

NOVA PRAVNA REVIIJA NPRR

Časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo

Iz sadržaja:

Članci

- Doc. dr. Slavko Đorđević: Kolizionopravno vezivanje prethodnog pitanja kao uzrok protivrečnosti pravnih normi i primena prilagođavanja
- Doc. dr. Vojtěch Šimiček: Upravno sudstvo u Češkoj Republici razvoj i odabrani problemi – Dio I
- Prof. dr. Arsen Janevski/doc. dr. Tatjana Zoroska-Kamilovska: Protivizvršenje u Republici Makedoniji problemi i dileme
- Mag. sci. Dalibor Bingas: Nova penologija i tranziciona pravda
- Bisera Kalaba: Žene na izdržavanju kazne u FBiH
- Mag. sci. Nataša Laličević/mag. sci. Goran Bilandžija: Osiguranje prijevoza novca

Osim toga:

- Aktualnosti iz bh. zakonodavstva i pravne prakse
- Aktualnosti iz evropskog prava
- Aktualnosti iz njemačkog prava

Težište broja:

- Prof. Dr. Dr.h.c. mult. Reinhard Zimmermann:
Izazovi za European Law Institute



1/2011

Godina 2, august 2011, stranice 1-108

Izdavači:



Deutsche Stiftung für internationale rechtliche
Zusammenarbeit, e.V. (IRZ Stiftung)
Njemačka fondacija za međunarodnu pravnu saradnju
(IRZ Stiftung)



Njemačko-bosanskohercegovačko udruženje pravnika
Njemačko-bosanskohercegovačka udruga pravnika
Нјемачко-босанскохерцеговачко удружење правника
Deutsch-Bosnisch-Herzegowinische Juristenvereinigung

Izdavači:



Deutsche Stiftung für internationale rechtliche
Zusammenarbeit, e.V. (IRZ Stiftung)
Njemačka fondacija za međunarodnu pravnu saradnju
(IRZ Stiftung)
Ublerstraße 92
D-53173 Bonn
Projektna oblast: Bosna i Hercegovina
Kontakt osoba: Dr. Stefan Pürner (rukovodilac projekta)
E-Mail: puerner@irz.de
Tel: 0049-(0)2289555103



Njemačko-bosanskohercegovačko udruženje pravnik/
Deutsch-bosnisch-herzegowinische Juristenvereinigung
DBHJV
c/o Pravni fakultet
Obala Kulina bana 7
71 000 Sarajevo
Tel. 00387 33 206350 lok./ext. 240

Glavni i odgovorni urednici:

Dr. Stefan Pürner
Prof. dr. Meliha Powlakić

Izvršna urednica:

mr. Darja Softić Kadenić LL.M.

Redakcija:

Anja Roth LL.M. oec.
Naida Šehić

Prijevodni sa njemačkog jezika:

Elvis Kondžić, Dženana Pinjo, Naida Šehić,
Ekrem Softić, Emina Avdić

Izdavačke usluge i štampa:

University Press - Magistrat izdanja, Sarajevo

Kontakt:

Nova pravna revija
Časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo
Adresa:
c/o Pravni fakultet
Obala Kulina bana 7
n/r Darja Softić Kadenić
e-mail: novappravnavrevija@gmail.com
tel: 00387 33 206 350 lok./ext. 234



Specijalizirana pravna knjižara *Libris Iuris*

Obala Kulina bana br 7/1 Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu
Tel: 033 550 675; Fax 033 550 676.
E-mail: universitypress@bih.net.ba

Najveći izbor pravne i srodne literature u Bosni i Hercegovini.

