP FBiH samo propisuju da će se prije prvog ispitivanja osumnjičeni odnosno optuženi poučiti o pravu na usmeno prevođenje isprava i drugog pisanog dokaznog materijala, dok nije propisana obaveza, a samim tim ni rokovi, da se osigura pismeni prevod isprava i drugog pisanog dokaznog materijala.

Što se tiče pitanja koji “bitni dokumenti” se pismeno prevode osumnjičenom odnosno optuženom, u Direktivi je propisana obaveza da se osigurava pisani prevod “svih dokumenata bitnih za osiguranje ostvarivanja njihova prava na odbranu i garancije pravičnosti postupka, među koje se ubrajaju i sve odluke o lišenju slobode, svaki optužni prijedlog ili optužnica te sve presude”.⁶³ Pri tome, prema odredbama sadržanim u Direktivi, “nadležni organi u svakom pojedinačnom predmetu odlučuju je li bitan još neki dokument, te da osumnjičeni ili optuženi ili njihovi pravni zastupnici mogu u tu svrhu podnositi obrazložene zahtjeve i imaju pravo osporiti odluku kojom se utvrđuje da nije potrebno prevesti neke dokumente ili njihove ulomke, a ako je prevođenje omogućeno, da imaju mogućnost uložiti žalbu zbog toga što njegov kvalitet nije dovoljan da garantuje pravičnost postupka”⁶⁴. Konačno, Direktivom se propisuje i da se “izuzetno od navedenog, može umjesto pisanog prevoda ponuditi usmeni prevod ili usmeni sažetak bitnih dokumenata pod uvjetom da se takvim usmenim prevodom ili usmenim sažetkom ne dovodi u pitanje pravičnost postupka”⁶⁵.

Prema jednoj odluci Suda EU, na sudu je “(...) da provede konkretnu i preciznu ocjenu (...) kako bi provjerio je li tumačenje koje je dotičnoj osobi pruženo u okviru tog predmeta bilo dovoljne kvalitete s obzirom na zahtjeve koji proizlaze iz Direktive 2010/64, kako bi se toj osobi omogućilo da se upozna s

⁶² Predmet C242/22, Krivični postupak protiv TL, presuda od 1. 8. 2022, ECLI:EU:C:2022:611, par 42.

⁶³ Član 3. stavovi 1. i 2. Direktive.

⁶⁴ Član 3. stavovi 3. i 5. Direktive.

⁶⁵ Član 3. stav 7. Direktive.

razlozima lišenja slobode odnosno s djelom koje joj se stavlja na teret i da, na taj način, može ostvariti svoja prava obrane”⁶⁶.

Zaključak

Pojedine odredbe zakona o krivičnom postupku u BiH, kojima se propisuje pravo osoba, a u prvom redu osumnjičenih odnosno optuženih, na besplatno prevođenje od strane sudskog tumača, sadrže određene nepreciznosti uslijed kojih se u praksi javljaju ili se mogu javiti propusti od strane organa koji učestvuju u krivičnom postupku u osiguranju tog prava, a što za posljedicu ima nezakonitost dokaza ili nezakonitost odluka zasnovanih na takvim dokazima. Tako najprije, odredbe člana 9. stavovi 2. i 3. ZKP FBiH propisuju, kao što je već navedeno, da će se, ako osoba ne razumije jedan od službenih jezika BiH odnosno FBiH, osigurati usmeno prevođenje onoga što ona odnosno drugi iznose, kao i isprava i drugog pisanog dokaznog materijala, a o tim pravima poučit će se prije prvog ispitivanja. Uslijed ovakvog zakonskog određenja, u praksi se dešavaju propusti u osiguranju prava na besplatno prevođenje od strane sudskog tumača, kada organi u krivičnom postupku, prije prvog ispitivanja, preduzimaju hitne radnje koje ne trpe odlaganje, kao npr. pretres osumnjičenog prilikom lišenja slobode a koji ne poznaje jedan od službenih jezika u BiH ili privremeno oduzimanje predmeta od takvog osumnjičenog bez naredbe, pri čemu se prilikom preduzimanja tih radnji sačinjavaju i zapisnik o pretresu osumnjičenog i potvrde o privremenom oduzimanju predmeta a od osumnjičenog se zahtijeva da potpiše te dokumente i, u konačnici, tek prilikom prvog ispitivanja osumnjičenog se osigura prisustvo sudskog tumača. Kako bi se izbjegli ovakvi propusti u praksi, a polazeći od ranije istaknutih rješenja sadržanih u EKLJP i Direktivi, odnosno praksi ESLJP i Suda EU, bilo bi opravdano da se propiše obaveza organa u krivičnom postupku da osumnjičenog odnosno optuženog koji ne razumije jedan od službenih jezika BiH odnosno FBiH, bez odlaganja, od momenta kada je obaviješten da je osumnjičen odnosno optužen za učinjenje krivičnog djela, pouče o njihovom pravu na besplatno prevođenje od strane sudskog tumača. Također, citirana zakonska odredba trebala bi sadržavati i obavezu za organe u krivičnom postupku da osumnjičenom odnosno optuženom koji ne razumije jedan od službenih jezika BiH odnosno FBiH bez odlaganja, od momenta kada su obaviješteni da su osumnjičeni odnosno optuženi za učinjenje krivičnog djela, omogućiti usmeno prevođenje od strane sudskog tumača izjava, isprava i pisanog dokaznog materijala, kako bi se osiguralo djelotvorno ostvarivanje prava na odbranu. Takvim rješenjima bi se potpunije osigurala zaštita prava na

⁶⁶ Predmet C564/19, Krivični postupak protiv IS, presuda od 23. 11. 2021, ECLI:EU:C:2021:949, par. 116.

prevođenje od strane sudskog tumača a mogli bi se prevazići praktični problemi kada objektivno nije moguće osigurati prevođenje od strane sudskog tumača u trenutku kada se preduzimaju hitne radnje koje ne trpe odlaganje. Isto tako, ovakvim rješenjem postavio bi se kriterij po kojem bi organi u krivičnom postupku mogli ocijeniti koje je sve isprave i pisani dokazni materijal neophodno usmeno prevesti kako bi se osiguralo djelotvorno ostvarivanje prava na odbranu još prilikom prvog ispitivanja.

Što se tiče odredbe člana 10. stav 3. ZKP FBiH, kao što je već navedeno, ovom odredbom je propisano pravo na pismeni prevod pismena i podnesaka od strane sudskog tumača samo za osobu koja je lišena slobode ili se nalazi u pritvoru, na izdržavanju kazne ili na obaveznom psihijatrijskom liječenju, odnosno obaveznom liječenju od ovisnosti. Pri tome u ovoj odredbi, kao i u drugim odredbama ZKP FBiH, nije propisana obaveza organa u krivičnom postupku da osiguraju pismeni prevod isprava i drugog pisanog dokaznog materijala. Slijedeći ranije spomenuta rješenja iz prakse ESLJP ali i Direktive i Suda EU povodom pitanja koja se tiču obima pismenog prevoda i rokova za pismeni prevod od strane sudskog tumača, onda bi bilo opravdano da se propiše obaveza organa u krivičnom postupku da osumnjičenom odnosno optuženom koji ne razumije jezik, u razumnom roku osigura pisani prevod svih isprava bitnih za ostvarivanje njihovih prava na odbranu i prava na pravičan postupak, posebno pozivi, odluke o lišenju slobode i pritvoru, optužnice i presude.⁶⁷ Na ovaj način bi se pravo na besplatno prevođenje od strane sudskog tumača odnosilo na svaku osobu koja je osumnjičena odnosno optužena za krivično djelo, a ne razumije jedan od službenih jezika u BiH odnosno u FBiH, a organi koji učestvuju u krivičnom postupku imali bi kriterije i okvire u pogledu obima i vremena pismenog prevođenja od strane sudskog tumača.

⁶⁷ U prilog predloženom ide i činjenica da je istog stava i radna grupa koja je u okviru projekta ABA ROLI "Program zakonodavne pomoći u krivičnim postupcima u Bosni i Hercegovini", u cilju harmonizacije i unapređenja te ostvarivanja veće efikasnosti krivičnog pravosuđa i vladavine prava, dala prijedloge izmjena i dopuna zakona o krivičnom postupku u BiH. S tim u vezi je prijedlog novog stava 3. čl. 10. ZKP FBiH: (3) Osumnjičenom odnosno optuženom će se u razumnom roku osigurati pisani prijevod svih isprava bitnih za ostvarivanje njihovih prava na odbranu i prava na pravičan postupak, a u svakom slučaju posebno poziva, odluka o lišavanju slobode i pritvoru, optužnica, sporazuma o priznanju krivnje i presuda, a osobi koja je lišena slobode ili se nalazi u pritvoru, na izdržavanju kazne ili na obaveznom psihijatrijskom liječenju, odnosno obaveznom liječenju od ovisnosti, bez odlaganja. Više u: Sijerčić-Čolić & Halilović (2022, str. 21, 22).

Kako bi se u većoj mjeri osigurala zaštita prava na prevođenje od strane sudskog tumača, a s druge strane, spriječila zloupotreba tog prava, bilo bi potrebno da u zakonima o krivičnom postupku u BiH bude propisan i postupak po kojem bi se osumnjičeni odnosno optuženi mogao obraćati sudu sa zahtjevom za prevođenje dokaznog materijala koji mu nije preveden, te da protiv odluke suda o tom zahtjevu ima pravo žalbe. Time bi se dodatno osigurala zaštita prava na prevođenje od strane sudskog tumača, a s druge strane spriječila zloupotreba tog prava.

Prethodno navedena rješenja imaju svoje uporište u EKLJP odnosno praksi ESLJP, a jednaka su rješenjima sadržanim u Direktivi i praksi Suda EU. Njima se u većoj mjeri izjednačava položaj osumnjičenog odnosno optuženog koji ne razumije jedan od službenih jezika u BiH sa osumnjičenim odnosno optuženim koji taj jezik razumiju, što je posebno značajno kada se uzme u obzir da je pravo na besplatno prevođenje od strane sudskog tumača neposredno povezano s pravom na odbranu a time i pravom na pravičan postupak.

Bibliografija

- Bajčić, M. (2019). Pravo okrivljenika na tumačenje i prevođenje u kaznenom postupku kroz prizmu recentne prakse Europskog suda za ljudska prava i suda EU-a. *Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu*, 23 (1), 751-782.
- Đurđević, Z. (2008). Lisabonski ugovor: prekretnica u razvoju kaznenog prava u Europi. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*. 15 (2), 1077-1127.
- Ivičević-Karas, E., Burić, Z., & Bonačić, M. (2016) Unapređenje procesnih prava osumnjičenika i okrivljenika u kaznenom postupku: pogled kroz prizmu europskih pravnih standarda. *Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu*, 23 (1), 11-58.
- Krapac, D. (2020). *Kazneno procesno pravo, Prva knjiga: Institucije*. Zagreb: Narodne novine.
- Milošević, B. & Tirić, A. (2009). *Modul 3, Krivična oblast – Principi krivičnog postupka i istraga*. Sarajevo.
- Milošević, B. & Tirić, A. (2021). *Modul 1, Krivična oblast*. Sarajevo: Visoko sudsko i tužilačko vijeće Bosne i Hercegovine, Centar za edukaciju sudija i tužilaca FBiH; Banja Luka: Centar za edukaciju sudija i tužilaca RS.
- Mišljenje nezavisnog odvjetnika Yvesa Bota. (2015). Predmet C-216/14, Kazneni postupak protiv Gavrila Covacija. *Zbornik sudske prakse*. Preuzeto 20. 5. 2023. sa <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/PDF/?uri=CELEX:62014CC0216>

- Mrčela, M., Tripalo, D., & Valković, L. (2016). *Odabrana poglavlja Europske konvencije o ljudskim pravima i temeljnim slobodama - kaznenopravni aspekt: priručnik za polaznike/ce*. Zagreb: Pravosudna akademija.
- Sijerčić-Čolić, H., & Halilović, H. (2022). Predstavljanje projekta ABA ROLI - Program zakonodavne pomoći krivičnim postupcima u Bosni i Hercegovini. *Pravo i pravda: časopis za pravnu teoriju i praksu*, (1), 17–38. Preuzeto 13. 5. 2023: <https://usfbih.ba/wp-content/uploads/2022/06/Pravo-i-Pravda-2022-final.pdf>
- Sijerčić-Čolić, H. (2019). *Krivično procesno pravo Knjiga I, Krivičnoprocesni subjekti i krivičnoprocesne radnje* (peto izmijenjeno i dopunjeno izd.). Sarajevo: Pravni fakultet.
- Vervaele, J. (2006). The European Community and Harmonization of the Criminal Law Enforcement of Community Policy. *EUCRIM* 3-4, 87-93.
- Vitkauskas, D. & Dikov, G. (2012). *Zaštita prava na pravično suđenje prema Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima*. Strasbourg: Vijeće Europe.
- Vitkauskas, D. & Dikov, G. (2017). *Zaštita prava na pravično suđenje po Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima – Priručnik za praktičare* (2. izd.). Strasbourg: Vijeće Europe.

Propisi

- Direktiva 2010/64/EU Evropskog parlamenta i Vijeća o pravu na tumačenje i prevođenje u krivičnim postupcima. *Službeni list L 280* od 26. 10. 2010.
- Zakon o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine. *Službeni glasnik Bosne i Hercegovine*, 3/2003, 32/2003, 36/2003, 26/2004, 63/2004, 13/2005, 48/2005, 46/2006, 29/2007, 53/2007, 58/2008, 12/2009, 16/2009, 53/2009, 93/2009, 72/2013, 65/2018.
- Zakon o krivičnom postupku Brčko distrikta Bosne i Hercegovine. *Službeni glasnik Brčko distrikta BiH*, 34/2013, 27/2014, 3/2019, 16/2020.
- Zakon o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine. *Službene novine Federacije BiH*, 35/2003, 56/2003, 78/2004, 28/2005, 55/2006, 27/2007, 53/2007, 9/2009, 12/2010, 8/2013, 59/2014, 74/2020.
- Zakon o krivičnom postupku Republike Srpske. *Službeni glasnik RS*, 53/2012, 91/2017, 66/2018, 15/2021.

Odluke ESLJP

- Adolf protiv Austrije, aplikacija br. 8269/78, presuda od 26. 3. 1982.
- Baytar protiv Turske, aplikacija broj 45440/04, presuda od 14. 10. 2014.

- Brozicek protiv Italije, aplikacija br. 10964/84, presuda od 19. 12. 1989.
Cuscani protiv Ujedinjenog Kraljevstva, aplikacija br. 32771/96, presuda
od 24. 9. 2002.
- Deweer protiv Belgije, aplikacija br. 6903/75, presuda od 27. 2. 1980.
Fox, Campbell i Hartley protiv Ujedinjenog Kraljevstva, aplikacija br.
12244/86 i druge, presuda od 27. 3. 1991.
- Heaney i McGuinness protiv Irske, aplikacija br.34720/97, presuda od
21. 12. 2000.
- Hermi protiv Italije, aplikacija br. 18114/02, presuda od 18. 10. 2006.
Ibrahim i ostali protiv Ujedinjenog Kraljevstva, aplikacija broj 50541/08 i
druge, presuda od 13. 9. 2016.
- Kamasinski protiv Austrije, aplikacija br. 9783/82, presuda od 19. 12.
1989.
- Kane protiv Kipra, aplikacija br. 33655/06, presuda od 13. 9. 2011.
Knox protiv Italije, aplikacija broj 76577/13, presuda od 24. 1. 2019.
Lagerblom protiv Švedske, aplikacija br. 26891/95, presuda od 14. 1.
2003.
- Luedicke, Belkacem i Koc protiv Njemačke, aplikacija br. 6210/73 i drugi,
presuda od 28. 11. 1978.
- Vanyan proti Rusije, aplikacija br. 53203/99, presuda od 15. 12. 2005.
Vizgirda protiv Slovenije, aplikacija br. 59868/08, presuda od 28. 8. 2018.
Wang protiv Francuske, aplikacija br. 83700/17, presuda od 28. 4. 2022.
X protiv Njemačke, aplikacija br. 8098/77, odluka od 13. 12. 1978.

Odluke Suda EU

- Predmet C 242/22 PPU, Krivični postupak protiv TL., presuda od 1. 8.
2022, ECLI:EU:C:2022:611.
- Predmet C 564/19, Krivični postupak protiv IS., presuda od 23. 11. 2021,
ECLI:EU:C:2021:949
- Predmet C-216/14, postupak protiv Gavrila Covacija, presuda od 15. 10.
2015, EU:C:2015:686

Odluke sudova u BiH

Odluka Ustavnog suda BiH, broj AP 696/04 od 23. 9. 2005.

Presuda Suda BiH broj S1 2 K 031244 20 Kž 8 od 9. 6. 2020.

Rješenje Suda BiH broj S 1 2 K 012843 16 Kž od 9. 6. 2016.

Rješenje Vrhovnog suda Federacije BiH broj 09 0 K 037251 22 Kž 11 od
9. 3. 2022.

Rješenje Vrhovnog suda Federacije BiH broj 09 0 K 037675 21 Kž 2 od
19. 3. 2021.

Vildana Pleh, PhD

Associate professor
University of Sarajevo
Faculty of Law
v.pleh@pfsa.unsa.ba

Sedin Idrizović

Judge
Supreme Court of FBiH
Sedin.Idrizovic@pravosudje.ba

**THE RIGHT OF THE SUSPECT OR ACCUSED
TO THE USE OF LANGUAGE AND SCRIPT AND FREE OF
CHARGE TRANSLATION BY A COURT INTERPRETER IN
CRIMINAL PROCEEDINGS**

Summary

This paper discusses person's rights participating in criminal proceedings, primarily in reference to a suspect or an accused person, concerning their right to use their own mother tongue or a language they understand and that a court appointed language assistant conducts verbal or written translation of testimonies and documents used in criminal proceedings. The aforementioned rights are not sufficiently elaborated in criminal proceeding codes in Bosnia and Herzegovina, which puts under question scope of protection of these rights and their conformity with standards of the European Convention for Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms as well as with the Court of European Union. This paper elaborates about existing legal framework and current case law of Bosnia and Herzegovina concerning these rights, but also about standards of protection of these rights as established in the European Convention for Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and the case law of the European Court of Human Rights, as well as in the laws of the European Union. The given elaboration enables adoption of certain solutions in order to have a more firm protection of these rights, as indicated in the concluding paragraphs of the paper.

Keywords: *Right to use language and script, free of charge translation, court appointed language assistant, right to defense, right to a fair trial*

Dr. sc. Amila Ždralović
Vanredna profesora
Univerzitet u Sarajevu
Pravni fakultet
a.zdralovic@pfsa.unsa.ba

UDK 340.134-055
Izvorni naučni rad

LEGISLATIVNO (NE)PREPOZNAVANJE RODA I RODNOG IDENTITETA: ANALIZA ZAKONA O RAVNOPRAVNOSTI SPOLOVA BOSNE I HERCEGOVINE

Sažetak

U radu se ispituje kakvo tumačenje roda i rodnog identiteta nudi Zakon o ravnopravnosti spolova BiH (ZoRS BiH) koji je usvojen 2003. godine, a izmijenjen i dopunjen 2009. godine. Analiza ukazuje da je rod, osim na razini uvođenja definicije 2009. godine, odsutan u tekstu ZoRS BiH. Međutim, bilo je moguće interpretirati zakonodavne pretpostavke o rodu s obzirom na tumačenja spola i uspostavljeni koncept ravnopravnosti spolova kao ravnopravnosti muškaraca i žena. Analiza je pokazala da rod kao identitetarna kategorija nije priznat ZoRS BiH, a uspostavljeni koncept ‘ravnopravnosti spolova’ ima vrlo ograničen potencijal za uspostavljanje ravnopravnosti muškaraca i žena. U tekstu ZoRS BiH zastupljen je koncept ‘rodne neutralnosti’ nauštrb ‘rodne osjetljivosti’ i ‘ženskih politika’. Potreba uklanjanja rodnih stereotipa prepoznata je samo u određenim oblastima (prije svega u medijskim i udžbeničkim sadržajima), a mogućnost interseksionalnog pristupa prepoznaje se samo u sferi ekonomskog poslovanja i to u odnosu na jednu grupu žena (‘žene na selu’).

Ključne riječi: *rod, spol, rodni identitet, rodna ravnopravnost, ravnopravnost spolova*

Uvod

Na području rodne ravnopravnosti generalno je napravljen značajan pomak koji se manifestira i kroz usvajanje niza pravnih instrumenata na globalnom (npr. UN) i regionalnom nivou (npr. Evropska unija i Vijeće Evrope) na koje se obavezala većina država koje su posljedično, “iako s višestrukim nedostacima [...], transformirale i prilagodile svoje domaće zakone i politike kako bi bile u skladu s međunarodnim normama” (Sosa, 2021, str. 3). Međutim, 21. stoljeće, pored uspjeha na području rodne ravnopravnosti, obilježava i snažno protivljenje rodu i rodnoj ravnopravnosti izraženo kroz antirodne kampanje u

Evropi i Americi (Paternotte i Kuhar, 2017, str. 7; Sosa, 2021, str. 3). Samo protivljenje rodu i rodnoj ravnopravnosti nije nova pojava, već je nastavak otpora feminizmu, ali ovaj put strukturiranog kao desničarski populizam (Graff i Korolczuk, 2022, str. 4, 7). Ova veza s desničarskim populizmom omogućila je da se “redefinira” i “demonizira” značenje riječi rod “čineći da rodna ravnopravnost izgleda kao neprijatelj naroda” (Graff i Korolczuk, 2022, str. 4).

Prve naznake savremenog talasa globalnih antirodnih mobilizacija, s karakterističnim fokusom na riječ rod, nalazimo još u “vatikanskom protivljenju politikama rodne ravnopravnosti promicanim na transnacionalnoj razini nakon Svjetske konferencije o ženama u Pekingu 1995. godine”, ali su danas sukobi “postali složeniji”, “savezi između različitih aktera su se promijenili”, te “antirodna mobilizacija dolazi u različitim oblicima i formama, ovisno o lokalnoj kulturalnoj i političkoj dinamici” (Graff i Korolczuk, 2022, str. 5–7, 38–39). Pri tome, osporavanje roda nije uvijek prvenstveno moralno i vjersko, već se u nekim kontekstima (npr. u Švedskoj) temelji na argumentu da je “rodna teorija neznanstvena” (Graff i Korolczuk, 2022, str. 7).

Antirodne mobilizacije u različitim kontekstima objedinjuje okupljanje oko zajedničkog neprijatelja kojeg označavaju kao rodnu ideologiju – *gender ideology*, rodnu teoriju – *gender theory* ili (anti)dženderizam – *(anti)genderism* (Kováts, 2017, str. 175; Paternotte i Kuhar, 2018, str. 8). Pri tome, šarolika je lista programa i aktera onoga što se može označiti rodnom ideologijom (Kováts, 2017, str. 175–176), te tek na temelju različitih analiza antirodnih pokreta i kampanja u lokalnim kontekstima posredno možemo izvoditi zaključke o tome šta je uopće rodna ideologija koja se populistički koristi za diskreditaciju.

Rad Davida Paternottea i Romana Kuhara (2018) upućuje na pet područja sukoba – LGBTIQ+ prava, ženska ljudska prava, obrazovanje, sam pojam roda i demokratija (str. 9–10). U svakom od ovih područja autori analiziraju specifične fokuse napada. Tako su u prvom području rasprava o “istospolnim brakovima i građanskom partnerstvu najснаžniji okidači u cijeloj regiji”, a ona uključuje i druga povezana pitanja kao što su istospolno roditeljstvo, surogat majčinstvo, pristup srodstvu i prava transrodnih osoba (Paternotte i Kuhar, 2018, str. 9). U središtu rasprave o ženskim ljudskim pravima na posebnom udaru su se našla reproduktivna prava žena, dok se u području obrazovanja žarište debate sabire oko pitanja integracije sadržaja koji promoviraju rodnu ravnopravnost i/ili koji se tiču uvođenja seksualnog obrazovanja u škole (Paternotte i Kuhar, 2018, str. 9–10).

U području rasprave oko samog pojma roda, na meti optužbe da su “prikriivena sredstva” rodne ideologije, našle su se i različite sintagme u kojima se koristi pojam roda, a posebno se izdvajaju ‘rodno zasnovano nasilje’, ‘rodno osviještene politike’ i ‘rodne studije’ (Paternotte i Kuhar, 2018, str. 10). U području demokratije, populističke tvrdnje antirodne kampanje izražene su kroz stavove da je “demokracija kao takva ugrožena jer izjednačavaju ‘rodnu ideologiju’ – osobito u postsocijalističkoj Evropi – s (novim) marksizmom i komunističkim političkim režimom kako bi naglasili njen nedemokratski karakter” (Paternotte i Kuhar, 2018, str. 10).

Međutim, ‘rod’, ‘rodnu ideologiju’, ili “još više ‘rodnu teoriju’, ne treba brkati sa znanstvenim radom razvijenim u području rodnih studija, već je termin koji je inicijalno stvoren da se suprotstavi aktivizmu za prava žena i LGBT osoba, kao i znanstvenim dekonstrukcijama esencijalističkih i naturalističkih pretpostavki o rodu i seksualnosti” (Paternotte i Kuhar, 2018, str. 8). Ipak, ovo ne znači da je na temelju rasprava iz oblasti rodnih studija moguće izdvojiti jedinstveno tumačenje roda. Klasično razumijevanje roda kao društvenog konstrukta i spola kao biološke kategorije popularizirala je britanska sociologinja Ann Oakley radom *Sex, Gender and Society (Spol, rod i društvo)* iz 1972. godine (Duchen, 1994, str. 228). Ovo je ujedno bio i trenutak u kojem je rod postao “ključni koncept u feminističkim studijama” (Stromquist i Fischman, 2009, str. 463). Na toj liniji se razvijalo i danas u rječnicima i udžbenicima prisutno razumijevanje spola kroz “biološke i fiziološke karakteristike koje ljude definiraju kao žene ili muškarce”, a rod kroz “društvene attribute i mogućnosti” koje su povezane s tim da je osoba žena ili muškarac (EIGE, 2016). Razlikovanje spola kao biološke i roda kao društvene kategorije ponudilo je vrijedan analitički alat, ali istovremeno i potaklo raspravu o (re)definiranju samih pojmova.

U osnovi klasičnog razlikovanja roda i spola je binarna matrica žensko – muško ili muško – žensko koja pretpostavlja unificirane i čvrste kategorije. Međutim, životna iskustva transrodnih, interseksualnih ili osoba koje se ne samoidentificiraju kao muškarci ili žene, pokazuju da je “nužno zakomplicirati koncepcije spola i roda” izvan binarnosti (Dreyfus, 2012, str. 36). Čak i koncept ‘ženskih ljudskih prava’ kakav slijedi naprimjer CEDAW, pretpostavlja “biološku spolnu binarnost” (Dreyfus, 2012, str. 37) i time podrazumijeva unificiranu kategoriju. Međutim, kategorije kao takve su relevantne i nužne kako za dalju analizu, tako i ostvarivanje prava u mjeri u kojoj predstavljaju osnovu socijalne stratifikacije. Kao analitičke kategorije, one su bile važno mjesto feminističke teorije i aktivizma. Uopće nije zanemariv uvid da već pozivanje na izraz žene “počiva na pretpostavci da se odnosi na nešto stabilno i prepoznatljivo” i zanemaruje postojanje “bezbrojnih razlika među ženama”

(Baldez, 2011, str. 420), Međutim, iako kategorija ‘žena’ “nije jedinstvena kategorija” i ne bi trebala biti “jedina kategorija za analizu”, kao takva kategorija treba da “ostane među bezbrojnim klasifikacijama relevantnim za diskurs o pravima” (Hernández-Truyol, 2011, str. 197).

Klasično tumačenje spola i roda je u nužnom nastojanju da opiše odnose moći, utemeljeno je na patrijarhalnoj matrici, ali i dalje važan alat u analizi društvenih odnosa i opisivanja društvenog normiranja. Iako su dalje feminističke debate razvijale i gradile teorije, one imaju reperkusije na razumijevanje, pa čak i osporavanje, koncepta ‘ženskih ljudskih prava’. Onda kada se koncept koristi u pravnim dokumentima, istovremeno se patrijarhalna društvena norma, s tendencijom da se promijeni, preslikava u pravnu normu. Kako navodi Warnke (2001), ako “pretpostavimo da zamislimo život izvan spola”, onda “kromosomske ili anatomske karakteristike koje se trenutno povezuju sa spolom” neće imati “veći značaj u većini okolnosti od boje očiju ili obrisa pupka” (str. 135). Međutim, činjenica spola postaje itekako relevantna kada kao društveni konstrukt na bilo koji način definira osobu, i posljedično određuje njen položaj u društvu, opseg prava koji uživa, okolnosti degradacije osobe ili grupe itd.

Iako ne postoji konsenzus o definicijama spola i roda, tumačenja roda se razvijaju kroz debatu. Pri tome, možda “razlika između spola i roda može postati manje važna ili smisljena” (Muehlenhard i Peterson, 2011, str. 801), ali nacionalni zakoni o rodnoj ravnopravnosti ne mogu rješavati postojeće teorijske sporove. Stoga alternativa klasičnom tumačenju roda posredstvom razlike u odnosu na spol, može biti definiranje roda posredstvom rodnog identiteta kako je to učinjeno sa *Principima iz Yogyakarta* (2006, 2007) koji otvaraju prostor da o rodu i spolu razmišljamo u inkluzivnijem kontekstu. Ipak, i ‘novi’ pristup Dreyfus (2012) posmatra tek kao “poluizum”. Kao i raniji pristup karakteristični za CEDAW i usmjereni na žene i ženska ljudska prava, tako i novi pristup svojstven *Principima iz Yogyakarta* koji je usmjeren na osobe različitog rodnog identiteta i seksualne orijentacije, dio je “diskurzivnog projekta koji proizvodi subjekte zakona o ljudskim pravima” (Dreyfus, 2012, str. 38). Onda kada se apstraktni pojmovi kao što su ‘žene’ ili ‘rodni identitet’ integriraju u međunarodni diskurs o ljudskim pravima, oni se istovremeno, usklađuju s binarnim sistemom ljudskih prava (Dreyfus, 2012, str. 40). Ovim se ne odbacuje apriori potencijal pristupa i pravnih instrumenata u otklanjanju diskriminacije, nego se ukazuje na to da već njihova mogućnost podriivanja rodne ravnopravnosti čini kritički osvrt potrebnim (Deyfus, 2012, str. 34, 46, 49).

U kontekstu predstavljene teorijske debate, u ovom radu se analizira koncept rodne ravnopravnost u Bosni i Hercegovini postavljen i pretpostavljen Zakonom o ravnopravnosti spolova Bosne i Hercegovine (ZoRS BiH). Predmetom istraživanja rad je ograničen i usmjeren na direktno ili indirektno prepoznavanje roda i kao socio-kulturalne osnove društvenih odnosa i kao identitetarne kategorije u tekstu ZoRS-a BiH. Analiza je usmjerena na sadržaj ZoRS-a BiH iz 2003. godine i njegove izmjene i dopune 2009. godine, a s primarnim ciljem da se prepoznaju direktna osporavanja roda, ali i da se identificiraju indirektna i potencijalna tumačenja roda i rodnog identiteta koje ovaj zakon nudi. U analizi zakonskih definicija ‘roda’ i ‘spola’, primarno su korišteni logički i lingvistički metodi u pravu. S obzirom na složenu teorijsku debatu, s jedne strane, i načelno odsustvo roda i rodnog identiteta u ZoRS-u BiH, analizirane su, na temelju teorijskih rasprava izvedene, potencijalno relevantne kategorije – žene i marginalizirane ženske skupine. Dodatno, u analizi zakonskog teksta bilo je potrebno analizirati sadržaj ZoRS-a BiH s obzirom na zastupljenost i način uključivanja koncepata ‘rodne ravnopravnosti’, ‘urodnjavanja’, ‘interseksionalnosti’, ‘rodne osjetljivosti’, ‘ženskih politika’ i ‘rodne neutralnosti’ u zakonski tekst.

U analizi koja slijedi ne želi se osporiti značaj usvajanja ZoRS-a BiH u specifičnim društvenim okolnostima, ali se nakon dvadeset godina njegove provedbe želi otvoriti rasprava o razumijevanju okvira za rodnu ravnopravnost (pret) postavljenog ovim zakonom. U prvom dijelu rada predstavljen je društveni kontekst usvajanja ZoRS-a BiH (2003, 2009, 2010) u kojem su ‘rod’ i ‘rodni identitet’ izostavljeni, ali ipak je postavljen okvir za zaštitu ženskih ljudskih prava. Drugi dio analizira ‘spol’, ‘ravnopravnost spolova’ i ‘ženska ljudska prava’ kao referentne tačke ovog okvira. Treći dio rada, budući da ZoRS BiH prati koncept UN-ove konvencije o eliminaciji svih oblika diskriminacije žena, analizira domete i ograničenje koncepta ‘ravnopravnosti spolova’ zasnovanog na patrijarhalnoj matrici ‘biološke spolne binarnosti’.

Zakon o ravnopravnosti spolova BiH - kontekstualizacija

ZoRS BiH je predstavljao značajan pokušaj da se uspostavi zakonodavni okvir za zaštitu ženskih ljudskih prava u postkonfliktnom društvu. Njegovo usvajanje odvijalo se u specifičnim društvenim okolnostima tranzicije “ka kulturi ljudskih prava” (Bakšić Muftić, 2006, str. 36). Naime, u periodu nakon sukoba (1992–1995) u prvom planu su se našla “etnička, entitetska i religijska ravnopravnost”, koja je potisnula pitanje “ravnopravnosti žena i muškaraca” (Bakšić Muftić, 2004a, str. 5). Ne samo da je ZoRS BiH vratio pitanja rodne ravnopravnosti na dnevni red već je i, kako primjećuje Jasna Bakšić Muftić (2004b), “prvi put demokratiziran zakonodavni proces”, jer se

proces njegove izrade odvijao u dijalogu vladinih i nevladinih organizacija te ekspertica iz akademske zajednice (str. 47).

Zakon o ravnopravnosti spolova BiH je usvojen 2003. godine, a na sjednici Doma Predstavničkog doma Parlamentarne skupštine BiH (2003a, 2003b) i Doma naroda Parlamentarne skupštine BiH (2003a, 2003b) o samom tekstu Zakona nije se vodila polemika. Iako jednoglasno usvajanje teksta zakona sa amandmanima koje su dostavile bh. nevladine organizacije (Rošul-Galjić, 2016, str. 151) može stvoriti privid da je iskorak ka rodnoj ravnopravnosti napravljen s lakoćom i bez otpora, u obzir treba uzeti i to da su, kako se navodi u drugom Alternativnom izvještaju (Global Rights – Partners for Justice i dr., 2004), usvajanju ZoRS-a BiH prethodile tri godine intenzivnog zagovaranja organizacija Global Rights – Partners for Justice i Koalicije za ravnopravnost spolova¹ (Global Rights – Partners for Justice, 2004, str. 2). Na temelju Alternativnog izvještaja iz 2004. godine može se zaključiti da je koncept ‘ravnopravnosti spolova’ razvijen kroz tekst ZoRS-a BiH iz 2003. godine, podržan i promoviran od bh. ženskih nevladinih organizacija (Global Rights – Partners for Justice i dr., 2004). Zakonom je predviđeno i osnivanje Agencije za ravnopravnost spolova Bosne i Hercegovine (ARS BiH), a s osnovnim ciljem praćenja njegove primjene (ZoRS BiH, 2003, član 22; ZoRS BiH, 2010, član 25, stav 2).

Već u uvodnim redovima ZoRS-a BiH iz 2003. godine navodi se da se ovim zakonom uređuje, promovira i štiti “ravnopravnost spolova i garantira jednaka mogućnost svim građanima, kako u javnoj, tako i u privatnoj sferi društva, te sprečava izravna i neizravna diskriminacija utemeljena na spolu” (član 1). Izmjenama i dopunama iz 2009. godine, dodat je i “ravnopravan tretman svih osoba bez obzira na spol” čime je egalitarna jednakost postala predominantan pristup u konceptu jednakopravnosti spolova.

Prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama ZoRS-a BiH 2009. godine na sjednici Doma Predstavničkog doma Parlamentarne skupštine BiH (2009a, 2009b) i Doma naroda Parlamentarne skupštine BiH (2009a, 2009b) usvojen je jednoglasno u prvom čitanju. Na sjednici Doma naroda u raspravi je konstatirano da je ZoRS BiH usklađen sa CEDAW-om, ali su i prepoznati problemi i ograničenja, prije svega, kadrovska i finansijska, s kojima se institucionalni mehanizmi za rodnu ravnopravnost suočavaju u svom radu.

¹ Godine 2002. “oko 75 nevladinih organizacija formiralo je Koaliciju za ravnopravnost spolova koja se zalagala za donošenje Zakona o ravnopravnosti spolova i drugih mehanizama za ravnopravnost spolova” (Jenichen, 2012, str. 152, prema Rošul-Galjić, 2015, str. 151).

“[...] mogućnosti koje su date Agenciji [za ravnopravnost spolova Bosne i Hercegovine] do skora su bile ograničene. Sredstva za obavljanje zadataka koji su bili pred Agencijom su bila ograničena, automatski odjek u oblasti ravnopravnosti polova je bio vrlo skroman. To isto važi i za mehanizme koji se preko ovog zakona ostvaruju na nivou entiteta, to znači da postoje gender centri vlada i RS-a i Federacije BiH, koji imaju jako mnogo istupa i jako mnogo posla na ovom dijelu je urađeno” (Dom naroda Parlamentarne skupštine BiH, 2009b, str. 33).

U raspravi je također, kroz obraćanja političarki, prepoznat napor koji su uložile i vladine i nevladine organizacije, kao i mediji da se stanje u oblasti ravnopravnosti spolova u BiH popravi (Dom naroda Parlamentarne skupštine BiH, 2009b, str. 34). Kao osobito važan segment ZoRS-a BiH, u diskusiji su prepoznate njegove odredbe koje se odnose na mjere afirmativne akcije i rodni balans u javnoj sferi.

U izvještajima ženskih nevladinih organizacija koji su prezentirani CEDAW komitetu (npr. Global Rights – Partners for Justice i dr., 2004, str. 2, 29; Prava za sve – Sarajevo i Helsinški parlament građana – Banja Luka, 2010, str. 7), usvajanje ZoRS-a BiH je prepoznato kao značajan korak u ostvarivanju jednakopravnosti spolova i koncept koji je dalje služio za razvijanje legislativnih i drugih smjernica za rodnu ravnopravnost, i koji kao takav u pravilu nije dovođen u pitanje. U izvještajima su primarno otvarana pitanja o usklađivanju drugih zakona sa ZoRS-om BiH, ali sam koncept ‘jednakopravnosti spolova’ nije kritički razmatran.

Već sam naziv Zakona i Agencije koja prati njegovo provođenje, terminološki upućuje na “ravnopravnost spolova”, a ne na “rodnu ravnopravnost”. Time se dalje uslovljava specifičan koncept razumijevanja rodne (ne)ravnopravnosti koji se reflektira na druge politike, zakone i strateške dokumente. Stoga je nužno ispitati kakvo razumijevanje spola i roda nudi ZoRS BiH da bi se na koncu vidjeli dometi i ograničenja uspostavljenog koncepta ‘rodne ravnopravnosti’. U susjednoj Srbiji, Zakon o ravnopravnosti polova iz 2009. godine zamijenio je 2021. godine Zakon o rodnoj ravnopravnosti koji je “moderniji i obuhvata promjene nastale u sferi rodne ravnopravnosti” (Vilić i Beker, 2022, str. 5).

Spol kao supstitucija za rod

U tekstu ZoRS-a BiH iz 2003. godine uopće se ne spominju ‘rod’ i ‘rodni identitet’, već se rasprava o rodnoj ravnopravnosti sužava na jednakopravnost spolova. Zakonska definicija ‘spola’ iz 2003. godine polazi od distinkcije između spola kao biološke datosti i spola kao društvenog konstrukta. Naime, u ZoRS-u BiH iz 2003. godine, spol je definiran kao “društveno uspostavljena uloga žena i muškaraca u javnom i privatnom životu za razliku od istog izraza koji daje biološko određenje” (ZoRS BiH, 2003, član 4).

U osnovi, moguće je ovakav pristup posmatrati i vrlo uvjetno teorijski opravdavati iz perspektive ranijih teorija. Naprimjer, u prvoj polovini 20. stoljeća, pojam spol je bio (npr. u radovima Margaret Mead, 1968 ili Simone de Beauvoir, 1983) korisna kategorija za analizu socio-kulturalnih faktora koji usmjeravaju pojedinke/ce prema društveno skrojenim stereotipima ‘muškog’ i ‘ženskog’. S druge strane, klasični pristup rodu ima emancipatorski potencijal da, u kombinaciji s intersekcionalnim pristupima, prepoznaje, opisuje i dekonstruira dosljedna i konzistentna društvena uvjerenja i očekivanja. Izvučeno iz konteksta, razlikovanje spola u biološkom i spola u socio-kulturalnom kontekstu u ZoRS-u BiH iz 2003. godine može se tumačiti kao klasično razlikovanje između spola kao biološke i roda kao društvene kategorije, pa možda čak i uvjetno, ali i dalje teorijski neutemeljeno, opravdavati istraživanjima iz perioda u kojima se rod nije koristio u feminističkim raspravama. Međutim, koncept razvijen u ZoRS-u BiH iz 2003. godine, umjesto na socio-kulturološka oblikovanja spola, nedvosmisleno akcentira “biološko određenje spola” (ZoRS BiH, 2003, član 4). Ovdje je suštinski propuštena mogućnost da se iskoristi potencijal koncepta spola kao biološke osnove njegovog socio-kulturalnog konstruiranja, a iz pojedinih dijelova zakonskog teksta spol se i dalje promišlja kroz biološko, i isključivo binarno, određenje. Naprimjer, u članu u kojem se definira diskriminacija i navode oblici diskriminacije, afirmativne mjere prepoznaju se kao mjere “zaštite spolova na temelju biološkog određenja” (ZoRS BiH, 2003, član 3).

U prve dvije decenije 21. stoljeća, razvoj institucionalnih mehanizama i različitih mjera za uspostavljanje ‘rodne ravnopravnosti’ kao ‘ravnopravnosti spolova’, postepeno je stvarao pretpostavke za korištenje pojma ‘rod’ (engl. *gender*). Tako su, naprimjer, na entitetskom nivou osnovani Gender centar FBiH i Gender centar RS. Pojam roda, i to na engleskom jeziku, iskorišten je u samom nazivu centara, ali uglavnom ne i sačuvan u opisu poslova kojima se bave. Prema Uredbi Vlade FBiH (2000), Gender centar FBiH “vrši stručne i druge poslove vezane za provođenje načela jednakosti i ravnopravnosti spolova i implementaciju odgovarajućih međunarodnih konvencija i ugovora”.

Na sličan način, zadaća Gender centra – Centra za jednakost i ravnopravnost spolova Republike Srpske, Odlukom o osnivanju (Vlada RS, 2002, 2005) je definirana pitanjima položaja žena, ravnopravnosti i jednakosti spolova i rod-nim pitanjima. Tako se pojmovi spol i rod u sličnim konceptima kao sinonimi naizmjenično koriste u nazivima različitih institucionalnih mehanizama (kao što su komisije za ‘ravnopravnost spolova’ na različitim nivoima) i različitim strateškim dokumentima (kao što su gender akcioni planovi).

Upotreba samog pojma rod (i to obično na engleskom jeziku) sporadična je i slučajna, a postojanje široke lepeze identiteta koji se ne uklapaju u patrijarhalno jasno definiranu matricu, ignorirano je. Zanimljivo je primijetiti da izvještaji BiH na engleskom jeziku koriste u pravilu termin rod (*gender*) i sintagmu ‘rodna ravnopravnost’ (engl. *gender equality*) u različitim kontekstima (naprimjer, ‘Gender Equality Law in BiH’, ‘The Gender Equality Agency’, ‘gender equality in BiH’ itd.), za razliku od istih izvještaja na b/h/s jeziku (npr. *Šesti periodični izvještaj, 2017 – Sixth periodic report, 2018; Četvrti i peti periodični izvještaj, 2011 – Combined fourth and fifth periodic reports, 2011*).

Izmjenama i dopunama ZoRS-a BiH 2009. godine, spol je redefiniran i definicija roda je uvrštena u tekst Zakona. Međutim, rod se u ZoRS-u BiH (2010) spominje samo kod definiranja pojma, dok je spol ostao referentna tačka naziva zakona, ali i njegovog sadržaja. U različitim članovima ZoRS-a BiH (2010), i u različitim kontekstima, spol je spomenut 107 puta. Žene su spomenute 10 puta, i to šest puta u okviru sintagme ‘muškog i ženskog spola’, po jednom u kontekstu ‘društvene uloge muškaraca i žena’ i zabrane ‘različitog tretmana muškaraca i žena’ i samo dva puta samostalno u kontekstu vulnerabilnih ženskih skupina (‘žene na selu’ i ‘reproduktivno zdravlje žena’). Ni raniji Zakon iz 2003. godine nije ozbiljnije tretirao žene kao društvenu skupinu, niti se bavio izričito ženskim ljudskim pravima.

Teorijska, ali i zakonska definicija spola, kao i kontekst upotrebe pojma i sam koncept ‘ravnopravnosti spolova’ razvijen u ZoRS BiH, direktno naglašava rodnu binarnost i univerzalnost bioloških, binarnih kategorija. Izmjene i dopune ZoRS BiH 2009. godine, u nekim segmentima su bila kontraproductivne. Tako umjesto “spolovi su ravnopravni” (ZoRS BiH 2003, član 2), čitamo “osobe muškog i ženskog spola su ravnopravne” (ZoRS BiH, 2009, 2010, član 2, stav 1). Na izrazito hipotetičkoj razini, spol je mogao biti mišljen izvan binarne matrice, a dopunama je ova hipotetička mogućnost ukinuta.

Dok je ranija definicija spola (ZoR BiH, 2003, član 4) podrazumijevala njegovo biološko i društveno značenje, nova definicija spol određuje kroz skup ‘bioloških’ i ‘psiholoških’ karakteristika i podređuje mu pojam roda. Definicija

ne daje popis ‘bioloških’ i ‘psiholoških’ karakteristika, već kao pretpostavka o dva identiteta, u biologiji i psihologiji traži fiksirane činjenice razlikovanja muškaraca i žena zanemarujući, naprimjer, mogućnosti promjene spola, ali i nedvosmisleno isključujući interseksualne osobe.

“spol predstavlja biološke i psihološke karakteristike po kojima se razlikuju osobe muškog i ženskog spola, a označava i gender/rod kao sociološki i kulturološki uvjetovanu razliku između osoba muškog i ženskog spola i odnosi se na sve uloge i osobine koje nisu uvjetovane ili određene isključivo prirodnim ili biološkim faktorima, nego su prije proizvod normi, prakse, običaja i tradicije i kroz vrijeme su promjenljivi” (ZoRS BiH, 2010, član 9, stav a).

Međutim, ako i pretpostavimo da je već sama definicija roda u ZoRS BiH (2010) godine bila dovoljna za dalja tumačenja, te ako zanemarimo činjenice njegovog daljeg ignoriranja i korištenja pojma spola, i dalje definicija kao takva ostaje problematična. Prema zakonskoj definiciji, spol ‘označava’ i rod, što znači da je društvena konstrukcija rodnih uloga i dalje sadržana i utemeljena na spolu, odnosno na biološkom i psihološkom razlikovanju muškog i ženskog spola. Odnosno, ‘sociološka’ i ‘kulturološka’ razlika utemeljena je na ‘biološkoj’ i ‘psihološkoj’ razlici. Definicija pogrešno pretpostavlja skupove karakteristika. I ako bismo prihvatili čak da definicija spola i roda iz ZoRS BiH (2010) odgovara sadržaju klasičnih definicija o spolu i rodu iz 70-ih godina prošlog stoljeća, i dalje ne možemo zanemariti debate i kritičke uvide u savremenoj feminističkoj teoriji.

Skup bioloških i psiholoških karakteristika je posebno simptomatična pretpostavka izrečena u definiciji (ZoRS BiH, 2010, član 9). Međutim, može se posumnjati da je ovakav sadržaj definicije jednim dijelom i tehnička greška. Naime, EIGE rječnik (2016), oslanjajući se na raniju definiciju koju daje WHO, određuje spol kroz “biološke i fiziološke karakteristike [biological and physiological characteristics] koje definiraju ljude kao žene i muškarce” tako da je moguće da je napravljena greška kod prevoda i preuzimanja dijela i cijele definicije, bez njenog kritičkog razmatranja. Ako je djelomično u pitanju greška, ona ni 13 godina nakon usvajanja Izmjena i dopuna ZoRS BiH nije ispravljena. EIGE (2020) u dodatnim napomenama i informacijama navodi da se “skupovi bioloških karakteristika međusobno ne isključuju, budući da postoje pojedinke/ci koji posjeduju obje”. S druge strane, ZoRS BiH (2010) jasno prepoznaje samo dva spola – muški i ženski.

Skup psiholoških karakteristika koji bi određivao žene i muškarce ne može se ni pretpostaviti, dok biološke karakteristike koje je zakonodavac imao u vidu, možemo pretpostavljati kroz oznaku spola u jedinstvenom matičnom

broju. No, zagovornice/i prava trans osoba, već su ukazivale/i u različitim izvještajima na nedostatke pravnog okvira u postupku upisa promjene spola u matičnim knjigama i ličnim dokumentima (npr. Brković i dr., 2023), ali već samo potreba države da jasno normira spol, posebna je artikulacija patrijarhalnog i heteronormativnog sistema. Čak i nova zakonska rješenja u formi uvođenja opcije ‘treći spol’ u pojedinim državama tek prividno rješavaju problem. Ovaj potez jeste značajan, ali ne uzima u obzir moguću fluidnost vlastitog identiteta, niti neke specifične situacije koje se ne mogu podvesti pod kategorije koje je zakonodavac osmislio kako bi odredio i identitet i tijelo osobe. U drugačijem i rigidnijem kontekstu, ZoRS BiH (2010) klasificira sve osobe na ‘biološko-psihološke muškarce’ i ‘biološko-psihološke žene’. S obzirom na to da spol u zakonskoj definiciji ‘označava i rod’, dalje je tumačenje moguće razvijati u dva pravca. Na prvoj razini pojmovi se mogu tumačiti kao identični ili potencijalno identični gdje nekada, mada je nejasno u kojim situacijama, spol sadržajem i opsegom pojma, može značiti i rod. Istovremeno, mogući sinonimi sadržajem se razdvajaju: spol kao biološka i psihološka razlika između ‘muškaraca’ i ‘žena’, s jedne strane, i rod kao sociološka i kulturološka razlika između ‘muškaraca’ i ‘žena’. Poklapanje sadržaja pojmova je u rodnoj binarnosti (muško – žensko), a razlika je u opoziciji prirode i kulture.

Na drugoj razini pojmovi se mogu tumačiti u kontekstu njihovog međusobnog odnosa. Odnosno, da spol može označavati i rod, može upućivati i kako na to da je spol superordiniran pojmu roda tako i da su ova dva pojma ekvipolentni s obzirom na isti opseg (muškarci i žene), ali i na različit sadržaj (biološko-psihološke odnosno socio-kulturalne karakteristike). U zakonu ponuđena definicija nije jasna i razgovijetna, ali se nedvojbeno može utvrditi da je opseg pojma ‘osoba’ iscrpljen zajedničkim opsegom spola i roda koji može biti tumačen i kao biološke kategorije i kao društvene kategorije utemeljene na biologiji. I u jednom i u drugom slučaju binarni koncept ‘muško – žensko’ je osnova razlikovanja.

Koncept jednakopravnosti spolova – dometi i ograničenja

ZoRS BiH fiksira matricu “muško – žensko” te iako je sam tekst zakona deklarativno opredijeljen za uklanjanje stereotipa, čitav koncept je zasnovan na stereotipnoj dihotomiji žensko – muško. Generalno, ZoRS BiH uspostavlja koncept ravnopravnosti žena i muškaraca kao pretpostavljenih kategorija čiji je sadržaj dat na temelju biologije. Ipak, intenciju ZoRS-a BiH i koncepta koji se u njemu razvija, treba tražiti i u tekstu Zakona u odnosu na teme i oblasti koje adresira i u tekstu UN-ove Konvencije o eliminaciji svih oblika diskriminacije žena (CEDAW) iz 1979. godine. Unatoč nespornom značaju koji CEDAW ima, zahtjevi za drugačijim i inkluzivnijim tumačenjima ne mogu biti

ignorirani, osobito s obzirom na savremenu debatu i međunarodne standarde (posebno one preporučene *Principima iz Yogyakartaarte*).

Ovo ne upućuje na odustajanje od CEDAW-a, već na potrebu osavremenjivanja tumačenja kategorija s kojima tekst konvencije operira. Naprimjer, Darren Rosenblum (2011) tvrdi da je, za pitanja rodne ravnopravnosti, fokus CEDAW-a na prava žena i žene kao skupinu, uzak i isključiv te da učvršćuje binarnost ‘muško – žensko’, umjesto da traži eliminaciju samih kategorija da bi se postigla promjena (str. 99, 101, 104, 105). Noviji naponi u međunarodnom pravu (naprimjer, *Principi iz Yogyakartaarte*) usmjereni su na “rod i seksualnost”, dok je tekst CEDAW-a “vezan za prava žena” (Rosenblum, 2011, str. 101). Ovakvi uvidi sugeriraju potrebu za radikalnim preoblikovanjem teksta CEDAW-a na način na koji će “uključivati sve spolove – muškarce, žene i sve druge spolove” (Rosenblum, 2011, str. 101, 105).

S druge strane, sama kritika ‘pretjeranog fokusa na prava žena’ i zahtjevi, ne da ovakav pristup učini senzibilnijim i inkluzivnijim prema višestrukostima spola i roda već da se potpuno eliminira kategorija žene, ostaje sporno mjesto u raspravi. Hernández-Truyol (2011), osvrćući se na provokativan članak Darrena Rosenbluma (2011) ukazuje na “stalnu relevantnost”, “značaj” i “nužnost kategorije žena” (str. 197). Iako je Rosenblumova (2011) kritika koncepta ‘prava žena’ neutemeljena, ali ne i strana ranijim feminističkim raspravama (npr. Benhabib i dr., 1995), ne mogu se ignorirati neki drugi značajni uvidi na koje analiza upućuje. Posebno se izdvajaju dva takva uvida koja su relevantna i za zakonodavstvo Bosne i Hercegovine i neke eventualne izmjene i dopune ZoRS BiH. Prvo, nužno je razviti širi koncept ‘rodne ravnopravnosti’ kroz priznavanje višestrukosti i roda i spola. Drugo, kategoriju žene je potrebno promišljati u pluralnom kontekstu.

Ovo ne znači potpuno eliminiranje fokusa na ženska prava, ali neka zapažanja o kategoriji ‘žena’ koja proističu iz Rosenblumove analize (2011) treba uzeti u obzir. Autor zapaža da CEDAW ipak uopće ne definira žene kao kategoriju na koju se referira i kritizira usko shvaćanje koncepta ‘prava žena’ i ‘ženskog’ identiteta koji skriva “lažne univerzalije i izvjesnost” žena (Rosenblum, 2011, str. 100, 127, 128). Lisa Baldez (2011), iako također zaključuje da je “CEDAW usmjeren posebno na žene, a ne na rod”, smatra i da se ovaj dokument također bavi “interesima koje muškarci i žene dijele” i paralelno omogućava da “zaobiđemo ograničene i kulturalno specifične definicije ženskih interesa” (str. 423). CEDAW, kako pokazuje ova autorica, omogućava da razmišljamo o interesima žena na način “koji je širok, uključiv i dovoljno fleksibilan da odražava promjene tokom vremena” (Baldez, 2011, str. 420). ZoRS BiH (2003, 2010), iako prati tekst CEDAW-a, ne tumači ga na taj način.

Većina autorica/ autora će se ipak složiti da je kategoriju žena potrebno zadržati, ali ne i samorazumljivo pretpostavljati kao unificiranu kategoriju. Ovu kategoriju treba tumačiti kroz intersekciju s drugim kategorijalnim osnovama. ZoRS BiH (2003, 2010) uopće ne prepoznaje specifične potrebe posebno marginaliziranih kategorija, već se usmjerava na unificirano i apstrahirano žensko iskustvo. Izuzetak predstavlja član koji se odnosi na “ekonomsko poslovanje” gdje su posebno prepoznate “žene na selu” (ZoRS 2003, član 10; ZoRS BiH, 2010, član 15, stav 2). Može se zapaziti da intersekcionalni pristup nije bio dovoljno zastupljen u prvim alternativnim izvještajima ženskih udruženja, ali se postepeno razvijao. Naprimjer, Alternativni izvještaj iz 2004. godine (Global Rights – Partners for Justice i dr., 2004) kroz posebna poglavlja izdvaja specifičan položaj “žena sa onesposobljenjima”, na jednom mjestu prepoznaje da je “rad ‘na crno’ jedini izvor prihoda marginaliziranih skupina žena” (str. 15), te identificira posebno loš ekonomski položaj žena treće životne dobi u ruralnim područjima (str. 12). Posljednji alternativni izvještaj (Helsinški parlament i Prava za sve, 2023) izričito naglašava intesekcionalni pristup i u metodološkom pristupu izrade Izvještaja i sadržajno, u njegovom tekstu, gdje su u sva poglavlja integrirana pitanja višestruko marginaliziranih grupa žena. Ako se hronološki prate izvještaji koje su radile ženske bh. nevladine organizacije, može se zaključiti da su se intenzivno razvijali alati rodne analize, ali i intersekcionalni pristupi. To se odražava i u činjenici da se u kasnijim izvještajima (npr. Petrić i dr., 2016) osobita pažnja posvećuje, kako ženama na selu i ženama s invaliditetom tako i grupama koje u Izvještaju iz 2004. godine nisu ni spomenute (kao što su, naprimjer, Romkinje i LGBTI žene).

Svakako su se uporedo razvijali i državni načini izvještavanja, kao i strategije i politike, ali u zadatom okviru “jednakopravnosti spolova” ZoRS-a BiH očekivane promjene najčešće izostaju. Ipak, u kontekstu pozitivnih promjena, mogu se izdvojiti dvije. Prve su izmjene i dopune Zakona o zabrani diskriminacije Bosne i Hercegovine 2016. godine kada je proširena lista mogućih osnova diskriminacije i izričito navedena “seksualna orijentacija”, “rodni identitet” i “spolne karakteristike”. Lista mogućih osnova diskriminacije je uvijek otvorena i uključuje i druge osnove osim navedenih, ali imajući u vidu zaziranje od širih, inkluzivnijih i rodno osjetljivijih tumačenja, kako primjećuje Zlatiborka Popov Močinović (2013), “bolje je i efikasnije da se izričito navede u zakonima” (str. 31).

Drugi značajan iskorak u pogledu rodne ravnopravnosti u BiH, napravljen je 2022. godine kada je usvojen prvi Akcioni plan (AP) za unapređenje ljudskih prava i osnovnih sloboda LGBTI osoba u Bosni i Hercegovini za period 2021–2024. godine. Iako samo usvajanje ovog strateškog dokumenta nije dovoljno za uspostavljanje novog pristupa ‘rodnoj ravnopravnosti’, već sam čin njego-

vog usvajanja dovodi u pitanje uspostavljeni koncept 'jednakopravnosti spolova' u ZoRS-u BiH (2003, 2010), uvodi drugačiju terminologiju i, najvažnije, čini vidljivijom raznovrsnost rodnih identiteta. Svakako bi bilo moguće navoditi i druge pozitivne primjere, ali su izdvojena ova dva, jer direktno urušavaju uski heteronormatini koncept postavljen sa ZoRS-om BiH.

S druge strane, ZoRS BiH raspravu o rodnoj ravnopravnosti sužava na ravnopravnost spolova. Konkretnije, 'spol', 'spolna orijentacija' i 'bračno i obiteljsko stanje' prepoznaju se kao osnove isključivanja, a zanemaruje se raznovrsnost i fluidnost identiteta, različitih statusa i oblika društvene diferencijacije i stratifikacije. Ipak, kako smatra Banović (2011), ZoRS BiH je "prvi sistemski zakon koji je izričito naveo zabranu diskriminacije na osnovu seksualne orijentacije" (str. 65). Međutim, "spolna orijentacija" u daljem tekstu ZoRS-a BiH (2010), u različitim oblastima na koje se odnosi, nije navođena kao zabranjena osnova diskriminacije, već je to u pravilu samo spol (Banović, 2011, str. 65). Treba podsjetiti i na to da je definicija spola (ZoRS, 2010, član 9) podijelila apriori sve osobe na biološke/psihološke muškarce i žene, a onda se, članovi koji slijede, referiraju na spol, ali ne i "spolne orijentacije". Uz to, ZoRS BiH nudi definiciju spola o kojoj je bilo riječi, ali ne i definiciju "spolne orijentacije" koju navodi samo na jednom mjestu (ZoRS BiH, 2003, 2010, član 2). U praktičnom smislu, izdvojiti "spolnu orijentaciju" kao zabranjenu osnovu diskriminacije, ima smisla koliko i prepoznavanje diskriminacije u jeziku – diskriminacija je prepoznata, ali se diskriminatoran jezik dosljedno koristi.

U ZoRS-u BiH (2010) kao referentna uporišta mogu se prepoznati koncepti 'jednakosti mogućnosti', 'jednak tretman' i 'jednakopravnost muškaraca i žena'. Iako je ZoRS BiH usmjeren na pitanje položaja žene, njegov tekst uglavnom počiva na principima komutativne, egalitarne pravde i ne postoji spremnost da se prepozna specifičnost položaja žena, pa makar mišljene kao monolitne grupe. Primjetno je odsustvo posebnih specifičnih mjera koje bi poboljšale njihov položaj. ZoRS BiH se odnosi kako na muškarce tako i na žene, i nije moguće prepoznavati strategije specifičnih ženskih politika, osim u odnosu na "zaštitu i unapređenje reproduktivnog zdravlja žena" (član 18) ili u odnosu na ekonomski položaj "žena na selu" (ZoRS BiH, 2010, član 15) što ujedno predstavlja jedini primjer intesekcionalnog pristupa u ZoRS-u BiH. Zakonom je predviđeno "donošenje i provođenje privremenih posebnih mjera s ciljem otklanjanja postojeće neravnopravnosti, promoviranja jednakosti i zaštite ravnopravnosti spolova" (ZoRS, 2010, član 2, stav 4). Međutim, ovakve mjere služe da se poboljša položaj marginaliziranih grupa koje su dugi niz godina u lošijem položaju u odnosu na neke druge grupe. Jedna od konkretnih privremenih mjera je predviđena i u sferi javnog i političkog života,

a ravnopravne zastupljenosti spolova koja postoji “u slučaju kada je jedan od spolova zastupljen najmanje u procentu 40%” (ZoRS BiH, 2010, član 20). Ženska/rodna kvota ovim prestaje biti specifična kvota koja se odnosi na marginaliziranu skupinu već se odnosi jednako i na muškarce. Opravdanost privremenih mjera je posebna tema teorijskih rasprava, jednako kao što je u odnosu na konkretno rješenje posebna tema pitanje daljeg usklađivanja Izbornog zakona BiH sa ZoRS-om BiH (Balić i Ždralović, 2020). Na ovom mjestu se neće otvarati rasprava o ovim i sličnim pitanjima, ali pristup koji se zauzima već terminološki ukazuje na preferiranje rodne neutralnosti.

Ovakav pristup je još vidljiviji u odnosu na definiciju ‘nasilja po osnovu spola’, pod kojim se podrazumijeva “svako djelovanje kojim se nanosi ili može biti nanijeta fizička, psihička, seksualna ili ekonomska šteta ili patnja, kao i prijetnja takvim djelovanjem koje sputavaju osobu ili grupu osoba da uživa u svojim ljudskim pravima i slobodama u javnoj i privatnoj sferi života” (ZoRS BiH, 2010, član 6, stav 2). U odnosu na ovu definiciju feminističke aktivistkinje smatraju da je nužno da se u ZoRS-u BiH prepozna rodno zasnovano nasilje kao “oblik diskriminacije žena” te da je pojam nužno definirati “u kontekstu društveno konstruisanih uloga, ponašanja, aktivnosti i atributa koje društvo smatra prikladnim za žene i muškarce” (Helsinški parlament i Prava za sve, 2023, str. 102).

Također, ZoRS BiH nije pisan rodno odgovornim jezikom, ali je izmjenama i dopunama iz 2009. godine načelno prepoznata potreba njegovog korištenja. Navodi se da “diskriminacija u jeziku postoji kada se koristi isključivo jedan rod kao generički pojam” (ZoRS BiH, 2010, član 9, stav e). Međutim, i sam tekst ZoRS-a BiH pisan je diskriminatornim jezikom, a korištenje muškog i ženskog roda pojavljuje se na samo nekoliko mjesta. S obzirom na to je ostatak teksta pisan u muškom rodu, navođenje ženskog roda čini se kao tehnički propust:

“[...] on/ona žalio/la [...] svjedočio/la” (član 11, stav 3),
“zaposleniku/ci zbog činjenice da se on/ona žalio/la” (član 13, stav 2). Članovi koji se odnose na oblast obrazovanja (ZoRS BiH, član 10 i 11) i medija (član 21) nude relativno dobra rješenja usmjerena na uklanjanje stereotipa i uključivanje sadržaja koji promoviraju ‘ravnopravnost spolova’. Međutim, stereotipne uloge posmatraju se u odnosu na ‘oba spola’, a ne u kontekstu rodnih stereotipa. Na koncu, ako je i sam ZoRS BiH pošao od jedne stereotipne predstave o monolitnom ženskom i muškom identitetu, teško da će moći ukloniti stereotipe na kojima i sam počiva. Odsustvo roda, rodnog identiteta, intersekcijskog pristupa i/ili specijalnog fokusa na specifične položaje žena, čini ZoRS BiH neučinkovitim u uspostavljanju rodne ravnopravnosti.

Zaključak

U analizi se ispitivalo kakvo tumačenje roda i rodnog identiteta nudi ZoRS BiH koji postavlja okvir za uspostavljanje rodne ravnopravnosti u BiH. U raspravi se ukazalo na sporna mjesta u definicijama spola i roda, ali se pokazalo da, nakon što je definiran, rod je u potpunosti odsutan iz teksta Zakona, dok višestrukost rodnih identiteta, s obzirom na ponuđeno tumačenje spola, nije ostavljena ni kao mogućnost. Odnosno, ignorirajući diverzitet identiteta i usko klasificirajući osobe na muškarce i žene kroz nejasno pretpostavljeni skup bioloških i psiholoških karakteristika, koncept 'jednakopravnosti spolova' pravno normira ono što bi trebao da dekonstruira.

S obzirom na oblasti koje tretira, ZoRS BiH se oslanja na CEDAW, ali je BiH fokus sa žena i ženskih prava, prebačen na pojedince i pojedinke. ZoRS BiH štiti i promovira egalitarnu jednakost svih pojedinaca/ke, a intervencija je u tome što je te pojedinke i pojedince jasno podijelio u dvije monolitne skupine normirajući razlike između njih kroz skup 'bioloških' i 'psiholoških' karakteristika. Tekst Zakona nije osmišljen kroz potrebu da se popravi položaj žena. Sporadično, nisu korišteni rodno osjetljivi pristupi, kao ni specifične strategije za ostvarivanje rodne ravnopravnosti. Specifičan položaj žena kao društvene skupine, a posebno specifičan položaj marginaliziranih skupina žena, ZoRS BiH nije prepoznat.

Generalni zaključak analize je da je potrebno raditi novi zakon o rodnoj ravnopravnosti koji se terminološki i konceptualno neće oslanjati na trenutno važeći Zakon o jednakopravnosti spolova. Prvi korak u koncipiranju njegovog sadržaja treba biti prepoznavanje motiva. Trenutni ZoRS BiH, sudeći po neutralnom tonu, nije bio motiviran potrebom da se popravi položaj specifičnih grupa. Od zakona se ne može očekivati da riješi teorijske sporove, ali on se može oslanjati na međunarodne standarde koji su definirani na temelju složenijih rasprava.

U tom kontekstu, drugi korak bi bio usaglašavanje razumijevanja roda i rodne ravnopravnosti koji će se, ne samo ponuditi kao definicija nego koristiti kao referentna tačka u svim oblastima na koje se zakon odnosi. Kao dobro polazište mogu poslužiti *Principi iz Yogyakarte*.

Bibliografija

- Bakšić-Muftić, Jasna (2004a). Društveni kontekst za ostvarivanje ženskih ljudskih prava. U: Global Rights – Partners for Justice i dr. (2004). *Izveštaj u sjeni – O implementaciji CEDAW konvencije i ženskim ljudskim pravima u Bosni i Hercegovini*, str. 5-9. Sarajevo: Global

Rights - Partners for Justice. Preuzeto s <https://unitedwomenbl.org/udruzenezene/unitedwomenbl.org/docs/BiH%20izvjestaj%20u%20sjeni%20CEDAW.pdf>

- Bakšić-Muftić, Jasna. (2004b). Jednakopravnost, žensko pravo, seksualni zločini: Izazovi feminističkog pristupa pravu. U: Jasminka Babić-Avdispahić, Jasna Bakšić-Muftić, Marina Katnić-Bakaršić i N. Moranjak-Bamburać *Izazovi feminizma*, sv. 26, (str. 21–66). Sarajevo: Forum Bosnae.
- Bakšić-Muftić, Jasna. (2006). Kultura ljudskih prava u Bosni i Hercegovini. *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, XLIX, str. 31-37.
- Baldez, L. (2011). The UN Convention to Eliminate All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW): A New Way to Measure Women's Interests *Politics and Gener*, br. 7, 419– 423. doi:10.1017/S1743923X11000183
- Balić, Lejla, i Ždralović, Amila. (2020). Učešće žena u zakonodavnoj izvršnoj i sudskoj vlasti. U: Amila Ždralović, Saša Gavrić i Mirela Rožajac Zulčić (ur.) *Kojeg je roda sigurnost: 20 godina Rezolucije Vijeća sigurnosti 1325 "Žene, mir i sigurnost" i njezina provedba u Bosni i Hercegovini*. Sarajevo: SOC, str.81-104.
- Banović, Damir. (2011). Prava i slobode LGBT osoba – seksualna orijentacija i rodni identitet u pozitivnom pravu u Bosni i Hercegovini. Sarajevo: Sarajevski otvoreni centar.
- Beauvoir, Simone de. (1983). *Drugi spol I i II*. Beograd: BIGZ.
- Benhabib, Seyla; Butler, Judith; Cornell, Drucilla i Fraser, Nancy. (1995). *Feminist Contentions*. New York/London: Routledge.
- Brković, Amil; Čulibrk, Branko; Hasanbegović, Delila; Bajrektarević, Dina i Blažević, Jozo. (2023). Rozi izvještaj 2023. Godišnji izvještaj o stanju ljudskih prava LGBTI osoba u Bosni i Hercegovini. Sarajevo: Sarajevski otvoreni centar.
- Combined fourth and fifth periodic reports of States parties Bosnia and Herzegovina*. (2011). CEDAW/C/BIH/4-5. < <https://www.refworld.org/country,,CEDAW,,BIH,,51dd35604,0.html>.
- Četvrti i peti periodični CEDAW izvještaj Bosne i Hercegovine*. (2011). https://www.gcfbih.gov.ba/wp-content/uploads/2014/02/110531CEDAW_BiH_FINAL.pdf.
- Dom naroda Parlamentarne skupštine BiH. (2003a). Zapisnik 7. sjednice Doma naroda Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine, održane 21. svibnja 2003. Preuzeto 24. 8. 2023. <https://www.parlament.ba/session/SessionDetails?id=2480&ConvernerId=2>.
- Dom naroda Parlamentarne skupštine BiH. (2003b). Neautorizirani transkript 7. sjednice Doma naroda Parlamentarne skupštine Bosne

i Hercegovine, održane 21.05.2003. godine s početkom u 11,05 sati. Preuzeto 24. 8. 2023. <https://www.parlament.ba/session/SessionDetails?id=2480&ConvernerId=2>. .

Dom naroda Parlamentarne skupštine BiH. (2009a). Zapisnik 38. sjednice Doma naroda Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine, održane 13. 11. 2009. Preuzeto 24. 8. 2023. <https://www.parlament.ba/session/SessionDetails?id=1716&ConvernerId=2>.

Dom naroda Parlamentarne skupštine BiH. (2009b). Transkript 38. sjednice Doma naroda Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine, održane 13. 11. 2009. godine. Preuzeto 24. 8. 2023. <https://www.parlament.ba/session/SessionDetails?id=1716&ConvernerId=2>

Dreyfus, T. (2012) The ‘Half-Invention’ of Gender Identity in International Human Rights Law: from Cedaw to the Yogyakarta Principles, *Australian Feminist Law Journal*, 37:1, 33-50, DOI: 10.1080/13200968.2012.10854475

Duchen, Claire. (1994). *Gender. Paragraph*, 17(3), str. 227–235. <http://www.jstor.org/stable/43263441>

EIGE. (2016). *Gender Equality Glossary & Thesaurus*. European Institute for Gender Equality (EIGE). https://eige.europa.eu/publications-resources/thesaurus#letter_g.

Global Rights – Partners for Justice i dr. (2004). *Izveštaj u sjeni - O implementaciji CEDAW konvencije i ženskim ljudskim pravima u Bosni i Hercegovini*. Sarajevo: Global Rights - Partners for Justice. Preuzeto s <https://unitedwomenbl.org/udruzenezene/unitedwomenbl.org/docs/BiH%20izvjestaj%20u%20sjeni%20CEDAW.pdf>

Graff, Agnieszka i Korolczuk, Elżbieta. (2022). *Anti-Gender Politics in the Populist Moment*. London/New York: Routledge.

Helsinški parlament građana. i Prava za sve. (2023). Banja Luka/Sarajevo: *Alternativni CEDAW izveštaj: Izveštaj organizacija civilnog društva o provedbi Konvencije o eliminaciji svih oblika diskriminacije žena u Bosni i Hercegovini 2019–2023*. Helsinški parlament građana Banjaluka i Prava za sve, Sarajevo. Preuzeto 15. 12. 2023. https://pravazasve.ba/bs/wp-content/uploads/sites/5/2023/11/Izveštaj19_23web.pdf.

Hernández-Truyol, Berta Espaneza. (2011). Unsex CEDAW? No! Super-Sex It!. *Columbia Journal of Gender and Law*, br. 20, str. 195-223. <https://scholarship.law.ufl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1417&context=facultypub>

Kováts, E. (2017). The Emergence of Powerful Anti-Gender Movements in Europe and the Crisis of Liberal Democracy. U: Michaela Köttig, Renate Bitzan i Andrea Petó, ur. *Gender and Far Rights Politics in Europe*, str.

175-189. Palgrave Macmillan. https://doi.org/10.1007/978-3-319-43533-6_12.

Mead, Margaret. (1968.) *Spol i temperament u tri primitivna društva*. Zagreb: Naprijed.

Ministarstvo za ljudska prava i izbjeglice i ARS BiH. (2022). *Akcionni plan (AP) za unapređenje ljudskih prava i osnovnih sloboda LGBTI osoba u Bosni i Hercegovini za period 2021-2024*. <https://arsbih.gov.ba/wp-content/uploads/2023/06/001-FINAL-AP-LGBTI-BiH-2791-4531-4310.1.pdf>

Muehlenhard, C., & Peterson, Z. (2011). Distinguishing Between Sex and Gender: History, Current Conceptualizations, and Implications. *Sex Roles*, 64, 791-803. <https://doi.org/10.1007/S11199-011-9932-5>.

Paternotte, D. i Kuhar, R. (2018). Disentangling and Locating the “Global Right”: Anti-Gender Campaigns in Europe. *Politics and Governance*, Volume 6, Issue 3, str. 6–19. DOI: 10.17645/pag.v6i3.1557

Petrić, A. i dr. (2016). *Alternativni CEDAW izvještaj: Izvještaj organizacija civilnog društva o primjeni zaključnih zapažanja i preporuka CEDAW komiteta za Bosnu i Hercegovinu 2013.-2017*. Sarajevo: Helsinški parlament građana Banjaluka i Prava za sve. <https://hcabl.org/wp-content/uploads/2016/11/CEDaW-WEB-final-novembar-2016.pdf>.

Popov-Momčinović, Zlatiborka. (2013). *Govor mržnje u Bosni i Hercegovini/Rodna perspektiva*. BH Novinari. <https://bhnovinari.ba/bs/2013/01/15/govor-mrnje-u-bosni-i-hercegovinirodna-perspektiva-mr-sc-zlatiborka-popov-mominovi/>.

Prava za sve - Sarajevo i Helsinški parlament građana - Banja Luka. (2010). *Alternativni izvještaj o implementaciji CEDAW konvencije i ženskim ljudskim pravima u Bosni i Hercegovini*. Prava za sve - Sarajevo i Helsinški parlament građana - Banja Luka. https://www.diskriminacija.ba/sites/default/files/Implementacija%2520CEDAW%2520konvencije%25202010_0.pdf

Predstavnički dom Parlamentarne skupštine BiH. (2003a). Zapisnik sa 12. sjednice Predstavničkog doma Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine, održane 22. 4. 2003. Broj: 01-011-561/03. Preuzeto 24. 8. 2023. <https://www.parlament.ba/session/SessionDetails?id=2337&ConverterId=1>

Predstavnički dom Parlamentarne skupštine BiH. (2003b). Neautorizirani transkript 12. sjednice Predstavničkog Doma Parlamentarne Skupštine Bosne i Hercegovine održane 22. 04. 2003. godine. Preuzeto 24. 8. 2023. <https://www.parlament.ba/session/SessionDetails?id=2337&ConverterId=1>

Predstavnički dom Parlamentarne skupštine BiH. (2009b). Transkript 62. sjednice Predstavničkog Doma Parlamentarne Skupštine Bosne

i Hercegovine održane 14. 10. 2009. godine. Preuzeto 24. 8. 2023. <https://www.parlament.ba/session/SessionDetails?id=1645&ConverterId=1>.

Predstavnički dom Parlamentarne skupštine BiH. (2009a). Zapisnik sa 62. sjednice Predstavničkog doma Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine, održane 14. 10. 2009. Broj: 01/a – 50 – 1 – 15 - 62/09. Preuzeto 24. 8. 2023. : <https://www.parlament.ba/session/SessionDetails?id=1645&ConverterId=1>.

Rosenblum, Darren. (2011). Unsex CEDAW, or What's Wrong With Women's Rights, *Columbia Journal of Gender and Law*, br. 98, str. 98-194. <http://digitalcommons.pace.edu/lawfaculty/810/>.

Rošul-Gajić, Jagoda. (2016). Women's Advocacy in Postwar Bosnia and Herzegovina. Implementation of UNSCR 1325 on Women, Peace and Security. *Journal of International Women's Studies*, 17(4), 143-159. <http://vc.bridgew.edu/jiws/vol17/iss4/11>

Sixth periodic report submitted by Bosnia and Herzegovina under article 18 of the Convention. (2018). CEDAW/C/BIH/6. Preuzeto 29. 8. 2023. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N18/219/45/PDF/N1821945.pdf?OpenElement>.

Sosa, L. (2021). Beyond gender equality? Anti-gender campaigns and the erosion of human rights and democracy. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 39(1), 3-10. <https://doi.org/10.1177/0924051921996697>

Stromquist, Nelly P. i Fischman, Gustavo E. (2009). Introduction – From Denouncing Gender Inequities to Undoing Gender in Education: Practices and Programmes Toward Change in the Social Relations of Gender. *International Review of Education*, 55, str. 463-482. DOI 10.1007/s11159-009-9146-z

Šesti periodični izvještaj Bosne i Hercegovine o provedbi Konvencije o eliminaciji svih oblika diskriminacije žena 2013-2016. (2017). <https://arsbih.gov.ba/project/sesti-periodicni-izvjestaj-bosne-i-hercegovine-o-provedbi-konvencije-o-eliminaciji-svih-oblika-diskriminacije-zena-2013-2016/>.

Vilić, V. i Beker, K. (2022). *Smernice za sindikate za primenu Zakona o rodnoj ravnopravnosti*. Pančevo: Udruženje građanki FemPlatz. Preuzeto 15. 12. 2023. <https://www.osce.org/files/f/documents/c/d/536813.pdf>.

Vlada FBiH. (2000). Uredba o osnivanju Gender centra Federacije Bosne i Hercegovine. Službene novine FBiH, br. 53/00.

Vlada RS. (2002, 2005). Odluka o osnivanju Gender centra Republike Srpske. Službeni glasnik Republike Srpske, broj 31/02, 63/05.

Warnke, Georgia. (2001). Intersexuality and the Categories of Sex. *Hypatia*, Vol. 16, br. 3, str. 125-137.

Zakon o ravnopravnosti polova. (2009). Službeni glasnik RS, br. 104.

Zakon o rodnoj ravnopravnosti. (2021). Službeni glasnik RS, br. 52.

Zakon o zabrani diskriminacije. Službeni glasnik BiH, 59/09 i 66/16

ZoRS BiH – Zakon o ravnopravnosti spolova BiH. (2003). Službeni glasnik BiH, God. VII, 16/03.

ZoRS BiH – Zakon o ravnopravnosti spolova BiH. (2009, 2010). Službeni glasnik BiH, 102/09, 32/10.

Amila Ždralović, PhD

Associate professor

University of Sarajevo

Faculty of Law

a.zdralovic@pfsa.unsa.ba

LEGISLATIVE (UN)RECOGNITION OF GENDER AND GENDER IDENTITY: ANALYSIS OF THE LAW ON GENDER EQUALITY OF BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary

The paper analyzes the interpretation of gender and gender identity within the BiH Law on Equality of Sexes (LES), adopted in 2003 and revised in 2009. The analysis reveals that gender is mostly absent from the text of LES, except at the level of the definition that was introduced in 2009. However, it was possible to understand legislative assumptions about gender through the notion of sex and the established concept of equality of sexes as the equality of men and women. The analysis also shows that LES does not recognize gender as an identity category, and the concept of ‘sexes equality’ has limited potential for establishing equality between men and women. Instead of emphasizing ‘gender sensitivity’ and ‘women’s policies’, the text of LES highlights the concept of ‘gender neutrality.’ The need to remove gender stereotypes is only recognized in certain areas, such as media and education, and the possibility of an intersectional approach is acknowledged only in the sphere of economic business and concerning one group of women (‘rural women’).

Keywords: *gender, sex, gender identity, gender equality, equality of sexes*

Dr. sc. Ehlimana Memišević

Docentica

Univerzitet u Sarajevu

Pravni fakultet

e.memisevic@pfsa.unsa.ba

UDK 347.918:348.97

Pregledni naučni rad

“MIRENJE JE NAJBOLJA PRESUDA”: SAVREMENA PRIMJENA ISLAMSKOG PRAVA PUTEM MEDIJACIJE

Sažetak

U savremenom periodu sve se češće ističu prednosti medijacije i arbitraže i uvode u praksu sudova, u cilju rasterećivanja pravosuđa i smanjivanje troškova postupka. U islamskom pravu, medijacija (sulh) je naglašena kao primarni način rješavanja sporova, zbog veće mogućnosti za očuvanjem ili ponovnim uspostavljanjem porodičnih veza, te poštivanja principa mirenja, milosti i tolerancije. Primjenjivala se tokom cjelokupne muslimanske historije i u okviru sudskog sistema, i kao neformalna privatna praksa.

Medijacija se u savremenom muslimanskom svijetu nastavila razvijati kao dio sudske prakse i često predstavlja načine transformacije i razvoja prava. U nemuslimanskim zemljama ove mehanizme koriste muslimanske manjine koje nastoje primjenjivati islamsko pravo, naročito u pitanjima porodičnog prava, u odsustvu islamskog sistema sudstva. Iako odluke tijela koje provode medijaciju (šerijatskih vijeća) nisu priznate niti izvršne pred državnim sudovima, one su značajne za pripadnike muslimanskih zajednica, koji traže društveno prihvatljiva rješenja u okviru zajednice.

Ključne riječi: medijacija, sulh, arbitraža, tahkim, alternativno rješavanje sporova, islamsko pravo, šerijatska vijeća, Velika Britanija

1. Uvod

Sulh predstavlja sporazumno rješavanje sporova, čije je porijeklo iz predislamskog perioda. U odsustvu sistema sudstva sporovi su se rješavali u zajednici. Zbog veće mogućnosti za očuvanjem porodičnih veza, te naglašavanja principa mirenja, tolerancije i razumijevanja, sporazumni način rješavanja sporova naglašen je i preporučan i u Kur'anu.

Primjenjivao se tokom cjelokupne muslimanske historije do savremenog perioda, kao alternativno i nekada kompetitivno sudskom rješavanju sporova. Istovremeno je *sulh* primjenjivan i u okviru sudskog sistema. Pravnici su nastojali uspostaviti pravila za njegovu primjenu, i kao formalne sudske

prakse, ali i kao neformalnih privatnih nagodbi. Te nagodbe su se često registrovale u sudu, iako to nije bilo nužno za njihovu validnost, kako bi se osiguralo poštivanje islamskih principa i dopustivost nagodbe.

U dosadašnjoj literaturi na našem području pitanje medijacije razmatrano je iz teološko-pravne perspektive, kao jedan od alternativnih načina rješavanja sporova (Hasani, 2015), dok je arbitraža nešto detaljnije razmatrana (Ljevaković, 2004; Karčić, 2019). U djelu *Šerijat i pravni pluralizam u Evropi: primjeri koegzistencije religijskog i sekularnog prava na Starom kontinentu*, Harun Karčić daje pregled primjene jevrejskog, kanonskog i islamskog prava u savremenoj Velikoj Britaniji, Turskoj i Bosni i Hercegovini. Koegzistenija ovih prava sa sekularnim pravima ukoliko postoji, uglavnom se osigurava putem alternativnih načina rješavanja sporova. To uključuje i medijaciju, ali gotovo isključivo kao neformalnu praksu. Tako, autor ističe da u Republici Turskoj iako se može pronaći kao neformalna praksa, pravni sistem ne samo da ne dozvoljava već i kažnjava upotrebu islamske medijacije (Karčić, 2018, str. 131), dok se u Velikoj Britaniji primjenjuje u mnogim neformalnim tijelima – šerijatskim vijećima. Iako nudi vrijedan komparativni prikaz primjene religijskih prava putem alternativnih mehanizama, ovo djelo ne daje detaljniju analizu *sulha* u praksi tijela koja ga provode, što je poseban fokus ovog rada.

Smatrajući da se u savremenom periodu *sulh* koristi ne samo kao sredstvo razvoja i primjene prava, već i kao način transformacije tradicionalnog islamskog prava, u ovom radu će se dati pregled primjene *sulha* i u muslimanskim zemljama, i među muslimanskim manjinama u nemuslimanskim zemljama. Odnosno, i kao formalne sudske prakse ali i kao neformalne prakse, sa posebnim osvrtom na primjenu *sulha* u Velikoj Britaniji. Najprije će se ukazati na sličnost sa arbitražom kao drugim načinom alternativnog (vansudskog) rješavanja sporova, te dati sažet pregled pravnog okvira *sulha* i historijskog razvoja njegove primjene.

2. Alternativni načini rješavanja sporova u islamskom pravu i praksi

Sulh – mirenje ili nagodba predviđen je (i preporučan) u Kur'anu, kao primarni način rješavanja sporova.¹ Izvorno je *sulh*,² kao i arbitraža (*tahkim*), bio isključivo vansudska ili pred-sudska praksa. Ove prakse su se pojavile još u predislamskom periodu, kada su se, u odsustvu sudskog autoriteta, sporovi rješavali putem sporazuma u zajednici.

Postoji nekoliko ključnih razlika između *sulha* i *tahkima*. *Sulh*, kao mirenje ili nagodba, može se postići i bez miješanja treće strane, za razliku od arbitražnog rješavanja sporova, kada je imenovanje arbitra neophodno. Međutim, stranke u sporu mogu imenovati arbitra ili pravnika, u svrhu postizanja sporazuma, kada *tahkim* postaje jedan od načina *sulha*, što je predviđeno i 1850. članom Osmanskog imovinskog zakonika – Medželle.³

Zatim, sporazum *sulhom* u određenim slučajevima nije obavezujući, osim ako se ne obavlja na sudu, dok je odluka arbitražnog dijela obavezujuća, prema mišljenju većine pravnikar, i bez intervencije suda. Konačno, *sulh* se može primjenjivati samo za postojeće sporove, i ne može se odnositi na buduće sporove, za razliku od arbitraže (Zahraa, Hak, 2006, str. 8).

Iako je u dosadašnjim istraživanjima o primjeni islamskog prava, *sulh* ili medijacija posmatran isključivo kao vansudski način rješavanja sporova, čemu je doprinijelo i formalizirano upisivanje nagodbi u sudske registre iz osmanskog perioda, novija istraživanja ukazuju na to da se tokom cjelokupne muslimanske historije *sulh* primjenjivali i sudije, ili sudski službenici, kao jedan od načina sudskog rješavanja sporova (Othman, 2007, Coşgel, Ergene, 2016; Ergene, 2002).

¹ „Ako se dvije skupine vjernika sukobe, izmirite ih; a ako jedna od njih ipak učini nasilje drugoj, onda se borite protiv one koja je učinila nasilje sve dok se Allahovim propisima ne prikloni. Pa ako se prikloni, onda ih nepristrasno izmirite i budite pravedni; Allah, zaista pravedne voli.“ (Kur'an, 49: 9); A ako se bojite razdora između njih dvoje, onda pošaljite jednog pomiritelja iz njegove, a jednog pomiritelja iz njene porodice. Ako oni žele izmirenje, Allah će ih pomiriti jer Allah sve zna i o svemu je obaviješten! (Kur'an, 4: 35).

² U ovom radu će se za izraz *sulh* koristiti medijacija, mirenje, nagodba, sporazum kao sinonimi.

³ [http://legal.pipa.ps/files/server/ENG%20Ottoman%20Majalle%20\(Civil%20Law\).pdf](http://legal.pipa.ps/files/server/ENG%20Ottoman%20Majalle%20(Civil%20Law).pdf), pristupljeno 11. 03. 2023.

To odražava i cilj teološkog preporučivanja nagodbe, kao sporazumnog načina rješavanja sporova, koji naglašavaju vrijednosti mirenja, milosti i tolerancije, u odnosu na dihotomne, odluke kadije i naglašavanje isključivih prava jedne stranke u sporu (Othman, 2007, str. 67). Sam Poslanik Muhamed je, vršeći funkciju suđenja, ohrabrivao mirenje i postizanje kompromisa i obavljao je ulogu pomiritelja, kako u javnim tako i u privatnim sporovima. Upozorovao je da je njegova presuda pravna, a ne apsolutna istina i da zavisi od predložениh dokaza, i nerijetko vještine predstavljanja dokaza, zbog čega i moralni korektiv u njegovoj izjavi: „Kome dosudim dio prava njegovog brata, neka ga ne uzima, jer mu dajem dio vatre.“ (Karčić, 2011, str. 40-41; Memišević, 2019, str. 189)

Dakle, proces suđenja nije konačni mehanizam traganja za istinom koji će voditi materijalnoj pravdi. *Sulh* unosi više fleksibilnosti u odnosu na suđenje, ali daleko je od arbitrarnosti. Pravnici su nastojali nametnuti pravila za primjenu *sulha*, i u okviru sudskog sistema, i u okviru neformalnih privatnih nagodbi, kako bi se osigurala jednakost stranaka u sporu i dopustivost nagodbe. To podrazumijeva i obavezu sudija i pomiritelja za balansiranjem ideja pomirenja i kompromisa sa osnovnim islamskim principima individualnih prava na pravdu i istinu (Othman, 2007, str. 90).

3. Stavovi pravnih škola o nagodbi/ *sulhu*

U pravničkim djelima *sulh* se opisuje kao „akt koji rezultira u sporazumu, koji dovodi sukob među stranama do kraja“ (Mutaf, 2004, str. 127). Često se ističe i da je drugi halifa, Omer ibn el-Hattab, bio kritičan prema suđenju, „jer suđenje vodi do mržnje“ (Othman, 2007, str. 69). U zapisima sporazuma o nagodbi u sidžilima obično se navodi i kur'anski propis „a nagodba je najbolji način“ (Kur'an, 4: 128) i hadis Poslanika „mirenje je najbolja presuda“ (Ergene, 2010, str. 231; Mutaf, 2004, str. 126).

Pravnici su priznavali nagodbu/*sulh*, kao vrstu ugovora, u kojem se svaka od strana odriče dijela svog prava u svrhu zajedničkog i konačnog rješavanja spora ili sukoba. Ugovor je obavezujući za stranke koje su ga potpisale, a za validnost ugovora neophodna je primjena principa islamskog prava: jednakost, uzajamnost, sigurnost u transakcije koje uključuju imovinska prava i zabrana kamate i obmane (Alsheikh, 2011, str. 371, Othman, 2007, str. 90) To je uneseno i u prve zbornike islamskog prava. Medžella (čl. 1531) navodi da je *sulh* „ugovor zaključen ponudom i prihvatanjem i predstavlja rješavanje spora uzajamnom saglasnošću“.

Uopćeno je prihvaćeno da se *sulhom* mogu rješavati različiti sporovi, koji se mogu rješavati i putem arbitraže, pod uslovom da ne čine dozvoljenim ono što je zabranjeno, odnosno zabranjuju ono što je dozvoljeno. Zbog mogućnosti zloupotrebe nagodbe, kako i javnim, tako i u privatnim sporovima, pravnici su nastojali uspostaviti pravila primjene *sulha*. Ibn Kajjim (u. 1350) ističe da je valjana samo pravedna nagodba, citirajući kur'anski ajet: „onda ih nepri- strasno izmirite i budite pravedni; Allah, zaista pravedne voli“ (Kur'an, 49: 9). Upozoravao je na to da su mnoge nagodbe nepravedne, jer se zanemaruje princip jednakosti stranaka (Othman, 2007, str. 73).

Posebno je raspravljano pitanje kada sudija (ili arbitar) treba preporučiti *sulh*, odnosno da li je nužno da sudija treba preporučivati mirenje i obustavljati suđenje kada mu je jasno kakvu presudu treba donijeti (Othman, 2007, str. 75). Jedna grupa pravnika, koji se pozivaju na tradiciju Omera ibn el-Hattaba o preferiranju *sulha* u odnosu na suđenje ili arbitražu, smatra da sudije nisu obavezne da nastave sa suđenjem, već da se opredijele za *sulh*, posebno kada su stranke u sporu u srodstvu i kada je slučaj teško riješiti. Prema ovoj grupi pravnika, nagodba je moguća ukoliko postoji krvno srodstvo među strankama, i ukoliko sudiji nije jasno kakvu odluku treba donijeti. Na to upućuje i drugi stav el-Hattaba, izražen u pismu njegovim predstavnicima u zemlji: „teži mirenju sve dok ti donošenje odluke ne postane očigledno“ (Othman, 2007, str. 74).

Malikijski pravnici su pokazivali najviše nepovjerenja prema *sulhu*. Oni smatraju da se sudije trebaju primjenjivati *sulh* samo u određenim vrstama spороva i sa određenim strankama, odnosno: 1) kada su stranke u srodstvu; 2) kada stranke poznate po moralnosti i dobrom ugledu u društvu; 3) kada postoji rizik od povećanja netrpeljivosti među njima zbog sudskog spora i 4) kada je priroda slučaja takva da bi sudiji bilo teško donijeti odluku (Othman, 2007, str. 77). Ključni razlog ovih propisa o *sulhu* je činjenica da su malikijski pravnici smatrali nedopustivim da stranka koja je kriva izbjegne odgovornost zbog sudijinog insistiranja na mirenju. S druge strane, oni koji favoriziraju *sulh* nisu zanemarili ni njegov značaj sudijama u pogledu “oslobođenja od teškoće tereta suđenja” (Othman, 2007, str. 77, 79).

Drugo pitanje o kojem postoji neslaganje među pravnicima je pitanje da li je nagodba moguća ukoliko tužena strana priznaje krivicu, negira je ili šuti. Većina pravnika, uključujući i Ebu Hanifu i Malika, smatrali su da je dozvoljena nagodba u sva tri slučaja, dok je Šafija smatrao da je isključivo validan *sulh* kada ne postoji sumnja u odgovornost, odnosno kada je stranka prihvatila tvrdnju (Othman, 2007, str. 80–82).

Andaluzijski pravnik iz 11. stoljeća Ibn Ḥazm od Kordobe, u svom djelu *Muḥallā* nije slijedio stav malikijskih pravnika o dopustivosti sulha u ovim pitanjima. Njegova doktrina o *sulhu* bila je slična doktrini šafijskih pravnika. Smatrao je da ne postoji mogućnost postizanja sporazuma kada je jedna stranka u sporu negira odgovornost, ili pravo koje je predmet spora. Isto tako, nije posmatrao ćutanje kao prešutno odobrenje tužiteljeve tvrdnje, za razliku od pravnika ostalih škola. Bio je i protiv dozvoljavanja dogovora, koji bi uključivao odustajanje od zakletve koja je ranije ustanovljena kao obavezujuća (Serrano, 2016).

Dakle, pravnici su u formativnom periodu islamskog prava nastojali uspostavljati parametre u okviru kojih sulh treba djelovati, posebno onda kada bi mogli ugroziti pravila o kamati (*riba*) i *gharar* (obmana, nesrazmjern rizik). To ukazuje na njihov pokušaj balansiranja etičkih i religijskih ideala: mirenje i kompromis sa istinom i pravdom, zadržavajući situacije u kojima *sulhu* ne treba dati prednost nad formalnim postupkom suđenja, odnosno traganja za istinom (Othman, 2007, str. 64). To najbolje odražava činjenica da najteža krivična djela, odnosno krivična djela protiv života i tijela – ubistvo i ranjavanje (*kisas*) i krivična djela koja su spomenuta u Kur'anu i za koje su određene fiksne kazne (*hudud* – „granice“) ne mogu biti predmet nagodbe – *sulha* niti predmet arbitraže – *tahkima* (Zahraa, Hak, 2006, str. 9).

4. Sulh kao sudska praksa

Rješavanje spora putem *sulha* primjenjivalo se tokom cjelokupne muslimanske historije, sve do savremenog perioda i kao vansudska neformalna praksa, ali i u okviru sudskog sistema, kao njegov integralni dio. U periodu Almoravida i Almohada u Španiji, *sulh* je bio čest način rješavanja sporova. Smatrajući ove, uglavnom neformalne, oblike rješavanja sporova prijetnjom položaju kadija kao privilegiranim vršiocima sudske funkcije, pravnici su kao rješenje za nedostatke formalnog načina rješavanja sporova ponudili medijaciju – *sulh*, koju će oni direktno izvršavati ili treća strana koju imenuju, pod njihovim nadzorom (Serrano, 2016).

Isto tako, suprotno dosadašnjim istraživanjima i pretpostavkama o *sulhu* kao isključivo neformalnoj, vansudskoj praksi koja se samo registrovala u državnim sudovima, novija istraživanja pokazuju da su i medijaciju i arbitražu koristili osmanski sudovi za rješavanje različitih građanskih, trgovačkih i porodičnih sporova. Vršili su ih ili osmanske kadije ili su ih upućivali lokalnim predstavnicima koji su djelovali po njihovim uputama (Coşgel, Ergene, 2016; Ergene, 2002). Aida Othman navodi da registri osmanskih sudova u višestrukim jurisdikcijama i u različitim stoljećima ukazuju na to da je zna-

čajan broj sporova riješen nagodbom koju su vršili pomiritelji – *muslihun*, koji su bili uključeni u sudski sistem (Othman, 2007, str. 71).

Božac A. Ergene ističe da jednu četvrtina svih zapisa u sudskim registrima provincije Kastomonu iz 18. stoljeća čine nagodbe. Budući da nagodba nije trebalo da bude registrirana u sudu da bi bila validna, kao i činjenica da je složenost mnogih nagodbi ukazivala na umiješanost pravnih stručnjaka, navela je autora na zaključak da je *sulh* bio široko rasprostranjen kao sudska praksa (Ergene, 2010, str. 231).

U jednom takvom zapisu navodi se da se žena imena Ummu Gulsum obratila sudu iznijevši optužbe za silovanje protiv svog susjeda, usljed čega je ostala u drugom stanju. Optuženi je negirao optužbu, a ona je nije mogla dokazati i sud joj je zabranio iznoženje optužbi bez dokaza u zapisu od 14. januara 1788. (Ergene, 2010).

Ergene ističe da je ovaj slučaj paradigmatičan, jer pokazuje kako sudovi nisu djelovani izolovano od društvene stvarnosti. Nastojali su zaobići stroga pravila formalnog suđenja u svrhu postizanja pravde i pravičnosti, u skladu sa lokalnim razumijevanjem. Primjenjivali su i prihvatili sporazum za rješavanje sporova i u slučajevima za koja klasično islamsko pravo ne dozvoljava primjenu sulha.

Naime, silovanje spada u *hudud* krivična djela, kao i neosnovana optužba za silovanje, koja povlači gotovo istu sankciju kao i djelo silovanja i na njih se nije mogao primjenjivati *sulh*. Međutim, u praksi sudova ukoliko nije bilo dovoljno dokaza za *hadd* presudu, sud je mogao tretirati izvanbračne polne odnose kao prekršaje vjerskih i moralnih normi *ta'zir* („ukor“), za koje su blaži uslovi za dokazivanje. U takvim situacijama, *sulh* je dozvoljen, i hanefijski sudovi u 19. stoljeću su priznavali nagodbe za slučajeve silovanja. Zanimljivo je da su mnoge takve nagodbe počele kao sporovi na sudu, a nakon postizanja nagodbe, tužitelji su povlačili tužbe. Moguće je, ističe Ergene, da se i Ummu Gulsum obratila sudu u nadi da će postići sporazumno sudske rješenje, uprkos njenoj nemogućnosti da obezbijedi dokaze, nastojeći ne samo sačuvati svoj ugled i čast, što je često bio uzrok sporazuma u slučaju silovanja u praksi osmanskih sudova, već i obezbijediti budućnost djetetu (Ergene, 2010).

Sudski registri iz osmanskih sudova u Üsküdaru i Adani u 18. stoljeću slično ukazuju na primjenu sulha u sudskoj praksi. Işik Tamdoğan uočava da se značajan broj sporova rješavao sporazumno. Sporazumi su se mogli zaključiti izvan suda i registrovati u sudu, ili pred kadijom, kada se na sporazum pri-

mjenjivao šerijat, kanun i običaji (Tamdoğan, 2008, str. 82). Često su sudovi sporazume *sulhom* smatrali validnim i pravno obavezujućim, čak i ako su zaključeni privatno i izvan suda i bez registracije. Ali su i u tom slučaju primjenjivane određene formalnosti prilikom zaključenja sporazuma (Tamdoğan, 2008, str. 82).

U mnogim slučajevima je kadija bio obavezan da predlaže *sulh* prije nego što dopusti pokretanje postupka pred sudom (Ergene, 2010). Nekada su se vrlo teški slučajevi riješili sporazumom. U jednom sudskom zapisu navodi se da je otac čiji se sin ubijen pokrenuo postupak pred sudom protiv osobe koja mu je ubila sina. Ali, nakon rasprave i sukoba koji je nastao negiranjem optužbe, stranke su, uz intervenciju pomiritelja – *muslihun*, postigle sporazum, koji je podrazumijevao da tuženi isplati tužitelju 100 kuruša (Mutaf, 2004, str. 130). Zbog činjenice da u sudskim zapisima ne postoje podaci o pomiriteljima, brojni istraživači su pretpostavljali da su se nagodbe obavljale izvan suda, bez učešća sudskih službenika, a samo su se upisivale u registre šerijatskih sudova. To je vjerovatno posljedica formaliziranog načina upisa nagodbi u sudske registre, koji su sadržavali generalizirani zapis da je nagodba postignuta uz djelovanje „vjernika i pomiritelja“ (Coşgel, Ergene, 2016, str. 134–135, Ergene, 2010, str. 225).

Međutim, savremena pravna istraživanja islamskih sudova, koja su pod utjecajem antropoloških istraživanja, pokazuju duboku uključenost službenika suda, često i samog sudije, u proces sulha. Antropološka istraživanja, koja se zasnivaju ne samo na analizi sudskih registara, kao što je slučaj kod osmanskih pravnih historičara, već uzimaju u obzir i druge izvore, najprije usmene razgovore i opservacije učesnika u istraživanjima, usljed čega mogu uočiti proces u sudu i izvan suda, ukazuju na kontinuitet i interakciju između društvenih, političkih i sudskih elemenata uključenih u procese suđenja (Ergene, 2010, str. 224–5).

Sporazumi sklopljeni izvan ili u sudu, usmeno ili pismeno, predstavljaju kontinuum, koji povezuje sud sa vanjskim društvenopravnim područjem i pokazuju da sudovi nisu djelovali izolovano od društvene stvarnosti. Time se negira dosadašnji stav o sudovima u osmanskom periodu, kao legalističkim i društveno neangažiranim i ukazuje na utjecaj lokalnih zajednica i njihovog osjećaja pravde i pravičnosti na djelovanje sudija, naročito u procesu arbitraže i nagodbe, koji su uključivali sud ili su zahtijevali sudske odobrenje (Tamdoğan, 2008, str. 83; Aykan, Ergene, 2019, str. 223).

Sporazumi ili nagodbe kasnije su služili šerijatskim sudovima kao sredstvo za izbjegavanje zabrane kolonijalnih vlasti za rješavanje određenih pitanja,

kao što je pitanje posjedovanja zemljišta u sovjetskoj Rusiji. U modernom periodu u centralnoj Aziji vladareva kancelarija je imenovala službenike koji su bili medijatori i proces medijacije je bio sredstvo državne intervencije u rješavanju sporova. Ova praksa je prekinuta ruskom kolonizacijom, kada su rješavanje sporova preuzeli šerijatski sudovi. Medijacija je nastavila biti važan način rješavanja sporova, ali državni službenici nisu bili službeno uključeni u proces (Sartori, 2010, str. 397–43; Sartori, 2011)

4. 1. Primjena *sulha* u sudskoj praksi u savremenom periodu

U savremenom periodu primjena islamskog prava se u različitim jurisdikcijama osigurava putem nagodbe i arbitraže. U nacionalnim muslimanskim državama, nastalim nakon dekolonizacije i proglašavanja nezavisnosti u 20. stoljeću, arbitraža i medijacija su uvršteni u zvanične sudske procese. Većina ovih zemalja ima zakone o arbitraži ili zakoni o građanskom i trgovačkom postupku reguliraju pitanja primjene arbitraže i medijacije. Ovi mehanizmi se naročito često koriste u porodičnom pravu, koje je u mnogim postkolonijalnim državama ostalo u domenu vjerskog prava.

Porodično pravo u ovim zemljama regulirano je zakonima o ličnom statusu, koji propisuju da pomiritelji i arbitri trebaju rješavati bračne sporove, nastojeći pomiriti strane ili ih pravedno razvesti. Oni ovlašćuju i različite sudske ustanove, uključujući i porodične sudove, kao i šerijatske sudove da vrše medijaciju i da nude usluge savjetovanja. Zakon o ličnom statusu Egipta propisuje da će sud donijeti odluku o razvodu *khul*, tek nakon službenog pokušaja mirenja (*sulh*) koji će provoditi zvanični pomiritelji u periodu od najviše tri mjeseca (Welchman, 2007, str. 184). U Saudijskoj Arabiji, većina građanskih sporova se rješava nagobom, a sudije djeluju kao posrednici i pomiritelji (Vogel, 2000, str. 154–155).

Zakon o šerijatskom građanskom postupku u Maleziji iz 2001. godine izričito propisuje da su stranke u građanskim sporovima obavezne prvo pokušati spor riješiti nagodbom, koju provode za to obučeni sudski službenici (*sulh* službenici – *pegawi sulh*). Šerijatski sud savezne teritorije Kuala Lumpur prvi je uveo proces *sulha*, a zatim su slijedile savezne države Selangor i Malacca 2002. (Wan Muhammad, 2008, str. 41).

Sulh u ovom kontekstu u Maleziji predstavlja sastanak dvije stranke u sporu, na poziv šerijatskog suda, koji vodi sudski službenik. *Sulh* službenik pomaže strankama u pregovaranju i u sastavljanju sporazuma, ukoliko do njega dođe. Sporazum predstavlja konačno rješenje slučaja (Othman, 2007, str. 72).

Svaki sporazum potpisuju obje strane, koji se zatim registrira u šerijatskom sudu i provjerava ga registrar. Sporazum zatim izdaje niži šerijatski sud ili

visoki šerijatski sud određene države kao sudsku naredbu.⁴ Pitanja koja se mogu rješavati sulhom obuhvataju bračna pitanja, tokom trajanja braka i nakon razvoda, uključujući izdržavanje, zajedničko vlasništvo, starateljstvo nad djecom i dr. (Wan Muhammad, 2008, str. 41–42).

U periodu od 2002. do 2012. oko 60% slučajeva pred šerijatskim sudovima se riješilo putem *sulha*, što je znatno skratilo proceduru rješavanja sporova, budući da se *sulh* procedure uobičajeno okončavaju u roku od tri mjeseca (Peletz, 2022, str. 311–312). Michael Peletz smatra da zbog činjenice da *sulh* službenici imaju dužnost upravljanja postupkom i u osnovi su mnogo manje ograničeni u tom procesu od sudija koji su obavezani formalnim pravilima postupka, *sulh* službenici vrše idžtihad – proces stvaralačkog tumačenja šerijatskog prava koji je izvorno pripadao pravnim učenjacima, a kasnije sudijama – iako nemaju moć formalnog presuđivanja, što neki u Maleziji i ostalim dijelovima svijeta vide kao neminovan uslov za prakticiranje idžtihad (Peletz, 2020, str. 137; Peletz, 2013, str. 621). Zanimljiva je okolnost i da se na tu poziciju uglavnom imenuju žene u Maleziji (Peletz, 2020, str. 101), što ukazuje na to da *sulh* služi kao proces ne samo za transformaciju prava, već i za promjenu uobičajenih uloga u prosecu suđenja, koje prema tradicionalnom pravu i razumijevanju pripada muškarcima.

5. *Sulh* kao vansudska praksa

Dok se u savremenom muslimanskom svijetu, kao i u prošlosti, nagodba i arbitraža razvijaju u okviru sudskog sistema, u nemuslimanskim zemljama ove mehanizme koriste muslimanske manjine koje nastoje primjenjivati islamsko pravo, naročito u pitanjima porodičnog prava, u odsustvu islamskog sistema sudstva. Za njih je relevantna praksa izvornog *sulha*, kao vansudskog ili pred-sudskog načina rješavanja sporova (Jones, 2020, str. 50). Najjasniji odraz takvog pristupa je u Velikoj Britaniji, gdje su različite etničke muslimanske zajednice od 1980-ih godina počeli osnovati tijela zajednice – „šerijatska vijeća“. Tim vijećima se muslimani obraćaju za rješavanje sporova, naročito razvoda brakova, ili za proces medijacije. Iako se, često iz različitih političkih razloga, ova vijeća nazivaju „šerijatskim sudovima“ (ali ne u svojim zvaničnim nazivima) ona nemaju sudsku ulogu, niti su njihove odluke priznate i izvršne. Izvršavanje odluke zavisi isključivo od volje stranaka u sporu. Ipak, iako djeluju „u sjeni zakona“, kako John R. Bowen označava „neobavezujuću arbitražu ili medijaciju koja kao privatno tijelo posreduje ili daje

⁴ Syariah Civil Procedure Act, http://www2.esyariah.gov.my/esyariah/mal/portallv1/enakmen2011/Eng_act_lib.nsf/858a0729306dc24748257651000e-16c5/7ec9fcc6880b26d1482568160008745d?OpenDocument, section 94

mišljenje, ali nije zamjena za pravno tijelo“, ovim vijećima se obraća značajan broj ljudi (Bowen, 2009). Zbog toga se također navodi da djelatnošću ovih tijela se razvija „angrezi shariat“, odnosno englesko islamsko pravo (Rohe, 2013, str. 36).

5. 1. Primjena sulha u Velikoj Britaniji

5. 1. 1. Šerijatska vijeća

Islamsko šerijatsko vijeće (*Islamic Shari'a Council*) najstarije je takvo tijelo, koje „rješava bračna pitanja muslimana koji žive u Ujedinjenom Kraljevstvu u svjetlu islamskog porodičnog prava“. ⁵ Uspostavili su ga predstavnici deset muslimanskih organizacija, 1982., zbog potrebe davanja odgovora na sve češća obraćanja muslimana lokalnim imamima za rješavanje bračnih sporova i za postupak medijacije. Vijeće se nalazi u Londonu, ali ima predstavnike širom Ujedinjenog Kraljevstva (Walker, 2017, str. 46). U uslugama koje nude, pored zaključenja braka (*nikah*), bračnog savjetovanja, razvoda braka (*talaq*), razvoda braka na iniciranje žene (*khul*), izdavanja fetvi, savjeta o nasljeđivanju, finansijskih sporova, nudi i uslugu medijacije. ⁶

Predstavnici Islamskog šerijatskog vijeća sastaju se sa strankama koje žele da Vijeće riješi njihov spor, pri čemu sastavljaju zapisnike. Te zapisnike, zajedno sa svojim preporukama za rješavanje prosljeđuju uredu u Londonu, gdje je i sjedište Vijeća. Vijeće se sastoji od članova koji pripadaju svim glavnim pravnim školama – mezhebima ⁷ i svi su u nekom obimu uključeni u donošenje odluka, ali odbor koji donosi konačne odluke sastoji se od šest članova – učesnjava i jednog administratora. Ovaj odbor se sastaje svake posljednje srijede u mjesecu i rješava slučajeve, često bez prisustva stranaka u sporu (Bano, 2012, str. 136; Walker, 2017, str. 46).

Ključna pitanja koja Vijeće raspravlja tiču se vjenčanog dara (*mehr*), valjanosti izjava pod zakletvom, prisilnog braka, pristupa djeci, nasilja u porodici, utvrđivanja valjanosti raznih dokaza, medijacije i pomirenja. Prije izdavanja potvrda o razvodu braka, Vijeće nužno održava sa strankama u sporu postupak mirenja, odnosno medijacije, ali ukoliko medijacija ne uspije Vijeće izdaje potvrdu o razvodu (Bano, 2012, str. 134–136; Cusairi, Zahraa, 2018, str. 14–21, Bowen, 2016, str. 65–87)

Od 1985. godine postoji Vijeće islamskog (šerijatskog) prava Ujedinjenog Kraljevstva (*The Muslim Law (Shariah) Council UK*), čije osnivanje je podstaklo

⁵ <https://www.islamic-sharia.org/>

⁶ <https://www.islamic-sharia.org/services-1>

⁷ <https://www.islamic-sharia.org/>

obraćanje lokalnom imamu žene koja se razvela u građanskom postupku pred britanskim sudom, ali joj bivši suprug nije dao pristanak za razvod braka prema islamskom pravu i zbog toga nije mogla zaključiti islamski brak sa drugim muslimanom. Nakon što ni egipatski učenjak i imam dr. Mohamed Zaki Badawi, zajedno sa dva lokalna imama, nije mogao dati odgovor, osnovali su Vijeće islamskog (šerijatskog) prava. Vijeće je zatim zvanično obavijestilo muža da će, ukoliko ne pristane na razvod braka, njegovoj supruzi "izdati potvrdu o razvodu braka" (Keshavjee, 2013, str. 81). Zbog autoritativnosti pristupa Vijeća, muž je pristao na razvod braka. Ubrzo zatim, intervencijom Zaki Badawija riješen je još jedan sličan slučaj, na vrlo sličan način.

Pored opcija zaključenja braka (*nikah*), jednostranog otkaza braka (*talaq*) i razvoda braka na zahtjev žene uz novčanu kompenzaciju mužu (*khul*) nude i opciju medijacije – mirenja, za rješavanje bračnih problema, uz pomoć "obučениh pomiritelja koji imaju iskustvo u ublažavanju bračnih nesuglasica, nudeći praktična rješenja i smjernice temeljene na islamskim učenjima".⁸ U okviru zahtjeva za medijaciju, pored ispunjenog formalnog zahtjeva, izričito je naglašeno da je neophodno da "obje strane moraju biti zainteresirane za medijaciju" i da se Vijeće "ne provodi medijaciju ukoliko je protiv jedne od strana izdat nalog zabrane prilaska, zabrane zlostavljanja ili slične mjere."⁹ Vijeće od svog osnivanja nastoji djelovati u okviru državnog prava. Postupak razvoda braka će pokrenuti samo ukoliko su stranke već pokrenule građanski postupak pred engleskim sudom. Mohamed M. Keshavjee navodi da među članovima Vijeće ima i pravnike obrazovane u engleskom pravu, kako bi pratili i osigurali da njegove odluke ne prekrše javnopravne propise engleskog prava (Keshavjee, 2013, str. 81). Na web stranici se navode kompanije s kojima Vijeće saraduje, odnosno koje strankama daju pravne savjete u vezi sa građanskim razvodom, starateljstvom nad djecom, nasljeđivanjem, i sličnim pitanjima.¹⁰

Slično vijeće u Birminghamu, koje za razliku od ostalih nema zvanično religijsko opredjeljenje, i koje u svoj rad uključuje značajan broj žena, osnovano je 2004. godine. Počelo je prvo kao vijeće za savjetovanje i medijaciju u porodičnim pitanjima, a kasnije se transformisalo u šerijatsko vijeće (Bowen, 2016, str. 124). Postupak razvoda braka pokrenut će tek ukoliko je građanski postupak pred engleskim sudom već okončan (Griffith-Jones, 2013, str. 18; Bowen, 2016, str. 125).

⁸ <https://www.shariahcouncil.org/mediation/>

⁹ <https://www.shariahcouncil.org/mediation/>

¹⁰ <https://www.shariahcouncil.org/legal-partners/>

U praksi ovog Vijeća od 2013., okončavanje ravnodušnosti braka prema engleskom pravu automatski povlači razvod braka prema islamskom pravu, ukoliko se muž ne protivi tom razvodu. To podrazumijeva, da u takvim slučajevima nema potrebe da se Vijeće učenjaka sastaje i razmatra pitanje, već jedna od uposlenica može samostalno izdati potvrdu o razvodu (Bowen, 2016, str. 128).