Između dva broja *Nove pravne revije* najprodavaniji su bili sljedeći naslovi:

Autor	Naslov	ISBN	Cijena
1. Abedin Bikić	Obligaciono pravo - opći dio	9789958627507	30,00
2. Abedin Bikić	Obligaciono pravo - pos. dio	9789958627322	23,40
3. Abedin Bikić	Naknada štete	9789958627811	23,40
4. Marković Slobodan	Pravo intelektualne svojine	9789958635526	30,00
5. Powlakić Meliha	Transformacija stvarnog prava u BiH	9789958627767	58,00
6. Petrović Borislav, Meško Gorazd	Kriminologija	9789958627675	40,00
7. Petrović Borislav, Jovašević Dragan	Izvršno krivično/kazneno pravo	9789958627396	30,00
8. Petrović Borislav, Jovašević Dragan	Međunarodno krivično pravo	9789958627828	35,00
9. Vranj Vildana	Alternativne mjere i sankcije u krivičnom zakonod. i praksi u BiH	9789958627781	35,00
10. Petrović Borislav	Narko kriminal	97899586271	40,00

Radno vrijeme knjižare:

Ponedjeljak – petak: od 08.30 do 16.30

Subota: od 09.30 do 13.30

Mogućnost plaćanja Visa i MasterCard kreditnim karticama

NOVA PRAVNA REVIIJA NPR

Časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo

Veoma poštovane čitateljice i čitaoci,
veoma poštovane kolegice i kolege,

vi držite u rukama drugo izdanje časopisa “Nova pravna revija – časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo” (skraćeno: NPR). Izdavači, redaktori i saradnici se raduju da u ovom izdanju mogu predstaviti čitav niz novosti.

- Jedna od njih su novi autori. Ponovo su novi mladi autori priredili priloge za ovo izdanje. To nam se čini posebno važnim, pošto je jedan od ciljeva NPR da kroz mogućnost publiciranja podstiče mlade kolege.
- Kao drugo, ovo izdanje sadrži tri priloga o pravu drugih tranzicijskih zemalja (Makedonija, Srbija i Češka). Na taj način se omogućava “pogled preko granice”, koji nije samo interesantan zbog uporednopravnih razloga. Čitaocima iz Bosne i Hercegovine se na taj način omogućava da preispitaju gdje se nalazi vlastita zemlja u poređenju s drugim tranzicijskim zemljama.
- Dalje, ovo izdanje prvi put sadrži prikaze knjiga. Rado bismo u budućnosti objavljivali i prikaze knjiga autora koji nisu stalni članovi uredništva NPR. Zbog toga vas srdačno molimo da nam pošaljete odgovarajuće osvrte. Isto tako molimo izdavače pravnih naslova da nam dostave njihova aktuelna izdanja radi prikaza.
- Novinu predstavljaju takođe i sažeci priloga na njemačkom jeziku, koji omogućavaju njemačkim čitaocima da se u kompaktnom obliku informiraju o sadržaju i razvoju ovog časopisa. Iz istog razloga će od ovog izdanja predgovor i sadržaj biti objavljivani dvojezično.

Jedan od ciljeva Nove pravne revije jeste i promicanje informacija i znanja o evropskom pravu. Ovaj cilj časopisa se u izvjesnoj mjeri poklapa sa, doduše daleko širim, spektrom ciljeva i zadataka nedavno osnovanog European Law Institutea (ELI), nevladine organizacije koja na razne načine podržava razvoj kvalitetnog evropskog zakonodavstva i evropsku pravnu integraciju. Redakcija se posebno raduje da može publicirati na jednom od jezika u službenoj upotrebi u BiH govor prof. dr. dr. h. c. mult. Reinharda Zimmermanna, direktora Max-Planck instituta za strano i međunarodno privatno pravo. Govor pod naslovom “Challenges for the European Law Institute”, je održan na engleskom jeziku u Parizu 1. juna 2011. godine povodom Inauguracijskog kongresa Evropskog pravnog instituta. Redakcija se srdačno zahvaljuje autoru za ljubazno odobrenje za prevod i štampanje ovog priloga. Na ovaj način se nadamo da ćemo pažnju naših čitateljica i čitalaca skrenuti na ovaj značajni događaj. Za one čitateljice/čitatelje koji o tome žele saznati više preporučujemo stranicu <http://www.europeanlawinstitute.eu/eli/>.

Osim toga, čitaoci će u ovom izdanju naći mnogo toga što je bilo već sadržano u prvom broju časopisa, dakle, naučne priloge i aktuelnosti iz prava Bosne i Hercegovine, Njemačke i Evropske unije. Tu su rubrike “Pravo na internetu”, “Aktuelni pojmovi evropskog prava”, izvještaji o djelatnosti Njemačke fondacije za međunarodnu pravnu saradnju (IRZ-fondacija).

U ovom izdanju čitaoci koji poznaju prvo izdanje NPR neće pronaći rubriku “Predstavljanje jednog značajnog njemačkog pravnika”. Razlog leži u radosnoj okolnosti da je redakcija primila veliki broj pozitivno recenziranih priloga domaćih autora, koje smo željeli publicirati u aktuelnom broju. Pošto NPR iz tehničkih razloga u dosadašnjem formatu ne smije preći određeni broj stranica, redakcija je odlučila u ovom broju izostaviti navedenu rubriku.

Ovo izdanje NPR ponovo nudi mnogo toga interesantnog. Ipak posmatramo postignuto samo kao međuetapu. Rado bismo časopis i dalje izgrađivali. Zbog toga potičemo sve zainteresirane da nam dostave svoje priloge (O formi koju prilozima trebaju imati informira vas *Call for Papers* na kraju časopisa).

Sa zadovoljstvom vam želimo saopćiti da je NPR naišao na ljubazan i odobravajući odjek, čiji nas je opseg iznenadio. Na prvom mjestu su to više nego pozitivne riječi nj. e. ambasadora SR Njemačke u Bosni i Hercegovini *Joachima Schmidta* prilikom promocije časopisa u okviru "Drugog dana njemačkog prava u BiH" održanog na Pravnom fakultetu u Sarajevu, preko mnogih odobravajućih izjava, koje su nam stigle lično, ili putem e-maila iz Bosne i Hercegovine kao i susjednih zemalja, a nastavlja se dalje preko priloga koji su nam dostavljeni i završava u prilozima o NPR, koji su objavljeni u različitim njemačkim stručnim časopisima. Dva takva priloga su našla put do interneta i bez velikog napora i besplatno može se u njih izvršiti uvid. Jedan je prilog u saopćenjima Savezne advokatske komore (skraćeno: BRAK) iz juna 2011., strana XI (http://www.brak-mitteilungen.de/media/brak_mitt_03_2011.pdf). Nakon objavljivanja ovog priloga mnogi njemački advokati su, od kojih većina vodi porijeklo iz različitih država Jugoistočne Evrope, kontaktirali Redakciju. Zbog toga smo uvjereni da će u budućnosti u NPR biti objavljen poneki prilog o praksi u međunarodnom pravnom saobraćaju s tačke gledišta advokata praktičara. Dalje, izlazak prvog broja NPR obilježen je u rubrici Obavještenja o objavljenim naslovima uglednog časopisa *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrecht* (kratko: IPrax). Vidjeti : http://www.iprax.de/schrifttum2011_03.htm.

Ovakve reakcije nas obavezuju na dalju konstruktivnu dogradnju časopisa. To će, međutim, biti samo moguće ako se nove kolegice i kolege oglase spremnim za dostavljanje odgovarajućih priloga.

Zbog toga bismo željeli da zahvalimo svima onima koji su podržali ovaj časopis. To su s jedne strane čitaoci, autori, mediji koji su izvještavali o ovom časopisu. S druge strane je to Njemačko-bosanskohercegovačko udruženje pravnika (kratko: DBHJV), koje nije samo suizdavač, već iz čijih redova potiču neki saradnici časopisa NPR. Takođe je tu i Pravni fakultet u Sarajevu kojem kao i njegovom dekanu prof. dr. Borislavu Petroviću zahvaljujemo za korisnu logističku podršku, koja se između ostalog sastoji u tome da fakultetsku adresu smijemo koristiti kao adresu redakcije, da prostorije Fakulteta možemo koristiti za sastanke redakcije itd. Osim toga dobivamo na različite načine podršku saradnica i saradnika Fakulteta, naročito od strane onih koje možemo označiti kao naučni podmladak. Ovi mladi istraživači, koji su najvažnija ciljna grupa časopisa NPR, pokazuju svojim angažmanom da su se identificirali s ciljevima časopisa i su spremni aktivno raditi na njihovom ostvarenju. Najzad posebna zahvalnost pripada Njemačkoj fondaciji za međunarodnu pravnu saradnju (IRZ) bez čije sadržajne, logističke, konceptualne ali i finansijske podrške ovaj časopis ne bi bio moguć.