5. 1. 2. Muslimanski arbitražni sud

Muslimanski arbitražni sud (*The Muslim Arbitration Tribunal*), osnovan 2007., jedino je zvanično tijelo koje omogućava strankama rješavanje građanskih i trgovačkih sporova, kao i medijaciju u porodičnim pitanjima, u skladu sa normama šerijatskog prava. Pri rješavanju građanskih i trgovačkih sporova djeluje u okviru Zakona o arbitraži iz 1996. koji predviđa da se stranke mogu saglasiti na koji način će riješiti spor. Zakon također propisuje da odluke arbitražnih tijela moraju biti izvršne, osim ukoliko to ne bi bilo u suprotnosti sa „javnim interesom“.

Prema tome, odluke Muslimanskog arbitražnog suda su priznate i izvršne, a samo u slučaju „ozbiljnih neregularnosti“ državni sudovi ne moraju poštovati njegovu odluku (Bano, 2012, str. 54, Broyde, 2017, str. 178). Iako odluke donosi na osnovu islamskog prava, uzima u obzir i pravo Engleske i Velsa.¹¹ U tom smislu, uprkos tome što ne postoji formalno mogućnost žalbe na odluke Muslimanskog arbitražnog suda, one su u određenoj mjeri predmet kontrole Visokog suda Engleske i Velsa.

U opisu djelatnosti navodi se da Muslimanski arbitražni sud vrši i medijaciju u porodičnim pitanjima (Prief, 2019, str. 20). U slučaju sporova između supružnika ili članova porodice u vezi sa pitanjima miraza, starateljstva nad djecom i sličnim pitanjima, Sud će uputiti dva pomiritelja iz svog vijeća da saslušaju obje strane, s ciljem postizanja sporazuma i donošenja odluke s kojom će se obje strane slagati (Walker, 2017, str. 52).

Iako su različitim reformama od 1990-ih u Velikoj Britaniji sve više uključivani i preporučivani alternativni načini rješavanja sporova – medijacija i arbitraža, u cilju rasterećivanja pravosuđa, efikasnosti i smanjivanje troškova (Patel, 2017), još uvijek nije moguće arbitražno rješavanje sporova u porodičnim pitanjima. Odluke Muslimanskog arbitražnog suda u ovim pitanjima nisu izvršne, kao i u svim drugim šerijatskim vijećima. Ipak, značajan broj građana obraća im za medijaciju u tim pitanjima.

¹¹ <http://www.matribunal.com/rules.php>

Arbitraža nije dozvoljena ni u pitanjima krivičnog prava, uključujući i porodično nasilje (Walker, 2017, str. 52). Stranke se ipak mogu obratiti Muslimanskom arbitražnom sudu za medijaciju u slučajevima nasilja u porodici. Ukoliko se postigne sporazum, uslovi takvog sporazuma bi bili poslani Tužilaštvu radi preispitivanja podizanja optužnice, koje donosi konačnu odluku (Bano, 2012, str. 241).

5. 1. 3. Značaj i položaj šerijatskih vijeća

Iako odluke šerijatskih vijeća u pitanjima porodičnog prava nisu priznate u engleskom pravu, značajne su za pripadnike muslimanskih zajednica, koji traže društveno prihvatljiva rješenja u okviru zajednice uz pomoć prihvaćenih pomiritelja. One mogu biti priznate izvan Velike Britanije u njihovim matičnim zemljama (Rohe, 2013, str. 36).

Na taj način mogu se prevazići zloupotrebe, zbog kojih se često žene obraćaju ovim vijećima, kada muževi ne žele pristati na vjerski razvod braka. Isti slučaj zloupotreba postoji i u jevrejskim zajednicama ne samo u Velikoj Britaniji, nego i u Izraelu (Moskovich, 2019). Osim toga, budući da norme jevrejskog i šerijatskog prava osim pravnog, sadrže i moralni i religijski aspekt, iako nisu pravno obavezujuće ove odluke su religijski i moralno obavezujuće i nerijetko se izvršavaju usljed pritiska zajednice. Na tome su se zasnivali i opstajali jevrejski sudovi tokom više od dva milenija boravka u različitim političkim i pravnim okvirima, kada je društveni pritisak bio jedini osnov osiguravanja obraćanja jevrejskim sudovima (Memišević, 2019).

Pitanja priznavanja religijskih sudova, posebno islamskih, aktuelizirano je nakon što je nadbiskup Canterburyja, Rowan Williams, predložio primjenu principa „transformativne akomodacije“, prema kojoj pojedinac zadržava pravo izbora suda u kojem želi riješiti određeno pitanje. To bi se, prema biskupu, moglo dozvoliti za pitanja bračnog prava, reguliranja finansijskih transakcija i autoriziranih tijela za medijaciju i rješavanje sukoba. Među prednostima takvog pristupa naveo je, između ostalih, i unapređivanje različitih nadležnosti. Religijske sudske ustanove ili ustanove zajednice morale bi brinuti o napuštanju njihove nadležnosti zbog nefleksibilne, previše restriktivne primjene tradicionalnog prava. S druge strane, „univerzalistički sistem prosvjetiteljstva“ bi morao voditi računa o posljedicama getoiziranja i obespriječivanja manjina. Transformativna akomodacija bi doprinijela tome da obje nadležnosti moraju mijenjati svoj pristup tokom vremena, „kako bi izbjegle sterilnost uzajamno isključivih monopola“ (Williams, 2013, str. 32).

Ovaj stav nadbiskupa Williamsa izazvao je oštre reakcije u engleskoj javnosti (Bras, 2013, str. 151–158). Nakon pet mjeseci javnih rasprava o “šerijatskim sudovima”, Lord Nicholas Phillips, tadašnji Lord glavni sudija Engleske i Velsa, javno je podržao stavove nadbiskupa. Istakao je da englesko pravo daje mogućnost izbora prava i da “ne postoji razlog zašto principi šerijatskog prava ili bilo kojeg religijskog prava ne mogu biti osnov za medijaciju ili druge oblike alternativnog rješavanja sporova” (Prief, 2019, str. 13).

Do transformativne akomodacije nije došlo. Osim Muslimanskog arbitražnog suda, koji djeluje kao arbitražno tijelo u okviru Zakona o arbitraži iz 1996. u pitanjima građanskog i trgovačkog prava, pravni položaj šerijatskih vijeća širom zemlje nije reguliran državnim pravom, i nemaju nadležnost za donošenje pravnoobavezujućih odluka.

Postojanje i djelovanje ovih vijeća često je predmet oštrih javnih rasprava. Tokom 2015., David Cameron, tadašnji premijer, i Theresa May, tada ministrica unutrašnjih poslova, zahtijevali su izradu izvještaja o integraciji različitih etničkih muslimanskih zajednica u društvo Ujedinjenog Kraljevstva, uključujući i primjenu islamskog prava u Engleskoj i Velsu. Izvještaj je trebao da odgovori na pitanje da li i u kojoj mjeri se šerijatsko pravo zloupotrebljava ili primjenjuje na način koji nije u skladu sa engleskim pravom, u radu šerijatskih vijeća.

Izvještaj pod naslovom “Izvještaj o mogućnostima i integraciji” izradila je Louise Casey u decembru 2016. U izvještaju se, između ostalog, navodi da postoji između 30 i 85 šerijatskih vijeća i da njihovo djelovanje podrazumijeva savjetovanje i medijaciju u pitanjima građanskog i porodičnog prava, ali da postoje diskriminatorne prakse koje ženama nanose ozbiljnu štetu. Ističe se da neke žene nisu upoznate sa svojim pravima da napuste nasilne muževe i da su prisiljene da im se vrate ili prisustvuju procesima mirenja, uprkos postojanju pravnih zabrana u svrhu njihove zaštite od nasilja. Zatim, navodi se da ova vijeća rješavaju i pitanja izvan njihove nadležnosti poput starateljstva nad djecom ili porodičnog nasilja, te da poseban problem predstavljaju neregistrirani islamski brakovi i poligamija (The Casey Review, str. 123–135).

Izvještaj je izazvao brojne reakcije, a tokom 2017. Theresa May, tada premijerka Velike Britanije, tražila je ponovo izradu izvještaja o primjeni islamskog prava, koji će sačiniti komisija stručnjaka. Taj izvještaj je objavljen u februaru 2018. i predstavljen pred parlamentom. Istraženi su uzroci osnivanja šerijatskih vijeća, temelji i principi njihovog djelovanja – i kao savjetodavnih tijela i kao tijela za rješavanje sporova – predstavljeni su izazovi s kojima se suočavaju i dobre prakse, te su date preporuke.

Utvrđeno je da iako odluke ovih vijeća nemaju pravnoobavezujuću snagu, ona imaju izvjesni autoritet u donošenju odluka, naročito u pitanjima razvoda braka. Najčešće im se obraćaju žene, zahtijevajući razvod braka prema islamskom pravu. Brak koje su zaključile često nije registriran pred državnim organima, što predstavlja poseban izazov i nije moguće tražiti razvod braka pred državnim sudovima (Vora, 2019). Prema mišljenju ove komisije, ukiđanje šerijatskih vijeća ne bi bilo odgovarajuće rješenje, jer bi mnoge žene koje zavise od njih bile ostavljene u pravnom limbu. To bi ih učinilo iznimno nezaštićenim i izložilo daljoj diskriminaciji i zlostavljanju (The Independent Review, str. 23).

Kako bi se spriječilo obraćanje ovim vijećima sa zahtjevima za razvod braka, komisija je u izvještaju preporučila izmjene zakonskih propisa koje bi povezale islamski i građanski razvod braka, opsežne akcije podizanja svijesti o potrebi građanske registracije brakova, te uspostavljanje sistema organiziranja i funkcioniranja koje bi primijenila šerijatska vijeća što bi im omogućilo da djeluju u okviru postojećih državnih propisa (The Independent Review, str. 17–20).

5. 1. 4. Britansko porijeklo šerijatskih vijeća

Iako se u engleskoj javnosti kao i u literaturi često ukazuje na poteškoće, neregularnosti i potencijalne opasnosti postojanja “paralelnog sistema sudstva” (Tariq, 2017; Bano, 2017), porijeklo šerijatskih vijeća potiče iz Indije za vrijeme britanske kolonijalne vlasti.

U 19. stoljeću u Indiji, pitanje braka regulirali su državni sudovi, ali u skladu sa religijskim pravom i tradicijom religijskih zajednica. To je predstavljalo odraz prakse u Britaniji u kojoj je pitanje zaključenja braka bilo u nadležnosti (priznatih) vjerskih zajednica, a civilna forma braka uvedena je tek 1837. (Bowen, 2016, str. 52).

Budući da je britanska kolonijalna vlast u principu priznavala i primjenjivala lokalno pravo, sve dok nije bilo u sukobu sa „prirodnom pravdom, dobrom savješću i pravičnošću“, islamsko pravo primjenjivali su britanski sudovi, koji su imali opću nadležnost. Smatrali su da postojeći propisi o ličnom statusu nisu samo pozitivno pravo, već i odrazi postojećih praksi, koji svoj autoritet i legitimitet izvode iz „drevnih tradicija“. Prema Bowen, ova pravna fikcija – razumijevanje prava kao prozora u religijske norme koje postoje izvan i nezavisno od prava – u današnjoj Indiji dozvoljava sudiji da istražuje „drevne tradicije“ i sam ih tumači. Najilustrativniji primjer te prakse predstavlja slučaj Mohd. Ahmed Khan v. Shah Bano Begum iz 1985., u kojem se hinduski

vrhovni sudija pozivao na tekst Kur'ana kako bi kritizirao postojeći islamski zakonik (Bowen, 2016, str. 53).

Dualnost ove teorije o zakonima o ličnom statusu – kao pravnoj formi, a i izvoru Objave, omogućila je i ohrabrila vjerske učenjake da stvaraju vlastite alternativne tribunale. Tome su doprinijeli i neispunjeni zahtjevi o uspostavi odvojenih, islamskih sudova koji bi rješavali pitanja ličnog statusa, jer postojeće državne sudije nisu kompetentne.

Stoga su vjerski učenjaci počeli osnivati nedržavna vijeća (*dar ul-qaza*), koja rješavaju bračna pitanja prema islamskom pravu, ali nemaju moć provođenja odluka. Ova vijeća poslužile su kao model vjerskim učenjacima koji su emigrirali u Englesku i počeli osnivati šerijatska vijeća, donoseći "kolonijalne ideje o ličnom statusu nazad svom pravnom izvoru" (Bowen, 2016, str. 54). Smatrali su da muslimani trebaju rješavati pitanja braka i razvoda i da je idealno ako država prizna njihove odluke, ali njihov legitimitet ne zavisi od države.

6. Sulh kao neformalna praksa u drugim nemuslimanskim zemljama

Medijacija kao neformalni, izvansudski način rješavanja sporova pojavljuje se i u zajednicama u kojima je došlo do izvjesnog oživljavanja islama, odnosno "povratka islamu" kako se često naziva, poput Albanije u postsocijalističkom periodu. Prema istraživanju Besnik Sinania, nerijetko se pred lokalnim imama zaključuju brakovi prema islamskom pravu (*nikah*). Ovi brakovi nisu priznati prema državnom pravu. Ukoliko nisu praćeni zaključenjem braka prema civilnom pravu, ne postoje mehanizmi prinude na izvršenje obaveza koje proizlaze iz razvoda braka, kao što je obaveza izdržavanja djece.

Zbog toga većina imama zahtijeva da im se, prije zaključenja *nikah* braka, pokaže vjenčani list, odnosno potvrda o već zaključenom građanskom braku. Time, kako ističu, osiguravaju zaštitu žena u slučaju razvoda braka, navodeći kako pitanje braka i razvoda ne može zavisiti od snage vjerskih uvjerenja bračnih partnera u vrijeme bračnog sukoba (Sinani, 2013, str. 116–118).

U bračnim sporovima lokalno stanovništvo, posebno žene, obraćaju se imama za medijaciju. Ovaj proces, također, nije prepoznat pred državnim sudovima. Sami imami proces medijacije nazivaju "savjetovanjem". Za razliku od sličnih situacija u tradicionalnim muslimanskim društvima, kao i među muslimanskim manjinama u nemuslimanskim društvima, razvod braka se ne fokusira na pitanje bračnog poklona (*mehr*) i finansijskih pitanja. Koncept

mehra u Albaniji napušten sa zabranom religije 1967. Dobio je ponovno na značaju početkom 1990-ih, ali samo simbolično (Sinani, 2013, str. 118).

U Indiji se u skorije vrijeme organiziraju islamski "sudovi", čiji su članovi isključivo žene. Oni vrše suđenje ali koriste i neformalne oblike rješavanja sporova, poput medijacije, kako bi pomogli ženama u rješavanju bračnih i porodičnih pitanja. Za razliku od nekih sličnih sudskih ili polusudskih ustanova, ovi sudovi nisu priznati.

Uprkos tome što su nedržavna pravna tijela, koja nemaju zvaničnu nadležnost i čije odluke nisu pravnoobavezujuće, čest su forum kojem se obraćaju stranke. Kada god je moguće sudije ovih sudova nastoje riješiti porodične sporove izvan formalnih ustanova. Uglavnom primjenjuju arbitražu i medijaciju, s ciljem mirenja i ponovnog uspostavljanja porodičnih odnosa, umjesto njihovih pogoršavanja što je čest rezultat formalnog suđenja (Jones, 2019, str. 454–455). Kako ističe Justin Jones, ovi sudovi predstavljaju preusmjerenje od zakonskih intervencija i službenih sudskih postupaka prema neformalnim praksama, kao najboljih načina zaštite interesa žena muslimanki u savremenoj Indiji. U tom procesu islamski "sudovi", u koje su uključene samo žene, ne samo da uspijevaju da se nametnu kao forum za rješavanje pitanja ličnog statusa, već njihov sastav može dovesti i do transformacije islamskog prava i lokalnog razumijevanja tog prava.

7. Zaključak

Sulh ili medijacija je izvorno bio vansudski ili predsudski način rješavanja sporova, čiji je cilj postizanje sporazuma između stranaka u sporu i time izbjegavanje narušavanja porodičnih i društvenih odnosa. Kao preferencijalni mehanizam rješavanja sporova naglašen je i u Kur'anu, kao i u praksi Poslanika, koji je ohrabrivao mirenje i postizanje kompromisa i sam obavljao ulogu pomiritelja u javnim i privatnim sporovima.

Rješavanje sporova putem *sulha*, što je bilo alternativno i kompetitivno sudskom rješavanju sporova, primjenjivalo se tokom cjelokupne muslimanske historije sve do savremenog perioda. Različite muslimanske države primjenjivale su *sulh* u okviru sudskog sistema, između ostalog, i u svrhu zaštite položaja kadija kao vrhovnih nosilaca sudske funkcije.

To je naročito došlo do izražaja u osmanskom periodu kada su kadijski sudovi često sami vršili medijaciju i arbitražu, kako bi spor riješili sporazumom. Pored drugih uzroka, ta praksa je mogla doprinijeti i iskrivljenoj percepciji kadija – oblikovanoj konceptom kadijske pravde Maxa Webera – kao arbitrarnih sudija koji presuđuju na osnovu „religijskih ili moralnih osjećaja u datom trenutku“ (Memišević, 2019).

Pravnici su nastojali nametnuti pravila za primjenu *sulha*, i kao sudske

prakse i kao neformalnih privatnih nagodbi, kako bi se osigurala primjena islamskih principa i dopustivost nagodbe.

U savremenom muslimanskom svijetu nagodba i arbitraža nastavili su se razvijati u okviru sudskog sistema i često predstavljaju načine transformacije i razvoja prava. U nemuslimanskim zemljama ove mehanizme koriste muslimanske manjine koje nastoje primjenjivati islamsko pravo u odsustvu islamskog sistema sudstva. Za njih je relevantna praksa izvornog *sulha* i *tahkima*, kao vansudskih ili pred-sudskih mehanizama za rješavanja sporova.

To ukazuje na to će u odsustvu pravne zaštite, kao i osjećaja pripadnosti društvu, neintegrirani i isključeni članovi zajednice tragati za drugim načinima zaštite i posezati za neformalnim mehanizmima izvan sistema sudstva. To može prouzrokovati još veću diskriminaciju i isključenost najranjivijih slojeva društva, što ponovno zahtijeva državnu intervenciju, koja mora biti sveobuhvatna, pravična i inkluzivna.

Izvori

Al-Majalla al-Ahkam al-Adaliyyah: Mjalla/Mecelle (Civil Code of the Ottoman Empire) [http://legal.pipa.ps/files/server/ENG%20Ottoman%20Majalle%20\(Civil%20Law\).pdf](http://legal.pipa.ps/files/server/ENG%20Ottoman%20Majalle%20(Civil%20Law).pdf), pristupljeno 11. 09. 2023.

Arbitration (Scotland) Act 2010, dostupno na: http://www.legislation.gov.uk/asp/2010/1/pdfs/asp_20100001_en.pdf, pristupljeno 11. 09. 2023.

Arbitration Act 1996, dostupno na: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/data.pdf> pristupljeno 11. 09. 2023.

Children and Families Act 2014, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2014/6/contents/enacted>, pristupljeno 11. 09. 2023.

Civil Procedure Act 1997, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1997/12/contents>, pristupljeno 11. 09. 2023.

Civil Procedure Rules 1998, <https://www.legislation.gov.uk/uksi/1998/3132/contents/made>, pristupljeno 11. 09. 2023.

Code of Practice, Family Mediation Council; <https://www.familymediation-council.org.uk/us/code-practice/>, pristupljeno 11. 09. 2023.

Practice Direction, 3A: Family Mediation Information and Assessment Meetings (MIAMs), https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/family/practice-directions/pd_part_03a, pristupljeno 11. 09. 2023.

Syariah Civil Procedure Act, http://www2.esyariah.gov.my/esyariah/mal/portalv1/enakmen2011/Eng_act_lib.nsf/858a0729306d-c24748257651000e16c5/7ec9fcc6880b26d1482568160008745d?OpenDocument, pristupljeno 11. 09. 2023.

Bibliografija

- Alsheikh, A. E. (2011). Distinction between the Concepts Mediation, Conciliation, Şulh and Arbitration in Shari'ah Law. *Arab Law Quarterly*, 25 (1), 367–400.
- Aykan, Y., Ergene, A. B. (2019). Shari'a Courts in the Ottoman Empire Before the Tanzimat. *The Medieval History Journal*, 22 (2), 203–228.
- Bano, S. (2012). *Muslim Women and Shari'ah Councils: Transcending the Boundaries of Community and Law*. Palgrave Macmillan.
- Bano, S. (2017). Agency, Autonomy, and Rights: Muslim Women and Alternative Dispute Resolution in Britain. U: S. Bano (ured). *Gender and Justice in Family Law Disputes: Women, Mediation, and Religious Arbitration* (str. 46–76). Waltham: Brandeis University Press.
- Bowen, R. J. (2016). *On British Islam: Religion, Law, and Everyday Practice in Shari'a Councils*. Princeton, Oxford: Princeton University Press.
- Bowen, R. J., (2009). Private Arrangements: "Recognizing sharia" in England. Boston Review. Preuzeto, 11. 09. 2023. sa <https://www.bostonreview.net/articles/john-bowen-private-arrangements-sharia-england/>
- Bras, P. J. (2013). The British Debate Over Sharia Councils: A French-Style Controversy. U: N. Göle (ured.). *Islam and Public Controversy in Europe* (str. 151–158). London, New York: Routledge.
- Broyde, J. M. (2017). *Sharia Tribunals, Rabbinical Courts, and Christian Panels Religious Arbitration in America and the West*. New York: Oxford University Press.
- Coşgel, M., Ergene, B. (2016). *The Economics of Ottoman Justice: Settlement and Trial in the Sharia Courts*. Cambridge University Press, 2016.
- Cusairi, M. R., Zahraa, M. (2018). Procedure of Issuing Religious Divorce and Resolving Matrimonial Disputes at Shar'ah Councils in the UK. *Arab Law Quarterly*, 32 (1), 1–32.
- Ergene, A. B. (2010). Why Did Ümmü Gülsüm Go to Court? Ottoman Legal Practice Between History and Anthropology. *Islamic Law and Society* 17, 215–244.
- Ergene, B. (2002). *Local Court, Provincial Society and Justice in the Ottoman Empire*. Leiden: Brill, 2002.
- Family Justice Review Final Report, 2011, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/217343/family-justice-review-final-report.pdf, pristupljeno 11. 09. 2023.
- Griffith-Jones, R. (2013). The 'Unavoidable' Adoption of Sharia Law: The Generation of a Media Storm. U: R. Griffith-Jones (ured.). *Islam and*

English Law: Rights, Responsibilities and the Place of Shari'a (9–19). New York: Cambridge University Press.

Hallaq, B. W. (2009). *An Introduction to Islamic Law*. New York: Cambridge University Press.

Hasani, M. (2015). Mehanizmi alternativnog rješavanja sporova u šerijatskom pravu. *Glasnik Rijaseta Islamske zajednice u BiH*, 1–2, 47–58.

Hussin, R. I. (2016). *The Politics of Islamic Law Local Elites, Colonial Authority, and the Making of the Muslim State*. Chicago, London: The University of Chicago Press.

Islamic Shari'a Council. <https://www.islamic-sharia.org/>, pristupljeno 11. 09. 2023.

Jones, J. (2019). 'Where Only Women May Judge': Developing Gender-Just Islamic Laws in India's All-Female 'Shari'ah Courts'. *Islamic Law and Society*, 26, 437–466

Jones, J. (2020). Muslim Alternative Dispute Resolution: Tracing the Pathways of Islamic Legal Practice between South Asia and Contemporary Britain. *Journal of Muslim Minority Affairs*, 40 (1), 48–66.

Karčić, F. (2011). *Studije o šerijatskom pravu i institucijama*. Sarajevo: El-kalem, Centar za napredne studije.

Karčić, F. (2019). Arbitraža u šerijatskom pravu. *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*. LXII – 2019., 377–389

Karčić, H. (2018). *Šerijat i pravni pluralizam u Evropi: primjeri koegzistencije religijskog i sekularnog prava na Starom kontinentu*. Sarajevo: Centar za napredne studije.

Keshavjee, M. M. (2013). *Islam, Sharia and Alternative Dispute Resolution: Mechanisms for Legal Redress in the Muslim Community*. New York: I. B. Tauris.

Looking to the Future: Mediation and the Ground for Divorce, 1995, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/272042/2799.pdf, pristupljeno 11. 09. 2023.

Ljevaković, E. (2004). Institut arbitraže (tahkim) u islamskom pravu. *Zbornik radova Fakulteta islamskih nauka*, 22 (9), 131–148.

Masud, K. M. Peters, R., Powers, S. D. (2006). Qādis and their Courts: An Historical Survey. U: M. K. Masud, R. Peters, D. S. Powers. *Dispensing Justice in Islam: Qadis and Their Judgements*. Leiden, Boston: Brill.

Memišević, E. (2019). *Sudovi: komparativna studija*. Sarajevo: Centar za napredne studije.

Moskovich, A. (2019). Get refusal: 'Chained' spouses and the partners who won't grant a divorce. The Jerusalem Post. <https://www.jpost.com/israel-news/get-refusal-597184>, pristupljeno, 11. 09. 2023.

- Muhammad, W. Ramizah (2008). The Theory and Practice of Sulh (Mediation) in the Malaysian Shariah Courts. *International Islamic University of Malaysia Law Journal*, 16 (1), 33–50.
- Muslim Arbitration Tribunal, <http://www.matribunal.com>, pristupljeno 11. 09. 2023.
- Mutaf, A. (2004). Amicable Settlement in Ottoman Law: Sulh System. *Turcica*, 36, 125–140.
- Othman, A. (2007). 'And Amicable Settlement Is Best': Şulh and Dispute Resolution in Islamic Law. *Arab Law Quarterly*, 21 (1), 64–90.
- Patel, P. (2017). The Growing Alignment of Religion and the Law: What Price Do Women Pay?. U: S. Bano (ured). *Gender and Justice in Family Law Disputes: Women, Mediation, and Religious Arbitration* (str. 77–109). Waltham: Brandeis University Press.
- Peletz, G. M. (2013). Malaysia's Syariah Judiciary as Global Assemblage: Islamization, Corporatization, and Other Transformations in Context. *Comparative Studies in Society and History*, 55 (3), 603–633.
- Peletz, G. M. (2020). *Sharia Transformations: Cultural Politics and the Rebranding of an Islamic Judiciary*. Oakland: University of California Press.
- Peletz, G. M. (2022). Islamic Courts, Gender, and the 'Conservative Turn' in Muslim Southeast Asia. U: S. M. K. Aljunied (ured.). *Routledge Handbook of Islam in Southeast Asia* (str. 305–325). Routledge.
- Prief, Y. (2019). Muslim Legal Practice in the United Kingdom: the Muslim Arbitration Tribunal. U: N. Oberauer, Y. Prief, U. Qubaja (ured.). *Legal Pluralism in Muslim Contexts*, (str. 12–42). Leiden, Boston: Brill.
- Rohe, M. (2013). Reasons for the Application of Sha'ā in the West. U: M. S. Berger (ured.) *Applying Shari'a in the West: Facts, Fears and the Future of Islamic Rules on Family Relations in the West* (str. 25–46). Leiden: Leiden University Press.
- Sartori, P. (2010). What Went Wrong? The Failure of Soviet Policy on Sharia Courts in Turkestan, 1917 – 1923. *Die Welt des Islams*, 50 (3/4), 397–434.
- Sartori, P. (2011). The Evolution of Third-Party Mediation in Shari'a Courts in 19th- and Early 20th-century Central Asia. *Journal of the Economic and Social History of the Orient*, 54, 2011, 311–352.
- Serrano, D. (2016). Bringing arbitration (tahkīm) and conciliation (şulh) under the qāḍī's purview in Mālikī al Andalus (10th to 12th centuries C.E.). *Revue des mondes musulmans et de la Méditerranée*, 140, 73–100.
- Shippee, S. R. (2002). 'Blessed Are the Peacemakers': Faith-Based Approaches To Dispute Resolution. *ILSA Journal of International & Comparative Law*, 9 (1), 237–255.

- Sinani, B. (2013), The Return of Islam in South East Europe: Debating Islam and Islamic Practices of Family Law in Albania and Kosovo. U: M. S. Berger (ured.) *Applying Shari'a in the West: Facts, Fears and the Future of Islamic Rules on Family Relations in the West* (str. 111–124). Leiden: Leiden University Press.
- Tamdoğan, I. (2008). 'Sulh' and the 18th Century Ottoman Courts of Üsküdar and Adana", *Islamic Law and Society*, 15 (1), 55–83.
- Tariq, S. (2017). Muslim Mediation and Arbitration: Insights From Community and Legal Practice. U: S. Bano (ured). *Gender and Justice in Family Law Disputes: Women, Mediation, and Religious Arbitration* (str. 126–141). Waltham: Brandeis University Press.
- The Casey Review: A review into opportunity and integration. Preuzeto 11. 09. 2023. sa: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/575973/The_Casey_Review_Report.pdf
- The independent review into the application of sharia law in England and Wales. Preuzeto 11. 09. 2023. sa: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/678478/6.4152_HO_CPGF_Report_into_Sharia_Law_in_the_UK_WEB.pdf
- The Muslim Law (Shariah) Council UK. <https://www.shariahcouncil.org/mediation/>, pristupljeno 11. 09. 2023.
- Vogel, F., (2000). *Islamic Law and Legal System: Studies of Saudi Arabia*. Leiden, Boston, Koln: Brill, 2000.
- Vora, V. (2019). Unregistered Muslim Marriages in the United Kingdom. U: N. Oberauer, Y. Prief, U. Qubaja (ured.). *Legal Pluralism in Muslim Contexts*, (str. 43–62). Leiden, Boston: Brill.
- Walker, T. (2017). *Sharia Councils and Muslim Women in Britain: Rethinking the Role of Power and Authority*. Leiden, Boston: Brill.
- Welchman, W. (2007). *Women and Muslim Family Laws in Arab States: A Comparative Overview of Textual Development and Advocacy*. Amsterdam: Amsterdam University Press.
- Williams, R. (2013). Civil and Religious Law in England: A Religious Perspective. U: R. Griffith–Jones (ured.). *Islam and English Law: Rights, Responsibilities and the Place of Shari'a* (str. 20–33). New York: Cambridge University Press, 2013), str. 32.
- Zahraa, M., Hak, A. N. (2006). Tahkīm (Arbitration) in Islamic Law within the Context of Family Disputes. *Arab Law Quarterly*, 20 (1), 2–42.

Ehlimana Memišević, PhD

Assistant professor

University of Sarajevo

Faculty of Law

e.memisevic@pfsa.unsa.ba

**CONCILIATION IS THE BEST OF JUDGMENTS':
APPLICATION OF ISLAMIC LAW THROUGH
MEDIATION IN THE CONTEMPORARY WORLD**

Summary

In the modern period, the advantages of mediation and arbitration are increasingly emphasized and introduced into the practice of the courts, aiming to relieve the judiciary, improve efficiency, and reduce the costs of the procedure. In Islamic law, mediation (sulh) is emphasized as the primary way of resolving disputes due to the ability to preserve or re-establish family ties and to respect the principles of reconciliation, mercy, and tolerance. It was applied throughout Muslim history both within the judicial system and as an informal private practice.

In the modern Muslim world, mediation has continued to develop within the judicial system as part of judicial practice and often represents ways of transforming and developing law. In non-Muslim countries, these mechanisms are used by Muslim minorities who seek to apply Islamic law, especially in family law, in the absence of an Islamic judicial system. Although the decisions of the bodies that carry out mediation (Sharia councils) are not recognized or enforceable before state courts, they are significant for members of Muslim communities, who seek socially acceptable solutions within the community with the help of accepted conciliators.

Keywords: mediation, sulh, arbitration, tahkim, alternative dispute resolution, Islamic law, Sharia councils, United Kingdom

Dr. iur. Iza Razija Mešević

Vanredna profesora

Univerzitet u Sarajevu

Pravni fakultet

ir.mesevic@pfsa.unsa.ba

UDK 347.772:004.738.5

Pregledni naučni rad

“PRIPOVIJETKA” O TORBICAMA, PATIKAMA I DRESOVIMA – AKTUELNA SUDSKA PRAKSA U VEZI SA ŽIGOVIMA I NFT-OVIMA

Sažetak

*Nezamjenjivi tokeni (NFT-ovi) predstavljaju vrstu kriptoinovine i postali su rasprostranjen fenomen od 2021. godine, ali uglavnom u kontekstu digitalnih ili digitaliziranih umjetničkih djela (tzv. “Art-NFT-ovi”), što je dovelo do niza pravnih dilema na polju autorskog prava. Ipak, od nedavno su i NFT-ovi koji se odnose na digitalna dobra koja uključuju i prikaze znakova zaštićenih žigovima postali popularna pojava. S obzirom na to da ove NFT-ove ne kreiraju (mintaju) uvijek subjekti koji su istovremeno i titulari predmetnih žigova, počele su se javljati i pravne kontroverze u ovoj oblasti prava intelektualnog vlasništva. Potonje se javlja posebno u vezi s pitanjima, da li su pravila i principi žigovnog prava primjenjivi i izvan fizičkog svijeta i da li se žigovna zaštita za žigove registrirane za tradicionalnu, tjelesnu robu može sprovesti i u virtuelnom domenu. Budući da je prerano očekivati odgovore zakonodavaca na ove dileme, što ne sprečava tržište NFT-ova da prati sopstvenu dinamiku, nosioci prava na žigove počeli su da brane svoje interese od kreatora NFT-ova koji koriste njihova registrirana prava. Ovaj rad nudi pregled i uvid u aktuelnu i najrelevantniju sudsku praksu sudova u Evropi i Sjedinjenim Američkim Državama u ovom kontekstu, pokrivajući tokove postupaka ili predmet spora te donesene sudske odluke u predmetima *Hermès International et al. protiv Masona Rothschilda*, *Juventus Vooral Club s.p.a.*, *protiv Blockerasa s.r.l* i *Nike, Inc. protiv StockX LLC*. Autorica je u radu izložila glavne argumente stranaka i ključne elemente obrazloženja sudova, te dala svoju pravnu ocjenu i komentare.*

Ključne riječi: intelektualno vlasništvo, žig, NFT, MetaBirkin, Hermès, Juventus, Blockeras, Nike, StockX

Uvod

Čak i potpuni laici i osobe nezainteresirane za nove tehnološke fenomene, koje je sa sobom donijela tehnologija distribuirane knjige (dalje u tekstu: TDK), morali su se tokom nekoliko prethodnih godina barem jednom, ako ne i više puta, u medijima i na društvenim mrežama susresti s pojmom "nezamjenjivih tokena" ili NFT-ova (*non-fungible tokens*). Iako su se NFT-ovi prvi put pojavili 2012–2013. godine (Wakhariya, 2023, str. 174), stvarnu ekspanziju doživjeli su 2021. godine (Guadamuz, 2021), kada je osnivač Twittera Jack Dorsey za milionsku sumu "prodao" NFT koji se referira na njegov prvi tweet, čemu su slijedile također veoma lukrativne transakcije NFT-ovima koji su upućivali na umjetnička djela, a koje su realizirali digitalni kreator Bepple i muzičarka Grimes. Popularnost NFT-ova, dodatno potaknuta njihovom osobinom da bez ograničenja mogu, između ostalog, upućivati kako na virtuelna dobra (npr. ulaznice za koncerte ili sportske događaje, ili kolekcionarske kartice), tako i na autorska djela (npr. djela likovne umjetnosti, muzička djela ili fotografska djela – umjetnički NFT-ovi) u digitalnom formatu, pa čak i na fizičke predmete, samo je rasla u posljednje dvije godine. No, ruku pod ruku sa sve većom rasprostranjenošću NFT-ova nije rastao i stepen razumijevanja o pravnim dejstvima ovog fenomena i njegovoj pravnoj kvalifikaciji unutar DLT univerzuma.

DLT predstavlja krovni pojam za porodicu tehnologija distribuiranih baza podataka (datoteka), koje, za razliku od tradicionalnih, centralno vođenih baza podataka, ne ovise o posredniku kako bi funkcionirale, već su podijeljene i decentralizirane, a *blockchain*, koji je kao pojam u ovom kontekstu najviše korišten, predstavlja (prvi) oblik DLT-a (Grieger, von Poser & Kremer, 2021, str. 396 *et seq.*). Što se tiče NFT-ova, koji su upravo zasnovani na potonjim tehnologijama, oni se definiraju na različite načine, u zavisnosti od toga ko ih pojmovno određuje i koliko snažne attribute im pripisuje. Pa tako, EUIPO navodi da se kod NFT-ova radi o jedinstvenim digitalnim certifikatima koji su registrirani na *blockchainu*, koji autentificiraju digitalna dobra, ali su različiti od tih dobara (EUIPO, 2022). Nedavno usvojena Uredba (EU) 2023/1114 o tržištima kriptoinovine vrlo šturo i posredno navodi njihove elementarne osobine (čl. 2, st. 3), određujući ih kao kriptoinovinu koja je jedinstvena i nezamjenjiva s drugim tokenima, te isključuje svoju principijelnu primjenu na njih. Nadalje, u literaturi nalazimo i druge definicije, kao npr. da NFT-ovi korespondiraju ili predstavljaju (dijelove) robe koja je jedinstvena zbog svojih karakteristika, kao što su (digitalna ili fizička) umjetnička djela – ili čak nekretnine (Garbers-von Boehm, Haag & Gruber, 2022, str. 13). Međutim, nedostatak svih ovih definicija leži u tome, da se pravo koristi svojim vlastitim kategorijalnim aparatom, koji je precizan u cilju obezbjeđe-

nja pravne sigurnosti, a kod digitalnih tehnologija u nastajanju, što uključuje i NFT-ove, određenje pojedinih pojmova je tek u povoju i oni se u praksi ne koriste neminovno jednoobrazno (Grieger, von Poser & Kremer, 2021, str. 395 *et seq.*). Pa tako, dok se u pravnoj literaturi i praksi polako ali sigurno zauzima stav o jasnoj distinkciji između NFT-a i digitalnog objekta na koji on upućuje, učesnici na tržištu NFT-ova neminovno ne vide tu razliku. Za njih je "kupovina" jednog umjetničkog NFT-a jednaka kupovini fizičkog originala nekog umjetničkog djela, što pravno nije egzaktno. Shodno tome, na jedinstvenu pravnu definiciju ovog pojma sa svim njegovim karakteristikama moglo bi se još čekati.

1. NFT-ovi i pravo žiga

Iako se širenje upoznatosti s pojmom NFT-ova većinom veže za tzv. umjetničke NFT-ove, koji otvaraju niz pitanja i dilema u oblasti autorskog prava, a koje u ovom radu nećemo tematizirati, paralelni i virtuelni svijet pod nazivom "metaverzum" je NFT-ove doveo u blisku vezu i s jednim drugim pravom intelektualnog vlasništva, a to su žigovi.

Kao i u slučaju NFT-ova, općeprihvaćena pravna definicija metaverzuma ne postoji, a on ne posjeduje ni zaseban pravni okvir za svoje djelovanje. Također, on ne predstavlja jedinstven tehnološki fenomen, već zbir velikog broja pojedinačnih metaverzuma, koji bi u nekoj kasnijoj razvojnoj fazi trebali biti međusobno povezani. Za potrebe ovog rada, priklonit ćemo se veoma generalnoj i pojednostavljenoj definiciji, da je metaverzum virtuelni prostor u okviru kojeg njegovi korisnici mogu, a da ne napuste ugodnost svog doma, komunicirati s drugima, sarađivati, jednostavno obitavati, kupovati, igrati se, posjećivati kulturne događaje, putovati i sl. (Park, 2022). Sastavni dio ovog virtuelnog svijeta je i samostalno virtuelno tržište na kojem se, između ostalog, kupuje i prodaje virtuelna roba, koja može, ali ne mora biti autenticirana NFT-ovima. Ove transakcije postaju interesantne za žigovno pravo kada se na tržištu metaverzuma trguje s "digitalnim blizancima" fizičke robe s realnog tržišta (Čeranić Perišić, 2022, str. 639), ili pak kada određena izvorno virtuelna roba, odnosno NFT koji na nju upućuje, sadrži žig trećeg lica, registriran za fizičku robu u realnom svijetu, a bez dozvole te osobe.

Neke od ključnih dilema u ovom kontekstu su, da li se dejstvo međunarodnih, EU i nacionalnih normi žigovnog prava može protegnuti i na virtuelnu realnost, te da li je žigovna zaštita ustanovljena u realnom svijetu za fizičke robe dovoljna za odbranu od povrede tih prava i u metaverzumu?

U međuvremenu je na međunarodnom i EU-nivou prepoznata egzistencija virtuelnih tržišta i virtuelnih roba/usluge, a NFT-ovi uzeti u obzir kao mogući

identifikatori takvih roba/usluga kod registracije žigova. Pa tako, 12. izdanje Ničanske klasifikacija (WIPO, 2023, klasa 9) u klasi 9 predviđa i “digitalne datoteke koje se mogu pohraniti i biti autentificirane NFT-ovima”. Također, u Smjernicama za ispitivanje žigova EU (EUIPO, 2023, 6.25) tematizirana je registracija žigova za virtuelnu robu i dobra koja se mogu pohraniti. Istaknuto je da NFT-ovi kao digitalni certifikati ne mogu služiti sami za sebe u svrhe klasifikacije, bez dalje specifikacije o dobru na koje se odnose (kao npr. digitalna umjetnost koja se može pohraniti, koju autentificira NFT u klasi 9). S druge strane, kovanje NFT-ova u klasi 42 bilo bi prihvatljivo, s obzirom na prirodu te usluge.

Kako je dinamika prakse u ovom domenu katalizirana brzim tehnološkim napretkom, a titulari žigova s realnog tržišta, ali i oni koji su registrirali žigove za virtuelne robe i/ili usluge, ne žele da čekaju eventualno prilagođavanje normi žigovnog prava novim uslovima, pokreću sudske postupke u cilju zaštite svojih interesa na terenu metaverzuma, a u kojima se kao materijalno pravo primjenjuju trenutno važeći i za fizičku realnost doneseni žigovni propisi. Ovi postupci predmetne norme stavljaju na “virtuelni test izdržljivosti” i njihovi ishodi će biti najbolji pokazatelj, u kojoj mjeri je pravo žiga fleksibilno i tehnološki neutralno. U nastavku rada osvrnut ćemo se na neke od ključnih sporova i kritički razmotriti argumente stranaka odnosno obrazloženja sudova.

2. Sporovi vezani za NFT-ove i žigove

U žigovnoj praksi se vrlo brzo nakon ekspanzije NFT-ova postavilo pitanje, u kojoj mjeri je neophodno poštovati prava trećih lica, a posebno titulara žiga, prilikom kreiranja (*mintinga*), reklamiranja i (pre)prodaje NFT-ova, koji se referiraju na tuđe žigove. Budući da se od nacionalnih zakonodavaca nije moglo očekivati da u kratkom roku daju odgovor na to pitanje, sudovi diljem svijeta, a posebno u Sjedinjenim Američkim Državama (SAD), trenutno kreiraju praksu u ovom kontekstu, čiji će se principi sigurno u nekom momentu prenijeti i na zakonska rješenja, koja će generalno uređivati pitanje odnosa žigova i NFT-ova.

Nadalje će biti predstavljena tri spora između prava žiga i NFT-ova. Njihova relevantnost i specifičnost se ogleda u tome što se u svakom od njih postavilo neko drugo pravno pitanje iz domena žigovnog prava, a što je rezultat karakterističnosti okolnosti pojedinačnih slučajeva. No, ono što je zajedničko i evidentno za svaki od njih jest da zaštita žigovnog prava predstavlja vrijednost kojoj sudovi u ovom momentu očigledno daju prevagu u odnosu na NFT-ove. Iako je od tri navedena predmeta tzv. “MetaBirkins” slučaj (Hermès

International et al. v Mason Rothschild) privukao najveću pažnju, u ovom momentu djeluje da će predmet Nike, Inc. v StockX LLC biti od najvećeg značaja, zbog okolnosti da će sud morati da zauzme stav u pogledu pitanja primjene dva bitna principa žigovnog prava u virtuelnoj realnosti, a to su načelo iscrpljenja prava distribucije i pitanje određenja granice slobodne upotrebe žiga u marketinške svrhe.

2.1 Hermès International, et al. v Mason Rothschild

Do sada najprominentniji i najviše diskutiran spor u kojem su snage odmjerili pravo žiga i NFT-ovi s jedne, ali i ustavna kategorija slobode izražavanja (umjetničke slobode) i ostvarivanje prava žiga u NFT-svijetu s druge strane, jest onaj u predmetu Hermès International et al. v Mason Rothschild (Eshagian, 2023a; Čeranić Perišić, 2022, str. 646).

2.1.1 Tok postupka

U pitanju je prvi sudski spor u SAD-u koji je došao do stadija presude u februaru 2023. godine i to u korist tužitelja (United States District Court for the Southern District of New York, 2023a), no, to nije značilo da je time ovaj postupak bio i okončan, budući da je tuženi 14. marta 2023. podnio tzv. "ponovljen zahtjev za donošenje presude po sili zakona ili za novo suđenje" (United States District Court for the Southern District of New York, 2023c), koji se u SAD-u može u parničnom postupku uložiti i nakon donošenja presude.

S druge strane, također je i kompanija Hermès već 3. marta 2023. podnijela zahtjev sudu za izdavanje stalne mjere (*permanent injunction*), kako bi bila zaštićena od daljeg kršenja svojih "Birkin" žigova (TFL, 2023). Ovaj korak je preduzela budući da je ubrzo nakon izricanja presude tuženi Rothschild nastavio promovirati prodaju "MetaBirkins" NFT-ova, istovremeno nastojao prikupiti naknadu od tih prodaja, te u nekoliko navrata promovirao svoj "MetaBirkins" Instagram nalog, „retvitovao“ s "MetaBirkins" Twitter naloga i objavljivao tvitove i članke na svom "MetaBirkins" Discord kanalu (United States District Court for the Southern District of New York, 2023b, Prethodna izjava). U ovom zahtjevu Hermès je također istakao i da je Rothschild s "MetaBirkins" NFTs-ovima poremetio Hermèsove vlastite NFT-planove, koje je kompanija razvijala od decembra 2019. (United States District Court for the Southern District of New York, 2023b, tačka E; TFL, 2023; EUIPO, 2023). Ipak, pojedini autori navode kako je društvo Hermès zastupalo stav da bi uvođenje virtuelnih dobara ove kompanije predstavljalo donekle i uvredu samoj prirodi Hermèsove robe (Park, 2022). Hermès je u zahtjevu, između ostalog, od suda tražio izdavanje sljedećih mjera: zabranu upotrebe Birkin žigova i dovođenje

javnosti u zabludu, prenos [MetaBirkins.com](https://www.metabirkins.com) domena i naloga na društvenim mrežama koji sadrže Birkin žig na Hermès, prenos “MetaBirkins” NFT-ova i NFT- pametnih ugovora na Hermès, te prenos ostvarenog prihoda od “MetaBirkins” NFT-ova na Hermès (United States District Court for the Southern District of New York, 2023b, tačka III; Eshaghian, 2023a).

Krajem juna 2023. godine sud je odbio zahtjev tuženog za donošenje presude po sili zakona ili za novo suđenje, te naknadni zahtjev da intervjuira porotu (United States District Court for the Southern District of New York, 2023d, str. 3 *et seq.*). S druge strane, sud je u najvećoj mjeri usvojio zahtjev kompanije Hermès za izdavanje stalne mjere, naloživši Rothshieldu, između ostalog, da se suzdrži od prodavanja, kovanja, prodaje, marketinga itd. “MetaBirkins” NFT-ova, zatim mu je naredio prenos “MetaBirkins” domene, kao i prihoda od “MetaBirkins” NFT-ova u periodu od 31. 1. 2023. do 30. 6. 2023. na kompaniju Hermès, te zabranio upotrebu “Metabirkins” oznake na društvenim mrežama u svrhu i.a. prodaje, marketinga i promocija “Metabirkins” NFT-ova i povezane robe (United States District Court for the Southern District of New York, 2023d, str. 16 *et seq.*; United States District Court for the Southern District of New York, 2023e; Eshaghian, 2023a).

Navedeni sudski spor počeo je tako što su kompanije Hermès International i Hermès Paris Inc. (dalje u tekstu zajedno: “Hermès”) 14. januara 2022. godine uložile tužbu protiv Masona Rothschilda. Tužbeni zahtjev je uređen 2. marta 2022. godine (United States District Court for the Southern District of New York, 2022c). Prema navodima iz tužbe, kompanija Hermès je svjetski poznati proizvođač visokokvalitetne robe uključujući, između ostalog, torbe, odjeću, šalove, nakit, modne dodatke i kućni namještaj, a kompanija Hermès of Paris Inc. je jedini ovlašteni distributer tzv. “Birkin” torbica u SAD-u i ima isključivo pravo prodaje tih torbica pod žigom “Hermès” u SAD-u (United States District Court for the Southern District of New York, 2022a, str. 17, 19 i 47). Hermès je titular verbalnog žiga “Birkin”, koji je registriran u Uredu za žigove i patente SAD-a, a pored toga ima registriran i trodimenzionalni žig i tzv. “trade dress”, koji predstavlja oblik prava intelektualnog vlasništva u SAD-u koji je srodan žigu i odnosi se na cjelokupni izgled, odnosno vizuelne elemente proizvoda (O’Connor, 2014, str. 303 *et seq.*), za svoj planetarno poznati model ručne torbice “Birkin bag”. Ova torba je, prema navodima iz tužbe, od uvođenja na tržište 1986. godine do današnjeg vremena prodana u vrijednosti od više miliona dolara (United States District Court for the Southern District of New York, 2022a, str. 26 *et seq.*). Pored žigovne zaštite u SAD-u, Hermès ističe da istu zaštitu uživa i u mnogobrojnim državama diljem svijeta. U svojoj tužbi ova kompanija je detaljno predočila ulaganja u reklamiranje žiga “Birkin”, te istakla sveprisutnost kako tog žiga tako i ove torbice

u modnim publikacijama, medijima i popularnoj kulturi, te potcrtala njenu opštepoznatost i status kapitalne investicije, kao i ukazala na svoju poslovnu reputaciju (United States District Court for the Southern District of New York, 2022a, str. 34 *et seq.*).

Što se tiče digitalnog umjetnika Masona Rothschilda (građansko ime: Sonny Alexander Estival), prema navodima iz tužbe, on je prvi put u maju 2021. godine koristio naziv “Birkin” u donekle bizarnom, pojedinačnom NFT-u, koji je nazvao “Baby Birkin” i koji je u pozadini imao digitalnu animaciju prozirne Birkin torbice, u kojoj je bio prikazan fetus star 40 sedmica, a koji je prodat za 23.000 \$ i preprodan za 47.000 \$ (United States District Court for the Southern District of New York, 2022a, str. 52 *et seq.*). Kompanija Hermès nije reagirala na ovaj projekat, jer je djelovao kao da je jednokratne prirode, međutim, NFT-ovi koji su predmet spora i koji su se prodavali pod nazivom “MetaBirkins” bili su linija od 100 digitalnih kolekcionarskih NFT-ova, kreiranih na Ethereum *blockchainu*, koji su bili pušteni u prodaju u decembru 2021. godine i iza kojih se nalazio digitalni dizajn Hermèsove Birkin torbice (“MetaBirkins NFT”) (United States District Court for the Southern District of New York, 2022a, str. 56 *et seq.*). Ono što je interesantno naglasiti jest da Hermès do tog momenta još uvijek nije “kovao” ni prodao sopstvene NFT-ove (United States District Court for the Southern District of New York, 2022a, str. 8). Prema navodima iz tužbe, tuženi je reklamirao prodaju i zaista i “prodavao” NFT-ove koristeći naziv “MetaBirkins”, koji očigledno sadrži registriрани žig “Birkin” i prefiks “meta”, koji upućuje na metaverzum, i to na četiri NFT-prodajne platforme (OpenSea, Rarible, LooksRare i Zora), zatim putem, posebno u te svrhe kreirane, stranice metabirkins.com, kanala na platformi Discord te na društvenim mrežama Twitter i Instagram (United States District Court for the Southern District of New York, 2022a, str. 59 *et seq.*). Pored toga, prilikom reklamiranja ovih NFT-ova na navedenim platformama, tuženi je koristio i žig “Hermès”, jer je iznosio navod da su “MetaBirkins vid odavanja počasti Hermèsovoj najpoznatijoj torbici ‘Birkin bag’, jednom od najekskluzivnijih, dobro napravljenih luksuznih dodataka.” (United States District Court for the Southern District of New York, 2022a, str. 69 *et seq.*) Na zahtjev kompanije “Hermès”, jedino je na web-stranicu unesena izjava o ograničenju odgovornosti u pravcu da “MetaBirkins” NFT-ovi nisu afilirani, odobreni ili na bilo koji način službeno povezani s ovom kompanijom, pri čemu je pretjerano korišten žig “Hermès”, dok su ostale platforme bile bez ovog ograničenja (United States District Court for the Southern District of New York, 2022a, str. 71 *et seq.*). Prema navodima iz tužbe, prvi “MetaBirkins” NFT prodat je početkom decembra 2021. po cijeni od 10 ethera ili preko 42.000 \$, a u januaru 2022. ukupan obim prodaje “MetaBirkins” NFT-ova premašio je 1,1 milion \$ (United States District Court for the Southern Dis-

trict of New York, 2022a, str. 86). Kompanija Hermès je također u više navrata istakla da je Rothschild očigledno bio svjestan općepoznatosti, statusa i reputacije predmetne torbice i žigova, dajući izjave u medijima kao što su npr. da “ne postoji ništa legendarnije od Hermès Birkin torbe” ili da je “Meta-Birkins” kreirao kao “eksperiment da vidi može li [on] stvoriti istu vrstu iluzije koju [Birkin torbica] ima u stvarnom životu i kao digitalna roba” (United States District Court for the Southern District of New York, 2022a, str. 101 *et seq.*).

Kompanija Hermès je u tužbi tvrdila da su sve navedene aktivnosti predstavljale namjerno kršenje žigova “Birkin” i “Hermès” i to proizvodnjom, distribucijom i prodajom neovlaštenih “MetaBirkins” NFT-ova, što je stvaralo vjerovatnoću izazivanja zabune u svijesti kupca, a posebno imalo tendenciju da stvori lažni utisak da je “roba” koju je prodavao tuženi na neki način autorizirana, sponzorirana ili odobrena od strane Hermèsa, što nije bio slučaj (United States District Court for the Southern District of New York, 2022a, str. 112 *et seq.*). Stoga je ova kompanija zahtijevala od suda da, između ostalog, utvrdi da je tuženi povrijedio Hermèsove registrirane žigove, da upotreba znaka “MetaBirkins” od strane tuženog predstavlja radnju nelojalne konkurencije i razvodnjavanje Hermès-ovih žigova, da je tuženi u lošoj vjeri namjeravao da profitira od žiga “Birkin”, da korištenje sporne domene u čijem nazivu se nalazi zaštićeni žig predstavlja radnju “cybersquattinga” (Mešević, 2003, str. 373 *et seq.*), te da se Hermèsu dodijele različiti oblici naknade štete (United States District Court for the Southern District of New York, 2022a, Prayer for Relief).

U svom zahtjevu za odbijanje tužbe, Rothschild je istakao da je on kreirao seriju od 100 digitalnih umjetničkih djela koja prikazuju i komentiraju Hermèsovu “Birkin” torbu i predstavljaju njenu jedinstvenu i maštovitu interpretaciju, na način da su prikazane kao da su prekrivene krznom, što je upravo komentar na okrutnost prema životinjama svojstvenu Hermèsovoj proizvodnji tih skupih kožnih modnih dodataka (United States District Court for the Southern District of New York, 2022b, Preliminary Statement). Nadalje, tuženi je istakao da ove digitalne slike, kao i NFT-ovi kojima se autentificiraju, nisu torbe, te da svojom tužbom Hermès traži od suda da potisne Rothschildovu umjetnost i da obuzda njegovu zaštićenu slobodu govora, a sve u službi zaštite ekonomskog interesa ove kompanije (United States District Court for the Southern District of New York, 2022b, Preliminary Statement). Pri tome se tuženi pozivao na Prvi amandman na Ustav SAD-a, zagaraniranu slobodu govora i, između ostalog, poznati sudski precedent *Rogers v. Grimaldi*, kojim je uspostavljen tzv. “Rogers test”, u kojem je Apelacioni sud Drugog okruga SAD-a odbio tvrdnju glumice i plesačice Ginger Rogers da korištenje imena

“Ginger” u naslovu filma “Ginger i Fred” krši njeno [lično] pravo na ime (United States District Court for the Southern District of New York, 2022b, II; Čeranić Perišić, 2022, str. 647 *et seq.*). Naime, sud je u navedenom predmetu smatrao da kada proizvod tuženog ima karakter umjetničkog ili ekspresivnog, Lanhamov zakon¹ se mora tumačiti “usko kako bi se izbjeglo potiskivanje zaštićenog govora prema Prvom amandmanu” (United States District Court for the Southern District of New York, 2022b, II). Pri tome, kako tuženi ističe, predmet *Rogers v. Grimaldi* nudi jasno pravilo, da se Lanhamov zakon treba primjenjivati na umjetnička djela samo onda kada javni interes, koji se sastoji od toga da se izbjegne dovođenje potrošača u zabunu, nadmašuje drugi javni interes slobode izražavanja. Pri tome uspostava balansa interesa obično neće podržati primjenu Lanhamovog zakona, osim ako upotreba žiga nema bilo kakvu umjetničku relevantnost za osnovno djelo, ili, ako ima neku umjetničku relevantnost, no upotreba žiga pri tome eksplicitno dovodi u zabludu u pogledu izvora ili sadržaja djela (United States District Court for the Southern District of New York, 2022b, II). Iako se *Rogers v. Grimaldi* odnosio na korištenje imena slavne osobe u naslovu filma, Apelacioni sud drugog okruga je od tada zauzeo stav da je tzv. “Rogers test” (test balansa interesa) generalno primjenjiv i na tužbe po osnovu Lanhamovog zakona povodom djela umjetničkog izražavanja (United States District Court for the Southern District of New York, 2022b, II). Shodno tome, zaključak tuženog je bio da se ovaj precedent može primijeniti i na digitalna umjetnička djela koja prikazuju i komentiraju Birkin torbe, zatim na upotrebu pojma “MetaBirkins” kao naziva umjetničkog projekta i na upotrebu tog imena za njegove umjetničke radove i umjetničke projekte na Instagramu, Twitteru i drugim platformama, jer su umjetnički relevantni, i to postupanje nije izričito obmanjujuće (United States District Court for the Southern District of New York, 2022b, II).