Neposredno pred kraj ovog predgovora ne bismo željeli da izostavimo jedno s naše tačke gledišta skurilno zapažanje u vezi s prvim izdanjem časopisa NPR: bili smo ipak prilično začuđeni, kad smo morali konstatovati, da je na internetu, na stranici jedne njemačke knjižare za stranu literaturu ponuđen NPR, koji je do tada bio besplatan, uz naknadu. Pri tome se konstatuje da je NPR pod brojem narudžbe dostupan i u okviru godišnje pretplate (v. <http://www.kubon-sagner.de/opac.html?record=z92079> posljednji put posjećeno 27. juna 2011.). Ponovo jedno od čuda interneta... Za one koji NPR sada drže u rukama, bilo u printanoj formi ili kao pdf-dokument, i koji časopis žele čitati i u budućnosti, želimo stoga da napomenemo da se NPR distribuira besplatno u pdf-u. Ako želite dalje primjerke i u budućnosti: dovoljan je e-mail na adresu novaprvnarevija@gmail.com i vaš primjerak NPR u pdf-u će vam biti dostavljen.

Posljednji redovi ovog predgovora pripadaju ipak jednom tužnom povodu: Claus Vreden, koji je kao prvi vođa projekta IRZ-fondacije za Bosnu i Hercegovinu tamo započeo djelatnost IRZ-a i koga mnoge čitateljice i čitaoci poznaju s IRZ-seminara je preminuo. U ovom broju ćemo u okviru posljednjeg pozdrava odati počast njemu lično i njegovom radu.

Dr. Meliha Powlakić
Predsjedavajuća
Njemačko-bosanskohercegovačko udruženje pravnika

Advokat dr. Stefan Pürner
Vođa projekta Bosna i
Hercegovina IRZ fondacija

Sehr geehrte Leserinnen und Leser,
sehr geehrte Kolleginnen und Kollegen,

Sie halten die zweite Ausgabe der *“Nova pravna revija – časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo”* (*“Neue Juristische Umschau – Zeitschrift für einheimisches, deutsches und europäisches Recht”*) kurz: NPR in Händen. Die Herausgeber, Redakteure und Mitarbeiter freuen sich, in dieser Ausgabe eine ganze Reihe von Neuigkeiten vorstellen zu können.

- Da sind zum einen neue Autoren. Wiederum haben weitere jüngere Kollegen Beiträge für diese Ausgabe geschrieben. Dies erscheint uns besonders wichtig, da es eines der Ziele der NPR ist, junge Juristen durch die Möglichkeit zu Publikationen zu fördern.
- Zum anderen enthält diese Ausgabe drei Beiträge zum Recht anderer Transformationsstaaten (Mazedonien, Serbien und Tschechien). Dadurch wird ein *“Blick über die Grenze”* möglich, der nicht nur aus rechtsvergleichenden Gründen interessant ist. Lesern aus Bosnien und Herzegowina wird es dadurch auch ermöglicht zu überprüfen, wo das eigene Land im Vergleich zu den sonstigen Transformationsstaaten steht.
- Weiter enthält diese Ausgabe das erste Mal Buchbesprechungen. Gerne würden wir in Zukunft auch Buchbesprechungen, die von Autoren verfasst wurden, die nicht zur ständigen Redaktion der NPR gehören, veröffentlichen. Deshalb bitten wir herzlich um Zusendung entsprechender Rezensionen. Ebenso bitten wir juristische Verlage und Autoren juristischer