Suđenje je počelo 30. januara 2023, a presuda je donesena 8. februara 2023. godine, pri čemu je porota donijela odluku u korist kompanije Hermès u pogledu sva tri tužbena zahtjeva (povreda žiga, razvodnjavanje žiga i *cybersquatting*), odbacivši argument primjene Prvog amandmana na Ustav SAD-a koji je istakao Rothschild i dodijelivši kompaniji Hermès 110.000 \$ odštete zbog kršenja/razvodnjavanja žiga i 23.000 \$ za štetu počinjenu *cybersquattingom* (United States District Court for the Southern District of New York, 2023a; Eshagian, 2023a). Sud nije uvažio Rothshieldov argument da se naziv “MetaBirkins” odnosio samo na NFT-ove (Negro & O’Connor, 2023), a ne i na digitalne slike torbi, koje su bile vezane s njima, jer je došao do zaključka da se ovaj naziv odnosi na oboje (kako na NFT-ove, tako i na digitalne slike),

¹ Naziv za Zakon o žigu SAD-a iz 1946. godine, sa izmjenama i dopunama.

te da iz ugla posmatranja potrošača nema linije razdvajanja između te dvije kategorije.

2.1.2 Komentar

Od značaja je istaći da, iako na ishod postupka nisu uticali argumenti tuženog za primjenu Prvog amandmana, ova okolnost apsolutno ne znači da se njegovi NFT-ovi ne smatraju umjetnošću, ili da ni jedan vid umjetnosti ne može koristiti tuđe žigove, već da, u konkretnom slučaju, postoji vjerovatnoća dovođenja potrošača u zabludu i da upotreba Hermèsovih žigova putem NFT-ova nije bila umjetnički relevantna i/ili je eksplicitno stvarala zabludu (Eshagian, 2023a).

Ono što je interesantno kod ishoda ovog spora jest da presuda na prvi pogled ukazuje na postojanje mogućnosti da se zaštita ranije registriranih žigova vezanih za fizičku robu iz realnog svijeta potencijalno može sprovesti i u slučaju neovlaštene upotrebe zaštićenih oznaka u virtuelnim okruženjima, pa i uprkos činjenici da sam titular žiga još nije aktivan u metaverzumu ili na tržištu NFT-ova (Negro & O'Connor, 2023). Ipak, ne trebamo zanemariti okolnost da se u konkretnom predmetu radi o nosiocu prava veoma poznatih, čak možemo slobodno reći općepoznatih žigova, gdje je za utvrđivanje povrede dovoljno postojanje vjerovatnoće asocijacije između korištenog znaka i zaštićenog žiga (Park, 2022). Shodno tome, da je tužilac u ovom postupku bio nosilac nekih tržišno manje relevantnih i zvučnih žigova, njegov teret dokazivanja bio bi teži i išao bi u pravcu utvrđivanja postojanja vjerovatnoće dovođenja potrošača u zabunu, a moguće je da bi ishod postupka bio drugačiji. Shodno tome, iako je sud u predmetu Hermès International *et al.* v Mason Rothschild prevagu dao zaštiti žigova, a ne NFT-ova, ovu presudu titulari žigova za fizičku robu u realnom svijetu ne bi trebali tretirati kao ohrabrenje i rasterećenje, jer, s obzirom na specifičnu i dominantnu tržišnu poziciju tužioca, ona zaista govori jako malo o generalnoj sposobnosti takvih žigova da se izbore za zaštitu od povrede u virtuelnom domenu. Stoga, "Meta-Birkins" presuda i naknadna trajna mjera koju je sud izrekao u junu 2023. ne bi smjele dovesti do prolongiranja širenja žigovnog portfelja titulara žigova s nižim stepenom poznatosti barem sa setom žigova za virtuelne blizance roba i usluga koje nude na realnom tržištu.

2.2 Juventus Vooral Club s.p.a. v Blockeras s.r.l.

Prva sudska odluka na tlu Evrope koja je bila rezultat korištenja tuđeg žiga u kontekstu kreiranja, reklamiranja i prodaje NFT-ova donesena je na Sudu u Rimu 19. jula 2022. godine, u predmetu Juventus Vooral Club s.p.a. v Blockeras s.r.l. (Court of Rome, IP Chamber, 2022).

2.2.1 Tok postupka

Naime, Fudbalski klub Juventus s.p.a. je titular dva verbalna žiga i to “JUVE” i “JUVENTUS”, te figurativnog žiga, čiji se znak sastoji od crno-bijele prugaste majice (dres) s dvije zvijezde na grudima, što označava da je klub osvojio više od dvadeset šampionata (Court of Rome, IP Chamber, 2022, str. 1). Uzrok spora u ovom predmetu bilo je korištenje od strane kompanije Blockeras predmetnih verbalnih i opisanog figurativnog žiga kroz kreiranje, marketing i *online* promociju NFT-ova digitalnih kartica za igru, u kojima su reproducirani navedeni žigovi i to na način da su digitalni sadržaji na kojima su se NFT-kartice zasnivale uključivali digitalne slike bivšeg igrača Juventusa Christiana (Bobo) Vierija, prikazanog u dresu Juventusa na kojem je navedeno ime tog tima (Court of Rome, IP Chamber, 2022, str. 2). Juventus je tražio od suda u zahtjevu za izdavanje privremene mjere da se Blockerasu, između ostalog, naloži da se suzdrži od dalje proizvodnje, promocije i nuđenja na prodaju, direktno i/ili indirektno, na bilo koji način ili u bilo kojem obliku, NFT-ova i s njima vezanih digitalnih sadržaja, kao i bilo kojeg drugog NFT-a, digitalnog sadržaja ili uopće proizvoda koji nose sliku zaštićenih Juventusovih žigova, čak i ako su oni izmijenjeni, kao i korištenje navedenih žigova u bilo kojem obliku i na bilo koji način (Court of Rome, IP Chamber, 2022, str. 1).

U postupku je nesporno utvrđeno kako postojanje navedenih Juventusovih žigova tako i njihova općepoznatost, te je konstatirana rasprostranjenost (*online* i putem namjenskih trgovina diljem Italije) i intenzivna “merchandising” aktivnost ovog najuspješnijeg italijanskog fudbalskog kluba uz korištenje predmetnih žigova u različitim sektorima (odjeća, modni dodaci, igre i sl.), te prisutnost tima Juventus na glavnim društvenim mrežama (Court of Rome, IP Chamber, 2022, str. 2).

Protivnik zahtjeva bila je kompanija Blockeras s.r.l. čija djelatnost, između ostalog, obuhvata kreiranje i prodaju NFT-ova, a koja je 2021. godine pokrenula projekat pod nazivom “Coin of Champion” (dalje u tekstu: “CoC”), a koji se odnosio na uvođenje CoC tokena, koji predstavlja valutu i može se zamijeniti za drugu valutu sa stabilnom vrijednošću, ali također i na uvođenje CoC NFT- igre s digitalnim karticama (Blockeras s.r.l., 2021, str. 7). Predmetne NFT-kartice s digitalnim likovima profesionalnih sportista trebale su omogućiti igračima CoC NFT-igre da njihovim odabirom i kupovinom sami kreiraju svoj sportski tim (Blockeras s.r.l., 2021, str. 8). Što se tiče samog CoC-a, Blockeras je u promotivnom materijalu za ovaj token naveo da će njegova vrijednost na tržištu rasti zahvaljujući aktivnostima i preporukama [renomiranih] sportista (Blockeras s.r.l., 2021, str. 7). Na listi tih sportista,

nazvanih “ambasadori”, bili su neki od najomiljenijih fudbalera Italije poput Marca Materazzija, ali i sam Christian Vieri (Dimitrov, Ryan & Loxton, 2023).

Predmetne NFT-digitalne kartice bile su ponuđene na prodaju putem BINANCE NFT platforme između 7. aprila 2022. i 4. maja 2022. godine (Court of Rome, IP Chamber, 2022, str. 2). Lik Christiana Vierija se našao na barem četiri takve kartice, što u tom segmentu nije bilo sporno, jer je Vieri odobrio korištenje svog lika u projektu CoC, koji je uključivao i NFT-igru digitalnim karticama, međutim, fudbalski klub Juventus, čiju je majicu nosio na karticama, nije dao odobrenje za korištenje svojih žigova u tom kontekstu (Dimitrov, Ryan & Loxton, 2023). Također, nastalo je i sekundarno tržište gdje su kartice preprodavali prvi kupci, a kreatoru NFT-kartica (Blockeras) je pripadala naknada za takvu transakciju (tzv. “NFT-royalty”) (Court of Rome, IP Chamber, 2022, str. 2). Blockeras se u postupku branio tvrdnjom da žigovi Juventususa nisu registrirani u klasi koja se odnosi na virtuelne proizvode koji mogu biti pohranjeni (*downloaded*) (Court of Rome, IP Chamber, 2022, str. 2; Rosati, 2022).

Sud je u obrazloženju svoje odluke diferencirao između dvije okolnosti. S jedne strane, da je protivnik zahtjeva u konkretnom slučaju, bez obzira na digitalnu prirodu predmetnih kartica, prilikom izrade navedenih kartica i njihovog marketinga, koristio lik igrača Christiana Vierija u granicama ugovora sklopljenog s kompanijom koja upravlja njegovim pravima na vlastiti lik/sliku, ali, s druge, da je istovremeno neovlašteno upotrebljavao Juventusove žigove, što se ne može opravdati interesom za upotrebu njegovog lika kao javne ličnosti, budući da je izrada i prodaja navedenih kartica vršena isključivo u komercijalne svrhe (Court of Rome, IP Chamber, 2022, str. 2). Naime, okolnost da je Vieri zaista igrao za Juventus i da je dao dozvolu za korištenje svog lika u svrhu kreiranja kartica ne isključuje potrebu za traženjem dozvole za korištenje žigova čiji su nosioci timovi čije su majice i imena reproducirana. Sud je konstatirao da je [virtuelna] roba koja reproducira takve žigove bila isključivo namijenjena prodaji, a da je reputacija različitih timova u kojima je igrač igrao također doprinijela vrijednosti digitalnog prikaza ponuđenog na prodaju (Court of Rome, IP Chamber, 2022, str. 2 *et seq.*).

U pogledu tvrdnje tuženog da žigovi nisu registrirani za virtuelnu robu, Sud je naveo da registracija Juventusovih žigova (posebno za klasu 9) također pokriva i robu koja nije uključena u Ničansku klasifikaciju, a koja je svojstvena elektronskim publikacijama koje se mogu preuzeti (*digital downloadable publications*) (Court of Rome, IP Chamber, 2022, str. 3; Dimitrov, Ryan & Loxton, 2023), što je Sud smatrao da formulacijom kojom se mogu obuhvatiti NFT-ovi (Lavery, 2022).

Posebno je interesantno da Sud uzima u obzir i poslovanje podnosioca zahtjeva na istom tržištu, odnosno u istom privrednom sektoru na kojem Blockeras obavlja svoju djelatnost kreiranja i nuđenja na prodaju predmetnih NFT-ova, navodeći da je Juventus dokazao da je postao aktivan na području kripto, *blockchain* ili *online* igara koje su zasnovane na *blockchain* tehnologijama i na korištenju kriptovaluta i/ili nezamjenjivih tokena (NFT) kroz ugovore s kompanijom Sorare s.a.s. (Court of Rome, IP Chamber, 2022, str. 3; Rosati, 2022). Sud je također, između ostalog, konstatirao da radnje tuženog predstavljaju nelojalno konkurentsko djelovanje i da kreiraju rizik od razvodnjavanja Juventusovih žigova.

2.2.2 Komentar

U poređenju ovog predmeta sa slučajem *Hermès International et al. v Mason Rothschild*, gdje je tužitelj bio nosilac općepoznatih žigova u realnom svijetu, ali nije bio prisutan kako sa žigovnom zaštitom tako i s bestjelesnom robom u virtuelnom okruženju, Juventus je bio titular na žig za nefizičku robu u klasi 9 i prezentirao dokaze o poslovanju u istoj poslovnoj oblasti kao Blockeras. Od značaja je istaći da, iako je do izmjene Ničanske klasifikacije kojom se sadržaj spomenute klase 9 širi i precizira tako da uključuje “digitalne datoteke koje se autentificiraju nezamjenjivim tokenima” (*downloadable digital files authenticated by NFTs*) došlo tek 2023. godine (WIPO, 2023), za Sud u Rimu je Juventusova registracija već i za postojeći sadržaj klase 9 bila dovoljna za donošenje odluke u korist ovog kluba. Shodno tome, za razliku od SAD-a, na tlu Evrope još uvijek nije donesena sudska odluka u predmetu koji se bavi pitanjem da li titular žiga, koji ovo pravo ima samo u realnom svijetu, može uživati zaštitu i u virtuelnom domenu, ukoliko drugo lice obilježava virtuelnu robu njegovim žigom u metaverzumu (Negro & O’Connor, 2023).

2.3 Nike, Inc. v StockX LLC

Za razliku od predmeta *Hermès International et al. v Mason Rothschild* i *Juventus Vooral Club s.p.a., v. Blockeras s.r.l.*, u slučaju *Nike Inc. v StockX LLC* imovina na kojoj su se bazirali sporni NFT-ovi ne predstavlja virtuelnu, već stvarnu, fizičku robu. Ujedno, ovo je predmet koji je od interesa za svakog tzv. “Sneakerheada”, odnosno osobu koja je pasionirani kolekcionar sportskih patika, budući da su akteri spora uključeni u jednu specifičnu nišu tržišta sportskom robom, gdje se vrše kupovina, prodaja i trgovina rijetkim patikama. Također, ovo je jedini od tri spora izložena u ovom radu za koji sudski postupak još nije okončan.

Odluku u ovom predmetu možemo očekivati najranije u septembru 2023. godine, a trebala bi dati odgovore na niz do sada nerazjašnjenih pravnih pitanja u odnosu između NFT-ova i žigova i to: u kojoj mjeri treća lica mogu

koristiti tuđe žigove u svojim vlastitim NFT-ovima; koje su granice slobodne upotrebe žigova u ovom kontekstu (*fair use*) (Mancino Marsh *et al.*, 2022); da li se u ovom kontekstu odnosa između žigova i NFT-ova može primijeniti doktrina iscrpljenja prava distribucije i na koji način sudovi tretiraju i shvataju NFT-ove kada iza njih stoji fizička roba – kao virtuelne proizvode (stav kompanije Nike) ili kao račune/potvrde o vlasništvu za fizičku robu (stav koji brani StockX) (Eshaghian, 2023b; Gogia, 2022).

2.3.1 Sadržaj spora

Prema navodima iz tužbenog zahtjeva, StockX LLC je tržišna *online* platforma na kojoj se primarno vrši preprodaja (npr. uporedivo kao na platformi “eBay”) patika, ulične odjeće (*street wear*), elektronike, luksuznih torbica i drugih kolekcionarskih predmeta, a svoju privrednu djelatnost realizira putem StockX web-stranice i istoimene aplikacije, ali izuzetno i direktnom prodajom putem fizičkih trgovina (United States District Court for the Southern District of New York, 2022a, str. 11, 35 i 41; United States District Court for the Southern District of New York, 2022c, str. 41). Međutim, za razliku od uporedivih platformi za prodaju između korisnika, StockX je aktivni posrednik prilikom svake transakcije, na način da nakon kupovine prodavac prvo šalje artikl StockX-u, a StockX (navodno) potvrđuje njegovu autentičnost, nakon čega šalje proizvod kupcu s verifikacionom značkom brenda StockX i plaća cijenu prodavcu, koja je umanjena za transakcijske troškove (United States District Court for the Southern District of New York, 2022a, str. 41 *et seq.*).

S druge strane, osnovnu poslovnu djelatnost kompanije Nike čine dizajn, razvoj te globalni marketing i prodaja atletske obuće, odjeće, opreme, modnih dodataka i usluga i ona je nosilac mnogobrojnih žigova koji su na snazi u SAD-u, kao što su npr. verbalni žigovi “Air Jordan” i “Nike” ili figurativni žig “JumpMan” (United States District Court for the Southern District of New York, 2022a, str. 22 i 25 *et seq.*). Također, u oktobru 2021. godine kompanija Nike podnijela je zahtjev za registraciju pet žigova koji su se trebali upotrebljavati u vezi s “virtuelnom robom koja se može preuzeti” (*download*) i s “uslugama maloprodaje virtuelne robe, odnosno obuće”, koje Nike, prema navodima iz tužbe, shvata kao NFT-ove za digitalne patike, odnosno kao uslužnu djelatnost platforme za trgovinu NFT-ovima za digitalne patike (United States District Court for the Southern District of New York, 2022a, str. 36). Što se tiče aktivnosti kompanije Nike na virtuelnom tržištu, a posebno tržištu NFT-ova, svoje prve korake na tom terenu napravila je već 2019. godine, dok je planove da kreira digitalne proizvode obznanila u decembru 2021. godine (United States District Court for the Southern District of New York, 2022a, str. 35 *et seq.*)

U januaru 2022. StockX je najavio pokretanje “StockX Vault NFT-ova”, tj. kolekcije NFT-ova koje korisnici StockX-a kupuju direktno od StockX-a putem web-stranice i aplikacije StockX. Prema tome, u slučaju ovih digitalnih kolekcionarskih objekata StockX ne služi kao posrednik u prodaji, kao što je to slučaj s fizičkom robom kojom se trguje na njegovoj platformi, već vrši neposrednu prodaju NFT-ova (United States District Court for the Southern District of New York, 2022a, str. 44 *et seq.*). Donekle je kontradiktorna izjava StockX-a, da se kupljeni “Vault NFT” može zamijeniti za povezane fizičke patike pohranjene u StockX objektu uz dodatnu naknadu, budući da u uslovima vezanim za ove NFT-ove također navodi da “proces otkupa trenutno nije dostupan” vlasnicima tih NFT-ova (United States District Court for the Southern District of New York, 2022a, str. 44 *et seq.*). Od januara 2022. godine StockX je prodao veliki broj “Vault NFT-ova” (serije od 1, 100 ili od 250 NFT-ova po modelu patika) koji su vezani za niz tipova Nike patika i čija je cijena u mnogome prešla cijenu realnih proizvoda² (United States District Court for the Southern District of New York, 2022a, str. 46 *et seq.*). Također, od devet ponuđenih NFT-ova, osam prikazuje Nikeove žigove i ti NFT-ovi se referiraju na Nikeove proizvode (United States District Court for the Southern District of New York, 2022a, str. 56). U uslovima poslovanja “Vault NFT-a” ističe se da sam “Vault NFT” (tj. digitalni kolekcionarski predmet) nema vrijednost bez pridruženog uskladištenog predmeta (tj. fizičke robe – patika) i da su kupovinom “Vault NFT-a” vlasnici postali saglasni da neće pokušati prodati fizičku robu drugom kupcu, osim na način da preprodaju povezani “Vault NFT-a” putem StockX platforme (United States District Court for the Southern District of New York, 2022a, str. 52 *et seq.*).

Kompanija Nike ističe u tužbi da se ne slaže s tim navodom, budući da uslovi poslovanja za “Vault NFT-ove” također sadrže mogućnost da StockX i sam “otkupi” (*redeem*) “Vault NFT”, te da u tom slučaju vlasnik neće dobiti patike na koje se NFT referira, ali može dobiti tzv. “iskustvenu komponentu” (*Experiential Component*) (United States District Court for the Southern District of New York, 2022a, str. 54). Ona se sastoji od određenih drugih proizvoda, pogodnosti ili učešća u određenim akcijama, kao što su otključavanje nagrada ili ekskluzivna prodajna ponuda, što tim NFT-ovima potencijalno daje samostalnu imovinsku vrijednost i od značaja je za procjenu primjene *fair use* (slobodna upotreba) doktrine prisutne u američkom pravu na ovaj vid upotrebe Nikeovih žigova (Mancino Marsh, Williams, Jasnow, Patel & Abutouq, 2022).

² Npr. model patika “Nike Retro White Black” (fizički par patika) košta 100 \$ na web-stranici kompanije Nike, a u preprodaji na StockX prosječna im je cijena 282 \$, dok jedan “Vault NFT” koji se referira na te patike prosječno košta 809 \$, dok je najviša ponuđena cijena za taj NFT bila 3500 \$.

Od ostalih detalja slučaja od značaja je istaći i okolnosti da StockX nije ovlašten prodavac/distributer Nikea, te da je s obzirom na broj prodatih “Vault NFT-ova” (preko 500) nejasno kako je StockX nabavio toliko pari Nikeovih patika. Nadalje, na sekciji StockX web-stranice gdje se prodaju “Vault NFT-ovi”, kao i na društvenim mrežama tuženog, uočljivo se prikazuju Nikeovi žigovi. Također, kompanija Nike ističe u svojoj tužbi da u mjeri u kojoj “Vault NFT” navodno samo treba da funkcioniра kao “digitalni račun” za fizičke Nikeove patike, ne postoji legitiman razlog da StockX istaknuto navodi Nikeove žigove na “Vault NFT-ovima” i na platformama kompanije StockX, budući da inače kada konzument kupi Nikeove patike na StockX platformi, on u paketu dobija papirni račun na kojem nije žig vezan za kupljene patike, već vlastiti žig/znak samog StockX-a (United States District Court for the Southern District of New York, 2022a, str. 57 *et seq.*).

Konačno, uslovi poslovanja vezani za “Vault NFT-ove” sadržavali su samo jednu neznatnu izjavu o ograničenju odgovornosti, kojim se StockX ograđuje od uključenosti Nikea u ovaj cijeli projekat (United States District Court for the Southern District of New York, 2022a, str. 63). Prema navodima kompanije Nike, ovakvim postupanjem StockX je stvorio vjerovatnoću povrede Nikeove poslovne reputacije, izazvao je vjerovatnoću zabune potrošača, uzrokovao obmanu u pogledu porijekla ili odnosa između Nikeovih proizvoda i StockX-ovog “Vault NFT-a” i nepošteno se nadmetao na način da je nezakonito koristio Nikeove žigove bez dozvole, nanoseći time štetu ovoj kompaniji (United States District Court for the Southern District of New York, 2022a, str. 85 *et seq.*). Stoga je kompanija Nike od suda, između ostalog, tražila da se utvrdi da je StockX namjerno povrijedio Nikeove žigove, dao lažne upute na porijeklo i doveo do razvodnjavanja tih žigova te povrijedio Nikeov poslovni ugled (United States District Court for the Southern District of New York, 2022a, Prayer for Relief). Također je tražila da se zabrani StockX-u i njegovim filijalama, službenicima, agentima, zaposlenicima itd. proizvodnja, “kovanje” (*minting*), transport, promocija, oglašavanje, objavljivanje, distribucija, ponuda za prodaju ili prodaja bilo kojih NFT-proizvoda (uključujući, ali ne ograničavajući se na “Vault NFT-ove”) pod Nikeovim žigovima. Nadalje, zahtijevano je da se zabrani predstavljanje ili impliciranje da je StockX na bilo koji način povezan s kompanijom Nike, te da se naloži StockX-u da isporuči Nikeu radi uništavanja “Vault NFT-ove”, pripadajuću obuću, digitalne datoteke, ambalaže, štampane grafike, promotivne materijale, vizitkarte, znakove, naljepnice, reklame itd., koji nose Nikeove žigove. Konačno, kompanija Nike je također tražila da joj budu dodijeljeni razni oblici naknade štete. Nike je uredila tužbeni zahtjev u maju 2022. godine, proširujući ga i na krivotvorenje i prevarno reklamiranje (United States District Court for the Southern District of New York, First Amended Complaint, 2022c).

U odgovoru na tužbu kompanija StockX se brani tvrdnjom da "Vault NFT" nema samostalnu vrijednost, već da predstavlja kupon ili "ključ" za pristup pohranjenom fizičkom artiklu (patikama), te da se njime ne može trgovati samostalno, već da je vezan za pohranjenu robu (United States District Court for the Southern District of New York, Answer, 25. maja 2022b, str. 3). StockX također tvrdi da upotreba slika Nikeovih patika i njihovi opisi u vezi s "Vault NFT-ovima" potpadaju pod slobodnu upotrebu (United States District Court for the Southern District of New York, Answer, 25. maja 2022b, str. 7 *et seq.*).

2.3.2 Komentar

Ovaj predmet izdvaja se zbog toga što usmjerava fokus na pitanje mogućnosti primjene još jednog značajnog principa žigovnog prava u virtuelnom okruženju, a to je doktrina iscrpljenja prava distribucije, koje predstavlja jedno od osnovnih ograničenja žigovnog prava. Naime, u ovom slučaju "Vault NFT-ovi" vezani su za fizičku robu, a primjera radi, prema Zakonu o žigu u BiH (čl. 51, st. 1), kada nosilac žiga ili drugo lice uz njegovu saglasnost prvi put u promet stavi robu obilježenu određenim žigom bilo gdje u svijetu (međunarodno iscrpljenje), to pravo se iscrpljuje, tj. titular gubi isključivo pravo da (također bilo gdje u svijetu) zabrani korištenje žiga u vezi s robom koju je označio tim žigom. Za razliku od toga, na žig Evropske unije primjenjuje se načelo unijskog iscrpljenja (Uredba o žigu Evropske unije, čl. 15, st. 1), u smislu da se monopol gubi stavljanjem u promet na teritoriji Evropskog ekonomskog prostora i za taj prostor. U realnim tržišnim uslovima, primjena ovog principa omogućava kreiranje sekundarnog tržišta robe, kao npr. onog na kojem je StockX sa svojom platformom za preprodaju robe upravo i sam akter.

Međutim, u konkretnom sporu se ne vrši neposredna (pre)prodaja patika, već prodaja NFT-ova, za koje se vežu fizički artikli (patike) i za koje StockX tvrdi da su potpuno nesamostalni, bez vlastite ekonomske vrijednosti i nerazdvojivi od fizičke robe. Iz toga proizlazi i argument tuženog, da sporne radnje na koje Nike ukazuje (kreiranje NFT-ova, njihovo reklamiranje, prodaja itd.) ne predstavljaju kršenje žigovnih propisa, jer, prema doktrini iscrpljenja prava distribucije, StockX može preprodati Nikeove patike koristeći pri tome Nikeove žigove. Štaviše, ako je korištenje tih žigova bilo na način i u mjeri potrebnoj za opisivanje ili upućivanje na Nikeov proizvod bez vjerovatnoće zabune potrošača, postoji mogućnost primjene i drugih ograničenja prava žiga (Mancino Marsh et al., 2022). Stoga će za ishod postupka biti ključna ocjena suda, da li su sporni "Vault NFT-ovi" nesamostalni i u jedinstvu s fizičkim patikama koje prikazuju, ili se pak radi o virtuelnim dobrima. Također, od značaja će biti i valorizacija okolnosti, da se kod prodaje "Vault NFT-ova" radi o komercijalnoj aktivnosti na jednom potpuno novom, virtuelnom tržištu, a

na koje je također ušla i kompanija Nike u cilju ekspanzije svoje djelatnosti i uvećanja prihoda. Konačno, ishod ovog spora u velikoj mjeri zavisi i od toga, da li je otkupljivanje “Vault-NFT-ova” (zamjena NFT-a za fizičke patike) uopšte moguće (Gogia, 2022).

Iako se postupak vodi pred sudom u SAD-u i prema propisima te države, interesantno je u ovom kontekstu ukazati da čak i naš Zakon o žigu u čl. 51, st. 2 navodi da se iscrpljenje prava distribucije neće primijeniti u slučaju postojanja opravdanog razloga nosioca žiga da se suprotstavi daljnjem stavljanju u promet žigom označene robe. Shodno tome, domaći sud bi imao osnov, pod određenim uslovima, da konstatira kako u konkretnom slučaju nije došlo do iscrpljenja prava. Postavlja se pitanje, da li je ugrožavanje ekonomskih interesa titulara žiga na jednom paralelnom, virtuelnom tržištu (putem NFT-ova) dovoljno opravdan osnov za isključenje primjene ovog ograničenja žigovnog prava.

Zaključak

Iz ishoda prva dva postupka možemo oprezno konstatirati postojanje jednog trenda davanja prevage zaštiti interesa nosilaca žigovnog prava u odnosu na (neovlaštene) korisnike tih oznaka u metaverzumu, neovisno o tome da li ti titulari i sami posluju na virtuelnim tržištima ili ne. Zaključak koji bi se mogao izvesti jest da nedostatak poslovne aktivnosti titulara žigovnog prava dalje od realnog ili digitalnog tržišta nije prepreka za uspostavljanje povrede žiga u metaverzumu. Ishod trećeg postupka još uvijek očekujemo i on će tematizirati niz pitanja, između ostalog, jedinstvo, odnosno distinkciju između NFT-ova i robe na koju upućuju, te dejstvo iscrpljenja žigovnog prava u metaverzumu. Naredni zaključak do kojeg dolazimo na temelju sadržaja prve dvije presude jest da su žigovni propisi, koji su kreirani za uređenje odnosa na tržištu tjelesnih roba i usluga pružanih u realnom ili digitalnom svijetu, zasad ipak pokazali dovoljnu dozu fleksibilnosti za njihovu primjenu i u metaverzumu, te da je njihova ubrzana reforma nepotrebna. Ipak, nužno je u kontekstu izložene sudske prakse imati na umu, da je distinktivna snaga zaštićenih oznaka kompanija kao što su Hermès, Juventus ili Nike veoma velika. Također je veoma logično da su prvi slučajevi povrede žigova kroz virtuelnu robu i NFT-ove u metaverzumu upravo vezani za veoma poznate žigove. No, istinski test “virtuelne spremnosti” žigovnih normi desit će se kad i manje poznati žigovi budu izloženi napadima u metaverzumu i u toku postupaka se npr. bude postavilo pitanje sličnosti između realnih i roba koje su njihovi “virtuelni blizanci”, ili utvrđivalo postojanje vjerovatnoće nastanka zabune u prometu.

Bibliografija

- Blockeras s.r.l. (2021). Coin of Champions White Paper. Preuzeto 11. jula 2023. sa <https://www.coinofchampions.com/whitepaper/>
- Court of Rome, IP Chamber (2022). Predmet br. 32072/2022, 19. 7. 2022. Juventus Vooral Club s.p.a., v Blockeras s.r.l. Preuzeto 19. 6. 2023. sa <https://www.trevisancuonzo.com/static/upload/juv/juventus-nft-order---en.pdf>
- Ćeranić Perišić, J. (2022). Metaverzum, nezamenljivi tokeni i žigom zaštićene oznake – pravni aspekti. *Pravo i privreda* 60 (4), 636–654.
- Dimitrov, A., Ryan, T. & Loxton, K. (2023). Trademark enforcement actions against infringing NFTs – tales from Italy. *DAC Beachcroft*. Preuzeto 3. 8. 2023. sa <https://www.dacbeachcroft.com/es/gb/articles/2023/january/trade-mark-enforcement-actions-against-infringing-nfts-tales-from-italy/#ftn1>
- Eshaghian, M. (2023a). Hermès International, et al. v. Rothschild, *MESH IP LAW*. Preuzeto 30. 6. 2023. sa <https://www.meshiplaw.com/litigation-tracker/hermes-v-rothschild>
- Eshaghian, M. (2023b). Nike, Inc. v. StockX LLC. *MESH IP LAW*. Preuzeto 7. 8. 2023. sa <https://www.meshiplaw.com/litigation-tracker/nike-v-stockx>
- Evropska komisija (2020). Prijedlog Uredbe Evropskog parlamenta i Vijeća o tržištima kripto-izgovora i izmjeni Direktive (EU) 2019/1937. Brisel, 24.09.2020. COM(2020) 593 final. Preuzeto 3.9.2023. sa <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020PC0593>
- EUIPO (s. a.) The Office. Preuzeto 5. 5. 2023. sa <https://euipo.europa.eu/ohimportal/en/web/guest/the-office>
- EUIPO (2023). Smjernice za ispitivanje Žigova EU, na snazi od 31. marta 2023. godine. Preuzeto 5. 5. 2023. sa <https://guidelines.euipo.europa.eu/2058843/2199801/trade-mark-guidelines/1-introduction>
- EUIPO (2022). Virtual goods, non-fungible tokens and the metaverse. Preuzeto 11. 8. 2023 sa <https://tinyurl.com/rf86nf6f>
- Frye, B. L. (2023). Tokenized Brands. *St. Thomas Journal of Complex Litigation*, 9, 31–50. Preuzeto 7. 8. 2023. sa <https://ssrn.com/abstract=4411107>
- Garbers-von Boehm, K., Haag, H. & Gruber, K. (2022). Intellectual Property Rights and distributed Ledger Technology, with a focus on art NFTs and tokenised art. Brussels: European Parliament, Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs. Preuzeto 19. 4. 2023. sa [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2022/737709/IPOL_STU\(2022\)737709_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2022/737709/IPOL_STU(2022)737709_EN.pdf)

- Gogia, A. (2022). What legal lines can't NFTs cross? The Nike v StockX lawsuit may provide answers, *IP Osogoode*. Preuzeto 9. 8. 2023. sa <https://www.iposgoode.ca/2022/06/what-legal-lines-cant-nfts-cross-the-nike-v-stockx-lawsuit-may-provide-answers/>
- Grieger, M. J., von Poser, T., & Kremer, K. (2021). Die Rechtswissenschaftliche Terminologie auf dem Gebiet der Distributed-Ledger-Technology. *ZfDR*, 394–410.
- Guadamuz, A. (2021). Non-fungible tokens (NFTs) and copyright. (4) *WIPO Magazine*, 1. Preuzeto 18.8.2023 sa <https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2021/04/article_0007.html>
- Lavery, N. J. (2022). Old Lady Shows Her Youth with Win in Significant Trade Mark Ruling Concerning NFTS. *National Law Review*, 12(342). Preuzeto 9. 8. 2023. sa <https://www.natlawreview.com/article/old-lady-shows-her-youth-win-significant-trade-mark-ruling-concerning-nfts>
- Mancino Marsh, M., Williams, J., Jasnow, D., Patel, S., Abutouq, Y. (2022). Non-Fungible Trademark Infringement or Nominative Fair Use Token? Nike -v- StockX Duel Is on Pace To Shape the Future of the Metaverse. *National Law Review*, 12(111). Preuzeto sa 19. 4. 2023. sa <https://www.natlawreview.com/article/non-fungible-trademark-infringement-or-nominative-fair-use-token-nike-v-stockx-duel>
- Mešević, I. R. (2003). Cybersquatting – novi oblik povrede žiga. *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu* 46, 365–393.
- Negro, C., O'Connor, V. (2023). Are trademarks protected in the metaverse? *EUIPO*. Preuzeto 13. 6. 2023. sa https://euipo.europa.eu/ohimportal/en/web/guest/search-result/-/asset_publisher/ulIGpHCvzv7c/content/are-trade-marks-protected-in-the-metaverse
- O'Connor, T. S. (2014). Trade Dress: The increasing importance of an ancient yet new form of intellectual property protection. *Journal of Business Research* 67(6), 303–306.
- Park, K. (2022). Trademarks in the metaverse. *WIPO Magazine*. Preuzeto 13. 6. 2023. sa https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2022/01/article_0006.html
- Rosati, E. (2022). Can an NFT infringe one's own trade mark rights? Yes, says Rome Court of First Instance. *The IPKat*. Preuzeto 12. 8. 2023. sa <https://ipkitten.blogspot.com/2022/11/can-nft-infringe-ones-own-trade-mark.html?m=1>
- TFL (2023). Hermès v. Rothschild: A Timeline of Developments in a Case Over Trademarks, NFTs. *The Fashion Law*. Preuzeto 2. 7. 2023. sa <https://www.thefashionlaw.com/hermes-v-rothschild-a-timeline-of-developments-in-a-case-over-trademarks-nfts/>
- United States District Court for the Southern District of New York (2022a). Complaint, 3. februar 2022. Predmet br. 22-cv-983, Nike,

Inc. v. StockX LLC. Preuzeto 2. 7. 2023. sa <https://storage.courtlistener.com/recap/gov.uscourts.nysd.574411/gov.uscourts.nysd.574411.1.0.3.pdf>

United States District Court for the Southern District of New York (2022b). Answer, 31. mart 2022. Predmet br. 1:22-cv-000983-VEC, Nike, Inc. v. StockX LLC,. Preuzeto 2. 7. 2023. sa <https://storage.courtlistener.com/recap/gov.uscourts.nysd.574411/gov.uscourts.nysd.574411.21.0.pdf>

United States District Court for the Southern District of New York (2022c). First Amended Complaint, 25. maj 2022. Predmet br. 1:22-cv-000983-VEC, Nike, Inc. v. StockX LLC, Preuzeto 2. 7. 2023. sa <https://storage.courtlistener.com/recap/gov.uscourts.nysd.574411/gov.uscourts.nysd.574411.39.0.1.pdf>

United States District Court for the Southern District of New York (2022a). Complaint, 14. januar 2022. Predmet br. 1:22-cv-384-JSR, Hermès International, et al. v. Rothschild. Preuzeto 24. 6. 2023. sa <https://storage.courtlistener.com/recap/gov.uscourts.nysd.573363/gov.uscourts.nysd.573363.1.0.pdf>

United States District Court for the Southern District of New York (2022b). Memorandum of Law in support of defendant Mason Rothschild’s motion to dismiss the Complaint, 09. februar 2022. Predmet br. 1:22-cv-384-JSR, Hermès International, et al. v. Rothschild. Preuzeto 29. 6. 2023. sa <https://storage.courtlistener.com/recap/gov.uscourts.nysd.573363/gov.uscourts.nysd.573363.17.0.1.pdf>

United States District Court for the Southern District of New York (2022c). Amended Complaint. Jury trial demanded, 02. mart 2022. Predmet br. 1:22-cv-384-JSR, Hermès International, et al. v. Rothschild. Preuzeto 24. 6. 2023. sa <https://storage.courtlistener.com/recap/gov.uscourts.nysd.573363/gov.uscourts.nysd.573363.24.0.pdf>

United States District Court for the Southern District of New York (2022d). Answer and affirmative defenses of Defendant Mason Rothschild, 19. maj 2022. Predmet br. 1:22-cv-384-JSR, Hermès International, et al. v. Rothschild. Preuzeto 29. 6. 2023. sa <https://storage.courtlistener.com/recap/gov.uscourts.nysd.573363/gov.uscourts.nysd.573363.51.0.pdf>

United States District Court for the Southern District of New York (2023a). Verdict, 08. februar 2023. Predmet br. 1:22-cv-384-JSR, Hermès International, et al. v. Rothschild. Preuzeto 4. jula 2023. sa <https://storage.courtlistener.com/recap/gov.uscourts.nysd.573363/gov.uscourts.nysd.573363.144.0.pdf>

United States District Court for the Southern District of New York (2023b). Memorandum of Law in support of Plaintiff’s motion for permanent injunction, 03. mart 2023. Predmet br. 1:22-cv-384-JSR, Hermès International, et al. v. Rothschild. Preuzeto 04. jula 2023. sa <https://>

storage.courtlistener.com/recap/gov.uscourts.nysd.573363/gov.uscourts.nysd.573363.166.0.pdf

United States District Court for the Southern District of New York (2023c). Memorandum of Law in support of Defendant's renewed motion for judgment as a matter of law or new trial, 14. mart 2023. Predmet br. 1:22-cv-384-JSR, Hermès International, et al. v. Rothschild. Preuzeto 24. juna 2023. sa: <https://storage.courtlistener.com/recap/gov.uscourts.nysd.573363/gov.uscourts.nysd.573363.173.0.pdf>

United States District Court for the Southern District of New York (2023d). Opinion and Order, 23. juni 2023. Predmet br. 1:22-cv-384-JSR, Hermès International, et al. v. Rothschild. Preuzeto 25. juna 2023. sa <https://storage.courtlistener.com/recap/gov.uscourts.nysd.573363/gov.uscourts.nysd.573363.191.0.6.0.pdf>

United States District Court for the Southern District of New York (2023e). Order of Permanent Injunction, 14. mart 2023. Predmet br. 1:22-cv-384-JSR, Hermès International, et al. v. Rothschild. Preuzeto 25. juna 2023. sa <https://storage.courtlistener.com/recap/gov.uscourts.nysd.573363/gov.uscourts.nysd.573363.190.0.9.pdf>

Uredba (EU) 2017/1001 Evropskog parlamenta i Vijeća od 14. juna 2017. o žigu Evropske unije (kodificirani tekst) (Uredba o žigu EU). Službeni glasnik EU, L 154/2017.

Uredba (EU) 2023/1114 Evropskog parlamenta i Vijeća od 31. maja 2023. o tržištima kripto-imovine i izmjenama izmjeni uredaba (EU) br. 1093/2010 i (EU) br. 1095/2010 te direktiva 2013/36/EU i (EU) 2019/1937. Službeni glasnik EU, L 150/2023.

Wakhariya, M. S. (2023). New Frontiers in Technology: Can Traditional Intellectual Property Rights Laws Be Adapted and Applied to NFTs?, *Catholic University Journal of Law and Technology*, 32, (2), 174-217

WIPO (2023). Međunarodna klasifikacija roba i usluga u svrhu registracije žigova (Ničanska klasifikacija). 12. izdanje. Preuzeto 4. 8. 2023. sa https://www.wipo.int/classifications/nice/nclpub/en/fr/?class_number=9&explanatory

Zakon o žigu. Službeni glasnik BiH, 53/2010.

Zakon o žigu SAD-a iz 1946. godine, sa izmjenama i dopunama, 25. novembar 2013. Preuzeto 17. 7. 2023. sa [https://www.uspto.gov/sites/default/files/trademarks/law/Trademark Statutes.pdf](https://www.uspto.gov/sites/default/files/trademarks/law/Trademark%20Statutes.pdf)

Dr. iur. Iza Razija Mešević

Associate professor

University of Sarajevo

Faculty of Law

ir.mesevic@pfsa.unsa.ba

**A TALE OF BAGS, KICKS AND JERSEYS - RECENT CASE
LAW REGARDING TRADEMARKS AND NFTS**

Summary

*Non-Fungible Tokens (NFTs) represent a type of crypto asset and have become a widely popularized phenomenon since 2021, however mostly in the context of digital or digitized works of art (so-called “Art-NFTs”), which has raised several copyright issues. Nevertheless, recently also NFTs, which refer to digital assets including representations of signs protected by trademarks, have become a widespread occurrence. Since these NFTs are not always minted by persons who are at the same time the owners of the trademarks in question, legal controversies regarding this field of Intellectual Property Law have also begun to arise. The latter in particular regarding the questions, whether or not the rules and principles of trademark law are applicable beyond the physical world and if trademarks registered for traditional, tangible goods can be enforced also in the virtual realm. Since it is too soon to expect a legislative response to these dilemmas, which does not stop the NFT-market of following its own dynamic, the right holders of trademarks have started to defend their interests against creators of NFTs who are using their registered rights. This paper offers an overview of and an insight into the current and most relevant case law from courts in Europe and United States of America in this context, by covering the course of procedures or the subject matter of disputes and the rendered court decisions in cases *Hermès International, et al. v Mason Rothschild*, *Juventus Vooral Club s.p.a.*, *v. Blockeras s.r.l* and *Nike, Inc. v. StockX LLC*. The author presented the main arguments of the parties and the reasonings of the courts, and also offered her legal assessment and remarks on the latter.*

Keywords: *Intellectual Property, Trademark, NFTs, MetaBirkin, Hermès, Juventus, Blockeras, Nike, StockX*

Almina Selimbašić, Mr. iur

Asistentica

Univerzitet u Sarajevu

Pravni fakultet

a.selimbasic@pfsa.unsa.ba

UDK 321.7(497.6)

342.7(497.6)

Pregledni naučni rad

OSTALI/E U BOSANSKOHERCEGOVAČKOM PRAVNOM LIMBU

Sažetak

Centralno pitanje kojim se ovaj rad bavi jeste odnos konsocijacijskog sistema Bosne i Hercegovine, preslikanog u ustavni tekst, i prava Ostalih, kao neodređene grupe bosanskohercegovačkog društva. Konsocijacijska demokratija se, sistemom nefavoriziranja većine, određuje kao politički sistem neophodan pluralnim (te podijeljenim društvima), a u koja se svrstava i naše društvo. Međutim, da li konsocijacijska demokratija sadržava ono esencijalno demokratsko, ili pozivanjem na određene vrijednosti, odrednicu demokratskog nosi nominalno? U ovom radu kao ono što je esencijalno demokratiji određujem individualna ljudska prava svih članova/ica društva shvaćenih kroz koncept Nekog drugog kozmopolitizma autorice Benhabib. Upravo se na križanju konsocijacijske demokratije i prepoznavanja individualnih prava javlja pitanje Ostalih u bosanskohercegovačkom pravnom sistemu. Ustavnopravni, ali i položaj Ostalih u praksi otvara dileme demokracije bosanskohercegovačkog sistema. Na osnovu navedenih razloga, ove dvije odrednice, konsocijacijska demokratija i položaj Ostalih, biti će okosnice ovog rada.

Ključne riječi: *konsocijacijska demokratija, ljudska prava, ustav, zakonodavna vlast, sudska vlast, izvršna vlast, Ostali/e.*

UVOD

Prvo nas pustite da se mi dogovorimo, a onda ćemo se baviti vama.

Bosna i Hercegovina je reorganizirana 1995. godine Aneksom IV Općeg okvirnog sporazuma za mir, gdje se ona proglašava demokratskim pluralističkim društvom, naglašavajući da „demokratski organi vlasti i pravične procedure najbolje stvaraju miroljubive odnose unutar pluralističkog društva“. U 2023. godini se navršava 28 godina kako smo počastvovani imati Dejtonski mirovni sporazum kao Ustav Bosne i Hercegovine. Kao list i naličje, demokratija i plu-

ralno društvo¹. Kao rezultat navedenog spoja, temeljni pravno-politički akt uspostavlja konsocijacijsku demokratiju, pri tome uvodeći, tiho i bez postojećeg (ali sa „podrazumijevajućim“) pristankom pojam Ostalih, kategoriju po sebi podrazumljivu, ali po svemu neodređenu. Govoreći o pluralnim društvima, Lijphart (1977), koristeći Ecksteinovu (1966) sintagmu, kaže da su to društva: „podijeljena rascjepima² na osnovu segmentiranja“ (str. 11). U tom smislu, Lijphart (1977) iznosi stav da je teško, ali ne i neostvarivo postići stabilnu demokratsku vlast u pluralnim društvima (str. 9). Način za postizanje takvog stanja vidi u konceptu takozvane konsocijacijske demokratije. Tako se konsocijacija, kao modus klasične demokratije, javlja kao politički sistem neophodan podijeljenim i društvima kojima je sukob u bilo kom smislu blizak. Na taj se način omogućava zastupljenost i saradnja sukobljenih društvenih segmenata, uz istovremeno premošćivanje rascjepa koji su osnov konflikta. Držim da premošćivanjem rascjepa protokom vremena, slabi i potreba za ovim modusom demokratije. Na taj način bi trebalo doći do nijansiranog, pa i neprimjetnog, iščezavanja konsocijativnih elemenata. Bosna i Hercegovina, gotovo tri decenije nakon uspostavljanja ovakvog sistema, nije uspjela doći do tog rezultata. Čekajući navedeni rezultat, dio građanstva je zanemaren.

Osnovna putanja ovog rada se odnosi na relaciju ustav – zakon – društvenopolitička stvarnost Ostalih. Radi se o kauzalnom odnosu formalnopravnog normiranja Ostalih i njihove stvarne pozicije u sistemu vlasti BiH. U ovom radu, bh kategoriju Ostalih smještam u koncept kozmopolitizma³ onako kako ga shvata autorica Benhabib. Autorica (citirano prema Repovac-Nikšić, 2019) kaže da kozmopolitizam predstavlja „napor da se osmisle načini pomirenja univerzalnih principa, ljudskih prava, autonomije i slobode individue s njihovim posebnim identitetima koje stječu kroz članstvo jezičkim, etničkim, vjerskim i drugim interesnim zajednicama“ (str. 137). Tako, kada govorimo o Ostalima, mi govorimo o svima nama i svim našim raznovrsnim identitetima. Nasuprot tako shvaćenom kozmopolitizmu, u bh stvarnosti je na snazi etnonacionalni pristupni mehanizam, sa primjesama liberalnog koncepta univerzalnog građanstva. U pogledu potonjeg, u literaturi (Banović, Gavrić & Barreiro Marino, 2021) se navodi da je „kategorija ‘ostalnih’ uvedena u predstavniki sustav kako bi se spriječilo potpuno isključenje individualnih prava

¹ Iako Ustav BiH govori o pluralističkim društvima, neki autori/ce govore o razlikama između pluralnog i pluralističkog društva. Važna razlika postoji između pluralnih i pluralističkih društava u smislu da su sva moderna društva pluralistička (postoje značajne kulturne, vjerske i etničke podjele), dok u pluralnim društvima te odrednice imaju političko značenje odnosno politika se razvija uzduž tih odrednica (Kasapović, prema Obućina, 2021, str. 196).

² Rascjepi mogu biti religijske, ideološke, jezičke, regijske, kulturalne, rasne ili etničke prirode (Lijphart, 1977, str. 12).

³ Autorica (prema Repovac-Nikšić, 2019) navedeni koncept određuje kao „Neki drugi kozmopolitizam“ (str. 137).

(str. 16). Arapović (2021) navodi sljedeće „vidljivo je da je u sistemu raspodjele nekih mandata, naglašena namjera zaštite teritorijalnih i/ili etničkih kolektivnih interesa, nasuprot građanskom suverenitetu i zaštiti individualnih prava i interesa, uključujući jednako aktivno i pasivno biračko pravo“ (str. 14). Pod konsocijativnim elementima, s jedne strane, ali i elementima liberalnog koncepta univerzalnog građanstva, kategorija Ostalih gubi. Ždralović (2021) ističe: „I praktična društveno-politička iskustva, gdje prvenstveno mislim na iskustvo Bosne i Hercegovine, daju nam pouku o tome kako zaštita kolektivnih prava u demokratskom društvu može paralizovati principe zaštite individualnih prava te kako kolektivni identiteti mogu postati društveno i politički predominantni“ (str. 112). U tom smislu, kao osnovno pitanje se javlja sljedeće: Da li se način na koji ustavni sistem Bosne i Hercegovine pristupa društvenoj grupi, ustavno određenoj kao Ostali/e, može, uopšte, kvalitativno odrediti kao demokratski? Politički sistem Bosne i Hercegovine se određuje, prvenstveno ustavno, kao demokratski. Međutim, ukoliko isti sistem jednu društvenu grupu, ustavno (ne)određenu kao Ostali/e, mehanizmima čini nevidljivom u ustavnom sistemu, teško ga možemo odrediti demokratskim. Analizom ustavnog teksta se može utvrditi da ono što BH ustavni sistem pruža identitetu Ostalih jeste stanje pravnog limba. Sistemsko isključenje bez krivnje i pristanka, opravdano u ime postizanja mira sukobljenih, nevidljivo pred konceptima univerzalnog liberalnog građanstva i etnonacionalnog principa uspostavljanja vlasti. Činjenica da se ovakvo ili slično stanje može naći u bližim ili daljim krajevima svijeta, ne opravdava njihovo (dalje) postojanje.⁴ Bez obzira na njihovu funkcionalnost tamo ili ovdje. Činjenicom prestanka stanja sukoba, uspostavljanja primirja i tranzicijom se ne može i ne smije, dvadeset i osam godina poslije, pravdati uskraćivanje prava. Kroz postojeći državnopravni sistem se legalnim putem, a pozivanjem na vrijednosti demokratije, pomirenja i različitosti, kategoriji Ostalih oduzima njihova država.

Rad će biti koncipiran na način da se sastoji od tri glavna dijela. U prvom dijelu se govori o dva pitanja. Prvenstveno, da li je konsocijacijska demokratija politički sistem neophodan pluralnim (i/ili podijeljenim) društvima. Na drugom mjestu se javlja dilema o tome da li se politički sistem konsocijacijske demokratije koji ne polazi od individualnih ljudskih prava može uopšte odrediti kao demokratski.

⁴ U Lebanonu, prema nacionalnom dogovoru, koji je sklopljen usmenim putem između raznih vjerskih skupina u zemlji, predsjednik države je maronitski kršćanin, premijer je sunitski musliman, predsjednik Nacionalne skupštine šijitski musliman, a čelnik vojnih snaga druz (Obućina, 2021, str. 204). Također, politički sistem u Iraku poznaje pravilo da je predsjednik države Kurd, vladu vode koalicije šijitskih stranaka, a u parlamentu se vodstvo ostavlja sunitskim Arapima (Obućina, 2021, str. 209).

Drugi dio rada se bavi pitanjem određivanja definicije i položaja Ostalih, na način da se u prvom dijelu javlja pitanje da li tačno znamo o kojim društvenim skupinama govorimo kada se referišemo na kategoriju Ostalih. U tom smislu, u ovom radu se priklanjamo negativnom određenju kategorije Ostalih (Sitnić & Ždralović, 2013, str. 12). Na osnovu dostupnih statističkih podataka se vidi koji je dio stanovništva svrstan u navedenu kategoriju. Nadalje se drugi dio bavi pitanjem odnosa koji BH ustav ima prema osnovnim identitetima našeg društva, prvenstveno pitanje identiteta građanstva, državljanstva te konstitutivnosti. U tom smislu je principima formalne logike analizirano koliko se puta spominju navedeni pojmovi, kakav je njihov sadržaj i opseg u okviru ustavnog teksta. U radu se pod pojmom građanstvo podrazumijeva stanje (državnog) priznavanja nas, sa nizom naših identiteta, kao kreatora/kreator-ki vlastitog sistema. S druge strane, pod državljanstvom se podrazumijeva ona formalnopravna veza o kojoj govori Evropska konvencija o državljanstvu (1997) prema kojoj "državljanstvo označava zakonsku vezu između jednog lica i jedne države i ne ukazuje na etničko porijeklo tog lica" (čl. 2). Utvrđeno je da BH ustav kao punopravne članove i članice društva vidi pripadnike/ce bošnjačkog, hrvatskog i srpskog naroda. Sve Ostale stavlja u redove građana/ki drugog ili pak trećeg reda.

U završnom, trećem dijelu se analizira da li i na koji način trenutni ustavni sistem vrši oduzimanje države jednom dijelu njenog građanstva u praksi. Analiza se provodi na izvršnom dijelu bh vlasti, tačnije na Vijeću Ministara, u periodu od 2006-2023. Navedena analiza ima za cilj da pokaže, *de iure i de facto*, pristup Ostalih ovom organu državne vlasti, tačnije, da pokaže ranije navedenu tezu da Ostali/e nisu zaštićeni etnonacionalnim principima, ali ni principima klasične liberalne demokratije. Na navedenom predmetu je uočljiv problem „promjene nacionalnog/etničkog identiteta“, a koji je, sudeći prema novinskim naslovima, postao trend u BiH. Problem se svodi na zloupotrebu prava na izjašnjavanje o nacionalnoj pripadnosti, što se u državama ustrojenim po etničkom principu ne smije dešavati. U takvoj realnosti, grupa koja najviše gubi jesu građani i građanke.

1. KONSOCIJACIJSKA DEMOKRATIJA BEZ DEMOKRATIJE

Ona prvobitna⁵, antička demokratija je procese vlasti ostvarivala kroz jasno definisane grupe, a koje su sačinjavali odrasli muškarci Grci, pri tome ostavljajući po strani Druge, nedostojne prava glasa i učešća. Dosta godina i razvoja do onoga što određujemo kao liberalna demokratija koja polazi od individualnog *učešće u sistemu vlasti*. Za nju Fukuyama (2002) kaže:

⁵ Iako neki autori/ice ističu da se demokratija javlja i prije antičke demokratije (Mujkić, 2022, str. 117).

„Tvrдио sam da liberalna demokratija može da konstituiše ‘kraj ideološke evolucije čovečanstva’ i ‘krajnji oblik čovekove vladavine’ i, kao takva, ‘kraj istorije’. [...] Mada neke savremene zemlje ne uspeavaju da postignu stabilnu liberalnu demokratiju, a druge se vraćaju primitivnijim oblicima vladavine kao što su teokratija ili vojna diktatura, ideal liberalne demokratije nije moguće usavršiti“ (str. 19).

Ukoliko demokratiju posmatramo kroz prizmu principa liberalne demokratije, prihvatamo taj zaključak. S druge strane, ukoliko demokratiju smatramo za nikad završeni proces u kome uvijek ima mjesta modifikaciji, zaključak je moguće djelomično prihvatiti. Prostor (ali, i potreba) za modifikaciju klasične demokratije se, između ostalog, javlja u društvima u kojima se kao osnovni akteri državnopravnog sistema javljaju grupe, a ne pojedinci/ke. O kakvim društvima je zapravo riječ?

Onima koji su se zanimali za mirno bitisanje (multi)pluralnog društva, konsocijacijska demokratija nije stran pojam. Šezdesete i sedamdesete godine prošlog stoljeća su iznjedrile određene mehanizme vlasti u pluralnim društvima, a jedan od njih je bila i konsocijacijska demokratija Arendta Lijpharta (Obućina, 2021, str. 197). Dakle, „nadograđena“ verzija demokratije je ona koju određujemo kao konsocijacijska⁶, i koja svojim mehanizmima omogućava demokratsko djelovanje podijeljenih društava. Preciznije rečeno, ovaj tip demokratije (posebno) omogućava djelovanje duboko podijeljenih društava. To su društva koja su dubinu svojih podjela iskazala kroz (nedavne) sukobe, nemire, pobune. Takvo društvo je društvo Bosne i Hercegovine. Dokaz da se radi o duboko podijeljenom društvu jeste Dejtonski ustav, kojim se 1995. zaustavlja ratni sukob, a koji se odvijao uzduž etničkih linija. Kako navodi Šolaja (2010): „u osnovi svih društvenih sukoba u BiH su nacionalne suprotnosti triju osnovnih naroda, Bošnjaka, Srba i Hrvata, što se prenosi na cjelokupne etničke odnose u BiH“ (str. 129). Prema Kasapović (2005) „da bi se spasila takva, podijeljena društva, te da bi izbjegli nasilnu asimilaciju, potrebno je politički sistem urediti konsocijacijski“ (str. 50). Prvi razlog uspostavljanja konsocijacijske demokratije je time ispunjen. Posljedično imamo odredbe Dejtonskog ustava koje uspostavljaju principe etničke podjele vlasti, a u skladu sa teorijama o upravljanju etničkim sukobima (Burg i Shoup, 1999). U skladu s tim, Bosna i Hercegovina je država gdje se kao osnovni društveni rascjepi javljaju etnički rascjepi, koji su kao takvi, te 1995. bili osnova za političku i teritorijalnu organizaciju države. „Takvim ustavnim aranžmanima stvoren je najsloženiji politički sustav u Europi“ (Kasapović, 2005, str. 156).

⁶ Svoju definiciju konsocijacijske demokratije Arend Lijphart (1997) sažima u četiri principa ili karakteristike: „a) velika koalicija, b) obostrani ili uzajamni veto, c) proporcionalnost u političkom predstavljanju i d) visok stepen autonomije za različite segmente društva ili autonomija segmenata“ (str. 32).

Uspostavljanjem konsocijacijske demokratije dolazimo u problematiku koja se svodi na pitanje da li je koncept „duboko podijeljenog društva“ trajno održiv koncept ili je takvo stanje vremenski ograničeno? Drugim riječima, da li je konsocijacijska demokratija tranzicijskog karaktera ka klasičnoj liberalnoj demokratiji ili trajno rješenje datog podijeljenog društva, čija se podijeljenost (kao vrijednost po sebi) ciljano njome održava? Ukoliko koncept podijeljenog društva posmatramo kao vrijednost po sebi, konsocijacijska demokratija je trajnog karaktera. Ono što je problematično za ovakvo shvatanje, jeste činjenica da svako društvo, a na osnovu kako pluraliteta, tako i pluralističkog karaktera, u svakom momentu može stremiti ka, pa i postati podijeljeno. S druge strane, ukoliko imamo za cilj prelaz od duboko podijeljenog ka podijeljenom, a na kraju ka (multi)pluralnom društvu, konsocijacijska demokratija je privremenog karaktera. Nastojanje prevazilaženja podijeljenog društva se danas ne bi trebalo dovoditi u dvojbu. U tom smislu, da bi uspostavljena konsocijacijska demokratija bila privremenog karaktera, i na taj način otvorila vrata modifikacijama kozmopolitskog shvatanja građanstva, potrebno je ispuniti dva uslova:

- stalna društvena svijest o privremenosti njenog karaktera;
- neophodnost djelovanja državnih aktera u pravcu te svijesti.

Dejtonski uspostavljen sistem u BiH ima puno prostora (ali i neophodnosti) za djelovanje u tom pravcu.

Kada govorimo o pluralnim društvima, mi govorimo o društvima kojima je jedina zajednička odrednica njihova pluralnost. Svako takvo društvo je pojava za sebe, sa lepezom specifičnih karakteristika. Dizajn konsocijacijske demokratije se, u tom smislu, mora određivati za svako pojedinačno društvo. Pri datoj idejnoj konstrukciji treba imati na umu dilemu da li konsocijacijska demokratija može modifikirati *sine qua non* karakteristike demokratije, pa i ukidati ih? Esencija demokratije jeste vladavina naroda kroz individualna prava svih pojedinaca/ki. Da li je opravdano da konsocijacijska demokratija putem svojih mehanizama (i naznakom podijeljenosti) oduzima prava pojedinaca i pojedinki? U tom smislu, ona može doći (u BiH i dolazi) u sukob sa vlastitim smislom i svrhovitošću na način da se njenim zasnivanjem na ideji uključivanja društvenih segmenata u vlast, istovremeno dešavaju slučajevi svjesnog uskraćivanja prava pojedinih društvenih grupa, uz pozivanje na zaštitu drugih društvenih grupa, a u slučaju Bosne i Hercegovine zaštitu etnonacionalnih grupa. Razlika između liberalne demokratije, koja u sistemu vlasti prepoznaje većinsku naciju, onako kako je shvaća David Miller (1995, prema Ždralović, 2021, str 124)⁷, i konsocijacijske demokratije koja u bosans-

⁷ Prema Milleru (1995, citirano prema Ždralović, 2021): „priznajući nacionalni identitet također priznajem da posebnu obvezu dugujem članovima/cama iz svoje nacije koju ne dugujem drugim ljudima“ (str. 124).

kohercegovačkoj stvarnosti prepoznaje tri etnonacionalne skupine⁸ koje su počinjale sukob, odlučivale o njemu i sklapale primirje na načine koji je odgovarao njima, a odnosio se na sve građane/ke, leži samo u broju skupina koje ustavnopravni sistem prepoznaje.

Na osnovu izloženog vidimo da se prilikom dizajna i uspostavljanja političkog sistema konsocijacijske demokratije javlja niz pitanja na koje pogrešan odgovor vodi sistemu čija se demokratskičnost treba propitivati. Da bi bila demokratija, konsocijacija ne može uzeti elemente klasične demokratije koji odgovaraju datom sistemu, te druge zanemariti. Osnovno polazište demokratije, pluralnog društva ili ne, jeste dostupnost prava svakog pojedinca/ke u njegovom individualnom i kolektivnom identitetu. Kada se društvenoj grupi garantuje očuvanje kolektivnog identiteta, uz istovremeno oduzimanje individualnog prava opstanka, nastupa iskorijenjivanje iste. Kolektivno ne može niti prethoditi niti preživjeti bez individualnog. U tom smislu, pravni sistem koji kreće od kolektivnog, zanemarujući individualno, ne može se odrediti kao demokratski. Mi na taj način našu državu proglašavamo demokratskom, i istovremeno oduzimamo *sine qua non* demokratije.

2. OSTALI/E

Ustav BiH i s njim uspostavljena konsocijacijska demokratija kao svoju bazu ne nalaze multipluralno društvo, nego tripartitno (etno) društvo. Pored tri konstitutivna naroda, Ustav govori o „zamagljenoj“ kategoriji Ostalih, sa drugačijim položajem i ograničenim pravima. Zbog čega odrednica „zamagljena“?

Prema Sitnić i Ždralović (2013):

„Ustav BiH je ostavio mogućnost za različita tumačenja pojma Ostalih. [...] Pri definisanju pojma Ostali, ugrađenom u Preambulu Ustava Bosne i Hercegovine, najjednostavnije je iskoristiti negativno određenje Ostalih. Na taj način, pojam Ostali bi obuhvatao sve državljane/ke BiH koji nisu pripadnici/e bilo kojeg od tri konstitutivna naroda (Bošnjaci/Bošnjakinje, Hrvati/Hrvatice ili Srbi/Srpkinje), odnosno koji/e se kao takvi/e ne izjašnjavaju“ (str. 12).

Dakle, pripadnici/ce Ostalih su svi pripadnici/ce formalno priznatih nacionalnih manjina, pripadnici/ce formalno nepriznatih nacionalnih manjina,

⁸ Bitno je naglasiti da ni pripadnice tri konstitutivna naroda u BiH nisu učestvovala u postkonfliktnoj izradi mira.

oni/e koji se etnički ne izjašnjavaju (Sitnić & Ždralović, 2013, str. 12).⁹ Od navedenih kategorija, naš pravni sistem nudi definiciju nacionalnih manjina, a koje su prema Zakonu o zaštiti prava pripadnika nacionalnih manjina BiH (2003) „dio stanovništva – državljana/ki BiH koji ne pripadaju nijednom od tri konstitutivna naroda, a sačinjavaju je ljudi istog ili sličnog etničkog porijekla, iste ili slične tradicije, običaja, vjerovanja, jezika, kulture i duhovnosti i bliske ili srodne povijesti i drugih obilježja“. Pored definisanja nacionalnih manjina, isti zakon kaže da se u BiH „štiti položaj i ravnopravnost pripadnika nacionalnih manjina: Albanaca, Crnogoraca, Čeha, Italijana, Jevreja, Mađara, Makedonaca, Nijemaca, Poljaka, Roma, Rumuna, Rusa, Rusina, Slovaka, Slovenaca, Turaka, Ukrajinaca i drugih koji ispunjavaju uvjete iz stava 1. ovog člana“ (član 21 ZZPNM). Dakle, 17 tačno određenih nacionalnih manjina, pri čemu je lista otvorena za one koji ispunjavaju zakonske uvjete. Izvan definisanja ipak ostaje dio građana/ki. U tom smislu, prema popisu stanovništva Bosne i Hercegovine Ostali/e su činili/e 3,7% stanovništva ili 130 054 državljana/državljanke (Agencija za statistiku BiH, 2013). Kakva je ustavna pozicija sto trideset hiljada građana i građanki Bosne i Hercegovine? Ukoliko jednu društvenu grupu odredimo kao državotvornu/konstitutivnu (na osnovu njene brojnosti), kakav status ostale društvene grupe imaju? U tom smislu Šolaja (2010) govori da:

„Ustav BiH nije predvidio ni građane ni nacionalne manjine kao konstituente, a iz same nacionalno-teritorijalne organizacije jasno je stvorena diskriminirajuća osnova za ustavni i političko-pravni tretman nacionalnih kolektiviteta izvan ustavne konstitutivnosti, kao i građanina. Nedefiniranost ustavnog položaja nacionalnih manjina imala je krajnje negativne efekte za zaštitu prava i sloboda pripadnika zajednica nacionalnih manjina što im je onemogućavala ravnopravnu participaciju u predstavničkim i izvršnim organima vlasti“ (str. 119).

Potrebno je dotaći se dileme da li konsocijacijska demokratija kreće od toga da su sve društvene grupe zastupljene ili samo brojnije, tj. kakva je korelacija brojnosti i konsocijacijske demokratije? Konsocijacija, zamišljena kao u BiH, ne štiti društvene grupe, već autopreferisane (najbrojnije) društvene grupe. Zanimljiva je koncepcija (čitaj: etnocentizam) da tri konstitutivna naroda, pod plaštom konsocijativne demokratije i zaštite kolektivnih identiteta, smatraju da Bosna i Hercegovina pripada samo njima. Zabrinjavajuće je da se tri naroda slažu u tome da pojedinac/ka koji/a nije pripadnik/ca njihovog naroda ne treba da bude na nekoj važnoj funkciji u zemlji (Puhalo, 2009, prema

⁹ Autorice navode i druge moguće klasifikacije. Jedna od njih jeste shvatanje Ostalih kroz tri moguće interpretacije: etničke manjine, kulturne manjine (kao što su Bosanci/ke i Hercegovci/ke, osobe iz miješanih brakova, queer i svaka druga supkulturna populacija), te političko shvatanje Ostalih (Mujkić, prema Sitnić & Ždralović, 2013, str. 53-54).

Šolaja, 2010, str. 129)¹⁰.

Površnim čitanjem Ustava BiH uočavamo njegovu neosjetljivost, te formalni pristup ljudskim i građanskim pravima. Ako krenemo od jezičkog određenja određene društvene grupe kao „Ostali/e“ vidimo da se time ukazuje na njenu, u najboljem slučaju, sekundarnu vrijednost. Pusch (1984, citirano prema Čopić, 2012) navodi „posredstvom jezika nastaju predstave koje utiču na naše djelovanje, a djelovanje utiče na naš politički i ekonomski položaj“ (str. 262). Biti određen/a kao Ostali/e¹¹ u ustavnom tekstu dovodi do zamagljivanja svih identiteta, izuzev identiteta tri konstitutivna naroda. Sve različitosti mnogobrojnih društvenih grupa se brišu i ulaze u ograničen prostor Ostalih. Prema Sitnić i Ždralović (2013) „Kategorija Ostalih obuhvata čitavo šarenilo najrazličitijih identiteta“ (str. 58). Pored neadekvatnog jezičkog određenja svih onih koji se ne identificiraju sa 3 konstitutivna naroda, postavlja se pitanje dometa njihovih Ustavom utvrđenih prava. Trajno ustavno onemogućavanje učešća određenih društvenih kategorija u sistemu vlasti ne može biti u skladu sa bilo kojim vidom demokratije. I ne može se opravdavati.

2.1. KONSTITUTIVNOST vs GRAĐANSTVO

Najbitnija veza između države i pojedinca/ke je ona koja ih na apstraktnoj ravni određuje kao građanina/ku, a na formalnopravnoj kao državljanu/ku. Prvi, građanski identitet ostvaruje ravnopravnost svih članova i članica društva/zajednice u punoći njihovih identiteta, dok identitet državljanstva omogućava ostvarivanje određenih prava državljanu/ki (uz istovremeno uskrađivanje istih prava nedržavljanima) u odnosu na datu državu.

Na osnovu toga, osnovni polazni identiteti tretiranja stanovništva jesu identiteti građanstva te državljanstva. Ustav u svom nadmoćnom položaju u odnosu na ostatak pravnog sistema ima dužnost prima facie pojedinca/ku tretirati na osnovu navedenih identiteta. Svi ostali identiteti su prateći. Ovakvo shvatanje baznih identiteta je posebno bitno naglašavati u društvima koja se određuju pluralnim, a u posebno teškim okolnostima, kao podijeljena. U jedno od takvih društava spada i bosanskohercegovačko društvo.

¹⁰ Šolaja (2010) navodi da iako nema potpunih egzaktnih istraživanja etničke distance konstitutivnih nacija u BiH prema nacionalnim manjinama, iz nekih djelomičnih istraživanja može se uočiti da se etničke tenzije, karakteristične za distancu među nacijama-konstituentima u BiH, prenose manje-više i na etničke manjine.

¹¹ Bosanskohercegovačka kategorija Ostalih je zapravo Drugost o kojoj razmišlja autorica S. De Beauvoir (1949) kada kaže da je: „drugost temeljna kategorija ljudske misli. Nijedan se kolektiv nikada ne definira kao Jedan, a da odmah ne postavi Drugog nasuprot sebi. [...] Subjekt se postavlja jedino dok se suprostavlja“ (str. 14-15).

Polazna analiza načina na koji ustav vidi stanovništvo podrazumijeva identitete koji se koriste u korelaciji sa dodjeljivanjem prava.

Jezičkom analizom teksta Ustava Bosne i Hercegovine (dvanaest članova i dva aneksa) dolazimo do zaključka da se:

- Pojam apstraktnog građanstva¹² (građanina/građanke¹³) pojavljuje na dva mjesta: u završnom djelu Preambule gdje se navodi da „Bošnjaci, Hrvati, Srbi, kao konstitutivni narodi (u zajednici sa ostalima) i građani ovim ustavom utvrđuju Bosnu i Hercegovinu“; te u završnom dijelu gdje se izjavljuje da „Federacija BiH u ime svojih konstitutivnih naroda i građana odobrava Ustav BiH“;
- Pojam formalnopravne kategorije državljanstva (državljana/ki) se pojavljuje na jedanaest mjesta, pri čemu više od polovine otpada na član koji reguliše pitanje bosanskohercegovačkog državljanstva;
- Pojam Ostalih se pojavljuje na jednom mjestu: u završnom djelu Preambule gdje se navodi da „Bošnjaci, Hrvati, Srbi, kao konstitutivni narodi (u zajednici sa ostalima) i građani ovim ustavom utvrđuju Bosnu i Hercegovinu“;
- Pojam konstitutivnih naroda (Bošnjaci/kinje, Hrvati/ce, Srbipkinje) se pojavljuje 16 puta: počevši sa već navedenim završnim dijelom Preambule, član 4 koji se odnosi na uspostavljanje i organizaciju Parlamentarne skupštine (Dom naroda), član 5 koji se odnosi na Predsjedništvo, kao i u drugim članovima;
- Sveznačeći pojam lica se pojavljuje 14 puta, prvenstveno u članovima koji na neutralan način određuju regulaciju određenih pitanja, kao što je katalog prava, pitanja državljanstva, zabrane diskriminacije, pitanja izbjeglica i raseljenih lica.

¹² Pri tome treba računati na kritike koncepta univerzalnog građanstva koje se javljaju u određenim teorijskim diskursima, kao što je feministička kritika istog. U tom smislu autorica I. M. Young (1991) kaže da: „pokušaj ostvarenja ideala univerzalnog građanstva koji nalazi da je javnost utjelovljenje općosti nasuprot posebnosti i zajedništva nasuprot razlici imat će tendenciju da isključi i socijalno hendikepira neke grupe, čak i kad imaju jednak građanskopravni status. Ideja javnog kao univerzalnog i popratno poistovjećivanje partikularnosti s privatnošću čini homogenost uvjetom sudjelovanja u vlasti“ (str. 212). Autorica dalje navodi da kada govorimo o nepristrasnoj općoj perspektivi, mi govorimo o nečemu što je nestvarno, s obzirom da svi mi javna pitanja promatramo kroz vlastita iskustva, situacije, percepcije. Nadalje, J. Babić-Avdispahić (2004) navodi da: „Moralni um koji teži nepristrasnosti svodi pluralnost moralnih situacija i moralnih subjekata na jedinstvo, ali u stvari proizvodi dihotomije univerzalno/partikularno, javno/privatno, um/strast. A time navedeni ideal vrši ideološku funkciju isključivanja iz univerzalnog građanstva osoba koje su povezane sa tijelom i osjećanjima, te opravdava hijerarhijske strukture odlučivanja u kojima partikularne perspektive dominantnih grupa polažu pravo na univerzalnost“ (str. 166).

¹³ Ustav BiH ne koristi rodno osjetljiv jezik.

3. USTAVNI INŽINJERING ODUZIMANJA DRŽAVE

Član IX 3 Ustava Bosne i Hercegovine kaže: „Funkcioneri imenovani na položaje u institucijama BiH, u pravilu, odražavaju sastav naroda Bosne i Hercegovine.“

Ko je narod Bosne i Hercegovine?¹⁴

U tom smislu, Šolaja (2010) navodi:

„Europska komisija protiv rasizma i netolerancije (ECRI) u Izvještaju o Bosni i Hercegovini iz 2004. govori o pravima *nekonstitutivnih naroda* u BiH: ‘ECRI brine činjenica što sadašnje stavljanje naglaska na osiguravanje zastupljenosti sva tri konstitutivna naroda na političkoj razini, u institucijama javne uprave i u širokom nizu javnih poduzeća, stavlja one koji ne pripadaju jednoj od ove tri grupe u daleko nepovoljniji položaj, u kojem su, u mnogim slučajevima, također diskriminirani i na osnovu etničkog porijekla‘ (str. 125).

Teško je ostvarivati i zahtijevati prava od države koja vas u svom vrhovnom tekstu prepoznaje na jednom mjestu – Preambuli, a o čijoj obaveznosti postoje teorijske dileme.

Za istinsko demokratsko društvo je neophodan polazak od koncepta kozmopolitizma. Ta neophodnost proporcionalno jača sa porastom pluraliteta društva i konsocijacijskim političkim sistemom. Ono čemu svjedočimo jeste da, uslijed fakticiteta pluraliteta u društvu, u pravnom sistemu jačamo vrijednosti (određenih) grupnih identiteta, a na štetu individualnih prava. Konsocijacijska demokratija bi trebala podrazumijevati sve ono što podrazumijeva liberalna demokratija, ali u još većem naglasku. Porast kolektivnih identiteta mora biti u saglasnosti sa porastom individualnih identiteta. U takvom ustavnoinženjeringu se obezbjeđuje da pojam građanstva, kao baznu odrednicu, prate drugi identiteti, kako bi se omogućila zaštita različitosti.

Konsocijacijski sistem BiH to ne čini na taj način.

Prateći klasičnu trodiobu vlasti BH ustav se u svom najvećem dijelu odnosi na uspostavljanje, organizaciju i djelovanje određenih državnih tijela. Tako se

¹⁴ O značaju prepoznavanja naroda i narodnosti u ustavnom tekstu nam prenose i mediji kada govore o tome da je Vlada Sjeverne Makedonije započela postupak za promjenu Ustava radi uvođenja pripadnika/ca bugarskog naroda u isti, a što je uslov da ta zemlja nastavi pristupne pregovore sa Evropskom unijom.

ustav tim pitanjem bavi u svojih pet članova (od ukupno dvanaest) na sljedeći način:

- Član 3 se bavi pitanjem odnosa između institucija BiH i entiteta,
- Član 4 Parlamentarnom skuštinom BiH,
- Član 5 Predsjedništvo i Vijeće Ministara BiH,
- Član 6 Ustavni sud,
- Član 7 Centralna banka.

Na osnovu navedenog vidimo da se Ustav u svom najvećem dijelu bavi pitanjem sljedećih pet državnih institucija: zakonodavstvo, izvršna vlast, sudstvo te pitanje institucije državne monetarne politike.

Osnovno pitanje je kako se tih pet članova odnosi prema kategoriji Ostalih. Pri tome imajući u vidu da je kroz jezičku analizu utvrđeno da se pojam Ostalih u ustavnom tekstu spominje samo u kranjem dijelu Preambule, navodeći datu kategoriju u okviru zgrade, što se može tumačiti kao određivanje istih kao građana/ki trećeg reda.

Osnovno zakonodavno državno tijelo, Parlamentarna skupština, je određeno kao dvodomno, obuhvatajući Dom naroda i Predstavnički dom. U kontekstu Ostalih posebno je zanimljiva ustavna regulacija Doma naroda prema kojoj se isti sastoji od 15 delegata/kinja (pet Bošnjaka/inja, pet Hrvata/ica, pet Srba/pkinja). U tom smislu je za ovaj rad posebno značajna presuda ESLJP u predmetu Zornić protiv Bosne i Hercegovine (2014). Prema činjeničnim okolnostima aplikantica ne može biti kandidatkinja na izborima za drugi dom državnog parlamenta (Dom naroda), kao ni za kolektivnog šefa/icu države (Predsjedništvo), s obzirom da se ne izjašnjava kao pripadnica nijednog od „konstitutivnih naroda“ (odnosno, Bošnjakinja, Hrvatica, Srpkinja), nego jednostavno kao građanka Bosne i Hercegovine. To da Bosna i Hercegovina i dalje uporno krši osnovna ljudska prava potvrđeno je i presudom ESLJP-a u predmetu Kovačević protiv Bosne i Hercegovine (2023). U svojoj odluci Sud navodi da je „BiH etnokratija, a ne istinska demokratija, gdje tri dominantne etničke skupine kontrolišu državne institucije u pravcu svojih interesa, a istovremeno smještajući sve druge u poziciju građana/ki drugog reda“.

Navedenom principu etniciteta se dodaje i teritorijalni princip koji ga prati s obzirom da ide po liniji razdvajanja konstitutivnih etnija.¹⁵ U tom smislu, od ukupnog broja delagata/kinja Doma naroda, dvije trećine su iz Federacije BiH, a jedna trećina iz Republike Srpske. Na taj način prvi samo pojačava

¹⁵ Pored principa etniciteta, karakterističnog za konsocijacijske demokratije, Ustav BiH koristi i principe teritorijalnosti, karakterističan za federalne države.

drugi. Predstavnički dom se zasniva na teritorijalnom principu, određujući da od 42 delegata/kinje, dvije trećine moraju biti sa područja Federacije BiH, a jedna trećina sa područja Republike Srpske. Prema Banović, Gavrić i Barreiro Mariño (2021) „broj mandata nije definiran po etničkim kriterijima, već se dijeli između dva entiteta na teritorijalnoj osnovi“ (str. 35). Iako direktni etnički kriterij nije istaknut, brojana proporcionalnost postavljena na način da izražava trojnost pokazuje da je i u ovoj odredbi vođeno računa o teritorijalnoj prisutnosti određenih etnija. Dakle, vrhovno državno zakonodavno tijelo u svojoj ustavnoj regulaciji ne prepoznaje institut građanstva, a posebno institut Ostalih, a kojima je u jednom od domova pristup u potpunosti zabranjen. Na taj način mogućnost zaštite vitalnih interesa omogućeno je samo određenim etnijama. Za zaštitu prava nacionalnih manjina (ali ne i Ostalih) u cjelokupnom radu Parlamentarne zaštite predviđeno je Vijeće nacionalnih manjina, kao posebno savjetodavno tijelo Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine koje daje mišljenja, savjete i prijedloge Parlamentarnoj skupštini Bosne i Hercegovine o svim pitanjima koja se tiču prava, položaja i interesa nacionalnih manjina u Bosni i Hercegovini.

Ustavni sud je određen kao kombinacija nacionalnih i međunarodnih aktera, na način da od ukupno devet članova tri člana/ice jesu međunarodni akteri/ke. Preostalih šest sudija/tkinja je određeno na način da se četiri člana/ice biraju sa područja Federacije BiH, a preostala dva sa područja Republike Srpske. Iako naglašen teritorijalni princip, brojna proporcionalnost (dva u odnosu na jedan) pokazuje favoriziranje tri etnije. Kako Išerić i Sahadžić (2023) navode: „iako ne postoji ustavno pravilo, uspostavljena je praksa biranja šest domaćih sudija/tkinja konstitutivnih etniciteta: dva Bošnjaka/inje, dva Hrvata/ice, dva Srbina/pkinje“ (str. 1). Dakle, vidimo da, iako ih formalno ne isključuje, svojom konstrukcijom član koji se bavi Ustavnim sudom ni na koji način ne prepoznaje (niti štiti) kategoriju građanstva ni Ostalih. Iako se, prema riječima Išerić i Sahadžić (2023) „opisuje kao jedan od rijetkih funkcionalnih ‘inovacija’ Dejtonskog ustava“ (str. 1), povlačeći paralele vidimo da i Ustavni sud BiH krši presude Evropskog suda za ljudska prava. Centralna banka je uspostavljena i organizirana tako da u prvobitnom sastavu kreće od tri etnije, dok u kasnijim sastavima nema bližih odrednica čime se ne zabranjuje, ali ni ne omogućava pristup „manje zastupljenih“.

3.1. OSTALI/E U IZVRŠNOJ VLASTI

Posebno izdvajanje korelacije izvršne vlasti i Ostalih u ovom radu učinjeno je zbog značaja iste u savremenim demokratijama. Tako Vuković (2021) navodi da, pored klasičnih ovlasti izvršne vlasti, ona ima i „značajnu ulogu u zakono-

davnoj aktivnosti, jer se sve više zakona priprema u organima izvršne vlasti¹⁶ (str. 86). To se objašnjava činjenicom da vlade imaju veću sposobnost formulisanja političkih agendi jer se bave primjenom zakona i vođenjem javnih politika, stoga i lakše kreiraju adekvatnu zakonodavnu agendu.

Izvršna vlast Bosne i Hercegovine se odvija putem dvije institucije: Predsjedništvo te Vijeće Ministara.

Ustavna regulacija Predsjedništva je predstavljena u članu V na način da se radi o tročlanom tijelu, kojeg čine pripadnici/pripadnice konstitutivnih naroda: Bošnjak/inja, Hrvat/ica, Srbin/kinja. Princip etniciteta je i u ovom slučaju pojačan principom teritorijalnosti. Kako navodi Bieber (2008) „pasivno biračko pravo nemaju Srbi iz Federacije Bosne i Hercegovine, te Hrvati i Bošnjaci iz Republike Srpske, kao i svi ostali građani koji ne pripadaju jednoj od tri najveće etničke skupine (Ostali), te se isključuju iz najvišeg izvršnog tijela“ (str. 62, citirano prema Banović et al., 1921, str. 28). Dakle, mogućnost zauzimanja položaja u okviru Predsjedništva BiH je rezervisano za tri etnije. Na taj način je ostalima, a čija je država BiH također, pristup Predsjedništvu onemogućen. Da se time krše osnovna ljudska prava, potvrđeno je i presudama Evropskog suda za ljudska prava. Time je analiza Predsjedništva jasna i naočigled diskriminatorna.

3.1.1. OSTALI/E U VIJEĆU MINISTARA

Drugi dio izvršne vlasti BiH čini Vijeće Ministara (u daljem tekstu VM), koje zapravo djeluje kao vlada. Član V Ustava, u svojoj tački četiri reguliše VM. Jezičku analizu sa početka rada i dalje moramo imati u vidu, jer ni član V ni u jednom svom dijelu ne spominje pitanje Ostalih. O Vijeću Ministara ustav kaže sljedeće:

„Predsjedništvo će imenovati predsjedavajućeg Vijeća ministara koji će preuzeti dužnost po odobrenju Predstavničkog doma. Predsjedavajući će imenovati ministra vanjskih poslova, ministra vanjske trgovine i druge ministre po potrebi, a koji će preuzeti dužnost po odobrenju Predstavničkog doma.“

„Predsjedništvo i ministri zajedno sačinjavaju Vijeće ministara i odgovorni su za provođenje politike i odluka Bosne i Hercegovine u oblastima kako je

¹⁶ Vuković (2021) dalje navodi da se tu radi o važnoj promjeni o kojoj govore i podaci o udjelu prijedloga zakona pripremljenih u izvršnoj vlasti: 80% u Njemačkoj i 90% u Srbiji (str. 87).

naznačeno u stavovima 1, 4 i 5 člana III, o čemu podnose izvještaj Parlamentarnoj skupštini.“

„Najviše dvije trećine svih ministara mogu biti imenovani sa teritorije Federacije. Predsjedavajući će, također, imenovati zamjenike ministara (koji neće biti iz istog konstitutivnog naroda kao i njihovi ministri), koji će preuzeti dužnost nakon odobrenja Predstavničkog doma.“

„Vijeće ministara će izglasati ostavku ukoliko mu Parlamentarna skupština izglasa nepovjerenje.“

O bosanskohercegovačkoj verziji vlade ustav govori šturo.¹⁷ Iako se svojim većinskim dijelom bavi organizacijom državne vlasti, vidimo da i o osnovnim državnim tijelima ne govori puno.¹⁸ Većinsko uređivanje Vijeća Ministara je prepušteno državnom Zakonu o Vijeću Ministara BiH (2003) (u daljem tekstu ZVMBiH).

Članovi zakona o VM koji su izdvojeni zbog njihovog značaja za analizu položaja Ostalih u izvršnoj vlasti BiH jesu član 5, koji govori o sastavu VM, član 6, te član 7.

Prema članu 5 ZVMBiH Vijeće Ministara čini predsjedavajući/a i ministri/ce (njih 9). Nadalje, isti član kaže da predsjedavajući/a VM-a, a radi efikasnijeg i boljeg izvršavanja funkcija, ima ovlaštenje da imenuje dva ministra/ice za zamjenike/ce predsjedavajućeg/e. Dakle, prema navedenom članu ukupan broj onih koji čine Vijeće Ministara jeste 10 (predsjedavajući/a te ministri/ce).

Član 6 naglašava da:

„Ukupni sastav VM mora biti u skladu sa Ustavom BiH, posebno članovima V tačka 4 (b)¹⁹ i IX tačka 3²⁰, te da će se u skladu sa njima osigurati jed-

¹⁷ Poređenja radi, Ustav Republike Hrvatske Vladu reguliše članovima od 108-117., Ustav Republike Srbije Vladu reguliše članovima 122-135., Ustav Crne Gore Vladu reguliše članovima 100-110.

¹⁸ U tom slučaju se pozivamo na federalno državno uređenje kao opravdanje.

¹⁹ Najviše dvije trećine svih ministara mogu biti imenovani sa teritorije FBiH. Predsjedavajući će, također, imenovati zamjenike/ce ministara/rica (koji neće biti iz istog konstitutivnog naroda kao i njihovi ministri)...

²⁰ Funkcioneri/ke imenovani/e na položaje u institucijama BiH, u pravilu odražavaju sastav naroda Bosne i Hercegovine.

naka zastupljenost konstitutivnih naroda BiH. Predsjedatelj Vijeća ministara i zamjenici predsjedatelja su iz različitih naroda. U sastav Vijeća ministara ili na dužnosti generalnog tajnika Vijeća ministara iz članka 24. ovoga zakona mora se osigurati najmanje jedno mjesto za pripadnike ostalih“.

Navedeni član je bitan iz tri razloga. Prvenstveno, on u svojoj prvoj odredbi osigurava da sastav VM-a bude u skladu sa dva člana Ustava, od kojih nijedan ne spominje niti osigurava zaštitu Ostalih u smislu njihove predstavljenosti u ovoj državnoj instituciji. Član V 4 (b) Ustava polazi od teritorijalnog principa i od brojne konstrukcije koja će osiguravati jednaku prisutnost samo konstitutivnih naroda. Član IX 3 Ustava, u svojoj zadnjoj odredbi, podcrtava odnos sastava naroda BiH i izabраних funkcionera/ki BiH. Druga odredba člana 6 ZVMBiH kaže da su predsjedavajući/a i njegovi/ne zamjenici/e iz različitih naroda. Odrednica konstitutivnih u tom smislu nije korištena, tako da narodi obuhvataju i Ostale. Treća i najvažnija odredba člana 6 ZVMBiH na direktan način osigurava zaštitu i predstavljenost kategorije Ostalih u sastavu Vijeća Ministara. To je i jedina odredba ZVMBiH koja spominje kategoriju Ostalih. Dakle, odredbe koje štite druge u ZVMBiH jesu druga i treća odredba čl. 6. Član 7, u dijelu koji je bitan za ovaj rad, kaže da: „Svaki ministar ima jednog zamjenika ministra. Zamjenici ministara su iz različitih konstitutivnih naroda u odnosu na ministra.“ U ovom članu je, za razliku od člana koji određuje zamjenike/ce predsjedavajućeg/e korištena odrednica konstitutivnih naroda, na način da zamjenik/ca ministara/ica ne može biti pripadnik/ca Ostalih. Još značajnije, da li se ovaj član može tumačiti na način da i ministri/ce moraju biti pripadnici/e konstitutivnih naroda?

3.1.2. STVARNI PRISTUP VIJEĆU MINISTARA

Kako je navedeno ranije u radu, ustavne odredbe organizacije državne vlasti ne govore ništa o Ostalima. Pravni osnov, u tom smilu, učešća Ostalih u VM jeste, već spomenuta, treća odredba člana 6 ZVMBiH koja obligatorno određuje učešće Ostalih u sastavu VM-a (jedno mjesto) ili na dužnosti Generalnog sekretara/ke VM-a. Da li se ova zakonska odredba dosljedno provodi? Za period analize²¹ je uzet period od 2006. godine pa do trenutnog sastava VM-a (juli 2023.) godine:

- Sastav VM-a u periodu 2006. - 2010. ispunjava zakonske uslove s obzirom da se jedan od članova/ica VM-a, tačnije ministar vanjskih poslova, izjašnjava kao pripadnik Ostalih;

²¹ Osnov analize jeste izjašnjavanje o pripadnosti članova/ica VM-a, kao i djelovanje ispred političkih stranki etničkih predznaka.

- Sastav VM-a u periodu od 2010. - 2014. ispunjava zakonske uslove s obzirom da je jedan od članova/ica VM-a, tačnije ministar komunikacija i prometa, izjašnjava kao pripadnik Ostalih;
- Sastav VM-a u periodu 2014. - 2018. ne ispunjava zakonske uslove s obzirom da: nijedan član/ica nije pripadnik/ca Ostalih, niti se član/ica Ostalih nalazi na poziciji generalnog sekretara VM-a;
- Sastav VM-a u periodu 2018. - 2022. ne ispunjava zakonske uslove s obzirom da nijedan član/ica nije pripadnik/ca Ostalih; niti se član/ica Ostalih nalazi na poziciji generalnog sekretara VM-a;
- Trenutni sastav VM-a ispunjava zakonske uslove s obzirom da je jedan od članova/ica VM-a, tačnije ministar komunikacija i saobraćaja, pripadnik Ostalih.

Na prvi pogled stvari izgledaju poprilično jasno. U određenim periodima imamo poštivanje zakonske odredbe, dok u drugim ne. Međutim, i u periodima u kojima imamo ispunjavanje zakonskih odredbi javlja se važna problematika.

Obaveza postavljanja pripadnika/ica Ostalih u sastav VM-a ili na poziciju generalnog sekretara/ke VM-a ne proizlazi iz ustava, tako da se njenim nepoštivanjem ne povlači nepoštivanje Ustava. Međutim, drugačije se može tumačiti na osnovu više puta spomenutog člana IX 3 prema kojem funkcioneri/ke, u pravilu, odražavaju sastav naroda BiH. Data odredba ne koristi odrednicu *konstitutivnih*, tako da se dati član može tumačiti kao obaveza učešća svih naroda na teritoriji BiH u vlasti. Onemogućavanje učešća svih povlači kršenje Ustava. Član koji se, bez sumnje, krši takvim djelovanjem jeste član 6 VM-a, koji propisuje dužnost učešća Ostalih. Ukoliko se vratimo na početak rada i činjenicu da ne postoji pravno definiranje Ostalih, dolazi do pitanja ko je taj/ta Ostali/a kome/kojoj pripada jedno mjesto VM-a. Nedostatak preciznog pravnog definisanja kategorije Ostalih, ima velike reperkusije, koje se ogledaju u izigravanju prava Ostalih. Pitanje je kako do nje dolazi?

Sloboda promjene upisa nacionalne/etničke pripadnosti je određena članom 13 Zakona o matičnim knjigama FBiH (2012): „Činjenica nacionalnost u matične knjige rođenih upisat će se ili se neće upisati na zahtjev ovlaštenog podnosioca prijave i to: roditelj ili staratelj za upis djeteta u matičnu knjigu rođenih, s tim da dijete kada postane punoljetno ima pravo izjasniti se o svojoj nacionalnosti kod nadležnog matičara“. Pored „formalne“ promjene postoji, naravno, i neformalna sloboda izjašnjavanja o pripadnosti, kao i izjašnjavanje prilikom popisa stanovništva i izjašnjavanja prilikom kandidiranja na pozicije vlasti koje zahtijevaju dato izjašnjavanje. U tom smislu Izborni zakon BiH (2001) u članu 4.19 tačka 5 kaže da izjašnjenje o pripadnosti konstitutivnom narodu ili Ostalima važi tokom jednog izbornog ciklusa, što znači da

se u narednom može mijenjati. Organizacija vlasti u BiH na osnovi etničkog principa, kao osnova pristupa vlasti, doveo je do čestih promjena pripadnosti. U medijima često čujemo kako je u Bosni i Hercegovini na snazi trend „mijenjanja nacionalnosti“, pa tako možemo pročitati novinske naslove kao što je *Pripadnost mijenjaju kao čarape*²², *Srbini, Hrvat ili Bošnjak: Nacionalnost u BiH po potrebi biraju, mijenjaju*²³. Ono što je značajno jeste da o tome govori i odluka Ustavnog suda (2015) gdje se kaže da je:

„Istaknuto je da su apelanti promjenom nacionalnog izjašnjenja u toku izbornog ciklusa doveli do zloupotrebe prava u korist jednog lica i na štetu drugih, i to grubim kršenjem Izbornog zakona iz čijih odredaba nedvosmisleno proizlazi volja zakonodavca prilikom opredjeljivanja za navedena zakonska rješenja.“

Iako malverzacije putem pripadanja jednom ili drugom narodu donose štetu cijelom sistemu, najviše pogođena kategorija jesu Ostali, prvenstveno zbog dva razloga:

- Nepostojanje pravne definicije Ostalih što obuhvata veliki broj identiteta;
- Nedovoljna ustavna i zakonska zaštita, ionako, nedostatnih mjesta u vlasti predviđenih za Ostale.

Na to upozorava i Vijeće nacionalnih manjina. Članovi/ce Vijeća nacionalnih manjina su na sastanku održanom sa predstavnicima/ama Komiteta Vijeća Europe za Okvirnu konvenciju za zaštitu nacionalnih manjina (1998), održanom 27.04.2023., iznijeli zaključke da u BiH nije došlo do značajnijih promjena kad je riječ o statusu i položaju nacionalnih manjina, finansiranju aktivnosti njihovih predstavnika okupljenih u vijeća na svim nivoima vlasti, kao i u vezi sa zastupljenošću predstavnika nacionalnih manjina u institucijama vlasti na državnom nivou, te na nivou entiteta i Brčko Distrikta BiH. U Petom Periodičnom Izvještaju BiH o zakonodavnim i drugim mjerama na provedbi načela utvrđenih u okvirnoj konvenciji za zaštitu nacionalnih manjina (Ministarstvo za ljudska prava i izbjeglice BiH, 2020) kaže da:

“Izbornim zakonom BiH nisu propisani dodatni mehanizmi koji bi spriječili kandidate koji ne predstavljaju nacionalne manjine da se kandidiraju na listama za popunu zajamčenih mandata za pripadnike nacionalnih manjina. U praksi se događa da kandidati/kinje nakon proteka izbornog ciklusa mijenjanju očitovanje o pripadnosti konstitutivnom narodu ili skupini ostalih.“

S druge strane, Ombudsmeni za ljudska prava BiH su u svom saopštenju za

²² [Oslobodjenje - Pripadnost mijenjaju kao čarape / Nacionalnost kao zanimanje: Zašto Agencija za statistiku BiH krije podatke \(oslobodjenje.ba\)](https://www.oslobodjenje.ba/vijesti/bih/133411)

²³ [Srbini, Hrvat ili Bošnjak: Nacionalnost u BiH po potrebi biraju, mijenjaju... - CdM](#)

javnost²⁴ iznijeli sljedeće:

„Ombudsmeni dakle zaključuju da ne postoji osnov da bilo koje tijelo u Bosni i Hercegovini utvrđuje validnost nacionalnog opredjeljenja, s tim da se može govoriti o zloupotrebi prava u slučaju postajanja jasnih pokazatelja *o manipulaciji ovim pravom*.“

Mišljenje Ombudsmena iznešeno u navedenom saopštenju je kontradiktorno jer se u istom, s jedne strane, zabranjuje provjeravanje nacionalnog identiteta, a drugom stavkom priznaju da postoji mogućnost zloupotrebe istog prava. Ova zloupotreba u stvarnoj praksi se i dešava (pa čak govorimo i o „trendu“), a što vidimo iz presude. Također je kontradiktorna činjenica da društvo koje zahtijeva nacionalnu pripadnost i nacionalno izjašnjavanje kao osnov pristupa vlasti, u isto vrijeme dozvoljava zloupotrebe tog osnova. Moramo imati na umu da ovdje govorimo o zloupotrebi čije su posljedice isključivanje jedne grupe stanovništva iz učešća u vlasti.

Na osnovu svega navedenog, osnov za pristup pozicijama vlasti Ostalima, predviđenih pravnim sistemom BiH, ne može i ne smije biti osnov za zloupotrebu prava na deklarisanje kao pripadnik/ca Ostalih, a iz svih razloga navedenih u ovom radu koji se mogu sumirati u sljedeće:

- pravni sistem BiH na nejasan i nedovoljan način određuje kategoriju Ostalih;
- nepostojanje jasne definicije ko su Ostali/e;
- izostanak ustavne zaštite Ostalih, posebno u smislu nepredviđanja učešća u vlasti i osiguranja istog;
- nepoštivanje zakonskih odredbi kojima se pozicije u vlasti predviđaju kategoriji Ostalih;
- zloupotreba prava nacionalnog/etničkog izjašnjavanja;
- nezainteresovanost za promjene.

Sprečavanje zloupotrebe izjašnjavanja o pripadnosti Ostalima je neminovno. Dok dvije struje streme, jedna ka postizanju zapadnjačkog građanskog društva, druga ka jačanju konsocijacijskih elemenata vlasti i jačanju razlika, kategorija Ostalih ostaje po strani, bez zaštite osnovnih prava. U tom smislu koraci i mjere koji se trebaju poduzeti su:

- podizanje svijesti o nedemokračičnosti postojećeg stanja;
- sankcionisanje zloupotreba prava na izjašnjavanje s ciljem osvajanja vlasti;
- uvidi u matične knjige rođenih;
- promjena izbornih pravila u Bosni i Hercegovini kojim se nameće

²⁴ O Saopštenju više na: Ombudsmen.gov.ba - Utvrđivanje nacionalne pripadnosti kandidata u konkursu

- obaveza istog nacionalnog izjašnjavanja kandidata/kinja u jednom izbornom ciklusu, na duži vremenski period od jednog izbornog ciklusa;
- zakonsko normiranje sprečavanja zloupotreba prava na nacionalnu opredijeljenost;
 - ustavne promjene u pravcu prepoznavanja građanstva i kategorije Ostalih, kako na generalnom nivou tako i u pogledu učešća u vlasti.

U ovom radu je zastupano mišljenje da skoro ustrojstvo Bosne i Hercegovine po klasičnom građanskom principu nije ostvarivo. S druge strane, jačanje konsocijativnih elemenata je smjer suprotan smjeru europskih integracija. Ono što je od krucijalne važnosti za postupno prevladavanje međuetničkih tenzija jesu mali koraci, a koji se prvenstveno moraju odnositi na skupinu Ostalih.

ZAKLJUČAK

Najznačajnija modifikacija klasične liberalne demokratije se javlja na osnovu uviđanja da princip „jedna nacija, jedna država“ nije primjenjiv na određena društva. Takva društva su prvenstveno pluralna društva. Jedan od načina osiguravanja predstavljenosti različitih društvenih segmenata u pluralnom društvu podrazumijeva uspostavljanje konsocijacijske demokratije koja se temelji na primatu kolektivnih identiteta. Uspostavljanjem iste se javlja niz pitanja, među kojima su najznačajnija: da li konsocijacijska demokratija može modificirati osnovne postavke klasične liberalne demokratije, odnosno, da li može ugroziti individualna ljudska prava u korist kolektivnih; te da li je konsocijacija privremenog karaktera, ili sistem čiji je cilj održavanje pluralnosti društva? Ovakva pitanja su naša realnost, jer je naše društvo društvo konsocijacije. Bosna i Hercegovina je država koja je, a na osnovu društvene podijeljenosti i pluraliteta, prvenstveno iskazanih kroz sukob, nepodobna za uređivanje na principima klasične demokratije i građanstva. Aneksom IV Općeg okvirnog sporazuma za mir u BiH (Ustav BiH) se, a s ciljem uspostavljanja mira i tranziciji ka demokratskoj vladavini, uspostavlja konsocijacijski političkim sistem. Tako uspostavljen ustavni sistem kao svoju bazu ne nalazi multipluralno društvo, nego tripartitno (etno) društvo, gdje se tri naroda ustavno proglašavaju konstitutivnim. Temelj organizacije ovako zamišljene državne vlasti jeste etno-teritorijalni princip kojim se osigurava paritetna zastupljenost konstitutivnih naroda. Tijela državne vlasti, koje reguliše ustav, osiguravaju predstavljenost i zaštitu preferiranih etnija. Pored konstitutivnih naroda, ustav sve one koji ne pripadaju bošnjačkom, hrvatskom ili srpskom narodu smješta u kategoriju *Ostalih*, pri čemu se riječ *Ostali/e* u ustavnom tekstu spominje samo na jednom mjestu, i to u završnom dijelu Preambule. Nadalje, odrednica/identitet *Ostalih* nije definisan u ustavnom tekstu, niti u drugom aktu, tako da bosanskohercegovački pravni sistem nije definisao koje

društvene skupine navedeni identitet obuhvata. Teorija je ponudila određena shvatanja kategorije Ostalih, pri čemu je u ovom radu prihvaćeno negativno određenje Ostalih (Sitnić, Ždralović, 2013, 12). Prema njemu, u navedenu kategoriju spadaju svi oni koji ne pripadaju konstitutivnim narodima: formalne i neformalne nacionalne manjine, te oni koji se o svom etnicitetu ne žele izjasniti. U najvećem broju slučajeva se uspostavlja relacija Ostalih sa Zakonom o nacionalnim manjinama BiH (2003). Ovako kreiran sistem predstavlja, par excellence, primjer dodjeljivanja drugorazrednog značaja dijelu stanovništva. Ustav BiH na otvoreni način zabranjuje i onemogućava učešće Ostalih u državnoj vlasti. Da se radi o diskriminaciji više puta je potvrđeno i presudama Evropskog suda za ljudska prava. Konsocijacijski politički sistem BiH je doveo (de iure, ali i de facto) do isključivanja jedne skupine stanovništva. Grana vlasti koja je posebno razmatrana jeste izvršna vlast, i to u njenom dijelu koji se određuje kao Vijeće Ministara BiH. Osnov regulacije datog tijela je pored ustava i Zakon o vijeću ministara BiH. Prema navedenom zakonu u učešću Vijeća Ministara se mora osigurati i mjesto za pripadnike/ce Ostalih. U određenim razmatranim sazivima VM-a (2006-2023.) dešavala su se direktna kršenja zakonskih odredbi s obzirom da u sastavu VM-a nije bilo pripadnika/ca Ostalih. U drugim razdobljima, iako je sastav formalno ispunjavao zakonske uslove, njegov se sastav može propitivati u svjetlu prakse promjene etniciteta/nacionalnosti s ciljem osvajanja vlasti, a koja se dešava u BiH. Na takvo maliciozno djelovanje upozorava i Vijeće nacionalnih manjina u okviru Parlamentarne skupštine. Na taj način pozicije predviđene pripadnicima/ama Ostalih pripadaju onima koji navedeni identitet koriste maliciozno. Iako je sloboda izjašnjavanja o etničkoj/nacionalnoj pripadnosti zagarantovana, u državi organiziranoj po etničkom principu, izigravanje navedene slobode se ne smije dopustiti.

Bibliografija

- Agencija za statistiku Bosne i Hercegovine. (2013). *Popis stanovništva BiH: Etnička/nacionalna pripadnost, vjeroispovijest, maternji jezik*. Sarajevo: Agencija za statistiku BiH. Preuzeto 3.8.2023. [Popis 2013 BiH](#).
- Arapović, A. (2021). Kritične tačke unapređenja izbornog sistema Bosne i Hercegovine – rubikon demokratizacije. U I. Cvitković (ured.) *Reforma izbornog zakonodavstva Bosne i Hercegovine* (11-27). Sarajevo: Akademija Nauka i Umjetnosti Bosne i Hercegovine.
- Babić-Avdispahić, J. (2004). Feministička čitanja univerzalističkih etičkih teorija J.Rawlsa, J.Habermasa i L. Kohlberga. *Dijalog - Časopis za filozofiju i društvenu teoriju*, 01, 162-175.

- Banović, D., Gavrić, Š., & Barreiro Mariño, M. (2021). *The Political System of Bosnia and Herzegovina: Institutions – Actors – Processes*. Switzerland: Springer Cham.
- Burg, Steven L. & Shoup, Paul S. (1999). *The War in Bosnia and Herzegovina: Ethnic conflict and International Intervention*. New York: Routledge.
- Ćopić, N. (2012). Žene i jezik. U: A. Zaharijević (ured.). *Neko je rekao feminizam? Kako je feminizam uticao na žene XXI veka*. Sarajevo: Sarajevski otvoreni centar/Fondacija Heinrich Boll/Fondacija Cure. Preuzeto [Neko je rekao feminizam? Kako je feminizam uticao na žene XXI veka – Sarajevski Otvoreni Centar \(soc.ba\)](https://www.soc.ba/).
- De Beauvoir, S. (1949). *Drugi spol*. Zagreb: Naklada Ljevak.
- Eckstein, H. (1966). *Division and Cohesion in Democracy: A Study of Norway*. New Jersey: Princeton University Press.
- Vijeće Evrope. (1997). *Evropska konvencija o državljanstvu*. Preuzeto 15.09.2023. <https://rm.coe.int/168007f2c8>.
- Fukujama, F. (1992). *Kraj istorije i posledni čovek*. Podgorica: CID.
- Izborni zakon BiH. Službeni glasnik BiH, br. 23/2001, 7/2002, 9/2002, 20/2002, 25/2002 - ispr., 4/2004, 20/2004, 25/2005, 77/2005, 11/2006, 24/2006, 33/2008, 37/2008, 32/2010, 48/2011 - odluka US, 63/2011 - odluka US, 18/2013, 7/2014, 31/2016, 54/2017 - odluka US, 41/2020, 38/2022, 51/2022 i 67/2022.
- Išerić, H. & Sahadžić, M. (2023). Perils from Within and Without: The Constitutional Court of BiH Under Pressure. *VerfBlog*. DOI: [10.17176/20230727-132151-0](https://doi.org/10.17176/20230727-132151-0).
- Kasapović, M. (2004). Institucionalni dizajn: najkonjunktornija grana savremene političke znanosti. *Politička misao : časopis za politologiju*, Vol. 41 No. 1, str. 102-114. Preuzeto <https://hrcak.srce.hr/22860>
- Kasapović, M. (2005). *Bosna i Hercegovina: Podijeljeno društvo i nestabilna država*. Zagreb: Politička kultura.
- Kovačević, S. (2021). Konsocijacijska demokracija Arenda Lijpharta vs. Liberalna demokracija. *Časopis za društvena pitanja*, 62(1):113-136. [10.48052/19865244.2021.1.113](https://doi.org/10.48052/19865244.2021.1.113).
- Kovačević protiv Bosne i Hercegovine, 43651/22, [2023], 29.08.2023. Preuzeto 20.10.2023. [sahttps://hudoc.echr.coe.int/#%7B%22full-text%22%3A%5B%7B%22CASE%20OF%20KOVA%20v.%20BOSNIA%20AND%20HERZEGOVINA%22%22%2C%22documentcollectionid%22%3A%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%22%2C%22itemid%22%3A%22001-226386%22%22%7D%7D](https://hudoc.echr.coe.int/#%7B%22full-text%22%3A%5B%7B%22CASE%20OF%20KOVA%20v.%20BOSNIA%20AND%20HERZEGOVINA%22%22%2C%22documentcollectionid%22%3A%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%22%2C%22itemid%22%3A%22001-226386%22%22%7D%7D).
- Lijphart, A. (1977). *Demokracija u pluralnim društvima*. Zagreb: Globus nakladni zavod Školska knjiga

- Ministarstvo za ljudska prava i izbjeglice BiH. (2020). *Peti Periodični Izvještaj BiH o zakonodavnim i drugim mjerama na provedbi načela utvrđenih u okvirnoj konvenciji za zaštitu nacionalnih manjina*. Preuzeto 30.7.2023. [peti_hrvatski_jezik.pdf \(mhrr.gov.ba\)](#).
- Mujkić, A. (2022). *Ideja demokratije i ljudskih prava, Etičko-politička perspektiva*. Sarajevo: Univerzitet u Sarajevu Fakultet političkih nauka. Preuzeto 24.7.2023. [IDEJA-DEMOKRATIJE-I-LJUDSKIH-PRAVA_e-izdanje.pdf \(unsa.ba\)](#).
- Nermin Bjelak i dr., AP 66/15, (2015). (Službeni glasnik BiH, broj 17/15). Preuzeto 3.8.2023. [Službeni List- Pregled Dokumenta \(sluzbenilist.ba\)](#).
- Obućina, V. (2021). Međureligijska vijeća i izazovi vjerskih konsocijacija na Bliskom istoku: što razlikuje Libanon od Iraka i Irana?. *Anali Hrvatskog politološkog društva : časopis za politologiju*, 18(1) 195-214. <https://doi.org/10.20901/an.18.07>
- Puhalo, S. (2009). *Etnička distanca i (auto) stereotipi građana Bosne i Hercegovine*. Friedrich-Ebert-Stiftung. Preuzeto [Etnička distanca i \(auto\) stereotipi gradana Bosne i Hercegovine \(fes.de\)](#).
- Repovac-Nikšić, V. (2019). *Teorijske rasprave o kozmopolitizmu*. Sarajevo: Univerzitet u Sarajevu, Fakultet političkih nauka.
- Vijeće Ministara. *Sazivi Vijeća Ministara*. Preuzeto 3.8.2023. [sazivi_novi_bos_12-2-2020.pdf \(vijeceministara.gov.ba\)](#).
- Sejdić i Finci protiv Bosne i Hercegovine, App br. 27996/06 i 34836/06, 22.12.2009. Preuzeto 27.7.2023. [Sejdić i Finci protiv Bosne i Hercegovine \(advokat-prnjavorac.com\)](#).
- Sitnić, A. & Ždralović, A. (2013). *Građani/ke u kolektivističkoj ideologiji*. Sarajevo: Centar za političke studije.
- Šolaja, M. (2010). *Utjecaj prava nacionalnih manjina na politički sustav u Bosni i Hercegovini*. Preuzeto 26.7.2023. [Utjecaj prava nacionalnih manjina na politički sustav u Bosni i Hercegovini \(srce.hr\)](#).
- Ustav Bosne i Hercegovine. (1993). Preuzeto 3.8.2023. [USTAV BOSNE I HERCEGOVINE \(ustavnisud.ba\)](#).
- Ustav Crne Gore. (2007). ("Službeni list Crne Gore", br. 001/07 od 25.10.2007, 038/13 od 02.08.2013). Preuzeto 3.8.2023. [Ustav Crne Gore \(www.gov.me\)](#).
- Ustav Republike Hrvatske. (1990). (NN 56/90, 135/97, 8/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05/14). Preuzeto 29.07.2023. [UstavRepublikeHrvatske_2014-005.pdf \(vsrh.hr\)](#).
- Ustav Republike Srbije. (2006). („Službeni glasnik RS“, br. 98/2006, 16/2022). Preuzeto 3.8.2023. [Устав Републике Србије \(sud.rs\)](#).

- Vuković, D. (2021). *Društvo i pravo: Uvod u sociologiju prava*. Beograd: Univerzitet u Sarajevu, Pravni fakultet.
- Young, I. M. (1991). Politička zajednica i razlike među grupama: kritika ideala univerzalnog građanstva. *Politička misao*, Vol. XXV111(1991), No. 1, 206-229.
- Zakaria, F. (1997). The Rise of Illiberal Democracy. *Foreign Affairs*, Vol. 76, No. 6 (Nov. - Dec., 1997), str. 22-43. <https://doi.org/10.2307/20048274> .
- Zakona o Vijeću Ministara BiH. "Službeni glasnik BiH", br. 30/03, 42/03, 81/06, 76/07, 81/07, 94/07 i 24/08.
- Zakon o matičnim knjigama FBiH. Službene novine Federacije BiH", br. 37/2012 i 80/2014.
- Zakon o zaštiti pripadnika nacionalnih manjina BiH. Službeni glasnik BiH", br. 12/03 i 76/05).
- Zornić protiv Bosne i Hercegovine, 3681/06, [2014], 15.07.2014. Preuzeto 20.10.2023. sa <https://hudoc.echr.coe.int/#!%22full-text%22:%22CASE%20OF%20ZORNI%C4%86%20v.%20BOSNIA%20AND%20HERZEGOVINA%22%22,%22documentcollectionid%22:%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22,%22itemid%22:%22001-145566%22>}.
- Ždralović, A. (2021). *Teorijski sporovi o pravdi liberalne perspektive i odgovor na kritike*. Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu.

Almina Selimbašić, Mr. iur

Assistant

University of Sarajevo

Faculty of Law

a.selimbasic@pfsa.unsa.ba

**OTHERS IN BOSNIA AND HERZEGOVINA
LEGAL SYSTEM LIMBO**

Summary

The central issue that the following paper deals with is the relationship between the consociational system of Bosnia and Herzegovina, reflected in the constitutional text, and the rights of Others, as an undefined group society of Bosnia and Herzegovina. Consociational democracy, with its system of disfavoring the majority, is defined as a political system necessary for plural (and divided) societies, which includes our society. However, does consociational democracy contain the essential democratic element, or by referring to certain values, nominally carries the determinant of the democratic system? This paper defines the individual human rights of all society members, explained through the concept of Some Other Cosmopolitanism by the author Benhabib, as essential to democracy. Where the consociational democracy meets the recognition of individual rights, the question of Others in the Bosnian legal system rises up. The constitutional and legal position of the Others in practice opens up dilemmas of the democratic system of Bosnia and Herzegovina. Based on the stated reasons, these two determinants, consociational democracy and the position of the Others, are the backbone of this work.

Keywords: consociational democracy, human rights, constitution, legislative power, judicial power, executive power, Others.

Dr. sc. Almedina Šabić Učanbarlić

Vanredna profesorica
Univerzitet u Sarajevu
Pravni fakultet
a.sabic@pfsa.unsa.ba

UDK 347.44:368.214]:366.5

Pregledni naučni rad

Dr. sc. Vesna Lazić Buljan

Sekretar
Univerzitet u Sarajevu
Pravni fakultet
v.lazic@pfsa.unsa.ba

O NEKIM ASPEKTIMA ZAŠTITE OSIGURANIKA KAO POTROŠAČA U UGOVORU O KASKO OSIGURANJU MOTORNOG VOZILA

Sažetak

Autorice u radu analizaju pravni okvir i sudsku praksu u kontekstu zaštite osiguranika kao potrošača kod ugovora o kasko osiguranju motornog vozila, s naglaskom na zaštitu osiguranika od nepoštenih ugovornih odredbi. Potreba pružanja zaštite uzrokovana je neravnotežom koja postoji u pregovaračkoj poziciji između osiguranika, kao potrošača i osiguravatelja, kao trgovca, a u smislu osiguravateljeve ekonomske i informacijske nadmoći. U radu se ispituju pojedine odredbe pravila za kasko osiguranje motornih vozila i njihov uticaj na prava osiguranika u pogledu isplate naknade štete, odnosno, konkretnije, pokušava se dati odgovor na pitanje da li nemogućnost ispunjenja neke obaveze osiguranika može isključiti obavezu osiguravatelja na naknadu štete?

Ključne riječi: zaštita osiguranika, ugovor o kasko osiguranju, opći uvjeti, pravila kasko osiguranja motornih vozila

UVOD

Imperativnim propisima¹ se od vlasnika motornih vozila zahtijeva da sa zajednicom osiguranja zakluče ugovor o osiguranju od odgovornosti za štetu koja može nastati trećim osobama. Ovo osiguranje se naziva osiguranje od auto-odgovornosti i definira se kao zakonom propisano obavezno osiguranje vlasnika motornih vozila za štete pričinjene trećim osobama upotrebom motornog vozila.

Za razliku od prednje navedenog vida osiguranja motornog vozila, čija obaveznost ima zakonsko utemeljenje, postoji i dobrovoljni vid osiguranja motornog vozila koji se naziva kasko osiguranje. Ugovorom o kasko osiguranju motornog vozila osiguranik osigurava motorno, priključno, radno ili tračno vozilo i njegove sastavne dijelove: alat, pribor, uređaje i opremu koju u vozilo standardno ugrađuje proizvođač vozila.

Opći uvjeti svakog ugovora o osiguranju, pa tako i ugovora o kasko osiguranju motornog vozila – Pravila osiguravatelja, sadrže, između ostalog, i odredbe o gubitku prava iz osiguranja ukoliko osiguranik ne ispuni određenu obavezu, pa se postavlja pitanje može li se takve odredbe smatrati nepoštenim i ima li mjesta zaštiti osiguranika kao potrošača prilikom sklapanja ovakvih ugovora ili je sistem zaštite osiguranika uspostavljen na jasnim pravilima, u smislu njihove svojevrzne nedodirljivosti potrošačkopравnim normama. Osim toga, brojni primjeri iz sudske prakse pokazuju da, još uvijek, sudska praksa nije jedinstvena u pogledu zaštite osiguranika glede pojedinih odredaba Pravila osiguravatelja. Upravo to je razlog koji je ponukao autorice da pristupe izradi ovog rada.

I. SISTEM ZAŠTITE OSIGURANIKA POJEDINCA U ZAKONODAVSTVU BOSNE I HERCEGOVINE

Pravni okvir zaštite osiguranika pojedinca kod ugovora o osiguranju je vrlo složen, imajući u vidu to da su odnosna rješenja sadržana u četiri propisa:

¹ Član 22. Zakona o obaveznim osiguranjima u saobraćaju ("Službene novine FBiH" br. 57/20 i 103/21)

Zakonu o obligacionim odnosima², Zakonu o osiguranju FBiH³, Zakonu o društvima za osiguranje Republike Srpske⁴ i, konačno, u Zakonu o zaštiti potrošača u Bosni i Hercegovini⁵.

1. Uopćeno o zaštiti osiguranika pojedinca prema Zakonu o obligacionim odnosima

Temeljne odredbe o ugovoru o osiguranju su sadržane u ZOO, tačnije u XXVII. glavi, koja je podijeljena na tri odjeljka, a oni na odsjeke i članove. Prvi odjeljak sadrži zajedničke odredbe za imovinska osiguranja i osiguranja osoba, drugi odjeljak reguliše osiguranje imovine, dok je treći odjeljak posvećen osiguranju osoba. Najznačajnija odredba ZOO u pogledu zaštite osiguranika kao pojedinca jeste ona koja govori o ništavosti odredaba o gubitku prava (član 918. ZOO) na naknadu štete ili svotu osiguranja ako osiguranik poslije nastupanja osiguranog slučaja ne izvrši neku od propisanih ili ugovorenih obaveza. Pored prednje navedene odredbe, zaštiti osiguranika služe i temeljna načela obligacionog prava: načelo savjesnosti i poštenja, načelo ravnopravnosti strana i načelo zabrane stvaranja i iskorištavanja monopolskog položaja. Načelo savjesnosti i poštenja (član 12. ZOO) govori o tome da su učesnici u zasnivanju obligacionih odnosa i ostvarivanju prava i obaveza iz tih odnosa dužni pridržavati se načela savjesnosti i poštenja. Zakon pobliže ne određuje sadržaj načela i šta se to podrazumijeva pod savjesnošću i poštenjem, već je to prepušteno ocjeni sudova u svakom konkretnom slučaju (Bikić, 2013., str. 53). Strane u obligacionom odnosu moraju biti rav-

² U Bosni i Hercegovini se primjenjuju dva entitetska zakona o obligacionim odnosima, te Zakon o obligacionim odnosima u Brčko distriktu. U Federaciji BiH to je Zakon o obligacionim odnosima FBiH (“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), a u Republici Srpskoj to je Zakon o obligacionim odnosima RS (“Sl. list SFRJ”, br. 29/1978, 39/1985, 45/1989 – odluka USJ I 57/1989, “Sl. glasnik RS”, br. 17/1993, 3/1996 i 37/2001, 39/2003, 74/2004). Zakon o obligacionim odnosima se u Brčko distriktu primjenjuje u izvornom tekstu koji je preuzet iz bivše Jugoslavije. Rješenja dva entitetska zakona ne razlikuju se u dijelu koji se tiče ugovora o osiguranju i općih uvjeta ugovora, te će u tom smislu oznaka “Zakon o obligacionim odnosima” biti korištena u jednini, a za označavanje rješenja oba entitetska zakona i Zakona o obligacionim odnosima Brčko distrikta (dalje i: ZOO).

³ „Službene novine Federacije BiH“, broj 23/17 (dalje i: ZOS FBiH).

⁴ “Službeni glasnik Republike Srpske” br. 17/05, 01/06 i 64/06, 74/10 (dalje i: ZDO RS).

⁵ “Službeni glasnik BiH”, br. 25/2006 i 88/2015 (dalje i: ZZP BiH).

nopravne i od toga polazi načelo ravnopravnosti strana (član 11. ZOO). Ovo načelo podrazumijeva pravnu ravnopravnost strana i nalaže da jedna strana ne može, koristeći svoj nadređen položaj u odnosu na drugu stranu u obligacionim odnosima, drugoj strani nametnuti naročito teške obaveze koje ova pod drugačijim okolnostima ne bi prihvatila. S ovim prethodnim načelom je vrlo usko povezano načelo zabrane stvaranja i iskorištavanja monopoloskog položaja (član 14. ZOO). Ovo načelo zabranjuje ustanovljavanje prava i obaveza kojima se za učesnike ili nekog trećeg stvara i iskorištava monopolski položaj na tržištu, čime se ostvaruju materijalne koristi, a nisu zasnovane na radu ili koje stvaraju neravnopravne odnose u poslovanju i narušavaju društveno – ekonomske odnose.

2. Zaštita osiguranika pojedinca shodno Zakonu o osiguranju Federacije Bosne i Hercegovine i Zakonu o društvima za osiguranje Republike Srpske

Dalji propisi koji sadrže odredbe o zaštiti prava osiguranika kao potrošača jesu ZOS FBiH i ZDO RS. Prvi uređuje osnivanje, poslovanje, nadzor i prestanak društava za osiguranje i reosiguranje osnovanih u Federaciji Bosne i Hercegovine (dalje: FBiH), kao i podružnica društava za osiguranje i reosiguranje koja nemaju sjedište u FBiH. Zaštiti potrošača je posvećena glava XI. Zakona, koja broji šesnaest članova. Definicija potrošača je veoma široko postavljena, pa se potrošačem smatra svaka fizička osoba koja ima prava i obaveze po osnovu ugovoru o osiguranju.⁶ Shodno odredbama ovog zakona, osnovni instrument zaštite koje stoji na raspolaganju osiguraniku, ukoliko smatra da se osiguravatelj ne pridržava uvjeta iz ugovora o osiguranju, jeste prigovor. Prigovor se može uputiti na nekoliko adresa: društvu za osiguranje, internoj reviziji društva za osiguranje, udruženju za zaštitu potrošača, ombudsmenu u osiguranju, te drugim nadležnim tijelima.⁷

U okviru Agencije za nadzor osiguranja FBiH djeluje jedan ili više ombudsmena u osiguranju. Oni se osnivaju u cilju promoviranja i zaštite prava i interesa osiguranika. Generalni zadatak ombudsmena je mirno rješavanje nesuglasica i sporova između osiguravatelja i osiguranika, uz minimum formalnosti. Najznačajnija karakteristika ombudsmena je njegova nezavisnost, pa iako djeluje u okviru Agencije za nadzor osiguranja FBiH samostalan je u obavljanju svojih zadataka i funkcija.⁸ Ombudsmen u osiguranju ima tačno zakonom propisane nadležnosti, koje se odnose na pružanje informacije o

⁶ Član 197. ZOS FBiH

⁷ Član 199. ZOS FBiH

⁸ Član 206. ZOS FBiH

pravima i obavezama korisnika i davaoca usluga osiguranja, praćenje i predlaganje aktivnosti za unaprjeđenje odnosa između korisnika usluga osiguranja i davaoca usluga osiguranja, istraživanje aktivnosti na tržištu osiguranja po službenoj dužnosti ili na osnovu prigovora radi zaštite prava korisnika usluga osiguranja i druge nadležnosti propisane zakonom.⁹

Rad ombudsmena, bilo da postupa u smislu razmatranja prigovora ili da posreduje u mirnom rješavanju spornih odnosa, zasniva se na principima zakonitosti, nepristrasnosti, stručnosti, jednakih prava i pravičnosti, efikasnosti i transparentnosti pravila i procedura i principu dobrovoljnosti i povjerljivosti.¹⁰ Pored prigovora koji osiguranik može koristiti u cilju zaštite svojih prava i interesa, koji podrazumijeva njegov angažman, jedan od instrumenata zaštite osiguranika kao potrošača jeste obaveza osiguravatelja da prije sklapanja ugovora o osiguranju pismeno obavijesti osiguranika i pruži mu informacije na temelju kojih osiguranik može donijeti odluku o namjeri sklapanja ugovora (Keglević, 2013., str. 215). Informacije koje je osiguravatelj dužan pružiti osiguraniku prije sklapanja ugovora o osiguranju mogu se podijeliti u tri skupine. Prve se tiču samog osiguravatelja, druge se tiču ugovora, a treće se odnose na nadzorno tijelo osiguravatelja.¹¹ Postavlja se pitanje zbog čega je osiguravatelj dužan pružiti ovoliko informacija osiguraniku. Postoji nekoliko razloga za to. Najprije, podaci o pravnom licu/osiguravatelju su neophodni kako bi osiguranik znao ko je njegov ugovarač i s kim tačno sklapa ugovor, posebno ukoliko se takav ugovor sklapa putem podružnice osiguravatelja. Nadalje, podaci o bitnim i sporednim elementima ugovora su neophodni, jer na temelju njih osiguranik donosi odluku želi li zaključiti baš takav ugovor i pod takvim uvjetima. Konačno, osiguranika je neophodno pružiti informacije o načinu rješavanja eventualnih sporova, jer se on na taj način upoznaje sa mogućnošću zaštite svojih prava u slučaju da ona budu ugrožena (Keglević, 2013., str. 216.).

⁹ Član 207. ZOS FBiH

¹⁰ Član 209. ZOS FBiH

¹¹ Član 200. ZOS FBiH

Obaveza informiranja, kao institut zaštite osiguranika, postoji ne samo prije sklapanja, nego i za vrijeme trajanja ugovora o osiguranju.¹² Predmet obaveze osiguravatelja za vrijeme trajanja ugovora se odnosi na obavještanje osiguranika o promjenama svih onih informacija koje mu je bio dužan pružiti prije sklapanja ugovora.¹³

Zakonodavac nije precizirao šta znači da obavještenje mora biti napisano na pregledan i razumljiv način, već se to cijeni u svakom konkretnom slučaju. Koristeći *argumentum a contrario* to znači da obavještenje ne smije biti nepregledno i nerazumno. Obavještenje može biti nepregledno i nerazumno ukoliko sadrži mnoštvo informacija koje nisu sistematizirane, uz upotrebu sitnih slova ili stručne i tehničke terminologije koja osiguraniku kao potrošaču nije jasna (Keglević, 2013., str. 215).

ZDO RS uređuje osnivanje, poslovanje, nadzor i prestanak rada društava za osiguranje i filijala koje obavljaju djelatnost osiguranja u Republici Srpskoj (dalje: RS) i osniva Agenciju za osiguranje RS. Zaštiti osiguranika su posvećena tri člana pozicionirana u okviru prvog odjeljka koji se bavi općim odredbama. U cilju zaštite osiguranika kao potrošača zakon postavlja određene uvjete koje moraju zadovoljiti podaci koji se dostavljaju ili predočavaju osiguraniku podaci kao i ugovor o osiguranju koji se zaključuje.

Kada su u pitanju podaci, oni moraju biti jasni i nedvosmisleni, tačni, u pismenom obliku i na jednom ili više službenih jeziku u upotrebi u BiH. Ukoliko osiguranik ima pravo izbora mjerodavnog prava, ovi podaci mogu biti sastavljeni i na drugom jeziku u skladu sa zakonom i ugovorom. Ono što je zbunjajuće jeste veznik „a“ koji se nastavlja nakon navođenja uvjeta u odnosu na podatke koji se predočavaju osiguraniku, jer striktnim tumačenjem veznika a (koji je karakterističan za suprotne rečenice) dolazi se do zaključka da podaci moraju biti tačni, jasni, u pisanom obliku i na jednom od službenih jezika u BiH samo na zahtjev osiguranika, u suprotnom ne, što nije u cilju zaštite osiguranika. Nerijetko su osiguranici ti koji ne znaju svoja prava, pa samim tim neće znati ni da postave zahtjev kako je prethodno navedeno. Autorice smatraju da je zakonodavac imao na umu da osiguranik može postaviti zahtjev samo u odnosu na izbor jezika u BiH na kojem će biti sačinjeni podaci koji

¹² Nije bez značaja činjenica na koji način su prednje navedene informacije, kako prije sklapanja, tako i za vrijeme trajanja ugovora o osiguranju, saopćene osiguraniku. Da bi osiguranik mogao shvatiti značaj informacija i na temelju toga donijeti odluku o ugovoru koji sklapa, potrebno je da pismeno obavještenje osiguravatelja ispunjava dva kriterija: da bude napisano na pregledan i razumljiv način i da bude sastavljeno na jednom od službenih jezika u upotrebi u Bosni i Hercegovini (dalje i: BiH).

¹³ Član 201. ZOS FBiH

mu se dostavljaju, jer je to jedino mogao biti *ratio legis* ove odredbe.¹⁴

Što se tiče ugovora o osiguranju, on mora da sadrži podatke o sjedištu filijale društva za osiguranje koja pruža pokriće kao i podatke o predstavniku društva koje pruža usluge osiguranja vrste odgovornosti za motorna vozila. Ovo je posebno značajno zbog mjesta zaključenja ugovora i osobe sa kojom se zaključuje ugovor o osiguranju.

Jednako kao i u ZOS FBiH, tako i u ovom zakonu postoji obaveza informiranja, kao institut zaštite osiguranika, prije sklapanja i tokom trajanja ugovora o osiguranju. Prije sklapanja ugovora, društvo za osiguranje osiguraniku dostavlja podatke koji se mogu podijeliti u dvije skupine: podaci koji se odnose na društvo za osiguranje i podaci koji se odnose na elemente ugovora o osiguranju. Obaveza informiranja osiguranika od strane društva za osiguranje postoji i tokom trajanja ugovora o osiguranju, a odnosi se na informiranje osiguranika o svim promjenama podataka koje mu je bio dužan dostaviti prije sklapanja ugovora, osim mjerodavnog prava, jer se ono ne može promijeniti.¹⁵

Zakonodavac kroz ZDO RS uvodi institut ombudsmena u osiguranju, kojim upravlja Agencija za osiguranje RS. Zadatak ombudsmena je omogućavanje rješavanja nesuglasica iz i povodom ugovora o osiguranju između društva za osiguranje, s jedne strane i osiguranika/ugovarača osiguranja/trećeg lica, brže i bez određenih formalnosti. Postupak se rješava od strane nezavisnih lica, a uređen je Pravilnikom o ombudsmenu u osiguranju RS¹⁶. Iako je ombudsmen uveden ZDO RS, značajno je naglasiti da je on u svom radu nezavisan od Agencije i u postupcima koje vodi ne djeluje kao njen zastupnik. Postupak pred ombudsmenom se pokreće isključivo podnošenjem prigovora na propisanom obrascu, dakle u pismenoj formi uz prilaganje dokumentacije koja je neophodna za rješavanje vansudskog predmeta. Ombudsmen razmatra prigovor uzimajući u obzir sve okolnosti slučaja i donosi odluku šta je to po njegovom mišljenju pravično i razumno. Prilikom razmatranja prigovora, ombudsmen uzima u obzir odgovarajući zakon, standarde i dobre prakse u osiguranju i Kodeks poslovne etike društava za osiguranje u Republici Srpskoj¹⁷. Ombudsmen u postupku može da postupa na dva načina: posredovanjem između strana u sporu u cilju postizanja sporazuma o vansudskom poravnanju i donošenjem odluke/preporuke.

Postoje slučajevi u kojima ombudsmen ne postupa iako je podnesen pisani prigovor, ukoliko se radi o zahtjevu/podnesku: za pružanje informacija i

¹⁴ Član 23. ZDO RS

¹⁵ Član 24. ZDO RS

¹⁶ Sl. glasnik RS br. 02/19, 75/22 i 94/22.

¹⁷ Dostupno na: https://www.azors.rs.ba/azors/lat/pod_akti/ombudsman/-kodeks%20poslovne%20etike%20drustava%20za%20osiguranje.pdf

savjeta, za provođenje nadzora, za tumačenjem zakonskih i podzakonskih propisa i sl., a posebno ako se odnose na: poslovanje društava za osiguranje i kršenje propisa o osiguranju, pitanja za koje je nadležan sud ili drugi nadležni organ, organizacija ili institucija, izvršenje pravosnažne sudske presude i u drugim slučajevima.

3. Zaštita od nepoštenih ugovornih odredbi prema Zakonu o obligacionim odnosima, Zakonu o zaštiti potrošača u Bosni i Hercegovini i Zakonu o zaštiti potrošača u Republici Srpskoj

U savremenom je poslovanju sasvim uobičajeno da se pri zaključenju ugovora koristi neku vrstu unaprijed definiranog ugovornog sadržaja. Za subjekta koji trguje robama i uslugama mogućnost upotrebe ranije formuliranog sadržaja poslovanje istovremeno ubrzava i olakšava. Osim toga, činjenica da se o sadržaju nekog budućeg ugovora može promisliti prije njegovog zaključenja, te ono što je najprihvatljivije i ugraditi u unaprijed definirani sadržaj, za trgovca u pravilu znači i svojevrsno osiguranje određene željene ugovorne pozicije.

Unaprijed definirani ugovorni sadržaj može imati različitu formu. Moderni pravni sistemi tako uglavnom razlikuju formularne, tipske ili standardne ugovore, adhezione ili ugovore po pristupu, te opće uvjete ugovora. Zajedničko svim navedenim obrascima jeste to što svi oni, više ili manje, odstupaju od načela slobode ugovaranja, u smislu da ugovorna strana koja sa sastavljačem zaključuje ugovor nema slobodu odlučiti hoće li uopće zaključiti ugovor odnosno kakav će sadržaj takav ugovor imati.¹⁸

U tom kontekstu unaprijed i jednostrano formulirani ugovorni sadržaj nerijetko ima potencijal biti nepošten prema drugoj ugovornoj strani koja nije imala priliku učestvovati u kreiranju takvog sadržaja, te se toj strani mora omogućiti adekvatnu zaštitu. Takva je zaštita nepotrebna i nju se ne provodi kod ugovora čiju su sadržinu ugovorne strane dogovorile sporazumno; kod takvih ugovora, prema načelu *pacta sunt servanda*, sporazumno preuzete obaveze moraju u svemu biti izvršene onako kako je to dogovoreno.

¹⁸ Među ugovorima u pogledu kojih, pod određenim uvjetima, postoji pravna obaveza njihovog zaključenja prednjače ugovori o priključenju na vodovodnu, električnu, plinsku, kanalizacijsku mrežu i sl.; riječ je o adhezionim ugovorima kojima druga strana pristupa *en bloc* odnosno u cijelosti, prema pravilu *take it or leave it*. Takvi ugovori karakteristični su i s obzirom na činjenicu da privredni subjekti koji pružaju navedene usluge u pravilu imaju monopolistički položaj na tržištu.

3.1. Zaštita od nepoštenih općih uvjeta ugovora prema Zakonu o obligacionim odnosima

Prije donošenja specijalnih potrošačkopравnih propisa problematika zaštite od nepoštenih ugovornih odredbi u ugovorima s unaprijed i jednostrano definiranim sadržajem u Bosni i Hercegovini regulirana je Zakonom o obligacionim odnosima. Ovdje je svakako neophodno podsjetiti na činjenicu da je riječ o zaštiti koja je koncipirana općenito, u smislu njene primjenjivosti u obligacionim i ugovorima u privredi na koje se ZOO primjenjuje (Slakoper, 2001., str. 194).¹⁹ Ipak, rješenja koja sadrži ZOO moguće je, u nedostatku specijalnih propisa, primijeniti i u rješavanju potrošačkih sporova; čak štaviše, interesantno je da su bosanskohercegovački sudovi i nakon donošenja potrošačkopравnih propisa najvećim dijelom nastavili primjenjivati rješenja ZOO, ignorirajući činjenicu da u međuvremenu postoji niz specijalnih propisa koji bi, barem temeljem pravila prema kojem specijalno derogira opće, a kasnije doneseni propisi one ranije, trebali imati prednost pred regulativom koju sadrži ZOO.²⁰

Rješenja koja u pogledu zaštite od nepoštenih ugovornih odredbi sadrži ZOO nisu posebno obimna. Zakonodavac se u ZOO bavi isključivo općim uvjetima ugovora i to pitanjima njihove obaveznosti (čl. 142), ništavosti (čl. 143) i odnosom između općih uvjeta i pojedinačnih pogodbi (čl. 144).

Uopćeno. Shodno odredbi čl. 142. st. 3. ZOO, opći uvjeti obavezujućeg ugovornu stranu koja je zaključila ugovor sa sastavljačem općih uvjeta ukoliko su opći uvjeti tog ugovornoj strani bili odnosno morali biti poznati u trenutku zaključenja ugovora. Upoznatost s općim uvjetima pretpostavlja se ondje gdje sam ugovor sadrži opće uvjete ili se ugovor poziva na objavljene opće uvjete.²¹ Osim toga, upoznatost s općim uvjetima moguća je i temeljem već postojećeg poslovnog odnosa, kao i u slučajevima u kojima se radi o pravilima postupanja karakterističnim za određenu struku (u smislu poslovnih običaja određene struke), koja su drugoj strani morala biti poznata.

¹⁹ U tom smislu Slakoper ističe kako su rješenja koja su sadržana u odredbama čl. 142-144 ZOO primjenjiva na ugovore trgovačkog i građanskog prava, uključujući tu i potrošačke ugovore.

²⁰ U korištenju takvog fenomena više je razloga, no svakako prednjači to što su potrošačkopравni propisi u domaće zakone o zaštiti potrošača preuzeti neadekvatno u mjeri u kojoj se sudovi u BiH nerado upuštaju u sagledavanje rješenja koja bi došla u obzir u smislu primjene, posežući radije za dobro isprobanim institutima Zakona o obligacionim odnosima.

²¹ Obaveza objavljivanja općih uvjeta na uobičajeni način podrazumijeva objavljivanje u štampi, određenoj publikaciji, poslovnoj prostoriji sastavljača i sl.

Ništavost odredbi općih uvjeta. Sudska kontrola općih uvjeta za cilj ima sprečavanje primjene onih ugovornih klauzula za koje se u postupku kontrole utvrdi da su nepoštene. Kontrola nepoštenosti podrazumijeva davanje odgovora na pitanje krši li konkretnim ugovornim odredbama kontrolne kriterije sadržane u odgovarajućim prinudnim propisima. Takve propise koji služe ocjeni nepoštenosti u teoriji i praksi nerijetko se naziva generalnim klauzulama (njemačko pravo) odnosno pravnim standardima (angloameričko pravo) (Vilus, 1976., str. 177). Generalnim klauzulama se kao ništave odnosno lišene pravnih dejstava određuju sve ugovorne odredbe kojima se krši određena opća načela civilnog prava.²²

Naspram sistema generalnih klauzula postoje sistemi u kojima se zakonodavac opredijelio za temeljno pobranje zabranjenih ugovornih klauzula. Takvom sistemu se naravno spočitava to što, ma kako detaljno pobranje bilo, ono nikada ne može biti niti približno potpuno. U tom se kontekstu kao optimalna pokazuje kombinacija sistema generalne klauzule i sistema enumeracije nedopuštenih ugovornih odredbi. Jednu vrstu sistema kombinacije usvojilo se i prilikom donošenja ZOO u odredbama čl. 143.

Shodno odredbi čl. 143 st. 1 ZOO, odredbe općih uvjeta koje su protivne svrsi ugovora ili dobrim poslovnim običajima apsolutno su ništave, čak i ukoliko su kao takve odobrene od strane nadležnih organa. Iz navedene se odredbe vidi da se zakonodavac pri donošenju ZOO opredijelio da ništavost kao posljedicu vezuje za protivnost općih uvjeta svrsi ugovora, te za povredu jednog općeg načela: obavezu postupanja u skladu s dobrim poslovnim običajima. Kad je o svrsi ugovora riječ, zakonom naravno nije definirano šta se ima smatrati

²² Generalne je klauzule moguće dijeliti na apsolutne i relativne. Apsolutnim bi se generalnim klauzulama smatralo one koje kao ništave određuju sve opće uvjete ugovora kojima se krši određeno načelo kao opće mjerilo postupanja. Pravilo sadržano u generalnoj klauzuli primjenjivalo bi se neovisno o okolnostima konkretnog slučaja, dakle neovisno o tom šta su ugovorne strane u određenom slučaju ugovorile, šta se smatra njihovim interesima i ne uzimajući u obzir ugovor kao cjelinu. Relativnim se klauzulama smatra one klauzule kojima se uopće zabranjuje korištenje određenog ugovornog sadržaja, no pri ocjeni se valjanosti konkretne ugovorne klauzule uzima u obzir okolnosti pojedinog slučaja, kao i cjelinu ugovora, pri čemu je teret dokazivanja na strani sastavljača. Iako je teret dokazivanja u okviru sistema relativnih generalnih klauzula premješten sa slabije ugovorne strane na sastavljača, ostalo je pitanje kojim se kriterijima sud pri ocjeni najprije treba voditi, te se nametnuo problem preopterećenosti sudova predmetima u kojima samo o odluci suda ovisi valjanost ugovornih odredbi u velikom broju najrazličitijih slučajeva.

svrhom ugovora, s obzirom na to da je to nemoguće, no polazi se od ciljnog odnosno teleološkog tumačenja općih uvjeta, a nastoji se otkriti i zajedničke namjere ugovornih strana postojeće pri zaključenju ugovora: u zajedničkoj se namjeri ugovarača može posmatrati cilj odnosno svrhu ugovora. Obaveza postupanja u skladu s dobrim poslovnim običajima nametnula se kroz ponovljenu praksu u poslovnom prometu: racionalno postupanje olakšava svakodnevno poslovanje, te se od sudionika u poslovnom prometu očekuju da i sami poštuju takve racionalne procedure. Ipak, poteškoće mogu postojati u vezi s odgovorom na pitanje u kojoj će se mjeri u obzir uzimati pojedine poslovne običaje odnosno kako će se konkretni poslovni običaji vrednovati.

Generalnom klauzulom može se smatrati i odredbu čl. 143 st. 2 ZOO u dijelu u kojem se ističe kako sud može odbiti primjenu pojedinih odredbi općih uvjeta...*koje su inače nepravične ili pretjerano stroge prema njoj (drugoj strani)*.. Čini se kako su ugovorne odredbe o kojima se ovdje govori zapravo pravične, no njihovu se primjenu može odbiti ako bi inače bile nepravične ili pretjerano stroge prema drugoj strani. Pitanje koje se po čitanju ove odredbe svakako automatski nameće jeste to kako će se cijeliti ravnotežu odnosno njen poremećaj. Očigledno je da će takva ocjena biti subjektivna, jer će se u obzir uzeti poziciju druge ugovorne strane odnosno ugovorne strane sastavljajuća općih uvjeta. Ovakvo je shvatanje gotovo neprihvatljivo, i jako je kritizirano, u smislu isticanja kako bi se umjesto na načelo pravičnosti smislenijim bilo pozvati na načelo savjesnosti i poštenja, kao jedno objektivizirano načelo. Kombinacija sistema generalne klauzule sa sistemom enumeracije primijetna je u dijelu odredbe čl. 143 st. 2 ZOO, u kojem se ističe kako je moguće da sud odbije primjenu pojedinih odredbi općih uvjeta koje bi drugu stranu dovele u situaciju da izjavi prigovor ili da izgubi prava iz ugovora ili rokove. Riječ je o tzv. restriktivnim ili sužavajućim klauzulama, za koje se može pretpostaviti da druga strana nije na njih svjesno pristala.

Pitanje koje je uvijek iznova interesantno vezano je za pravilo prema kojem su opći uvjeti koji su protivni svrsi ugovora ili dobrim poslovnim običajima ništavi i ondje gdje su odobreni od strane nadležnog organa. Protivno shvatanjima shodno kojima odobrenje nadležnog organa svim, pa i spornim općim uvjetima dodjeljuje svojevrstan karakter nedodirljivosti, jedino je ispravno da sud o punovažnosti općih uvjeta može odlučivati i onda kada postoji takvo odobrenje. Odobrenje nadležnog organa općim uvjetima ne daje karakter propisa, nego oni i dalje ostaju samo odredbe ugovora čiju punovažnost je moguće

kontrolirati (Gorenc, 2005., str. 428).²³ Primjenom širokog tumačenja može se doći do zaključka da karakter nadležnog organa, pored organa uprave, mogu imati i različita druga tijela odnosno udruženja, poput primjera radi privrednih udruženja. Ovdje je značajno spomenuti različita regulatorna tijela poput onih u oblasti kreditiranja ili također osiguranja.

Odnos prema ugovornim klauzulama. Jedno od veoma značajnih pitanja kad je o općim uvjetima ugovora riječ jeste pitanje odnosa općih uvjeta prema individualno ugovorenim odredbama odnosno pitanje njihovog ranga. Opće je pravilo takvo da u slučaju neslaganja općih uvjeta i posebnih pogodbi prednost imaju individualno dogovorene odredbe ugovora. Kako bi se takvim odredbama ugovora dalo prednost neophodno je prepoznati koliziju, što je uvijek lakše ondje gdje je ona direktna (Petrić, 2001., str. 28), u smislu da se pojedinačnom ugovornom odredbom ili većim brojem njih određeno pitanje regulira drugačije u odnosu na njegovo uređenje općim uvjetima.²⁴ Direktna je kolizija u praksi međutim relativno rijetka pojava. Mnogo je češći indirektan sukob neposredno ugovorenog s regulativom koja je sadržana u općim uvjetima, no takvo razmimoilaženje najčešće nije tako jednostavno uočiti. Kako bi se sukob uopće prepoznalo neophodno je posebno ugovorene odredbe i odredbe općih uvjeta uzeti u obzir kao cjelinu, te posmatrati ima li između ove dvije grupe odredbi sukoba u pogledu realizacije takvog cilja.

Tumačenje općih uvjeta ugovora. U vezi s tumačenjem formularnih ugovora i općih uvjeta potrebno je istaknuti kako ugovor mora biti posmatran

²³ Činjenica da opći uvjeti, koji svakako već po svojoj prirodi dosta podsjećaju na zakonske propise, moraju biti odobreni od strane nadležnog upravnog odnosno privrednog organa takve opće uvjete jako približava zakonskoj regulativi, koja ne bi trebala biti predmetom kontrole. Gorenc međutim ispravno ističe kako niti takva odobrenja nadležnih tijela ne mogu transformirati ugovorne uvjete u propise, te će opći uvjeti koji su u suprotnosti s načelima koja su sadržana u općoj klauzuli redovno biti ništavi.

²⁴ U tom smislu i primjer: U ugovoru između komitenta kao tužitelja i banke kao tužene ugovorena je fiksna kamatna stopa na devizni štedni ulog, nakon čega se banka, u nastojanju da primijenjena bude drugačija kamatna stopa, pozivala na svoje odluke shodno kojima je propisano da se obračun kamata u toku perioda oročenja vrši po kamatnoj stopi propisanoj odlukom banke. U svojoj je odluci sud ispravno našao kako se banka, ondje gdje je ugovorena fiksna kamatna stopa na devizni štedni ulog, ne može osnovano pozivati na svoju odluku kojom je propisala da se obračun kamata u toku trajanja oročenja vrši po kamatnoj stopi propisanoj odlukom banke. U obrazloženju je odluke istaknuto kako se u ovakvim slučajevima primjenjuje odredbe ugovora kojeg su stranke zaključile (čl. 1035 ZOO), a ne opći uvjeti, kako je to i propisano odredbom čl. 142 st. 2 Zakona o obligacionim odnosima (Vs RS, Rev. 39/93, od 26.10.1993. – Bilten 1/1999 – 70).

u cjelini, u smislu cjelovitog sagledavanja pojedinačno ugovorenih odredbi i općih uvjeta, a voditi se računa mora i o općem pravilu uzimanja u obzir primarno stava zahvaljujući kojem bi ugovor mogao ostati na snazi (*ut magis valeat quam pereat*).

U pogledu tumačenja općih uvjeta ugovora nije prihvaćeno subjektivno tumačenje istih u smislu da se utvrđuje da li je ugovorna strana sastavljača općih uvjeta razumjela opće uvjete odnosno shvatila njihov smisao i značaj. Naprotiv, u obzir se shodno pravilima objektivnog tumačenja uzima ono što se u pravnom prometu smatra mogućnošću razumijevanja, odnosno tzv. princip razumnog i poštenog prosječnog komitenta (*der vernünftige und redliche Durchschnittskunde*). Sud se u načelu ne upušta u subjektivne ocjene ponuđenog, nego uzima u obzir one okolnosti koje u prometu znače objektivnu mogućnost razumijevanja nekog teksta, pa i općih uvjeta (Gorenc, 2005., str 426).

U vezi s tumačenjem općih uvjeta formularnih ugovora nemoguće je ne spomenuti odredbu čl. 100 ZOO, shodno kojoj u slučaju kad je ugovor zaključen prema unaprijed odštampanom sadržaju, ili kad je ugovor na drugi način pripremila i predložila jedna ugovorna strana, nejasne odredbe bivaju tumačene u korist druge strane.²⁵

3.2. Zaštita potrošača od nepoštenih ugovornih odredbi prema Zakonu o zaštiti potrošača u Bosni i Hercegovini i Zakonu o zaštiti potrošača u Republici

3.2.1. Unijska zaštita potrošača od nepoštenih ugovornih odredbi

Temelji zaštite potrošača od nepoštenih ugovornih odredbi u EU postavljeni su usvajanjem Direktive 93/13/EEZ od 5. aprila 1993. godine o nepoštenim klauzulama u ugovorima sa potrošačima (dalje i: Direktiva 13/1993/EZ).²⁶ Riječ je o direktivi minimalne harmonizacije kojom se potrošače pokušava zaštititi od onih potencijalno nepoštenih ugovornih odredbi o kojima on sa

²⁵ Riječ je o općeprihvaćenom pravilu *in dubio contra preferentum* prema kojem u slučaju sumnje izazvane nejasnošću određene ugovorne odredbe istu je neophodno tumačiti u korist druge strane, ovdje ugovorne strane predlagača odnosno sastavljača općih uvjeta, s obzirom na pretpostavku da je istu odredbu sačinio on sam bez prisustva druge ugovorne strane. Potpuno pravilo na latinskom jeziku glasi: „*Cum quaeritur in stipulatione, quid acti sit, ambiguitas contra stipulatorem est*“ (Celsus, D. 34, 5, 26) ili također: „*Verba chartarum fortius accipiuntur contra preferentem*“. Skrećemo pažnju na potrebu restriktivne primjene ovog pravila.

²⁶ Council Directive 93/13/EEC of 5 April on unfair terms in consumer contracts, OJ No L 95/29, 21.04.1993.

trgovcem nije pregovarao.²⁷ Potrošač je pri tom definiran kao fizička osoba koja pri zaključenju konkretnog ugovora djeluje s ciljem koji se nalazi izvan okvira njenog zanimanja, poslovanja, zanata ili profesije, dok je trgovac fizička odnosno pravna osoba koja nastupa kao profesionalac.²⁸ Centralnu odredbu Direktive 93/13/EEZ čini generalna klauzula koja služi kontroli nepoštenosti i shodno kojoj ugovorna odredba o kojoj nisu vođeni pojedinačni pregovori jeste nepoštena ako suprotno načelu savjesnosti i poštenja na štetu potrošača prouzrokuje znatniju neravnotežu u pravima i obavezama stranaka. Moguće je reći da postupanje u skladu s načelom savjesnosti i poštenja trgovcu nameće zadaću definiranja ugovornih odredbi odgovarajućeg formalnog i sadržajnog kvaliteta, sve u cilju sprječavanja nametanja potrošaču neprimjerenih obaveza odnosno nepoštenog lišavanja potrošača njegovih važnih prava. U cilju utvrđenja postojanja značajnog nesklada između prava i obaveza ugovornih strana na štetu potrošača neophodna je usporedba svih ugovorom neposredno i posredno uređenih uzajamnih prava i obaveza obje strane (Nobis, 2005., str. 248). Kontroli nepoštenosti shodno rješenjima Direktive 93/13/EZ ne podliježu one ugovorne odredbe koje su zasnovane na prinudnim pravnim propisima ili odredbama međunarodnih sporazuma, kao odredbe koje se odnose na predmet ugovora i pitanje primjerenosti odnosa cijene odnosno naknade i robe odnosno usluge²⁹, pod uvjetom da su konkretne ugovorne odredbe formulirane jasno i razumljivo. Trgovcu se Direktivom 93/13/EEZ svakako nameće obaveza definiranja ugovornih odredbi na jasan i razumljiv način, pri čemu se ugovorne odredbe jasnima smatra kad nemaju iznenađujući karakter, te nisu osnov za nesporazume odnosno sumnje, a razumljivima ondje gdje su one čitljive i jezički razumljive (Van Gool, 2002., str. 270–271). U pogledu pravnih posljedica nepoštenosti unaprijed definiranih ugovornih klauzula u potrošačkim ugovorima države članice EU obavezane su da takve klauzule u svojim zakonodavstvima oglašavaju

²⁷ Stvarno je važenje Direktive 93/13/EEZ ograničeno na jednostrano definirani ugovorni sadržaj; ono što su ugovorne strane međusobno dogovorile na način da je svaka od njih imala stvarnu mogućnost uticaja na ugovorni sadržaj izuzeto je iz kontrole nepoštenosti

²⁸ Čl. 2 st. 1 Direktive 2011/83/EZ Evropskog parlamenta i Vijeća od 25. oktobra 2011. godine (Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and the Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council - Official Journal L 304, 22.11.2011., p. 64-88.

²⁹ Pravilo je da kontroli sadržaja ne podliježu ugovorne odredbe o predmetu i primjerenosti omjera predmeta i cijene, dotle dok je definiranje ovog dijela ugovornog sadržaja bilo izloženo stvarnom djelovanju tržišnih mehanizama.

neobvezujućim.³⁰ Uz Direktivu 93/13/EEZ vezan je Aneks koji sadrži indikativnu i otvorenu listu klauzula koje mogu biti oglašene ništavima (Misita, 2004., str. 35).³¹

3.2.2. Transpozicija Direktive 93/13/EEZ u domaće zakonodavstvo

Usklađivanje domaćeg zakonodavstva s rješenjima Direktive 93/13/EEZ poduzeto je donošenjem Zakona o zaštiti potrošača u Bosni i Hercegovini iz 2006. godine. Šest godina kasnije, tačnije 2012. godine, usvojen je Zakon o zaštiti potrošača u RS³². Državni i entitetski zakon se u dijelu koji se tiče zaštite potrošača od nepoštenih ugovornih odredbi razlikuju neznatno.³³

Očigledno je da je pri transpoziciji rješenja Direktive 93/13/EEZ i u državni i u entitetski ZZP domaći zakonodavac dijelom pokušao napraviti kombinaciju rješenja Direktive 93/13/EEZ sa rješenjima koja su već postojala u Zakonu o obligacionim odnosima, dok je u preostalom dijelu u zakone o zaštiti potrošača unosio nejasna rješenja koja nemaju utemeljenje niti u domaćem niti u evropskom pravu zaštite potrošača. Rezultat djeluje nespretno i iako svakako treba izbjegavati transponiranje evropskog potrošačkog *aquis*a na način da ga se doslovno prepisuje u domaće zakone, moguće je da bi čak i takva transpozicija bila bolja opcija u odnosu na spoj koji trenutno postoji u oba zakona. Istina, takav spoj u ZZP RS djeluje manje problematičan, s obzirom na to da je zakonodavac u RS za sagledavanje slabosti državnog zakona imao vremenski odmak od šest godina, kojeg na žalost nije u potpunosti iskoristio. S druge strane, sasvim je izvjesno da bi i državni zakon i u ovom dijelu u međuvremenu bio izmijenjen i dopunjen da za to postoji politička volja.

³⁰ Na pitanje na koji način obaveza iz odredbe čl. 6 st. 1 Direktive 93/13/EEZ treba biti konkretizirana pri transpoziciji u nacionalna zakonodavstva država članica odnosno da li je nužno predvidjeti pravilo shodno kojem su nepoštene ugovorne odredbe ništave, lišene pravnih dejstava ili naprosto neobvezujuće, sama Direktiva 93/13/EEZ ne daje odgovor. Uopćeno se može reći kako neobveznost konkretne ugovorne odredbe podrazumijeva zabranu nastupanja njenih posljedica prema potrošaču.

³¹ Lista klauzula u Aneksu uz Direktivu 93/13/EEZ indikativna je i otvorena u smislu da su odredbe na toj listi navedene *exempli causa*, pa shodno tome nepoštenima mogu biti oglašene i odredbe koje se ne nalaze na toj listi. *Vice versa*: ugovorna odredba koja se poklapa s nekom od odredaba sa same liste mogla bi u konkretnim okolnostima biti smatrana poštenom odnosno obvezujućom.

³² „Sl. glasnik Republike Srpske“, br. 6/2012 (dalje: ZZP RS).

³³ Čl. 93-97 ZZP BiH; čl. 70-74 ZZP RS.

Jedna od odredbi ZZP BiH koja je doslovno prepisana iz ZOO nalazi se u čl. 93 st. 1 ZZP BiH. Riječ je pravilu iz čl. 142 st. 3 ZOO, prema kojem opći uvjeti obavezuju ugovornu stranu ako su joj bili poznati ili morali biti poznati u trenutku zaključenja ugovora. Državni zakonodavac ovdje međutim kao da zaboravlja da je navedeno pravilo u Zakonu o obligacionim odnosima jasnije već s obzirom na to da tom pravilu prethodi rješenje koje doduše govori o obaveznosti općih uvjeta, no kojim se rješenjem pojašnjava da su opći uvjeti unaprijed i jednostrano definirane ugovorne odredbe, te je stoga jasnije zašto zakonodavac obavezujući karakter općih uvjeta vezuje za upoznatost druge ugovorne strane s istima. I ZZP RS sadrži pravilo iz čl. 142 st. 3 ZOO i to u odredbi čl. 71 st. 1, no i tu je ovo pravilo jasnije već time što mu prethodi generalna klauzula iz čl. 70, te pojašnjenje kada se smatra da su strane o jednoj ugovornoj odredbi pojedinačno pregovarale. Svakako se mora naglasiti kako je preuzimanje i u državni i u entitetski zakon o zaštiti potrošača pravila iz čl. 142 st. 3 ZOO problematično s obzirom na to da unijski zakonodavac zaštitu od nepoštenih ugovornih odredbi u jednom potrošačkom ugovoru ne uvjetuje nepoznavanjem ugovornih uvjeta nego činjenicom da potrošač nije mogao uticati na unaprijed i jednostrano definiran ugovorni sadržaj. Zakonodavcu mora biti jasno da se pri transponiranju u domaće pravo rješenja Direktive 93/13/EEZ ne može previše naslanjati na rješenja ZOO, koji, kako je naprijed već istaknuto, sadrži opća pravila o obaveznosti i ništavosti općih uvjeta ugovora. U potrošačkim sporovima takva pravila mogu biti primijenjena u nedostatku specijalne potrošačkopravne regulative, no rješenja koja sadrži ZOO već dugo vremena nisu dovoljna da odgovore standardima zaštite potrošača koja pred države članice odnosno, u slučaju BiH, države s kandidatskim statusom, sada već decenijama postavlja EU.

Generalnu klauzulu nepravедnosti³⁴ ZZP BiH sadrži u odredbi čl. 95. Shodno istoj, ugovorne odredbe koje potrošač nije lično ugovorao smatrat će se nepoštenim ako: a) stvaraju značajnu nejednakost između prava i obaveza ugovornih strana na štetu potrošača, b) bi ispunjenje ugovornih obaveza značajno odstupilo od opravdanog očekivanja potrošača, te c) su u suprotnosti s principom poštenja, savjesti i dobrim poslovnim običajima. U nedostatku jezičke poveznice koja bi ukazivala na kumulaciju navedenih kriterija, moguće je zaključiti kako su navedene pretpostavke postavljene alternativno. Uopće je moguće primijetiti kako je generalna klauzula u domaćem zakonodavstvu proširena u dijelu u kojem se ugovorne klauzule nepoštenima sma-

³⁴ ZZP BiH umjesto o nepoštenosti govori o nepravедnosti, što smatramo nepotrebnim terminološkim odstupanjem; u tom smislu termin „nepravедna“ potrebno je zamijeniti terminom „nepoštena“.

tra i ondje gdje bi ispunjenje ugovornih obaveza odstupilo od opravdanog očekivanja potrošača odnosno ondje gdje su ugovorne klauzule protivne dobrim poslovnim običajima. Ovakvo proširenje ne mora nužno imati negativan predznak, s obzirom na to da njime nivo zaštite potrošača u domaćem pravu biva podignut iznad nivoa zaštite u zakonodavstvu EU.³⁵ ZZP RS sadrži u odredbi čl. 70 st. 1 generalnu klauzulu koja je gotovo doslovno preuzeta iz Direktive 13/93/EEZ, uz dodatak prema kojem se nepoštenom odredbom smatrala i ona odredba ugovora čijim bi se ispunjenjem odstupilo od opravdanih očekivanja potrošača.

Ni ZZP BiH ni ZZP RS ne sadrže odredbe kojima se od kontrole sadržaja izuzima ugovorne odredbe utemeljene na prinudnim propisima ili odredbama odnosno načelima međunarodnih sporazuma koji obavezuju BiH, kao ni odredbe shodno kojima kontrola sadržaja ne bi bila provodiva nad ugovornim odredbama koje se tiču predmeta ugovora i cijene, odnosno ekvivalentnosti njihova odnosa, ondje gdje su takve odredbe formulirane jasno i razumljivo (Petrić, 2002., str. 220).

Domaći zakoni ne sadrže jasno formuliran zahtjev da ugovorne odredbe u ugovorima s potrošačima budu transparentne. Oba zakona sadrže samo problematično pravilo shodno kojem ugovorne odredbe treba da budu razumljive i u vezi s drugim odredbama u istom ili drugom ugovoru između istih strana, uzimajući u obzir prirodu proizvoda ili usluge i svih drugih učesnika u vezi sa zaključenjem ugovora.³⁶

Oba zakona o zaštiti potrošača sadrže pravilo shodno kojem su nepoštene ugovorne odredbe ništave,³⁷ kao i pravilo shodno kojem trgovac ne smije

³⁵ Imajući u vidu to da se u građanskom odnosno obligacionom pravu BiH tradicionalno govori o načelu savjesnosti i poštenja, koje se i izričito pominje u odredbi čl. 12 ZOO, a ne zasebno o načelu poštenja odnosno o načelu savjesnosti, bilo bi poželjno upotrijebiti ustaljeni termin za označavanje ovog načela.

³⁶ Čl. 93 st. 3 ZZP BiH i čl. 71 st. 3 ZZP RS.

³⁷ Čl. 94 st. 1 ZZP BiH i čl. 72 st. 1 ZZP RS.

zahtijevati ugovorne odredbe koje su nepoštene odnosno one odredbe koje bi potrošaču prouzrokovale štetu.³⁸

Liste klauzula koje sadrže domaći zakoni o zaštiti potrošača sadrže apsolutno zabranjene klauzule koje će se u slučaju da budu upotrijebljene smatrati ništavima. Dužina i sadržaj dvije liste je različit³⁹, no zajedničko im je to da se ne radi o konačnim listama, na što upućuje riječ *naročito* upotrijebljena u

³⁸ Ovdje je nejasno kako tumačiti izraz *zahtijevati*. Iz same odredbe nije jasno nastoji li se njom postići to da trgovcu bude zabranjeno da zahtijeva *unos* u ugovor onih ugovornih klauzula koje su nepoštene, a koje u nedostatku naznaka da se radi o jednostranom unošenju takvih nepoštenih odredaba mogu biti i individualno dogovorene ili zakonodavac želi spriječiti *izvršenje* klauzula koje su jednostrano već unesene u ugovor. Jedino prihvatljivo tumačenje ovakve odredbe bilo bi ono prema kojem se njome nastoji onemogućiti realizaciju u ugovor jednostrano unesenih ugovornih klauzula, s obzirom na to da bi zabrana unosa u ugovor onih nepravednih klauzula na koje je potrošač pristao odnosno koje su rezultat pregovora dovela u pitanje načelo slobode ugovaranja. Dilemu u vezi sa značenjem izraza *zahtijevati* bilo bi moguće otkloniti na način da se trgovcu zabrani jednostrano unošenje u ugovor nepoštenih ugovornih klauzula.

³⁹ Lista sadržana u ZZP BiH sadrži 22 klauzule, pri čemu je kod pojedinih klauzula zakonodavac vršio dalje podjele, te je lista stvarno zapravo puno duža. Lista koju sadrži čl. 73 ZZP RS sadrži 20 klauzula, koje se dalje ne dijele. Pri tom je interesantno skrenuti pažnju na to da, primjera radi lista koju sadrži ZZP BiH, iako veoma duga, ne sadrži neke od klauzula koje sadrži Aneks klauzula uz Direktivu 13/93/EEZ. To je čini se manji problem, ako se ima u vidu navode iz objašnjenja broj 17 uz Direktivu, u kojem se objašnjenju navodi kako je Aneks klauzula indikativna i otvorena lista, koja državama članicama ostavlja odriježene ruke da usvoje ekstenzivnije ili restriktivnije nacionalne liste zabranjenih klauzula. Lista klauzula koju sadrži čl. 96 ZZP-a ne sadrži primjerice odredbu shodno kojoj bi se ništavom smatralo ugovornu klauzulu koja za cilj ili posljedicu ima isključenje ili ograničenje zakonske odgovornosti trgovca u slučaju smrti potrošača ili njegove tjelesne povrede, do kojih je došlo usljed radnje ili propuštanja trgovca ili odredbu o zabrani davanja trgovcu prava da odluči jesu li robe odnosno usluge isporučene u skladu sa ugovorom odnosno prava na ekskluzivno tumačenje bilo koje odredbe ugovora zaključenog s potrošačem.

oba zakonska teksta: klauzule koje nisu našle svoje mjesto na ovoj listi mogu ipak biti oglašene nepunovažnima odnosno ništavima.⁴⁰

4. Međusobni odnos propisa koji se primjenjuju na zaštitu osiguranika kao pojedinca potrošača od nepoštenih ugovornih klauzula

U pitanjima koja se tiču zaštite osiguranika kao potrošača od nepoštenih ugovornih odredbi u domaćem je zakonodavstvu moguće primijeniti propise različitih zakona.

S jedne strane, kako je već naglašeno, uopćena zaštita osiguranika pojedinca kao potrošača počiva na tri vrste propisa: obligacionopravnim (entitetski zakoni o obligacionim odnosima), propisima iz oblasti osiguranja (Zakon o osiguranju FBiH i Zakon o društvima za osiguranje RS), te potrošačkopравnim propisima (Zakon o zaštiti potrošača u Bosni i Hercegovini). Mora se naglasiti kako je takvo trojstvo uvjetno, s obzirom na to da ZOO sadrži samo uopćenu regulativu ugovora o osiguranju imovine i osoba, dok ZZP BiH samo kratko ukazuje na to da ugovori o osiguranju koji se zaključuju s potrošačima moraju biti u skladu s rješenjima koja sadrži ZOO, te u jednom članu šturo uređuje potrošačevo pravo na odustanak od ugovora o osiguranju. Osim toga, ZDO RS osiguranika definira kao osobu za koju društvo za osiguranje pokriva rizike u skladu s ugovorom o osiguranju, iz čega se može zaključiti da osiguranik u pravu RS jeste svaka, dakle i fizička i pravna osoba; u tom se smislu zaštitu osiguranika Zakonom o društvima za osiguranje RS uređuje jedinstvenim odnosno uopćenim, a ne specijalnim potrošačkopравnim propisima. S druge strane, u oblasti zaštite osiguranika pojedinca od nepoštenih odredbi ugovora o osiguranju situacija je neznatno jednostavnija. Problematika zaštite od nepoštenih ugovornih odredbi u domaćem je pravu uređena zakonima o obligacionim odnosima i zakonima o zaštiti potrošača; zakonodavac se ovim pitanjima ne bavi u zakonima iz oblasti osiguranja.

U takvom je kontekstu svakako važno odgovoriti na pitanje kakav je međusobni odnos spomenutih propisa odnosno koje bi propise sudovi trebali primijeniti u sporovima u kojima je potrebno odlučiti o eventualnoj nepošte-

⁴⁰ Već je pri površnom čitanju liste klauzula koju sadrži čl. 96 ZZP BiH moguće primijetiti da niti u jednoj od navedenih klauzula zakonodavac ne pominje niti trgovca niti potrošača, odnosno, drugim riječima, zakonodavac pri definiranju zabranjenih klauzula izbjegava označiti trgovca odnosno potrošača. Tako se samo obzirom na činjenicu da se jednim Zakonom o zaštiti potrošača štiti može isključivo potrošače kao sudionike u pravnom prometu zaključuje kako se odredbama čl. 96 štiti potrošača, a ne i njegovu ugovornu stranu odnosno trgovca.

nosti odredaba ugovora o osiguranju koji je zaključen s osiguranikom pojedincem. U konkurenciji propisa koji uređuju zaštitu od nepoštenih ugovornih odredbi prevagu bi trebali odnijeti kasnije doneseni (*lex posterior*) specijalni (*lex specialis*) potrošačkopravni propisi (Meškić/Brkić, 2010., str. 66); drugim riječima, ondje gdje potrošač pojedinac kao osiguranik zaključi ugovor o osiguranju u kojem su sadržane odredbe koje su eventualno nepoštene sud bi pri ocjeni nepoštenosti trebao primjenjivati zakone o zaštiti potrošača. Ovdje treba imati u vidu i to da i ZZP BiH i ZZP RS sadrže pravilo shodno kojem se na odnose koji nisu regulirani ovim zakonima primjenjuje odredbe zakona kojima se uređuje obligacione odnose⁴¹, a da ZZP BiH sadrži i pravilo prema kojem u slučaju nedoumice ili sukoba odredbi, primijenjena treba biti odredba koja pruža veći stepen zaštite potrošačima (*in dubio pro consumente*).⁴² Navedena upućivanja ukazuju na to da je međusobni odnos zakona o obligacionim odnosima i potrošačkopravnih propisa svakako pozitivan.

Ne treba međutim zaboraviti to da ZOS FBiH sa jedne i zakoni o zaštiti potrošača sa druge strane sadrže donekle drugačije definicije samog potrošača.⁴³ Tako je potrošač u odredbi čl. 197 ZOS FBiH definiran kao svaka fizička osoba koja ima prava i obaveze po ugovoru o osiguranju, dok je potrošač shodno ZZP BiH odnosno ZZP RS svako fizička osoba koje kupuje, stiče ili koristi proizvode ili usluge za svoje osobne potrebe i za potrebe svog domaćinstva.⁴⁴ Razlika je očigledna: pojam potrošača u osiguranju nije vezan za ugovaranje osiguranja radi zadovoljavanja osobnih ili potreba domaćinstva, dok je pojam potrošača, onako kako ga određuju zakoni o zaštiti potrošača, jasno omeđen osobnom odnosno porodičnom upotrebom proizvoda odnosno usluge. Pojam potrošača u ulozi osiguranika pojedinca, koji je u ZOS FBiH preuzet iz unijuskog zakono-

⁴¹ Čl. 1 st. 2 ZZP BiH i čl. 4 st. 4 ZZP RS

⁴² Čl. 1 st. 2 ZZP BiH.

⁴³ Zakon o društvima za osiguranje Republike Srpske ne sadrži definiciju potrošača.

⁴⁴ Čl. 1 st. 3 ZZP BiH i čl. 2 a) ZZP RS.

davstva⁴⁵ očekivano je širi od pojma potrošača kojeg poznajemo iz potrošačkog *aquis*a i domaćeg zakonodavstva. Takvo je šire određenje pojma potrošača u osiguranju u skladu s ciljem koji se ogleda u nastojanju pružanja većeg nivoa zaštite svim fizičkim osobama koje zaključuju ugovore o osiguranju, ne iz razloga što je riječ o fizičkim osobama, nego iz razloga postojanja ozbiljne prije svega ekonomske i informacijske neravnoteže na štetu potrošača. Šire određenje pojma potrošača u oblasti osiguranja ovdje bi značilo to da se pod pojam potrošača može eventualno podvesti i obrtnike odnosno predstavnike slobodnih zanimanja koji ugovore o osiguranju zaključuju u nastojanju da se osiguraju u obavljanju vlastitog rada.

Ono što je u kontekstu problematike ovog rada značajno jeste davanje odgovora na konkretno pitanje da li je odredbe zakona o zaštiti potrošača od nepoštenih ugovornih odredbi moguće primijeniti na zaštitu osiguranika pojedinca. Čini se kako odgovor pronalazi u odredbi čl. 213. ZOS FBiH, shodno kojoj se zaštita prava klijenata društva za osiguranje (fizičke osobe) provodi

⁴⁵ Određenje pojma osiguranika pojedinca kao potrošača uobličavalo se tokom dugog perioda harmoniziranja oblasti osiguranja u EU. Tako su tri generacije direktiva u oblasti životnog i neživotnog osiguranja obuhvaćene tekstem Direktive 2009/138/EZ Evropskog parlamenta i Vijeća od 25. novembra 2009. o osnivanju i obavljanju djelatnosti osiguranja i reosiguranja (Solventnost II - Directive 2009/138/EC of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009 on the taking-up and pursuit of the business of Insurance and Reinsurance (Solvency II - OJ L 335, 17.12.2009, p. 1-155). Riječ je o obuhvatanju jednim instrumentom harmonizacije reformiranih rješenja sljedećih instrumenata: Prve direktive Vijeća 73/239/EEZ od 24. jula 1973. o usklađivanju zakona i drugih propisa o pokretanju i obavljanju poslova direktnog osiguranja osim životnog osiguranja, Direktive Vijeća 78/473/EEZ od 30. maja 1978. o usklađivanju zakona i drugih propisa u odnosu na saosiguranje na nivou Zajednice, Direktive Vijeća 87/344/EEZ od 22. juna 1987. o usklađivanju zakona i drugih propisa u području osiguranja troškova pravne zaštite, Druge direktive Vijeća 88/357/EEZ od 22. juna 1988. o usklađivanju zakona i drugih propisa u odnosu na direktno osiguranje osim životnog osiguranja i predviđanju odredbi koje će olakšati efikasno ostvarivanje slobode pružanja usluga; Direktive Vijeća 92/49/EEZ od 18. juna 1992. o usklađivanju zakona i drugih propisa u odnosu na direktno osiguranje osim životnog osiguranja (Treće direktiva o neživotnom osiguranju), Direktive 98/78/EZ Evropskog parlamenta i Vijeća od 27. oktobra 1998. o dodatnom nadzoru društava za osiguranje u grupi osiguravatelja, Direktive 2001/17/EZ Evropskog parlamenta i Vijeća od 19. marta 2001. o reorganizaciji i likvidaciji društava za osiguranje, Direktive 2002/83/EZ Evropskog parlamenta i Vijeća od 5. novembra 2002. o životnom osiguranju i Direktive 2005/68/EZ Evropskog parlamenta i Vijeća od 16. novembra 2005. o reosiguranju.

na osnovu propisa kojim se uređuje zaštita potrošača u BiH. Takvo je shvaćanje u skladu i sa danas sve šire prihvaćenim stajalištem o potrebi pružanja osiguranicima potrošačima zaštite putem specijalnog zakonodavstva namijenjenog zaštiti potrošača (Petrović Tomić, 2017., str. 72). U ZDO RS ne pronalazimo rješenje kojim bi, konkretno, bilo adresirano pitanje primjenjivosti potrošačkopravnih propisa na zaštitu osiguranika pojedinca, što je i očekivano, s obzirom na to da u oblasti osiguranja u RS ne pronalazimo definiciju potrošača koja je usklađena s unijskim shvaćanjem potrošača u osiguranju.

II. KASKO OSIGURANJE

1. Kratki istorijski osvrt

Istorijski posmatrano, već u prvobitnim zajednicama se susreću prvi oblici osiguranja na način da se zajednica oslanjala na uzajamnu pomoć njenih članova u hrani, određenim proizvodima i u stoci tako što bi onaj član zajednice koji je pretrpio neku vrstu štetu bio pomagan od strane drugih članova zajednice (Džidić, Čurković, 2017., str. 37.) Sredstvo osiguranja u starom Rimu bio je pomorski zajam (*foenus nauticum*), čija je svrha bila osiguranje vlasnika broda od pomorskih rizika (Romac, Rimsko pravo, 1989., str. 297.). Uzajamno pomaganje, kao preteča osiguranja, bilo je poznato i u srednjovjekovnim cehovima, gildama i esnafima u okviru Otomanskog carstva, gdje je postojalo osiguranje za slučaj bolesti, smrti i invalidnosti (Pavić, Srednjovjekovno staleško osiguranje, 2007., str. 72.).

U 16. vijeku su postojali oblici osiguranja koji su se sastojali u opkladama da li će brodovi doći do svog odredišta, da bi se s godinama takve opklade razvile u klasično osiguranje automobila kakvo imamo danas. Veliki dio termina koji se upotrebljava u osiguranju, pa tako i sama riječ *kasko* ima svoje korijene u pomorskom osiguranju. U toku 16. i 17. vijeka brodovi su bili jedino sredstvo prevoza roba, a ovakav prevoz je bio jako riskantan. To je i bio razlog zbog čega su vlasnici brodova počeli da se klade da li će ili ne njihov brod s teretom stići na svoje odredište, a u slučaju da ishod bude nepovoljan po vlasnika broda, on bio dobio naknadu od opklade koju je dobio. Kako je to bilo za očekivati, ovakva vrsta klađenja i opklada je postala praksa i pojavili su se oni kojima je to postala primarna djelatnost. Prva društva za osiguranje su nastala na ovaj način.

a. Pojam

Etimološki posmatrano, riječ *kasko* je španskog porijekla i označava lađu bez tovara ili trup broda, što se povezuje sa prvim oblicima osiguranja bro-

dova, a imajući u vidu značenje riječi može se opravdano pretpostaviti da su predmet osiguranja bili brodovi, kao sredstva transporta uz isključenje tereta (Suknaić, 2010., str. 71.).

Kako bismo objasnili pojam kasko osiguranja, najbolje je krenuti od opće definicije ugovora o osiguranju sadržane u ZOO. Naime, ugovorom o osiguranju obavezuje se ugovarač osiguranja da, na načelima uzajamnosti i solidarnosti, udružuje određeni iznos u zajednici osiguranja, odnosno zajednici rizika (osiguravatelj), a zajednica se obavezuje da, ako se desi događaj koji predstavlja osigurani slučaj, isplati osiguraniku ili nekom trećem licu naknadu, odnosno ugovorenu svotu ili učini nešto drugo (čl. 897. ZOO).

Za razliku od osiguranja od automobilske odgovornosti, koje se definiše kao zakonom propisano obavezno osiguranje vlasnika motornih vozila za štete pričinjene trećim osobama upotrebom motornog vozila, kasko osiguranje je dobrovoljno osiguranje koje za predmet ima sve vrste vozila (motornih, priključnih, radnih i tračnih) i njihovih sastavnih dijelova (alat, pribor, uređaji i oprema) koji se standardno ugrađuju u vozila od strane proizvođača (Pravila za kasko osiguranje motornih vozila, Adriatic osiguranje, broj 20595340, Sarajevo 16.2.2021).

Ugovor o kasko osiguranju je dvostrano obavezni, formalni, aleatorni i neimenovani ugovor. Ugovor o kasko osiguranju je dvostrano obavezni ugovor kojim se stvaraju obaveze za obje ugovorne strane (Bikić, 2013., str. 109.), obaveza osiguravatelja da naknadi osiguraniku materijalnu štetu nastalu na predmetu osiguranja uslijed ostvarenja osiguranog rizika i obaveza osiguranika na isplatu osiguravatelju premije osiguranja. S obzirom na to da se ugovor o osiguranju smatra zaključenim kada ugovarači potpišu policu osiguranja ili list pokrića, ovaj ugovor se svrstava u formalne ugovore. Najinteresantnija karakteristika ugovora o osiguranju uopće, pa tako i kasko osiguranja vozila jeste njegova aleatornost. To znači da se ne zna da li će doći do nastupanja osiguranog slučaja, a samim tim i do aktiviranja obaveza osiguravatelja i osiguranika. Osim toga, kod ovog ugovora ne postoji ekvivalent u davanju ili činjenju. Naime, premija osiguranja koju osiguranik plaća osiguravatelju je mnogo manja od štete koja eventualno nastane osiguraniku i koju je osiguravatelj dužan platiti. Posljednje, ali ne i najmanje važno jeste to da se ugovor o kasko osiguranju svrstava u neimenovane ugovore (Suknaić, 2010., str. 72). Neimenovani ugovori su oni ugovori koji u zakonu nisu označeni posebnim nazivom i kao takvi posebno regulisani, ali koji svojom sadržinom moraju da odgovaraju općim propisima o obligacionim ugovorima (Bikić, 2013., str. 115). Ugovor o kasko osiguranju se supsumira pod ugovor o osiguranju koji je reguliran ZOO.

b. Predmet i obim osiguranja

Predmet kasko osiguranja motornih vozila su:

- a) sve vrste motornih, priključnih, radnih i tračnih vozila i
- b) njihovi sastavni dijelovi, poput alata, pribora, uređaja i opreme koja se u vozilo standardno ugrađuje od strane proizvođača vozila.

Dakle, samo oprema koja je standardno ugrađena od strane proizvođača jeste predmet osiguranja i svrstava se pod sastavne dijelova vozila, ali ne i neka druga oprema koja se nalazi u vozilu i koja je naknadno ugrađena. O tome treba voditi računa prilikom sklapanja ugovora. Predmet osiguranja mogu biti i stvari koje se od strane proizvođača u vozilo ne ugrađuju standardno, nego naknadno (alat, dodatna oprema, priključni uređaji, pribor i rezervni dijelovi, radioparat, televizor, navigacijski uređaj, plinski uređaj za pogon motora, razni reklamni natpisi u vozilu i na vozilu), ukoliko se to posebno ugovori. Osim što je potrebno da se dodatno ugovori osiguranje za sastavne dijelove vozila koji su naknadno ugrađeni u vozilo, potrebno je da takve stvari budu pričvršćene za vozilo ili da se nalaze u zaključanom vozilu da bi bile pokrivene osiguranjem; u suprotnom neće biti osigurane.

Kasko osiguranje se može zaključiti kao: a) potpuno kasko osiguranje, b) djelimično kasko osiguranje i c) potpuno kasko osiguranje sa osiguranjem od rizika loma i nekih drugih rizika. Potpuno kasko osiguranje, kao što mu i sam naziv govori, pokriva najveći broj osiguranih rizika odnosno ova vrsta kasko osiguranja pokriva štete koje su prouzrokovane oštećenjem, uništenjem ili nestankom osiguranog vozila odnosno drugih osiguranih stvari u i na vozilu, nakon ostvarenja osiguranih rizika. Pravila za kasko osiguranje svakog društva za osiguranje sadrže popis osnovnih i dopunskih osiguranih rizika kod svih vrsta kasko osiguranja. Osnovni osigurani rizici su npr: saobraćajna nezgoda, pad ili udarac nekog predmeta, štete kod parkiranja, požar, udar groma, eksplozija, oluja, tuča (grad), odron stijene/kamena, provalna krađa, lom stakla, zlonamjerni postupak ili obijest trećih osoba, štete uzrokovane na dijelovima vozila od životinja itd. Dopunskih osiguranih rizika je mnogo manji broj, a to su: poplava, bujica i visoka voda i mogu se posebno ugovoriti samo pod određenim uvjetima (zavisi od trajanja ugovora i vrste vozila).

Djelimično kasko osiguranje, za razliku od potpunog, pokriva mnogo manji broj osiguranih rizika u njihovim različitim kombinacijama, a može se zaključiti u dvije varijante: a) bilo gdje se vozilo nalazilo ili b) samo za vrijeme mirovanja vozila. Ova podjela nije napravljena shodno teritorijalnom i vremenskom važenju osiguranja. Kada je ugovoreno kasko osiguranje bilo gdje se vozilo nalazilo, to znači da postoji osiguravajuće pokriće bilo gdje na području koje je ugovorom i uvjetima definirano (teritorijalno važenje osiguranja), dok

kad je ugovoreno kasko samo za vrijeme mirovanja vozila postoji osiguravajuće pokriće samo za ono vrijeme u kojem vozilo miruje u mjestu koje je utvrđeno kao mjesto osiguranja. Posljednji vid djelimičnog kasko osiguranja najčešće zaključuju trgovci vozilima u prodajnim auto salonima ili određenim dvorištima za prodaju vozila. Društva za osiguranje nude djelimično kasko osiguranje u kombinacijama osiguranih rizika, pri čemu se nerijetko takve kombinacije označavaju velikim slovima abecede. Tako npr. kombinacija A će obuhvatati požar, udar groma, oluju, tuču, snježnu lavinu, pritisak snijega, odron stijene/kamena, kombinacija E lom stakla na ličnom vozilu, oštećenje stakala na vozilu (vjetromotorsko staklo, zadnje i bočna stakla, osim staklenog krova i šibera), itd. Za razliku od potpunog kasko osiguranja vozila, koji obuhvata najveći broj osiguranih rizika i za koji se plaća premija u znatno višem iznosu, djelimično kasko osiguranje podrazumijeva nižu premiju osiguranja, ali i mnogo manji broj osiguranih rizika koji u pokriveni ovom vrstom osiguranja.

III. (NE)VALJANOST POJEDINIH ODREDBI OPĆIH UVJETA ZA KASKO OSIGURANJE KROZ ANALIZU STAVOVA SUDSKE PRAKSE

1. Uopće

Prije nego se pristupi analizi (ne)valjanosti pojedinih odredbi općih uvjeta ugovora o kasko osiguranju motornog vozila, potrebno je naglasiti i pojasniti razliku ova dva instituta, instituta isključenja obaveze osiguravatelja i instituta gubitka prava iz osiguranja. Radi se o dva instituta kojima se ograničava odgovornost društva za osiguranje (Ćurković, 2020., str. 122-123). U prvom slučaju se radi o tome da rizik nije pokriven kasko osiguranjem i da osiguranik nema pravo na zaštitu, dok se u drugom slučaju radi o tome da je rizik pokriven kasko osiguranjem, ali da osiguranik gubi pravo na zaštitu (Ćurković, 2004., str. 28). Razlika između ova dva instituta jeste i u tome na kome leži teret dokaza određenih činjenica. Naime, kod isključenja iz osiguranja, činjenicu da je rizik pokriven kasko osiguranjem mora dokazati osiguranik, odnosno oštećeni. Činjenicu da je osiguranik izgubio pravo na zaštitu iz ugovora o kasko osiguranju kod instituta gubitka prava iz osiguranja dokazuje društvo za osiguranje. Također, kada je u pitanju isključenje iz osiguranja, društvo za osiguranje može istaći prigovor oštećenom trećoj osobi, a kod gubitka prava iz osiguranja se takav prigovor može istaći samo svom osiguraniku (Ćurković, 2020., str. 122-123).

Ne umanjujući važnost instituta isključenja obaveze osiguravatelja, autorice će veću pažnju posvetiti institutu gubitka prava iz osiguranja iz razloga što je zanimljiviji i u praksi stvara mnoge teškoće osiguranicima kao potrošačima. Pravila za kasko osiguranje motornih vozila su, u pravilu, usaglašena između različitih društava za osiguranje i osiguranik gubi prava iz osiguranja u sljedećim slučajevima:

- 1) ukoliko vozilom upravlja osoba bez odgovarajuće dozvole za upravljanje tom vrstom vozila, uz određene izuzetke,
- 2) ukoliko vozilom upravlja vozač pod uticajem alkohola, droge ili drugih opojnih sredstava i narkotika, pri čemu su općim uvjetima postavljena jasna pravila kada se smatra da je vozač pod uticajem prethodno navedenih supstanci,
- 3) ako je šteta prouzrokovana namjerno ili prevarom ugovaratelja osiguranja, osiguranika ili članova njihove uže porodice koji sa njima žive u zajedničkom domaćinstvu,
- 4) ako je do rizika provalne krađe vozila, opreme ili stvari došlo uslijed toga što vozilo nije bilo zaključano ili su se ključevi nalazili u vozilu, pri čemu se općim uvjetima definiše kada se smatra da je vozilo bilo otključano,
- 5) ako je vozilo oduzeto pravosnažnom sudskom odlukom ili rješenjem, nakon postupanja nadležnih organa u zemlji ili inostranstvu,
- 6) ako nakon prijavljene krađe vozila osiguranik nije u mogućnosti da predoči društvu za osiguranje originalne ključeve, originalnu vlasničku knjižicu i originalnu potvrdu o registraciji (saobraćajnu dozvolu) ukradenog vozila,
- 7) ukoliko vozilom ne upravlja osiguranik niti njegov supružnik, djeca, brat ili sestra, usvojenik i usvojitelj, osoba koja sa osiguranikom živi u zajedničkom domaćinstvu, zaposlenik osiguranika i njegov opunomoćenik (postoji mogućnost da se drugačije ugovori),
- 8) ukoliko, nakon zaključenja ugovora, da u najam drugoj osobi vozilo koje nije u dugoročnom zakupu (postoji mogućnost da se drugačije ugovori).

Najvažniji dio pravila za kasko osiguranje, kako za svako društvo za osiguranje, tako i za osiguranike, jeste dio o gubitku prava iz osiguranja. Već na osnovu prvog čitanja ovih odredaba mogu se detektovati među njima one odredbe koje se čine pretjerano strogim u odnosu na osiguranika i na osnovu kojih on gubi prava iz ugovora o kasko osiguranju ukoliko ne postupi onako kako je izričito navedeno u općim uvjetima.

2. Izabrani primjeri iz sudske prakse

U jednom slučaju⁴⁶ tužitelj je zaključio ugovor o kasko osiguranju putničkog motornog vozila s tuženim društvom za osiguranje. Predmet osiguranja je bilo potpuno kasko osiguranje vozila bez franšize⁴⁷, a uključen je bio i rizik krađe vozila. Motorno vozilo je bilo osigurano za period od 17.9.2009. do 17.9.2010. godine. Tužitelju, kao osiguraniku, se dogodio osigurani slučaj – krađa vozila dana 30.3.2010. godine, što je prijavljeno nadležnoj policijskoj upravi. Međutim, u toku postupka nije utvrđeno kada se tačno dogodio osigurani slučaj, a tužitelj nije društvu za osiguranje podnio pismenu prijavu štete i predao original saobraćajnu dozvolu i original ključeve za predmetno motorno vozilo. Utvrđeno je da su sastavnio dio Ugovora o kasko osiguranju Pravila za kasko osiguranje motornih vozila. Prvostepeni i drugostepeni sud su na osnovu ovako utvrđenog činjeničnog stanja donijeli zaključak da je tužitelj, kao osiguranik, izgubio pravo iz osiguranja jer nije postupio po ugovoru o osiguranju i Pravilima za kasko osiguranje motornih vozila u smislu da nije u pisanoj formi i u propisanom roku prijavio krađu vozila društvu za osiguranje, niti je tuženom društvu za osiguranje podnio saobraćajnu dozvolu i original ključeve motornog vozila. Vrhovni sud je odbio reviziju, ističući kako je zaključak nižestepeni sudova pravilan i zakonit i da nije ostvaren revizijski razlog pogrešne primjene materijalnog prava. Prema odgovarajućoj odredbi Pravila za kasko osiguranje tuženog društva za osiguranje, kada se dogodi osigurani slučaj na osnovu kojeg se traži isplata naknade iz osiguranja, osiguranik ima obavezu da kod ostvarenja rizika krađe štetu prijavu u roku od 24 sata po saznanju nadležnoj policijskoj stanici i osiguravatelju. Nadalje, Pravilima je propisano da osiguravatelj nije u obavezi nadoknaditi štetu i troškove koji su prouzrokovani ostvarenjem neosiguranih rizika, ako odmah nakon ostvarenja rizika krađe ne prijavi policiji ostvarenje tih rizika i policija o tome ne sačini službenu zabilješku. Konačno, Pravilima je regulisano da osiguranik gubi prava iz osiguranja ako nakon prijavljene krađe vozila nije u mogućnosti podnijeti osiguravatelju originalne ključeve i saobraćajnu dozvolu ukradenog vozila. Konačno, sud je u obrazloženju svoje presude istakao kako je pravna posljedica gubitka prava iz osiguranja za tužitelja nastala na osnovu činjenice da tuženom društvu za osiguranje nije podnio originalne ključeve i saobraćajnu dozvolu za predmetno ukradeno vozilo.

U drugom predmetu⁴⁸ između tužitelja, kao osiguranika, tuženog kao društva za osiguranje i K.D. kao ugovaratelja osiguranja, zaključen je ugovor o kasko

⁴⁶ Vidi presudu Vrhovnog suda FBiH br. 65 0 Ps 334559 20 Rev od 7.4.2021. godine.

⁴⁷ Učešće osiguranika u šteti.

⁴⁸ Vidi presudu Vrhovnog suda FBiH br. 58 0 Ps 127031 16 Rev od 3.9.2019. godine.

osiguranju motornog vozila, pri čemu je predmet osiguranja bilo potpuno kasko osiguranje, sa uključenim rizikom krađe vozila. Vozilo je bilo osigurano za period od 25.4.2012 do 25.4.2013. godine. Tužitelju se dogodio osigurani slučaj na način da je predmetno vozilo ukradeno 18.11.2012. godine ispred kuće K.D., koji je koristio vozilo. Tužitelj i K.D. nisu predočili društvu za osiguranje saobraćajnu dozvolu i original ključeve za predmetno vozilo prilikom prijave štete. Sud je ocijenio da je odluka nižestepenihs sudova pravilna i zakonita i da je pravna posljedica gubitka prava iz osiguranja za tužitelja nastala na osnovu činjenice da tuženom nije mogao predočiti saobraćajnu dozvolu i original ključeve za predmetno vozilo. Tužitelj je, u reviziji, isticao da na njegovoj strani nema propusta zbog kojeg bi izgubio prava iz osiguranja, da nije pokazao nemar i da je odredba o gubitku prava iz osiguranja zbog nepredočavanja original ključeva i saobraćajne dozvole pretjerano nepravična i stroga za osiguranike. Također, istaknuto je da je na ovaj način narušen princip ravnopravnosti i jednakosti stranaka. Vrhovni sud je odluku argumentirao na način da je istakao da je potpisivanjem police osiguranja u smislu odredbe člana 901. stav 1. ZOO tužitelj, kao osiguranik u smislu člana 902. stav 3. ZOO prihvatio opće i posebne uvjete osiguranja, kao sastavne dijelove ugovora, pa se samim tim i saglasio sa uvjetima pod kojim je ugovor zaključen. Odredba o gubitku prava iz osiguranja zbog nepredočavanja saobraćajne dozvole i original ključeva motornog vozila ima za cilj da kradljivcu onemogući ili oteža prodaju ili raspolaganje vozilom, a da se osiguraniku olakša pronalazak vozila. Na ovaj način osiguranik se obavezao da saobraćajnu dozvolu i original ključeve ne drži u vozilu i preda ih osiguravatelju u slučaju nastanka osiguranog rizika krađe. Sud je stava da ispunjenje ove obaveze od osiguranika zahtijeva stalnu pozornost, ali da ona nije nepravična prema osiguraniku i da nije protivna svrsi ugovora. Revident se pozivao na odredbu člana 143. ZOO kojom je propisano da su ništave odredbe općih uvjeta koje su protivne samom cilju zaključenja ugovora i na odredbu člana 918. ZOO, prema kojoj su ništave odredbe ugovora koje predviđaju gubitak prava na naknadu ako osiguranik poslije nastupanja osiguranog slučaja ne izvrši neku od propisanih ili ugovorenih obaveza. Sud je zaključio kako se predmetne odredbe općih uvjeta o gubitku prava iz osiguranja zbog nepredočavanja saobraćajne dozvole i original ključeva ukradenog vozila ne mogu smatrati odredbama uvjeta koje su protivne samom cilju zaključenog ugovora, a imajući u vidu činjenicu da je tužitelj potpisivanjem police prihvatio i posebne uvjete osiguranja, kao sastavni dio ugovora.

S druge strane, prvostepeni sud u Sarajevu⁴⁹ je odbio primjenu odredbe pravila za kasko osiguranje motornih vozila koja govori o gubitku prava iz osiguranja zbog neizvršenja obaveze predaje saobraćajne dozvole i original ključeva ukradenog vozila, smatrajući da je predajom originalnih ključeva i potvrde o vlasništvu vozila, te potvrde nadležnog MUP-a da je uz vozilo otuđena i potvrda o registraciji ispunjena ugovorna obaveza iz pravila osiguravatelja koja se odnosi na obavezu predaje saobraćajne dozvole. Sud je zaključio da je ovakva odredba pretjerano stroga i nepravična prema tužitelju i odbio je njenu primjenu, a u skladu s tim i usvojio tužbeni zahtjev tužitelja. Sud je u obrazloženju odluke naveo da je vodio računa o prirodi ugovora o kasko osiguranju, a cijenio je dobru volju tužitelja u ispunjenju odredbi ugovora, njegov neznatan doprinos nastanku štetnog događaja (u vozilu ostavljena saobraćajna dozvola koja je otuđena zajedno s vozilom) i posebno istakao pravo i obavezu koju ima sud da u postupanju vodi računa o pravednosti i uravnoteženju interesa obje ugovorne strane. Unatoč ovakvoj odluci prvostepenog suda, drugostepeni sud⁵⁰ je preinačio prvostepenu presudu i odbio tužitelja u cijelosti sa tužbenim zahtjevom, koju odluku je potvrdio i Vrhovni sud, odbivši reviziju⁵¹.

Ista je situacija u presudi Kantonalnog suda u Mostaru⁵², koji je sud potvrdio prvostepenu presudu kojom je odbijen tužbeni zahtjev tužiteljice za isplatu ugovorene svote iz ugovora o kasko osiguranju motornog vozila zbog nastupanja osiguranog rizika – krađe vozila, iz razloga što je osiguravatelju dostavila kopiju polise osiguranja i rezervne ključeve vozila, a saobraćajna dozvola joj je ostala u vozilu koje je ukradeno. Sud je naglasio da su tužiteljici pravila osiguranja predata i da su ona sastavni dio ugovora o osiguranju. Tužiteljici je saobraćajna dozvola ostala u vozilu, iako je znala odnosno trebala znati da kod nastupanja osiguranog slučaja gubi prava iz osiguranja ako tuženom ne dostavi saobraćajnu dozvolu i original ključeve. Sud je istakao kako nema mjesta primjeni odredbe člana 143. ZOO.

Ustavni sud BiH je 27.10.2010. godine donio Odluku o dopustivosti⁵³ kojom je odbačena kao nedopuštena apelacija apelanta protiv presude Vrhovnog suda FBiH br. 070-0-Rev-07-001195 od 8.4.2008. godine i presuda nižeste-

⁴⁹ Vidi presudu Općinskog suda u Sarajevu br. 65 0 Ps 301213 12 Ps od 12.1.2013. godine.

⁵⁰ Vidi presudu Kantonalnog suda u Sarajevu br. 65 0 Ps 301213 14 Pž od 7.3.2016. godine.

⁵¹ Vidi presudu Vrhovnog suda FBiH br. 65 0 Ps 301213 16 Rev od 7.12.2017. godine.

⁵² Vidi presudu br. 58 0 P 052207 12 Gž od 17.2.2014. godine.

⁵³ Odluka Ustavnog suda BiH br. AP-1928/08 od 27.10.2010. godine.

penih sudova⁵⁴. U predmetnom slučaju, kao i u prethodno izloženim, dogodila se krađa vozila koje je bilo kasko osigurano. Međutim, ugovorom o osiguranju je bila propisana odredba prema kojoj se vozilo ne smatra otuđenim ako su u njemu ostali saobraćajna dozvola ili ključevi. Vrhovni sud je, u obrazloženju presude, istakao da su nižestepeni sudovi pravilno ocijenili da potpisivanje ugovora sa ovakvom odredbom predstavlja saglasnost izjava volje ugovornih strana u smislu odredbe člana 28., a u vezi sa članom 929. stav 1. ZOO, na koju je apelant bio pristao, pa nije bilo mjesta primjeni odredbe člana 918. ZOO.

Izabrani primjeri iz sudske prakse iz regiona (Republika Hrvatska) pokazuju sličan stav sudova. Naime, u jednom slučaju⁵⁵ potvrđena je presuda Općinskog suda u Zagrebu br. Pn-676/10 od 18.3.2016. godine kojom je odbijen tužbeni zahtjev tužitelja za isplatu po osnovu ugovora o kasko osiguranju, iz razloga što je tužitelj upravljao motornim vozilom pod uticajem alkohola, a nakon saobraćajne nezgode nije osigurao vlastito alkotestiranje, kako je to bilo propisano odredbama ugovora koje je sklopio sa tuženim društvom za osiguranje. Sud je naveo da je tužitelj bio dužan, nakon nastale nesreće, pozvati policiju i pričekati dolazak policijskog službenika koji je bio dužan obaviti alkotestiranje, čime bi se izvršila ugovorna obaveza iz uvjeta osiguravatelja. Imajući u vidu da nije pozvao policiju, da nije osigurao vlastito alkotestiranje, postupio je protivno načelu savjesnosti i poštenja u izvršavanju ugovornih prava i obaveza, pa nema utemeljenje žalbeni navod o nametanju nerazmjerno velike obaveze i ništavosti ugovorne odredbe u smislu odredaba ZOO.

Sud je u drugom slučaju⁵⁶ odbio tužbeni zahtjev tužitelja za isplatu po osnovu ugovora o kasko osiguranju zbog krađe vozila iz razloga što nije postupio u skladu sa uvjetima za kasko osiguranje osiguravatelja, odnosno nije predočio osiguravatelju originalne ključeve, vlasnički list i saobraćajnu dozvolu ukradenog vozila. Sud je ocijenio da je tužitelj imao saznanje o uvjetima osiguranja, s obzirom da je godinama prije nastanka štetnog događaja osiguravao predmetni automobil kasko osiguranjem, pa je znao pravne posljedice uslijed neizvršavanja ugovornih obaveza. Tužitelj je zbog grube nemarnosti ostavio saobraćajnu dozvolu i drugi primjerak ključa u vozilu koje je ukradeno, te je zbog toga izgubio prava iz kasko osiguranja.

⁵⁴ Presuda Kantonalnog suda u Sarajevu br. Pž-2784/05 od 6.11.2005. godine i Presuda Općinskog suda u Sarajevu br. Ps-507/03 od 19.5.2005. godine.

⁵⁵ Vidi presudu Županijskog suda u Zagrebu br. 37.Gž-5233/16-3 od 27.7.2016. godine.

⁵⁶ Vidi presudu Trgovačkog suda u Zagrebu br. 42.P-2571/2009 od 17.4.2014. godine

Županijski sud u Dubrovniku⁵⁷ je svoju odluku o odbijanju žalbe i potvrđivanju prvostepene presude obrazložio time da se odredba uvjeta za kasko osiguranje motornih vozila o gubitku prava iz osiguranja u slučaju nepredočavanja original saobraćajne dozvole i ključeva ukradenog vozila ne može smatrati nepravičnom i nepravедnom, niti posebno teškom za osiguranika. Osiguranik je obavezan da saobraćajnu dozvolu, ključ vozila i vlasnički list ne drži u vozilu, tj. da ga u pravilu drži kod sebe ili u kući, a takva obaveza nije protivna svrsi ugovora o kasko osiguranju.

Uopćeno posmatrano, ugovori o osiguranju jesu najstariji tipski ugovori (Vilus, 1963., str. 19). I ugovor o kasko osiguranju jeste ugovor čija je sadržina unaprijed i jednostrano definirana, u smislu da osiguravatelj ugovorne uvjete prethodno sačinjava kako bi sebi olakšao zaključenje većeg broja budućih ugovora pod istim uvjetima, istovremeno štiteći adekvatno svoju ugovornu poziciju. Shodno tome zaključuje se kako osiguranik nema mogućnost uticaja na sadržinu ugovora o kasko osiguranju, te da se iz tog razloga dopušta ispitivanje eventualne nepoštenosti tako jednostrano definiranih odredbi ugovora. U domaćem zakonodavstvu to praktično znači da bi sud, s obzirom na to da se kod ugovora o kasko osiguranju s pojedincem osiguranikom kao potrošačem radi o potrošačkom ugovoru, trebao primijeniti odnosne odredbe entitetskih zakona o zaštiti potrošača. Riječ je konkretno o propisima kojima se u obliku generalne klauzule daje uopćen odgovor na pitanje kad se jednostrano formulirane odredbe u potrošačkim ugovorima ima smatrati nepoštenima, kao i o propisima koji sadrže liste klauzula koje će se smatrati nepoštenima ako budu upotrijebljene u stvarno zaključenom ugovoru (liste klauzula koje označavaju implementaciju aneksa klauzula uz Direktivu 93/13/EEZ). Odredba općih uvjeta uz ugovor o kasko osiguranju shodno kojoj osiguranik gubi prava iz osiguranja ako osiguravatelju ne preda, zajedno, originalne ključeve, vlasnički list i saobraćajnu dozvolu može tako biti predmetom kontrole nepoštenosti u skladu s odredbom čl. 95 ZZP BiH odnosno u skladu s odredbama čl. 70 st. 1 ZZP RS i čl. 73 st. 1 (a).⁵⁸ Primjena potrošačkih pravnih

⁵⁷ Vidi presudu br. Gž.407/11 od 24.11.2010. godine

⁵⁸ U čl. 96. ZZP BiH ne nalazi se odredba shodno kojoj u općim uvjetima poslovanja nije punovažna odredba kojom se isključuje ili ograničava prava potrošača koji nije, djelimično ili u potpunosti, izvršio određene ugovorne obaveze, no ispitivanje nepoštenosti moguće je provesti primjenom generalne klauzule iz čl. 95. U ZZP RS naprotiv, pored generalne klauzule, nalazimo i vrlo konkretno pravilo shodno kojem će se nepoštenim smatrati naročito one odredbe u skladu s kojima potrošačeva prava bivaju ograničena ili čak u potpunosti prestaju ukoliko on određenu ugovornu obavezu ne ispuni ili je ispuni samo djelimično.

propisa ovdje bi trebala imati prednost, no nepoštenost može biti utvrđivana i primjenom čl. 143 ZOO.

Ugovorna klauzula shodno kojoj osiguranik u ugovoru o kasko osiguranju gubi prava iz istog ne može li osiguravatelju predati ključeve i zahtijevane dokumente interesantna je pravnim teoretičarima i praktičarima između ostalog i stoga što odlučivanje o njenoj eventualnoj nepoštenosti rezultira djelimično neujednačenom domaćom sudskom praksom. Iz prethodno predstavljene sudske prakse vidljivo je da domaći sudovi, izuzev u jednom slučaju, u pravilu zauzimaju stav shodno kojem nemogućnost predočenja ključeva, dokaza o vlasništvu i saobraćajne dozvole vodi opravdanom gubitku prava iz kaska. S takvim se stavovima slažemo u dijelu koji se tiče gubitka prava iz kaska usljed nemogućnosti predočenja vlasničkog lista i ključeva; ključevi i dokaz o vlasništvu svakako ne bi trebali ostajati u vozilu koje osiguranik napušta. Smatramo međutim da ima mjesta promišljanju o nepoštenosti onih odredbi općih uvjeta kasko osiguranja kojim se prava iz osiguranja gube zbog nemogućnosti predočenja saobraćajne dozvole; u prilog takvom stavu govori i naprijed pominjana odluka prvostepenog suda u Sarajevu, koji je našao da je odredba o gubitku prava zbog nemogućnosti predaje saobraćajne dozvole pretjerano stroga i nepravična prema osiguraniku. U nastojanju da izbjegnju situacije u kojima saobraćajnu dozvolu ostave u drugom odjevnom predmetu ili torbi, vozači istu danas nerijetko ostavljaju u vozilu, a dešavaju se i situacije u kojima saobraćajna dozvola ostaje u odjevnom predmetu ili torbi koju osiguranik ostavi u uredno zaključanom vozilu (Šimac, 2007., str. 13-17). U svakom je slučaju neophodno da sud odluku donese temeljem svih okolnosti u konkretnom slučaju, vodeći računa o tome da li je, primjera radi, riječ o dugogodišnjem osiguraniku, koji je do tad uredno izvršavao sve obaveze iz ugovora, te da li je osiguranik postupao s pažnjom koja se od njega u prometu zahtijeva i vozilo parkirao i osigurao na propisani način, učinivši pri tom sve potrebno da ne dođe do nastupanja osiguranog slučaja. Činjenica da je osiguranik potpisao ugovor, i time, kako to sudovi različitog stepena naglašavaju, pristao na sve, pa i na odredbe ugovora o gubitku svih prava usljed nemogućnosti predaje ključeva i dokumenata, ne može u svakom slučaju biti razlog odbijanja tužbenog zahtjeva, osobito s obzirom na to da osiguranik pri zaključenju takvog ugovora nema uticaja na njegovu sadržinu, nego na istu mora pristati ako želi zaključiti ugovor o kasko osiguranju motornog vozila.

ZAKLJUČAK

Opće je poznata činjenica da osiguravatelji posluju u skladu s tržišnim načelima, te su u tome tim uspješniji što je veći odnos naplaćenih premija naspram isplaćenih šteta. Svoje interese osiguravatelji pri tom štite i na način da sa-

držaj budućih ugovora definiraju unaprijed, te pri zaključenju ugovora s osiguranicima istima prezentiraju ugovorni sadržaj na koji osiguranici nemaju mogućnost uticati. Osiguravatelji pri tom i u Bosni i Hercegovini sve ozbiljnije moraju voditi računa o zaštiti osiguranika kao pojedinca potrošača, u smislu da odnos nejednakosti snaga između dvije strane ovdje zahtijeva usvajanje i provedbu zakonskih i podzakonskih akata kojima je cilj upravo sprečavanje zloupotrebe pozicije ekonomske i informacijske nadmoći. To praktično znači da unaprijed definirani ugovorni sadržaji moraju odražavati odgovarajući balans zaštite interesa osiguravatelja i interesa osiguranika pojedinca, kako osiguravatelji ne bi dolazili u situacije u kojima ugovorni sadržaj biva predmetom sudske kontrole, koja završava donošenjem odluke kojom se postojeći odnos neravnoteže korigira u korist potrošača.

Sudovi u Bosni i Hercegovini bi, odlučujući o eventualnoj nepoštenosti odredbi ugovora o osiguranju, pa tako i kasko osiguranju, trebali primjenjivati odredbe ZZP BiH odnosno ZZP RS, kojima je u domaće zakonodavstvo izvršena transpozicija rješenja Direktive 93/13/EEZ o zaštiti od nepoštenih ugovornih odredbi. Pri tom se mora voditi računa o tome da se na pitanja koja nisu regulirana ovim zakonima primjenjuje odredbe entitetskih zakona o obligacionim odnosima, odnosno da ZZP BiH sadrži i pravilo shodno kojem se u slučaju nedoumice ili sukoba propisa ima primijeniti odredbe onog zakona koji predviđa viši nivo zaštite potrošača. U tom je smislu važno naglasiti i to da, suprotno uvriježenom shvatanju o nedodirljivosti ugovornih odredbi koje su odobrene od strane regulatornih tijela, temeljem Zakona o obligacionim odnosima i takve odredbe mogu biti predmetom kontrole.

Odredbe ugovora o kasko osiguranju kojima se predviđa da osiguranik gubi prava iz ugovora usljed nemogućnosti predočenja osiguravatelju ključeva vozila, te vlasničkog lista i saobraćajne dozvole smatramo poštenim odredbama općih uvjeta u dijelu koji se odnosi na nemogućnost prezentiranja ključa i dokaza o vlasništvu. S druge strane držimo da, uz uzimanje u obzir svih okolnosti slučaja, ima mjesta oglašavanju nepoštenima i time nevaljanima onih odredbi ugovora kojima se gubitak prava iz kaska predviđa u slučaju nemogućnosti predočenja saobraćajne dozvole.

Bibliografija

- Bikić, A. (2013). *Obligaciono pravo – Opći dio*. Sarajevo: Pravni fakultet.
- Ćurković, M. (2004). *Odgovornost osiguratelja za štetu na temelju obveznog osiguranja od automobilske odgovornosti*, Hrvatska pravna revija, 12, 24-31.
- Ćurković, M. (2020). *Isključenja iz osiguranja i gubitak prava iz osiguranja u obveznom osiguranju od automobilske odgovornosti*, Zbornik radova 2020, 31. susret osiguravača i reosiguravača. Dostupno na: www.sors.ba;

- Džidić, M. & Ćurković, M. (2017). *Pravo osiguranja*. Mostar: Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru.
- Gorenz, V. (2005). *Komentar Zakona o obveznim odnosima*. Zagreb.
- Keglević, A., (2013). *Zaštita osiguranika pojedinca kod ugovora o osiguranju*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 34 (1), 209-237.
- Meškić, Z. & Brkić, A. (2010). *Zaštita potrošača od nepravednih ugovornih odredbi – usklađivanje obligacionog prava BiH sa Direktivom 93/13/EEZ*. Anali Pravnog fakulteta u Zenici, 5, 53-82.
- Misita, N. (2004). *Uz desetogodišnjicu Direktive 93/13 o nepravičnim ugovornim odredbama*. Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, 25 (1), 17-47.
- Nobis, S. (2004). *Missbrauchlicj Vertragsklauseln in Deutschland und Frankreich; Zur Umsetzung der Klauselrichtlinie 93/13/EWG des Rates*. Tubingen.
- Pavić, D. (2007). *Srednjovjekovno staleško osiguranje*. Zagreb
- Petrić, S. (2002). *O problemu nepravednih odredaba potrošačkih ugovora u pravu Evropske Zajednice i u pravu Bosne i Hercegovine*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Mostaru, XV, 197-230.
- Petrić, S. (2001). *Tumačenje općih uvjeta ugovora i njihov odnos s posebno ugovorenim klauzulama u hrvatskom i europskom pravu*, Hrvatska pravna revija, 12, 26-36.
- Petrović Tomić, N. (2017). *Nepravične klauzule u osiguranju i Nacrt Građanskog zakonika Srbije*. Tokovi osiguranja, 2, 70-87.
- Romac, A. (1989). *Rimsko pravo*. Zagreb: Narodne novine.
- Slakoper, Z. (2001). *Nevaljanost pojedinih odredbi općih uvjeta ugovora s posebnim osvrtom na potrošačke ugovore*, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, 22 (1), 181-208.
- Suknaić, F., (2010). *Kasko osiguranje transportnih sredstava u Republici Hrvatskoj*, Pravnik, 44, 1(88), 71-88. Dostupno na: <https://hrcak.srce.hr/94823>;
- Šimac, S. (2007). *Nevaljanost pojedinih odredbi općih uvjeta iz ugovora o kasko osiguranju motornog vozila, Smije li nemogućnost predočenja prometne dozvole ukradenog vozila predstavljati zapreku za isplatu osigurnine?* Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, 28 (1), 1-19.
- Van Gool, R. (2004). *Die Problematik des Rechtes der missbrauchlichen Klauseln und die EG-Richtlinie über missbrauchliche Klauseln in Verbraucherverträgen*. Frankfurt am Main.
- Vilus, J. (1976). *Opšti uslovi formularnih ugovora*. Beograd.

Propisi

Council Directive 93/13/EEC of 5 April on unfair terms in consumer contracts, OJ No L 95/29, 21.04.1993. p. 29-34;

Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and the Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council - Official Journal L 304, 22.11.2011., p. 64-88;

Directive 2009/138/EC of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009 on the taking-up and pursuit of the business of Insurance and Reinsurance (Solvency II - OJ L 335, 17.12.2009, p. 1-155;

Pravilnik o ombudsmanu u osiguranju Republike Srpske („Sl. glasnik RS br. 02/19, 75/22 i 94/22.)

Zakon o društvima za osiguranje Republike Srpske (“Službeni glasnik Republike Srpske” br. 17/05, 01/06 i 64/06, 74/10);

Zakon o obaveznim osiguranjima u saobraćaju (“Službene novine FBiH” br. 57/20 i 103/21);

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 osiguranju FBiH („Službene novine Federacije BiH“, broj 23/17);

Zakon o zaštiti potrošača u Bosni i Hercegovini (“Službeni glasnik BiH”, br. 25/2006 i 88/2015).

Sudska praksa

Presuda Općinskog suda u Sarajevu br. 65 0 Ps 301213 12 Ps od 12.1.2013. godine
Presuda Kantonalnog suda u Sarajevu br. 65 0 Ps 301213 14 Pž od 7.3.2016. godine
Presuda Općinskog suda u Sarajevu br. Ps-507/03 od 19.5.2005. godine
Presuda Kantonalnog suda u Sarajevu br. Pž-2784/05 od 6.11.2005. godine
Odluka Ustavnog suda BiH br. AP-1928/08 od 27.10.2010. godine
Presuda Županijski sud u Dubrovniku br. Gž.407/11 od 24.11.2010. godine

Presuda br. 58 0 P 052207 12 Gž od 17.2.2014. godine
Presuda Trgovačkog suda u Zagrebu br. 42.P-2571/2009 od 17.4.2014. godine
Presuda Vrhovnog suda FBiH br. 65 0 Ps 301213 16 Rev od 7.12.2017. godine
Presuda Vrhovnog suda FBiH br. 58 0 Ps 127031 16 Rev od 3.9.2019. godine

Presudu Županijskog suda u Zagrebu br. 37.Gž-5233/16-3 od 27.7.2016. godine
Presuda Vrhovnog suda FBiH br. 65 0 Ps 334559 20 Rev od 7.4.2021. godine

Internet stranice

https://www.azors.rs.ba/azors/lat/pod_akti/ombudsman/kodeks%20poslovne%20etike%20drustava%20za%20osiguranje.pdf (pristupljeno: 13.6.2023. godine u 13:05)

Almedina Šabić Učanbarlić, PhD

Associate Professor
University of Sarajevo
Faculty of Law
a.sabic@pfsa.unsa.ba

Vesna Lazić Buljan, PhD

Secretary General
University of Sarajevo
Faculty of Law
v.lazic@pfsa.unsa.ba

**ON SOME ASPECTS OF THE PROTECTION OF THE
INSURED AS A CONSUMER IN THE CONTRACT ON CASH
INSURANCE FOR A MOTOR VEHICLE**

Summary

In the paper, the authors analyze the legal framework and judicial practice in the context of the protection of the insured party as a consumer in the comprehensive motor vehicle insurance contract, with an emphasis on the protection of the insured against unfair contractual provisions. The need to provide protection is caused by the imbalance that exists in the negotiating position between the insured, as a consumer, and the insurer, as a merchant, in terms of the insurer's economic and informational supremacy. The paper examines certain provisions of the rules for comprehensive motor vehicle insurance and their impact on the insured's rights regarding the payment of damages, that is, more specifically, an attempt is made to answer the question whether the inability to fulfill an obligation of the insured can exclude the insurer's obligation to compensate for damages?

Keywords: *protection of the insured, comprehensive insurance contract, general conditions, rules of comprehensive motor vehicle insurance*

Dr. sc. Kanita Imamović-Čizmić

Redovna profesorica

Univerzitet u Sarajevu

Pravni fakultet

k.imamovic-cizmic@pfsa.unsa.ba

UDK 339.13.012.42

Prethodno naučno saopćenje

ZAGOVARANJE KONKURENCIJE U BiH – STANJE I PERSPEKTIVE

Sažetak

Zagovaranje (promocija) konkurencije spada u red aktivnosti koje provode tijela nadležna za zaštitu tržišne konkurencije izvan neposredne primjene zakona o konkurenciji, s ciljem podizanja svijesti o važnosti konkurencije i fer ponašanja učesnika na tržištu. U teoriji se mogu naći različita mišljenja o ovoj vrsti aktivnosti tijela nadležnih za zaštitu tržišne konkurencije. Nesporna je činjenica da zagovaranje podupire efikasnu zaštitu konkurencije na tržištu i to neovisno o tome da li se radi o razvijenim ili manje razvijenim ekonomijama. Štaviše, postoje analize koje govore u prilog većem angažmanu tijela za zaštitu tržišne konkurencije u posttranzicijskim ekonomijama. Rad je koncipiran tako da se u prvom dijelu daju određena teorijska i praktična razmatranja o zagovaranju konkurencije kako bi se razumjela analiza ove aktivnosti Konkurencijskog vijeća. Analiza zagovaranja konkurencije u Bosni i Hercegovini vršena je na temelju podataka iz godišnjih planova rada i godišnjih izvještaja o radu Konkurencijskog vijeća. Kako bi se dobila slika o percepciji zagovaranja konkurencije u javnosti, provedena je anketa o kojoj se više govori u posljednjem dijelu.

Ključne riječi: *zagovaranje (promocija) konkurencije, javna primjena, tijela za zaštitu konkurencije*

Uvod

Konkurencija je jedan od temelja na kojima počiva tržišna ekonomija. Od nje zavisi tok ekonomskih procesa, ona potiče istraživanja i inovacije, utiče na proaktivno djelovanje privrednih subjekata, doprinosi blagostanju potrošača te u konačnici utiče na stepen ekonomskog razvoja i rasta jedne države. Zbog benefita koje osigurava potrošačima, privrednim subjektima i društvu, s jedne strane, te činjenice da njeno ograničavanje, sprečavanje i narušavanje proizvodi negativne posljedice, s druge strane, ona postaje predmet

pravne zaštite. Iz spomenutih razloga njena pravna zaštita pojavljuje se među glavnim prioritetima ekonomske politike općenito, a posebno politike konkurencije kako na nacionalnom nivou tako i u okviru međunarodnih institucija i organizacija. Pored poslovnih praksi privrednih subjekata, koje su zakonima označene kao društveno nepoželjne, konkurencija se također može značajno smanjiti različitim javnim politikama i institucionalnim intervencijama. Razvijeni su različiti mehanizmi zaštite konkurencije koji se sastoje od pravnih pravila kojima se regulira ponašanje na tržištu i institucija (nadležna tijela) za njihovu javnu primjenu. Izvan okvira primjene pravnih pravila, kojima se zabranjuju određene poslovne prakse, javna tijela često imaju zadatak da jačaju svijest o benefitima konkurencije i potrebi fer ponašanja na tržištu. Zagovaranje (promocija) tržišne konkurencije predstavlja svaka aktivnost koju provodi tijelo nadležno za tržišnu konkurenciju radi promicanja vrijednosti tržišnog okruženja a izvan rješavanja konkretnih konkurencijsko-pravnih slučajeva. U cilju jačanja tržišne ekonomije, ova aktivnost je prisutna kako u razvijenim tako i u manje razvijenim državama. Ekonomski razvijene države, za koje je imanentna duga konkurencijskopravna kultura, pristupile su zagovaranju konkurencije postepeno, nakon više od stoljeća primjene zakona o konkurenciji. U posttranzicijskim državama formiranje mehanizma zaštite tržišne konkurencije slijedilo je nakon procesa tranzicije. U početku je politika konkurencije bila izgrađena na mehanizmima prisile, koji se ostvaruju samo kroz otkrivanje i borbu protiv kršenja zakona, a njeni objekti bili su uglavnom poslovni subjekti. Uvođenje i primjena koncepta zagovaranja konkurencije u praksu tijela nadležnih za zaštitu tržišne konkurencije odvijala se deset do petnaest godina. Dosadašnje analize efikasnosti zagovaranja u posttranzicijskim državama ukazuju na kritike i nedovoljnu pažnju ovom konceptu (Bakalinska, Honcharenko, Kaptsova & Babadzhanian, 2022, str. 135).

Veća pažnja konceptu zagovaranja konkurencije, odnosno njegovoj primjeni, neophodna je kako bi se preventivno djelovalo na ponašanje tržišnih učesnika ali i (ne) donošenje zakonodavnih i pravnih akata čija bi primjena imala negativne posljedice po konkurenciju na tržištu. Iako se u teoriji ne govori mnogo o zagovaranju konkurencije, ipak postoje različita mišljenja o samom metodu, njegovim instrumentima i praćenju njegove efikasnosti. Nesporna je potreba za dodatnim djelovanjem izvan same primjene zakona o konkurenciji, kako bi se razvijala prokonkurencijska kultura. Rad je koncipiran tako da se u prvom dijelu daje kratak osvrt na određena teorijska i praktična razmatranja o zagovaranju konkurencije kako bi se razumjela analiza ove aktivnosti Konkurencijskog vijeća u Bosni i Hercegovini. Analiza aktivnosti zagovaranja konkurencije u Bosni i Hercegovini vršena je na temelju podataka iz godišnjih planova rada i godišnjih izvještaja o radu Konkurencijskog vijeća. Kako bi se

dobila slika o percepciji zagovaranja konkurencije u javnosti, provedena je anketa o kojoj se više govori u posljednjem dijelu.

Zagovaranje (promocija) konkurencije i njen značaj – određena teorijska i praktična razmatranja kao polazna osnova za analizu zagovaranja konkurencije u BiH

Savremeni uvjeti poslovanja zahtijevaju od učesnika na tržištu da se pridržavaju, kako u vlastitom interesu tako i u interesu potrošača, odnosno društva kao cjeline, određenih pravnih pravila koja imaju za cilj da, uz poštivanje principa jednakosti i pravičnosti, spriječe i sankcioniraju poslovne prakse kojima se umanjuje ili negativno djeluje na tržišnu konkurenciju u njenom trihotomnom smislu. U razvojnom procesu tržišna konkurencija, iako prvobitno posmatrana kao ekonomska kategorija, prepoznata je kao posebna društvena vrijednost koja se štiti zakonom. Pravo konkurencije kao pravna disciplina javlja u se 19. vijeku i može se reći da ga, zbog dinamičnosti ekonomskih procesa i promjena koji ih prate, odlikuje neprekidna modernizacija. Pravna zaštita konkurencije javlja se kao trostruka u materijalnom i kao dvostepena u procesnom smislu. Upravnoppravna zaštita je osnovni vid zaštite tržišne konkurencije u supstancijalno-pravnom smislu i primarni u procesnom. Nju vrši nadležno stručno tijelo za zaštitu konkurencije i, u većini pravnih sistema, označena kao javnopravna zaštita, predstavlja stub pravne zaštite. Uz ovaj vid zaštite u određenim jurisdikcijama razvijene su i krivičnopravna i građanskopravna zaštita (Danković Stepanović, 2014, str. 284).

Upravnoppravna zaštita je povjerena neovisnom stručnom državnom tijelu ili agenciji čije ovlasti su propisane zakonom. Ova tijela postupaju u slučajevima kršenja zakona kojim se zabranjuju poslovne prakse kao što su zabranjeni sporazumi, zloupotreba vladajućeg položaja i prekomjerne koncentracije i donose odluke protiv kojih je propisan određeni pravni lijek. Međutim, u određenim jurisdikcijama ovim tijelima dodjeljuje se još jedna ovlast, a to je zagovaranje/promocija konkurencije (engl. competition advocacy). Prema definiciji Međunarodne mreže za konkurenciju (International Competition Network – ICN), zagovaranje tržišne konkurencije¹ odnosi se na aktivnosti koje

¹ Pojam “zagovaranje” prvi je predložio u radu T. Murrisa, predsjednik Savezne trgovinske komisije SAD-a, u sekciji “Politika zaštite i tržišnog natjecanja” na prvoj godišnjoj konferenciji International Competition Network koji se održao 2002. godine u Italiji. “Zagovaranje tržišne konkurencije jedna je od djelatnosti antimonopolskih tijela, usmjerena na jačanje konkurentskog okruženja kroz mehanizme koji ne uključuju upotrebu mjera prisile, nego aktivne odnose s drugim državnim tijelima i veće razumijevanje javnosti o dobrobitima tržišne konkurencije.” (Mrinalinee, 2016, str. 517)

promiču konkurentsko okruženje kroz mehanizme izvan rješavanja konkurencijskopравnih slučajeva, kao što je izgradnja odnosa s državnim tijelima, povećanje javne svijesti o prednostima tržišne konkurencije te prepoznavanje i uklanjanje antikonkurentskih politika i propisa (The World Bank, 2023). Prvi dio ove definicije definira zagovaranje tržišne konkurencije u smislu onoga što ono nije i odnosi se na gotovo sve aktivnosti tijela za zaštitu konkurencije koje ne spadaju pod kategoriju primjene prava. Drugi dio definicije identificira dvije glavne grane zagovaranja tržišne konkurencije: (1) inicijative koje poduzima tijelo za zaštitu konkurencije prema drugim javnim subjektima kako bi utjecalo na regulatorni okvir i njegovu provedbu, te (2) aktivnosti tijela za zaštitu konkurencije usmjerene na podizanje svijesti privrednih subjekata, javnih tijela i opće javnosti o dobrobitima tržišne konkurencije za društvo u cjelini i ulozi politika konkurencije (Rakić, 2018, str. 113).

U suštini, cilj zagovaranja konkurencije jest stvoriti takvo tržišno okruženje u kojem se učesnici na tržištu nastoje pridržavati politike poštene i fer konkurencije bez zakonske obaveze, odnosno bez primjene metoda prisile. Upravljena je na razvoj svijesti o benefitima konkurencije kao društvene kategorije. Efekti primjene ove metode vidljivi su ne samo u poslovnom ambijentu nego i u efikasnosti javne primjene pravila konkurencije, jer se ciljevi prava konkurencije postižu bez dodatnih troškova vezanih za sprovođenje samog postupka pred nadležnim tijelom za zaštitu konkurencije. Zagovaranje konkurencije u kontekstu stvaranja prokonkurencijskog poslovnog okruženja važno je za razvoj lokalnog tržišta ali ima pozitivne efekte i na ponašanje učesnika i na međunarodnim tržištima. Na tržištima u razvoju, u državama koje ne baštine dugu tradiciju konkurencijskopравne kulture, razumijevanje važnosti poštene konkurencije i njene prednosti posebno je bitno u procesu liberalizacije tržišta, u ekonomskoj regulaciji, mjerama državne potpore, privatizaciji, djelovanju lokalnih vlasti itd. Dakle, nivo konkurencije u ekonomiji može, kako se tvrdi, postati slaba ili jaka tačka, ovisno o mjerama razvijenosti primijenjene konkurencijskopравne kulture (Caraganciu, 2019, str. 186).

Prema podacima OECD-a postoji više od 140 zemalja koje su usvojile određene mehanizme zaštite tržišne konkurencije. Iskustvo u razvijenim zemljama sugerira da se usvajanje i efikasna provedba tog mehanizma najbolje postižu uz široku podršku javnosti. Za stvaranje prokonkurencijskog poslovnog okruženja neophodno je postojanje efikasnog programa zagovaranja za promicanje i zaštitu tržišne konkurencije, koje provode konkurencijska tijela. Imajući u vidu predstavljenu definiciju i ciljne skupine kojima je usmjereno, zagovaranje (promocija) konkurencije odvija se u tri pravca: aktivnosti zagovaranja usmjerene prema kreatorima pravnih propisa i politika, aktivnosti zagovaranja usmjerene prema tržišnim učesnicima te prema društvu kao

cjelini. U pogledu prvog pravca djelovanja tijela nadležna za zaštitu tržišne konkurencije mogu upotrijebiti svoje formalne ovlasti da utječu na nosioce regulatornih ovlasti (vladu, zakonodavstvo i druga javna tijela) kako bi ih uvjerilo da ne donose nepotrebne mjere s negativnim efektom na tržišnu konkurenciju ili im pomoglo da odrede granice regulacije poslovanja putem prilagođavanja propisa i politika kojima se nepotrebno ograničava konkurencija na tržištu. To znači da tijela nadležna za zaštitu tržišne konkurencije moraju djelovati proaktivno kako bi pomogla vladi da ukloni prepreke tržišnoj konkurenciji i uspostavi javne politike koje smanjuju prepreke ulasku, promiču deregulaciju i liberalizaciju trgovine i na drugi način smanjuju nepotrebnu državnu intervenciju na tržištu (Shyam Khemani, Clark & Fornalczy, 1999, str. 95). Ako se sagleda sadržaj i cilj ovih aktivnosti onda se može zaključiti da promocija konkurencije ima fundus u liberalnom konceptu ekonomske politike. Naime, zagovaranje konkurencije se u liberalnim ekonomijama dovodi u vezu s primjenom procjene učinaka propisa (Regulatory assesment impact – RIA), tzv. “competition screening”², gdje konkurencijska tijela imaju posebnu ulogu i utjecaj na: (1) “eliminaciju nepotrebnih i skupih postojećih državnih regulacija”, (2) “sprečavanje rasta nepotrebni novih regulacija”, (3) “minimizaciju narušavanja konkurencije tamo gdje je regulacija nužna zagovaranjem najmanje antikonkurentnog oblika regulacije u skladu s važećim regulatornim ciljevima” i (4) “osiguravanje ispravno osmišljene regulacije za postizanje legitimnih regulatornih ciljeva”. Oni daju svoja mišljenja i informiraju zakonodavce o mogućim protukonkurencijskim učincima predloženog zakona prije nego što se takav zakon donese. Zbog “impliciranog imuniteta”, prema doktrini državnog intervencionizma, nakon što se takvi zakoni usvoje, tijela za zaštitu tržišne konkurencije ograničena su u ispravljanju proizašlih antikonkurentskih rezultata. Efikasan program zagovaranja tržišne konkurencije od strane predanog i neovisnog tijela za zaštitu tržišne konkurencije potaknut će najveći opseg za dopuštanje tržištima da raspodjele resurse, čime se poboljšavaju produktivnost i ekonomski rast u korist potrošača (Stucke, 2008, str. 955).

Postojanje zabranjenih poslovnih praksi se, pogotovu u državama u tranziciji i razvoju, kod kojih ne postoji razvijena konkurencijskopravna kultura, često se dovodi u vezu s državnom intervencijom na tržištu. Naime, ekonomske politike u državama u tranziciji i razvoju u većini slučajeva imaju za posledicu visokokoncentrirana tržišta na kojima dominiraju određeni privredni subjekti i koji prakticiraju antikonkurencijske poslovne prakse. To je razlog zbog kojih se od tijela za zaštitu konkurencije zahtijeva da se uključe i sara-

² O vezi između RIA-e i zagovaranja vidjeti više kod Emberger (2006).

đuju sa ostalim državnim institucijama u kreiranju ekonomskih politika i propisa, pogotovo kod kojih postoji mogućnost utjecaja na tržišnu strukturu (Shyam Khemani, Clark & Fornalczy, 1999, str. 93). Potreba za aktivnostima zagovaranja konkurencije postoji i u razvijenim državama. Primjera radi, Antimonopolski odjel Ministarstva pravosuđa i Savezna trgovačka komisija SAD-a počeli su raditi na pojedinačnim komponentama zagovaranja koje su ugrađene u sistem promocije (zagovaranja) konkurencije već 20-ih odnosno 30-ih godina XX stoljeća. Međutim, tek u posljednjem desetljeću prošlog stoljeća ovo je područje postalo važan fokus njihove aktivnosti koji je bio povezan s povećanom pažnjom na reforme deregulacije u Sjedinjenim Američkim Državama (Knyazeva, 2013, str. 281). Na međunarodnom planu posebna pažnja zagovaranju konkurencije posvećena je u Organizaciji za ekonomsku saradnju i razvoj (Organization for Economic Cooperation and Development – OECD), Svjetskoj banci (World Bank – WB), Međunarodnoj mreži za konkurenciju (International Competition Network)³ i Konferenciji Ujedinjenih nacija za trgovinu i razvoj (United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD)).

Aktivnosti zagovaranja konkurencije kod državnih tijela, kao što je rečeno, obuhvaćaju aktivnosti i saradnju konkurencijskih tijela s državnim tijelima kako bi ih se uvjerilo da ne usvoje nepotrebne antikonkurencijske mjere, odnosno da im se pomogne u postavljanju jasnih granica ekonomske regulacije. U tom smislu, konkurencijska tijela imaju zadatak da:

- pruže pomoć vladi prilikom ocjene visine stepena utjecaja koji na konkurenciju mogu imati planirane ekonomsko-političke aktivnosti;
- pruže tehničku ekspertizu o određenim industrijama ili tržištima u okvirima druge politike;
- nastoje riješiti identificirane proturječnosti između prava konkurencije i drugih zakona i propisa;

³ Misija Radne skupine za zagovaranje (AWG) je poboljšati učinkovitost članova ICN-a u zagovaranju širenja načela tržišnog natjecanja i promicati razvoj kulture tržišnog natjecanja. AWG razvija praktične alate i smjernice te olakšava razmjenu iskustava među agencijama članicama ICN-a. Zagovaranje jača vrijednost tržišnog natjecanja educiranjem građana, poduzeća i kreatora politika. Uz potporu naporima agencija za tržišno natjecanje u rješavanju privatnog protukonkurentnog ponašanja, zagovaranje je važan alat u rješavanju javnih ograničenja tržišnog natjecanja. Zagovaranje tržišnog natjecanja u ovom kontekstu odnosi se na one aktivnosti koje provodi agencija za tržišno natjecanje, a koje su povezane s promicanjem konkurentnog okruženja putem mehanizama neprovođenja, uglavnom kroz odnose s drugim državnim tijelima i podizanjem svijesti javnosti o prednosti konkurencije (International Competition Network, 2018).

- povećaju svijest o tome da primjena prava konkurencije vodi poboljšanju dobrobiti potrošača i pridonosi ekonomskom rastu.

Drugi pravac i treći pravac aktivnosti zagovaranja konkurencije se ponekad odvijaju zajedno. Ove aktivnosti se odnose na zagovaranje konkurencije u cilju podizanja i jačanja svijesti o značaju konkurencije na tržištu i koristima koje ona donosi, odnosno razvijanju konkurencijskopravne kulture kako kod tržišnih učesnika tako i kod društva kao cjeline. Aktivnosti tijela za zaštitu konkurencije koje mogu doprinijeti ovom segmentu zagovaranja konkurencije obuhvaćaju: objavljivanje izvještaja o radu, objavljivanje odluka u pojedinim konkurencijskopравnim slučajevima, izradu smjernica o posebnim supstantivnim pitanjima za lakšu primjenu zakona (npr. smjernice o koncentracijama, usklađenosti poslovanja), redovne konferencije za medije, organiziranje seminara, konferencija i drugih edukativnih sadržaja u saradnji s drugim institucijama, advokatskim komorama, udruženjima potrošača i akademskom zajednicom. Aktivnosti zagovaranja iz sva tri spomenuta pravca poduzimaju se s ciljem zagovaranja koji može biti: stvaranje podrške politici tržišne konkurencije i antimonopolskim postupcima, omogućavanje saradnje konkurencijskih tijela s državnim tijelima, privrednim subjektima i širom javnošću, razvijanje alata za efikasniju komunikaciju ili se radi o proceduralnoj objektivnosti (Knyazeva, 2013, str. 285).

Zagovaranje konkurencije, kao vrsta aktivnosti tijela nadležnih za zaštitu tržišne konkurencije, može biti na zakonskom ili neformalnom osnovu. Zakoni nekih država, kao što su: Kanada, Italija, Republika Koreja, Ruska Federacija i Republika Azerbejdžan, daju konkurencijskim tijelima posebnu ovlast da izraze svoje stavove o određenim pitanjima kao što je restrukturiranje telekomunikacijske industrije odgovarajućem ministarstvu ili regulatornoj agenciji. U drugim jurisdikcijama, gdje zakon nije dao posebne ovlasti u polju promocije konkurencije, vrijedi presumpcija da ako zakon ne zabranjuje učešće konkurencijskih tijela, tijela bi trebala, kroz svoju ulogu u provođenju zakona, u svim mogućim situacijama iznositi svoje stavove u pogledu stanja na pojedinim tržištima. To je uglavnom bila praksa u Francuskoj, Njemačkoj i Sjedinjenim Državama (Wiesmeth & Uzbey Hajiyev, 2012, str. 32).

Zagovaranje konkurencije, neovisno o tome da li za konkurencijska tijela postoji zakonska obaveza ili ne, da bi služilo svrsi treba biti efikasno. Prema OECD-u postoje određeni preduvjeti za efikasno zagovaranje tržišne konkurencije⁴:

1. neovisnost tijela za zaštitu konkurencije – koja podrazumijeva političku neovisnost s dvije komponente: strukturalnom (organizacionom) i

⁴ Detaljnije vidjeti u OECD-ovom dokumentu *Competition advocacy: challenges for developing countries*.

operativnom. Organizaciona komponenta podrazumijeva da su tijela nadležna za zaštitu konkurencije formirana kao zasebna pravna lica, izvan resornog ministarstva, i za svoj rad direktno odgovaraju parlamentu. Operativna komponenta neovisnosti, u kontekstu zagovaranja tržišne konkurencije, odnosi se i na slobodu koju konkurencijska tijela imaju u davanju komentara i općenito učešću u državnim i regulatornim pitanjima, te da, tokom tih aktivnosti, zauzmu stavove koji su neovisni o stavovima drugih u javnom i privatnom sektoru

2. dostatnost resursa – konkurencijska tijela bi trebala imati dovoljno finansijskih, materijalno-pravnih i ljudskih resursa kako bi realizirala aktivnosti zagovaranja tržišne konkurencije.
3. kredibilitet i povjerenje – konkurencijska tijela svojim neovisnim i stručnim radom trebaju izgraditi kredibilitet kako u okviru javnog i poslovnog sektora tako i u društvu uopće.

Efikasno zagovaranje konkurencije, utemeljeno na dobro osmišljenom programu, trebalo bi rezultirati jačanjem svijesti o važnostima konkurencije kod kreatora propisa i politika, privrednih subjekata i društva u cjelini. To je krajnji rezultatove aktivnosti. S obzirom na to da se tijela za zaštitu konkurencije finansiraju iz državnih budžeta te da se postavlja pitanje opravdanosti utroška javnih sredstava, treba napomenuti da se u teoriji raspravlja i pitanje evaluacije⁵ “zagovaranja tržišne konkurencije” i tehnika za njeno provođenje. Ispostavilo se da je argumentiranje za procjenu ili evaluaciju zagovaranja tržišne konkurencije puno lakše nego pravilno provođenje takvih procjena. Do danas objavljene evaluacije bile su u obliku procjena konkurencijskih tijela o njihovim vlastitim aktivnostima zagovaranja putem anketnih upitnika koji nastoje utvrditi opće dojmove o tome koji faktori ometaju ili olakšavaju uspješnu provedbu zagovaranja tržišne konkurencije, te izvještaja o pojedinačnim inicijativama zagovaranja tržišne konkurencije. Ove metode evaluacije uglavnom su bile kvalitativne prirode, pri čemu su nadležna konkurencijska tijela često sama birala hoće li učestvovati u nekoj određenoj evaluaciji i koje će primjere zagovaranja tržišne konkurencije istaknuti (Evenet, 2006, str. 508).

Pravo konkurencije u BiH – osnovne informacije i pravni osnov za zagovaranje

I prije sticanja statusa kandidata za članstvo u Evropskoj uniji (EU), na temelju obaveza iz Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju, u Bosni i Hercegovini je uspostavljen određeni mehanizam pravne zaštite tržišne konkurencije, koji je u većem dijelu usklađen s pravnom stečevinom EU. Osnovni izvor prava konkurencije, pored ustava, predstavlja Zakon o konkurenciji BiH

⁵ Primjer evaluacije zagovaranja može se vidjeti u Office of Fair Trading by London Economics (2010).

čije odredbe reguliraju pitanja antikonkurencijskih poslovnih praksi i usklađene su s relevantnim odredbama Ugovora o funkcioniranju EU.⁶ Zakon o konkurenciji regulira i formiranje tijela nadležnog za provođenje prava konkurencije (Konkurencijsko vijeće) na cijelom teritoriju BiH, njegove ovlasti, izbor članova i način odlučivanja te sam postupak pred Konkurencijskim vijećem. Odredbe Zakona o konkurenciji BiH kojim se regulira način izbora članova Konkurencijskog vijeća i postupak odlučivanja se, prema Izvještaju Komisije o napretku BiH, smatraju glavnim anomalijama.

U članu 25 Zakona o konkurenciji BiH⁷ propisane su nadležnosti Konkurencijskoga vijeća:

(1) Konkurencijsko vijeće u vršenju svojih poslova, u skladu s ovim zakonom i drugim propisima koji reguliraju konkurencijsku politiku u Bosni i Hercegovini nadležno je da:

a) donosi podzakonske akte na osnovu odredbi ovog zakona i druge podzakonske akte potrebne za njegovo provođenje;

b) propisuje definicije i obračunske metode za određene djelatnosti, i to bankarstvo, osiguranje i slično;

c) propisuje i daje tumačenje općih i posebnih definicija konkurencijskih pojmova, kao i obračunske metode za ključne konkurencijske pojmove;

d) odlučuje o zahtjevima za provođenje postupka i vodi postupak;

e) donosi upravne akte kojima se okončava postupak pred Konkurencijskim vijećem;

f) daje mišljenja i preporuke o bilo kom aspektu konkurencije, po službenoj dužnosti ili na zahtjev državnog organa, privrednog subjekta ili udruženja;

⁶ Ovdje treba spomenuti dilemu “neadekvatnog prijevoda” čl. 101 Ugovora o funkcioniranju EU koji u biti otežava samu primjenu. Naime, u čl. 4 Zakona o konkurenciji koji regulira zabranjene sporazume kumulativno je postavljen uslov da bi neka poslovna praksa bila zabranjena, ona mora imati za cilj ili posljedicu sprečavanje, ograničavanje i narušavanje tržišne konkurencije, dok je to u spomenutom članu Ugovora o funkcioniranju EU alternativno postavljeno. Također, čl. 101 Ugovora o funkcioniranju EU predviđa egzemplarnu listu zabranjenih poslovnih praksi, dok je u čl. 4 Zakona o konkurenciji ta lista zatvorena.

⁷ Neslužbeni prečišćeni tekst: <https://www.parlament.ba/law/LawDetails?lawId=1086> (pristupljeno 5. 9. 2023).

g) donosi interne akte o unutrašnjoj organizaciji Konkurencijskog vijeća, osim Pravilnika o unutrašnjoj organizaciji i sistematizaciji, koji se donosi uz saglasnost Vijeća ministara Bosne i Hercegovine;

h) daje inicijativu za izmjene i dopune Zakona o konkurenciji;

i) predlaže Vijeću ministara Bosne i Hercegovine odluku o visini iznosa administrativnih taksi u vezi s procesnim radnjama pred Konkurencijskim vijećem.

(2) Konkurencijsko vijeće na nacрте i prijedloge zakona i drugih propisa iz oblasti koje imaju utjecaja na tržišnu konkurenciju, koje su obavezni dostaviti predlagачи, daje mišljenje o njihovoj saglasnosti s ovim zakonom.

(3) Konkurencijsko vijeće u provođenju ovog zakona i drugih propisa iz oblasti konkurencije može osnovati stručna i savjetodavna tijela, koja mu pomažu u donošenju odluka.

(4) Konkurencijsko vijeće sarađuje s međunarodnim i nacionalnim organizacijama i institucijama iz oblasti konkurencije, na osnovu čega može davati i tražiti podatke i informacije vezane za činjenična ili pravna pitanja, uključujući i povjerljive podatke. Prilikom razmjene povjerljivih podataka, legitimni poslovni interesi zainteresiranih privrednih subjekata moraju se zaštititi u skladu s propisima.

(5) Konkurencijsko vijeće podnosi na usvajanje Vijeću ministara Bosne i Hercegovine izvještaj o radu kao i godišnji izvještaj. Usvojen godišnji izvještaj o radu Konkurencijsko vijeće objavljuje u javnosti.

S aspekta zakonske osnove za aktivnosti zagovaranja konkurencije Konkurencijskog vijeća treba reći da je u I dijelu Zakona pod nazivom “Opće odredbe” u članu 1 utvrđena nadležnost ili ovlast Konkurencijskog vijeća da provodi promociju ili zagovaranje konkurencije: “Ovim zakonom uređuju se pravila, mjere i postupci zaštite tržišne konkurencije, nadležnosti i način rada Konkurencijskog savjeta na zaštiti i promociji tržišne konkurencije u Bosni i Hercegovini.” To je jedina odredba koja se dotiče zagovaranja konkurencije od strane Konkurencijskog vijeća u BiH.

Zagovaranje konkurencije u BiH – kroz analizu programa rada i izvještaja Konkurencijskog vijeća

Bosna i Hercegovina je država u tranziciji i razvoju s izrazito kompleksnom državno-pravnom strukturom. Kompleksna državno-pravna struktura stvara uvjete za politički determinizam, a posljedično tome utiče i na funkcioniranje ekonomije, ostvarivanje ekonomskog rasta i razvoja. Naime, na temelju Aneksa 4 Dejtonskog mirovnog sporazuma, koji predstavlja Ustav BiH i Odluke Međunarodnog arbitražnog suda, Bosna i Hercegovina je sastavljena od dva entiteta i Brčko distrikta. Entitet Federacija BiH je podijeljen na 10 kantona, dok je entitet Republika Srpska unitaran. Stoga se nadležnosti donošenja pojedinih pravnih akata dijele između države BiH, entiteta i Brčko distrikta. U Federaciji BiH se nadležnosti nadalje dijele između FBiH i kantona. U BiH je na snazi 14 Ustava, zakone usvaja 14 zakonodavnih tijela, a 14 vlada kreira i izvršava te zakone i to putem 140⁸ ministarstava na različitim nivoima vlasti.

Posljedično ovakvom ustavnopravnom uređenju, Konkurencijsko vijeće je tijelo formirano na nivou države Bosne i Hercegovine i nadležno za primjenu prava konkurencije na cijelom teritoriju BiH. Ovo za posljedicu ima činjenicu da se na rad Konkurencijskog vijeća primjenjuju zakoni koji se primjenjuju na druga tijela i institucije države BiH.

Na temelju člana 23. Zakona o ministarstvima i drugim organima uprave Bosne i Hercegovine i člana 7. Odluke o godišnjem planiranju rada i načinu praćenja i izvještavanja u institucijama Bosne i Hercegovine, Konkurencijsko vijeće je obavezno da usvoji godišnji program rada. Godišnji plan rada prije usvajanja javno se objavljuje i javnost može dati mišljenje preko e-konsultacija.

Svaki godišnji plan rada mora biti usklađen sa srednjoročnim planom rada koji se usvaja za tri godine.

Kako bi se utvrdila pozicija “zagovaranja konkurencije”, u planiranim aktivnostima Konkurencijskog vijeća napravljena je analiza sljedećih godišnjih programa koji su bili dostupni na web-stranici Konkurencijskog vijeća:

1. Godišnji program rada Konkurencijskog vijeća za 2020;
2. Godišnji program rada Konkurencijskog vijeća za 2021;

⁸ Broj ministarstava se periodično mijenja, pogotovo zbog ukidanja ili stvaranja novih ministarstava na kantonalnom nivou.

3. Nacrt Godišnjeg programa rada Konkurencijskog vijeća za 2022;
4. Godišnji program rada Konkurencijskog vijeća za 2023.

Nakon analize godišnjih programa za period 2020–2023. godine, u pogledu planiranih aktivnosti na promociji konkurencije, može se konstatirati da je promocija konkurencije jedan od instrumenata, koji, direktno ili indirektno, služi za ostvarivanje općeg cilja, misije, vizije te strateškog cilja. Opći cilj, misija, vizija te strateški cilj su isti u svim analiziranim godišnjim programima rada.⁹

U svim analiziranim godišnjim programima rada Konkurencijskog vijeća promocija konkurencije je navedena planirana aktivnost Konkurencijskog vijeća. Naime, u analiziranim programima stoji da “će se promocija konkurencije (Program “Competition Advocacy”) vršiti kroz približavanje različitih aspekata tržišne konkurencije poslovnoj zajednici i drugim nadležnim institucijama s ciljem osiguranja pravilne primjene zakonodavstva i podizanje svijesti i nivoa znanja, te upoznavanje stručne i šire javnosti s prioritetima u djelovanju Konkurencijskog vijeća. Ove aktivnosti uključuju različite aspekte komunikacije sa privrednim subjektima i njihovim udruženjima, državnim tijelima uprave i lokalne samouprave, akademskom zajednicom i širom javnosti s ciljem podizanja kulture tržišne konkurencije i širenja svijesti i znanja o ulozima prava i politike tržišne konkurencije, odnosno uloge Konkurencijskog vijeća.”

Svi analizirani programi rada Konkurencijskog vijeća sadrže i moguće probleme i rizike u radu, a jedan od rizika je nedovoljna promocija tržišne konkurencije (Competition Advocacy).

Na temelju člana 24. Zakona o ministarstvima i drugim organima uprave Bosne i Hercegovine i člana 11. Odluke o godišnjem planiranju rada i načinu

⁹ “Opći cilj Konkurencijskog vijeća je osigurati savremen pristup provedbi sistema mjera zaštite tržišne konkurencije, koji će omogućiti jačanje efikasne tržišne konkurencije i stvaranja jedinstvenog ekonomskog prostora u cijeloj Bosni i Hercegovini. Vizija Konkurencijskog vijeća je uspostavljanje efikasne tržišne konkurencije, koja će osigurati slobodnu tržišnu utakmicu za sve privredne subjekte i maksimalnu korist za potrošače, te doprinijeti stvaranju uslova za privredni rast i razvoj, zasnovan na konkurentnosti i efikasnosti nacionalne privrede. Misija Konkurencijskog vijeća je dosljedna primjena Zakona o konkurenciji i podzakonskih akata, radi osiguranja jednakih tržišnih uslova za sve učesnike bez obzira na njihovu tržišnu snagu i veličinu. Strateški cilj Konkurencijskog vijeća je definisan u dokumentu ‘Srednjoročni plan rada Konkurencijskog vijeća za period 2021-2023’, koji je urađen u skladu sa Uputstvom o metodologiji u postupku planiranja, praćenja i izvještavanja u institucijama Bosne i Hercegovine (‘Službeni glasnik BiH’, broj: 44/15) na sljedeći način: Strateški cilj: Unapređenje razvoja konkurentnog ekonomskog okruženja.” (Konkurencijsko vijeće, 2019, 2020, 2021 & 2022b).

praćenja i izvještavanja u institucijama Bosne i Hercegovine, Konkurencijsko vijeće je obavezno ga podnese godišnji izvještaj o radu.

Kako bi se analizirala postignuća Konkurencijskog vijeća u pogledu “zagovaranja konkurencije” uzeti su u obzir podaci iz sljedećih godišnjih izvještaja o radu koji su bili dostupni na web-stranici Konkurencijskog vijeća:

1. Godišnji izvještaj o radu Konkurencijskog vijeća za 2020;
2. Godišnji izvještaj o radu Konkurencijskog vijeća za 2021;
3. Godišnji izvještaj o radu Konkurencijskog vijeća za 2022.

U Godišnjem izvještaju o radu za 2020. godinu stoji da je “KV kontinuirano radilo na promociji konkurencije u izmijenjenim okolnostima zbog pandemije COVID-19” i kao aktivnosti su navedene:

- saradnja s međunarodnim tijelima za zaštitu konkurencije kroz on-line platforme putem kojih su organizirani seminari i ad hoc sastanci i to sa:
 - a) Regional Centre for Competition – seminar za uposlenike KV,
 - b) Rekabet Kurumu,
 - c) TAIEX.
- upućeno je 15 saopćenja za javnost;
- učešće u radu drugih tijela: pododbor za provođenje Sporazuma u saradnji i pridruživanju BiH, Vijeće za zaštitu potrošača;
- saradnja s regulacijskim tijelima iz sektora energetike, telekomunikacija, bankarstva.

U Godišnjem izvještaju o radu za 2021. godinu navedeno je da se promocija konkurencije odvijala putem stalnog informiranja javnosti i redovnog objavljivanja saopćenja za javnosti, kojih je bilo 16, te davanjem intervjua za medije.

U Godišnjem izvještaju o radu za 2022. godinu u dijelu koji se odnosi na promociju konkurencije korištena je ista formulacija i navedeno je da se “promocija konkurencije odvijala putem stalnog informisanja javnosti, redovnog objavljivanja saopćenja za javnost, kojih je bilo 16, te davanjem intervjua za domaće i strane medije”¹⁰. Navedeno je da je dato 13 saopćenja za javnost. (str. 4).

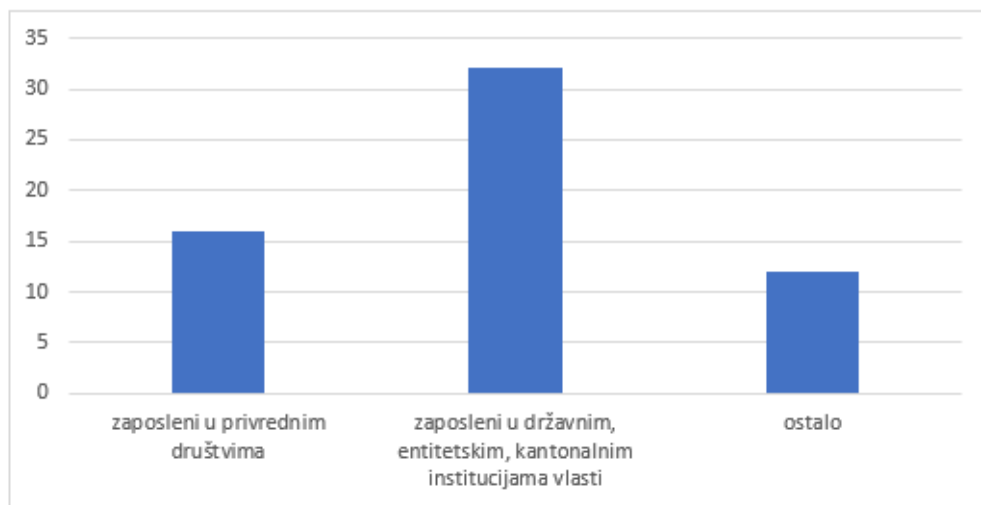
Analiza sadržaja planova rada Konkurencijskog vijeća ukazuje da je ovo tijelo “svjesno” važnosti ove aktivnosti, ali njihova konkretizacija u sadržajnom smislu nije ni adekvatna ni precizirana.

¹⁰ <https://bihkonk.gov.ba/izvjestaj-o-radu-konkurencijskog-vijeca-bosne-i-hercegovine-za-2022-godinu-2/> (12.05. 23)

Istraživanje i podaci o provedenoj anketi¹¹

Kako bi se utvrdilo koliko je javnost upoznata s pravilima konkurencije na tržištu BiH kao i aktivnostima na zagovaranju konkurencije, napravljena je anonimna anketa koja je plasirana preko društvene mreže i kroz mrežu članova Vanjskotrgovinske komore BiH.¹² Anketa je sadržavala 15 pitanja a za odgovor na njih nije trebalo više od 10 minuta. Anketu je popunilo 62 osobe pri čemu svi anketirani nisu dali odgovore na sva ponuđena pitanja.

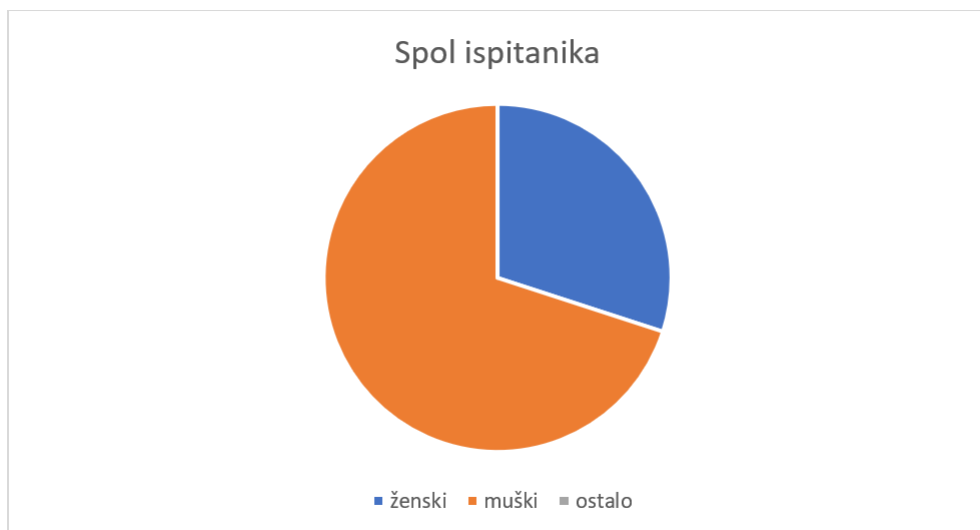
S obzirom na ciljane skupine prema kojima se zagovaranje može konkurencije može usmjeriti, prvo pitanje se odnosilo na to da li ispitanik popunjava anketu kao uposlenik u privatnom privrednom subjektu, kao uposlenik državnoj instituciji ili ostalo (što je podrazumijevalo javnost). Najviše je ispitanih bilo u statusu uposlenih u državnoj instituciji (32), zatim u privrednom društvu (16), a najmanje u grupi ostalo (12).



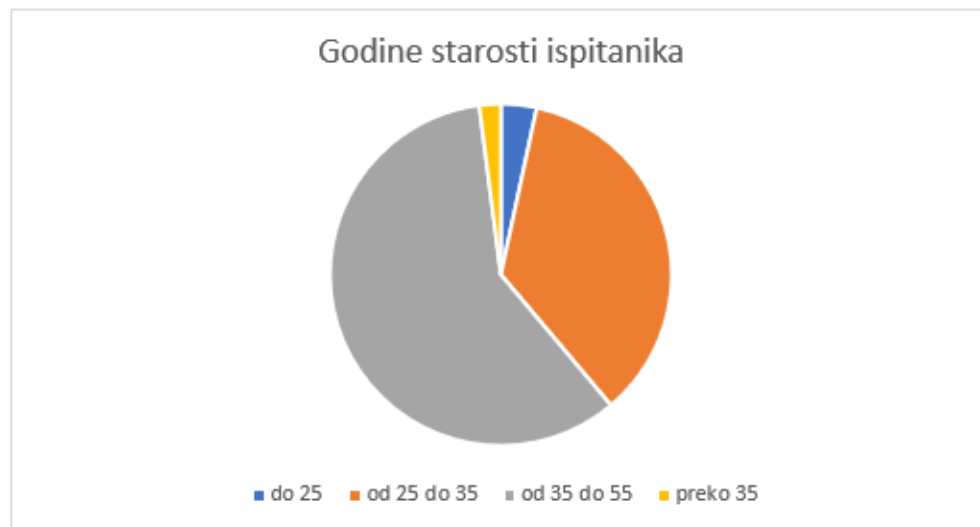
¹¹ Rezultati istraživanja prezentirani su na okruglom stolu pod nazivom “Strengthening of Competition Law Enforcement and Advocacy” održanom u Tirani 1. 6. 2023, u okviru projekta Jean Monnet: Centre of Excellence in EU Competition Law 2022-2025, Competition Law. COE - 101047803 - GAP-101047803 Call: ERASMUS-JMO-2021-HEI-TCH-RSCH

¹² Treba napomenuti da je januaru 2013. godine, provedeno slično istraživanje pri čemu je ciljna skupna ispitanika bila usmjerena na privredne subjekte. Vidi : Imamović-Čizmić, K., & Turković, A. (2015). Promocija konkurencije u Bosni i Hercegovini. Vidi Pregled: časopis Za društvena Pitanja / Periodical for Social Issues, 3(3), 95-125.

Drugo pitanje se odnosilo na spol ispitanika. Većina ispitanika bila je ženskog spola.



Treće pitanje odnosilo se na starosnu dob ispitanika. Tako su u skupini do 25 godina starosti bila 2 ispitanika, od 25 do 35 godina bio je 21, od 35 do 55 godina starosti bilo je 35, a preko 55 bila su 2 ispitanika.



Četvrto pitanje je glasilo: “Da li ste upoznati sa pojmom prava konkurencije?” S obzirom na to da BiH nema dugu konkurencijskopravnu kulturu, te da je država koja još uvijek prolazi kroz tranziciju iz jednog sasvim drugačijeg ekonomskog sistema, od značaja je pitati da li su ispitanici uopće upoznati s pravom konkurencije. S druge strane, aktivnosti zagovaranja konkurencije u državama poput BiH treba da u sebi sadrže i različite vidove edukacije o osnovama prava konkurencije, što bi kao rezultat imalo širenje znanja o tome. Rezultati ankete su pokazali da je od 62 ispitanika 55 ispitanika odgovorilo da je upoznato, četiri ispitanika da nije, ostali ispitanici nisu odgovorili na pitanje.



Peto pitanje je bilo: “Da li ste upoznati sa zabranjenim poslovnim praksama koje su regulisane Zakonom o konkurenciji BiH (“Sl. glasnik BiH”, br. 48/2005, 76/2007 i 80/2009)?” Poznavanje pravila o konkurenciji uvjet je za efikasnu konkurenciju na tržištu, a promocija konkurencije treba da sadrži aktivnosti približavanja pravnih normi kako njihovim adresatima tako i široj javnosti. Na ovo pitanje 26 ispitanika je odgovorilo “da”, a 36 “ne”.



Šesto pitanje: “Da li su vam poznati neki slučajevi narušavanja konkurencije u BiH?”, imalo je za cilj ispitati koliko su anketirani iz različitih skupina upoznati s kršenjem Zakona o konkurenciji u praksi, da li ga prepoznaju, zašto je pretpostavka poznavanje osnovnih instituta prava konkurencije.



Konkurencijsko vijeće ima obavezu da objavljuje odluke o konkurencijsko-pravnim slučajevima na svojoj web-stranici i u *Službenom listu BiH* te posjeta njegovoj stranici ukazuje koliko ispitanici poznaju obaveze Konkurencijskog vijeća i gdje mogu pronaći relevantne informacije o pravu konkurencije u Bosni i Hercegovini. Stoga je jedno od pitanja bilo i: “Kako ste saznali za slučajeve

kršenja prava konkurencije u BiH?” Na ovo pitanje je 6 ispitanika odgovorilo da je do saznanja došlo preko web-stranice Konkurencijskog vijeća, 49 preko medija, a 3 ispitanika su saznala preko *Službenog glasnika BiH*.



Razvijanje konkurencijskopravne kulture podrazumijeva razvijanje i jačanje svijesti o važnosti i benefitima tržišne konkurencije, o pravu i zakonima kojima se konkurencija štiti na tržištu, ali i o procedurama u slučajevima kršenja zakona. Iako sam Zakon o konkurenciji ne prepoznaje pravo “treće osobe” koja nema pravni ili ekonomski interes da podnese zahtjev za pokretanje postupka, od važnosti je da svi učesnici na tržištu pa i sama šira javnost zna na koji način se pokreće postupak u slučajevima kršenja prava konkurencije, pred kojim tijelom i kakva su proceduralna pravila. Stoga je u anketi ispitanicima postavljeno pitanje: “Da li ste upoznati sa procedurama u slučaju kršenja Zakona o konkurenciji u BiH?” Na ovo pitanje 40 ispitanika je odgovorilo “ne”, a 20 ispitanika “da”. Iako se radi o malom uzorku, ovaj podatak ukazuje na potrebu većeg angažmana na promociji konkurencije i medijskog prisustva Konkurencijskog vijeća.



Kao logično slijedilo je i postavljanje anketnog pitanja: “Da li znate da postoji tijelo za zaštitu konkurencije u BiH?” Odgovor na ovo pitanje je od značaja kako za samu primjenu prava konkurencije tako i za promociju odnosno zagovaranje konkurencije te ukazuje na vidljivost i prisustvo u medijima i javnosti ovog tijela. Konkurencijsko vijeće u okviru aktivnosti zagovaranja treba biti prisutno u medijskom prostoru kako bi i šira javnost bila upoznata s aktivnostima koje vrši.





Nadležnosti Konkurencijskog vijeća su utvrđene Zakonom o konkurenciji BiH i pretpostavka je da privredni subjekti, kao adresati norme, te šira javnost kao potrošači, čije blagostanje se štiti zakonom, poznaju ovlasti Konkurencijskog vijeća. Međutim, za jačanje svijesti i razvoj konkurencijskopravne kulture neophodno je da je i šira javnost upoznata s činjenicom da postoji mehanizam zaštite konkurencije na tržištu u interesu blagostanja potrošača. Temelj tog mehanizma je neovisno i stručno tijelo nadležno za primjenu prava konkurencije. Takvo tijelo treba da ima dignitet koji gradi pravilnom primjenom ovlasti koje ima u efikasnom provođenju prava konkurencije. Da bi se mogla procijeniti i stvoriti slika o radu Konkurencijskog vijeća, pod pretpostavkom da je prisutno u medijima, neophodno je znati koje su njegove ovlasti. Imajući to uvidu postavljeno je anketno pitanje: “Da li znate koje su nadležnosti Konkurencijskog vijeća? Na ovo pitanje je 37 ispitanika odgovorilo “ne”, a 23 “da”.

Bez obzira na to da li postoji zakonska odredba koja konkurencijskom tijelu utvrđuje obavezu zagovaranja konkurencije, većina konkurencijskih tijela vrši različite aktivnosti na promoviranju konkurencije. Od ispitanika se tražilo da odgovore na pitanje: “Da li znate šta se podrazumijeva pod pojmom promocije odnosno zagovaranja konkurencije?” S pojmom promocije konkurencije upoznato je 15 ispitanika, dok je njih 45 izabralo opciju “ne”. Nakon toga je ispitanicima postavljeno pitanje da li su upoznati s aktivnostima na zagovaranju konkurencije od strane Konkurencijskog vijeća i samo 5 ispitanika je odgovorilo “da”, a 55 “ne”. U daljem slijedu pitanja, od ispitanika je traženo da navedu koje su po njima najvažnije aktivnosti zagovaranja konkurencije

od strane Konkurencijskog vijeća u proteklih 5 godina. Samo tri ispitanika su odgovorila na ovo pitanje i to sljedećim odgovorima:

- *Nisu mi poznate;*
- *Uglavnom se zasnivaju na razmatranjima prijava koncentracije, što ne smatram dovoljnim, kada se uzme u obzir sve ono što je u opsegu nadležnosti Konkurencijskog vijeća;*
- *Sprečavanje zloupotrebe dominantnog položaja, zabranjenih sporazuma, kontrola koncentracija, kažnjavanje privrednih subjekata koji krše odredbe ZoK ili narušavaju konkurenciju.*

Kada se razmatraju ova tri odgovora onda se postavlja i pitanje razumijevanja pojma zagovaranja konkurencije jer aktivnosti navedene u odgovorima ne potpadaju pod tu vrstu aktivnosti Konkurencijskog vijeća. Konkurencijsko vijeće na svojoj stranici ima rubriku posvećenu promociji konkurencije koja je podijeljena na međunarodnu saradnju, međuinstitucionalnu saradnju, publikacije i video. Samo pod međunarodnom saradnjom postoje informacije o aktivnostima članova Konkurencijskog vijeća, a one se odnose na njihova učešća na konferencijama (Konkurencijsko vijeće, 2022c).

Na kraju ankete od ispitanika je traženo da daju svoje viđenje unapređenja promocije konkurencije u BiH. Sublimiranje datih odgovora bi išlo u pravcu da Konkurencijsko vijeće treba:

- *biti više prisutno u medijima;*
- *poduzeti više aktivnosti na organizaciji konferencija, seminara, radnih grupa u svim branšama privrede kako bi se privredna društva upoznala s nadležnostima Konkurencijskog vijeća i svim odredbama Zakona;*
- *vršiti edukaciju u privrednim komorama, advokatskim komorama, udruženjima sudaca i tužilaca, posebnu edukaciju za sektorske regulatore (telekomunikacije, električna energija, bankarske usluge), edukaciju za udruženja potrošača, mala i srednja preduzeća, edukaciju za poslovne asocijacije, i razmjenu mišljenja s akademskom zajednicom. Sve nabrojane edukacije trebalo bi provoditi Konkurencijsko vijeće i resorno Ministarstvo vanjske trgovine i ekonomskih odnosa.*
- *iskoristiti prednosti digitalizacije i kroz edukativni marketing promovirati konkurenciju;*
- *objasniti značaj posljedica i sankcija zabranjenih ponašanja za potrošače;*
- *javno prezentirati izvučene rezultate Konkurencijskog vijeća (npr. konferencija za medije i sl.);*
- *promovirati značaj konkurencije za tržište i unapređenje blagostanja potrošača;*
- *raditi na transparentnosti odnosno tržištu otvorenijem radu Konkurencijskog vijeća.*

Zaključna razmatranja

Neovisno o teorijskim dilemama u pogledu koncepta, instrumenata i efekata, odnosno mjerenja efekata zagovaranja konkurencije jasno je da je ono neophodno za podizanje svijesti o važnosti fer tržišne utakmice i pozitivne efekte koje konkurencija ima po blagostanje potrošača, privredne subjekte i ekonomiju jedne društvene zajednice u cjelini. Potreba za zagovaranjem konkurencije posebno dolazi do izražaja u državama u tranziciji i razvoju gdje se tek razvija konkurencijskoppravna kultura.

Ukoliko se uzme u obzir ekonomska historija i postojeće ekonomsko stanje u BiH, koje govori o tome da se radi o malojoj, otvorenoj ekonomiji s tržišnim institucijama u razvoju koja ne baštini dugu konkurencijskoppravnu kulturu, najjednostavnije bi se moglo reći da se zagovaranju konkurencije, kao aktivnosti tijela nadležnog za primjenu prava konkurencije, ne posvećuje dovoljna pažnja.

Dovodeći u vezu osnovne teorijske postavke te rezultate dosadašnjih istraživanja s analizom planova rada, izvještaja o radu Konkurencijskog vijeća, čak i iako se isključi analiza odgovora na anketna pitanja, može se konstatirati nekoliko činjenica.

Konkurencijsko vijeće BiH je državno tijelo koje je nadležno za primjenu Zakona o konkurenciji BiH. Na temelju navedenog zakona, Konkurencijsko vijeće ima ovlasti za poduzimanje aktivnosti u domenu zagovaranja konkurencije.

U planovima rada nisu konkretizirane aktivnosti koje će se poduzimati u okviru “zagovaranja” konkurencije, a iz izvještaja o radu vidljivo je da su osnovni instrumenti zagovaranja “saopćenja za javnost”. Nisu dostupni podaci o tome da li je Konkurencijsko vijeće BiH imalo učešća u regulatornim aktivnostima i davalo mišljenja kod procjene utjecaja propisa (npr. kod izrade Regulatory Impact Assessment – RIA na pojedine zakone). I samo Konkurencijsko vijeće kao rizik prepoznaje nedostatnu aktivnost na polju zagovaranja konkurencije.

Rezultati ankete pokazuju da ima dosta prostora za primjenu koncepta “zagovaranja” Konkurencijskog vijeća te da ono nije prisutno u “javnosti”.

Ukoliko se analiziraju pretpostavke za efikasno zagovaranje tržišne konkurencije u kontekstu neovisnosti tijela za zaštitu konkurencije, koja podrazumijeva političku neovisnost s dvije komponente – organizacionom (strukturalnu) i operativnom. Imajući u vidu spomenute članove Zakona o konkurenciji, koji reguliraju izbor članova Konkurencijskog vijeća i način odlučivanja, može se konstatirati da Konkurencijsko vijeće, iako se radi o tijelu izvan nadležnog ministarstva, koje podnosi izvještaj Parlamentarnoj skupštini BiH, ipak nije apsolutno samostalno u organizacionom smislu. Istovremeno iz izvještaja o radu nije vidljiva operativna samostalnost Konkurencijskog vijeća.

Ukoliko se analiziraju pretpostavke za efikasno zagovaranje tržišne konkurencije u kontekstu dostatnosti resursa, može se reći da Konkurencijsko vijeće nema dovoljno finansijskih, materijalnih i ljudskih kapaciteta (što je vidljivo iz godišnjih izvještaja i budžeta) kako bi poduzelo veći angažman u domenu “zagovaranja”. Tako npr. u 2022. godini budžet Konkurencijskog vijeća iznosi 1697000 KM, od čega je samo 77000 planirano za kapitalna ulaganja. Broj uposlenih 25 od čega uz članove Konkurencijskog vijeća još 11 eksperata iz oblasti prava i ekonomije rade na konkurencijsko-pravnim slučajevima. Najveće stavke u budžetu predstavljaju izdvajanja za plaće i naknade uposlenicima, te budžet nema razvojnu dimenziju u smislu da podupire troškove nabavke sofisticiranih materijalnih tehničkih sredstava. S druge strane, neophodno je i usvajanje novih znanja i tehnika, dobre prakse zagovaranja od strane Konkurencijskog vijeća kako bi ono moglo polučiti pozitivne efekte, za što su opet neophodna finansijska i materijalna sredstva.

Kada su u pitanju kredibilitet i povjerenje, Konkurencijsko vijeće svakako treba svojim neovisnim i stručnim radom izgraditi kredibilitet, kako u okviru javnog i poslovnog sektora tako i u društvu uopće.

Generalno, zagovaranju konkurencije u Bosni i Hercegovini treba posvetiti veću pažnju i stvoriti sve pretpostavke kako bi konkurencijsko tijelo imalo i provodilo efikasan program promocije konkurencije.

Bibliografija

- Caraganciu, A. & Carae, V. (2014). Competition advocacy: challenge for competition policy. *SEA - Practical Application of Science* (5), 185-188.
- Caraganciu, A. (2019). Competition Advocacy: Challenges for Developing Countries. *Economy Transdisciplinarity Cognition Journal of “George Bacovia” University* 22 (2), 185-188.
- Bakalinska, O., Honcharenko, O., Kaptsova, T. & Babadzhanian, H. (2022). Advocacy of competition in the world and Ukraine: comparative characteristics. *Access to Justice in Eastern Europe*, 4 (16), 145-158.
- Danković Stepanović, S. (2014). *Pravo i politika konkurencije*. Beograd: Fakultet političkih nauka Univerziteta u Beogradu.
- Emberger, G. (2006). How to strengthen competition advocacy through competition screening. *Competition Policy Newsletter*, (1). Preuzeto 24. 8. 2023. sa https://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2006_1_28.pdf
- Evenet, J. S. (2006). Competition Advocacy: Time for a Rethink Symposium on Competition Law and Policy in Developing Countries. *Journal of International Law and Business* 26 (3). Preuzeto 18. 8. 2023. sa <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1631&context=njilb>

- Imamović-Čizmić, K., & Turković, A. (2015). Promocija konkurencije u Bosni i Hercegovini. *Pregled: časopis Za društvena Pitanja / Periodical for Social Issues*, 3(3), 95–125.
- International Competition Network. (2018). Advocacy. Preuzeto 18. 8. 2023. sa <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/working-groups/advocacy/>
- Knyazeva, I. (2013). Competition Advocacy: Soft Power in Competitive Policy. *Procedia Economics and Finance*, 6, 280-287. Preuzeto 24. 8. 2023. sa <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S221256711300141X>
- Mrinalinee. (2016). Strategies for Competition Advocacy Mishra College of Business Management. Sixteenth AIMS International Conference on Management. Preuzeto 18. 8. 2023. sa <http://www.aims-international.org/aims16/16ACD/PDF/A-177-Final.pdf>
- Odluka o godišnjem planiranju rada i načinu praćenja i izvještavanja u institucijama Bosne i Hercegovine. Službeni glasnik BiH, 94/14.
- OECD. (s. a.). Competition advocacy: challenges for developing countries. Preuzeto 5. 8. 2023. sa <http://www.oecd.org/dataoecd/52/42/32033710.pdf>
- Office of Fair Trading by London Economics. (2010). Evaluation of OFT Competition Advocacy. Preuzeto 24. 8. 2023 sa <https://london-economics.co.uk/wp-content/uploads/2011/09/21-Evaluation-of-OFT-Competition-Advocacy.pdf>
- Rakić, I. (2018). The Role of Competition Advocacy: The Serbian Experience. U: Boris Begović, Dušan V. Popović (ur.). *Building Institutions in Emerging Markets: Competition Authorities in South Eastern Europe* (str. 111-132). Preuzeto 20. 8. 2023. sa <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/978-3-319-76644-7.pdf>
- Shyam Khemani, R., Clark, J. & Fornalczy, A. (1999). Competition advocacy. U: R. Shyam Khemani (ur.). *A framework for the design and implementation of competition law and policy*. Washington: World Bank, Paris: OECD.
- Stucke, ME. (2008). Better competition advocacy. *St Johns Law Review* 82 (3), 951–1036.
- United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD). *Guidelines for Implementing Competition Advocacy*. Preuzeto 20. 8. 2023. sa https://unctad.org/system/files/non-official-document/ccpb_SCF_AdvocacyGuidelines_en.pdf
- Wiesmeth H. & Uzbey Hajiyev N. (2012). The role of competition advocacy in transition and developing economies. *The Journal of Economic Sciences: Theory and Practice* 69 (1), 30-49.

World Bank. (2023). Competition Advocacy Contest 2023 May 22-July 14, 2023. Preuzeto 5. 8. 2023. sa <https://www.worldbank.org/en/events/2023/05/22/competition-advocacy-contest-2023>

Zakon o konkurenciji BiH. Sl. glasnik BiH, 48/05, 76/07 i 80/09.

Zakon o ministarstvima i drugim organima uprave Bosne i Hercegovine. Službeni glasnik BiH, 5/03, 42/03, 26/04, 42/04, 45/06, 88/07, 35/09, 59/09, 103/09, 87/12, 6/13, 19/16 i 83/17.

Dokumenti Konkurencijskog vijeća BiH

Konkurencijsko vijeće. (2020). Izvještaj o radu Konkurencijskog vijeća Bosne i Hercegovine za 2020. godinu. Preuzeto 8. 8. 2023. sa <https://bihkonk.gov.ba/izvjestaj-o-radu-konkurencijskog-vijeca-bosne-i-hercegovine-za-2020-godinu/>

Konkurencijsko vijeće. (2022). Izvještaj o radu Konkurencijskog vijeća Bosne i Hercegovine za 2021. godinu. Preuzeto 8. 8. 2023. sa <https://bihkonk.gov.ba/nacrt-izvjestaj-o-radu-konkurencijskog-vijeca-bosne-i-hercegovine-za-2021-godinu/>

Konkurencijsko vijeće. (2022a). Izvještaj o radu Konkurencijskog vijeća Bosne i Hercegovine za 2022. godinu. Preuzeto 8. 8. 2023. sa <https://bihkonk.gov.ba/izvjestaj-o-radu-konkurencijskog-vijeca-bosne-i-hercegovine-za-2022-godinu/>

Konkurencijsko vijeće. (2019). Program rada Konkurencijskog vijeća Bosne i Hercegovine za 2020. godinu: nacrt. Preuzeto 7. 7. 2023. sa <https://bihkonk.gov.ba/nacrt-program-rada-konkurencijskog-vijeca-bosne-i-hercegovine-za-2020-godinu/>

Konkurencijsko vijeće. (2020a). Program rada Konkurencijskog vijeća Bosne i Hercegovine za 2021. godinu. Preuzeto 7. 7. 2023. sa <https://bihkonk.gov.ba/datoteka/Programa-rada-KVBiH-za-2021.pdf>

Konkurencijsko vijeće. (2021). Program rada Konkurencijskog vijeća Bosne i Hercegovine za 2022. godinu: nacrt. Preuzeto 7. 7. 2023. sa <https://bihkonk.gov.ba/nacrt-programa-rada-konkurencijskog-vijeca-bosne-i-hercegovine-za-2022-godinu/>

Konkurencijsko vijeće. (2022b). Program rada Konkurencijskog vijeća Bosne i Hercegovine za 2023. godinu. Preuzeto 8. 8. 2023. sa <https://bihkonk.gov.ba/hr/program-rada-konkurencijskog-vijeca-bosne-i-hercegovine-za-2023-godinu-2/>

Konkurencijsko vijeće. (2022c). Predsjednik Konkurencijskog vijeća BiH Dr.sc. Amir Karalić prisustvovao na 21. „ICN konferenciji“. Preuzeto 30. 8. 2023: <https://bihkonk.gov.ba/hr/predsjednik-konkurencijskog-vijeca-bih-dr-sc-amir-karalicprisustvovo-na-21-icn-konferenciji/>

Kanita Imamović-Čizmić, PhD

Full professor

University of Sarajevo

Faculty of Law

k.imamovic-cizmic@pfsa.unsa.ba

COMPETITION ADVOCACY IN BOSNIA AND HERZEGOVINA - SITUATION AND PERSPECTIVES

Summary

Competition advocacy is one of the activities carried out by competition authority responsible for the protection of market competition outside of the competition law enforcement, with the aim of raising awareness of the importance of competition and fair behavior of market participants. In theory, one can find different opinions about this type of activity of competition authority. It is an indisputable fact that advocacy supports the effective protection of competition on the market, regardless of whether it is developed or less developed economies. Moreover, there are analyzes that speak in favor of a greater engagement of competition authorities in post-transition economies. The paper is designed in such a way that in the first part certain theoretical and practical considerations on competition advocacy are given in order to understand the analysis of this activity of the Competition Council in Bosnia and Herzegovina. The analysis of competition advocacy in Bosnia and Herzegovina was carried out on the basis of data from annual work plans and annual reports on the work of the Competition Council. In order to get a picture of the public's perception of competition advocacy, a survey was conducted, which is discussed in more detail in the last part.

Keywords: *competition advocacy, public enforcement, competition authority*

UPUTE ZA AUTORE

Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu je naučno-stručni časopis koji izlazi jednom godišnje. Izdavač časopisa je Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu. U Godišnjaku se objavljuju radovi iz područja pravnih, historijskih, ekonomskih i ostalih društvenih nauka.

Autori zadržavaju autorska prava za članke objavljene u Godišnjaku, ali daju časopisu pravo prvog objavljivanja. Radove prihvaćene za objavljivanje ili već objavljene u Godišnjaku Pravnog fakulteta autor smije objaviti u drugim publikacijama, ali nakon odobrenja Redakcijskog odbora ili glavnog urednika Godišnjaka. U tom slučaju, uz objavljeni članak mora stajati napomena da je rad već objavljen u Godišnjaku.

Radovi se dostavljaju sekretaru Redakcijskog odbora u elektronskoj formi (e mailom, na CD-u ili USB stiku). Uz naslov radova treba stajati ime, titula, institucija i adresa elektronske pošte.

Radovi podliježu dvostrukoj anonimnoj recenziji (double-blind peer review) i u odnosu na to razvrstavaju se u sljedeće kategorije:

1. Izvorni naučni rad
2. Pregledni naučni rad
3. Prethodno naučno saopštenje
4. Stručni rad

Pored kategoriziranih radova, u Godišnjaku se također objavljuju prikazi i osvrti, koji ne podliježu recenziji.

Dužina radova za Godišnjak treba biti između 15 i 30 kartica (1 kartica = broj karaktera bez razmaka podijeljen s 1800), osim u slučajevima kada Redakcijski odbor ili glavni urednik donesu odluku da se prihvata tekst dužine mimo zadatih kriterija. Svaki rad treba imati sažetak do 300 riječi s pet do deset ključnih riječi. Sažetak i ključne riječi prevode se na engleski jezik, a prevodioca određuje Redakcijski odbor ili glavni urednik. Svi radovi podliježu lekturi i klasifikaciji radova prema Univerzalnoj decimalnoj klasifikaciji (UDK). Poslani radovi se ne vraćaju.

Glavni tekst i fusnote pišu se stilom Times New Roman. Veličina fonta za glavni tekst je 12, dok je za fusnote 10. Preporučuje se izbjegavanje isticanja teksta (boldiranje, kurziv), osim u slučajevima latinskih izraza i skraćenica (npr. *de*

lege lata, op. cit., et al. i sl.). Naročito se treba izbjegavati naglašavanje kombinacijom navodnika i kurziva (italika) (npr. “*de lege lata*”). Koriste se navodnici “...”. Označavanje fusnota slijedi pravilo da broj za fusnotu koji se odnosi na cijelu rečenicu ili sintagmu ide iza znaka interpunkcije (npr. “...dolaze iz Bosne i Hercegovine”.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 pored 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 namjeravnih 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 skraćeni naziv, tada ćemo taj skraćeni naziv napisati u uglastim zagrada, nakon punog naziva, u prvom navođenju; svako sljedeće navođenje obilježavat ćemo ovim skraćenim nazivom.

prvo navođenje:

(Akademija nauka i umjetnosti BiH [ANUBiH], 2000)

kasnija navođenja:

(ANUBiH, 2000)

Nepaginirani izvori (bez označenog broja stranica)

Kada citiramo izvor koji ne prikazuje broj strana (kao što su elektronski izvori) koristite broj paragrafa ili naslov odjeljka i broj paragrafa u tom odjeljku:

(Bogić, 2006, para. 5)

(Wild, 2005, Conclusion section, para. 1)

Autori s istim prezimenom

Kod autora s istim prezimenom treba koristiti inicijale imena kako bi bilo jasno o kome je riječ.

Istraživanje koje je proveo J. Đorđević (1978) dovelo je do...

Više referenci istog autora

Ako imamo dvije ili više referenci istog autora iz iste godine, poslije podatka o godini dodajemo slovne oznake "a", "b", itd.

(Jacobs, 2005a)

(Jacobs, 2005b)

Dva ili više radova u jednom citatu

Kada navodimo dva ili više radova, onda u zagradi navodimo autore originalnih radova po redu objavljivanja i razdvajamo ih tačkom-zarezom:

Interesantno je da drugi autori, opet, relativizmu suprotstavljaju realizam, naročito jedan njegov vid posebno popularan u epistemologiji - konvergentni realizam (Sinđelić, 1988; Kirk, 1999).

Veći broj radova istog autora objavljenih u različitim godinama

Tako Hodžić (2002, 2005) navodi...

Iznesen je zaključak (Hodžić, 2002, 2005).

Dva autora različitih radova citirana u istoj rečenici

Šabić (1997) i Hodžić (2000) su...

Sekundarni izvori

Ukoliko se poziva na rad čiji original iz nekog razloga nije bilo moguće pročitati, nego je u radu drugog autora nađena njegova referenca, takav rad je sekundarni izvor.

...ima za cilj da sve međusobne odnose tih zemalja isključi iz nadležnosti svjetske organizacije, čak ako tako dođe i do akata agresije (Shurshalov, 1969, citirano prema Degan, 1970)

Nepoznat autor

U slučajevima kada nije poznat autor nekog rada, koristi se skraćenica Anon. (od Anonymus).

U istoriji prava... (Anon., 1904)

Web-izvori u tekstu

Ukoliko se citira literatura dostupna na internetu, navodi se autor ili naziv organizacije i godina objavljivanja, ukoliko je to poznato. Ako autor nije poznat, u tekstu se navodi Anon. i godina kada je web-stranica postavljena ili ažurirana. Važno je voditi računa da se ne navede datum pristupa web stranici, već datum objave teksta.

Prema istraživanju o maloljetnim počiniocima krivičnih djela (Agencija za statistiku Bosne i Hercegovine, 2015)...

Istraživanja o počiniocima krivičnih djela (Anon., 2014)...

Bibliografija

APA stil nalaže da naslovi budu poredani tako da prva linija svakog unosa stoji do lijeve margine, a ostale linije da budu uvučene.

Reference trebaju biti poredane po abecednom redoslijedu. Kod naslova na stranim jezicima koji počinju s određenim ili neodređenim članovima ("a",

“the”, “Die”, ...), član se zanemaruje. Isto tako, ako neki naslov počinje brojem, taj broj pišemo slovima.

Navođenje referenci u bibliografiji

Knjige

Knjiga 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:

Dorđević, 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, (priređio), *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*, godiššte (broj), opseg strana.

Gradašćević-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 de 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

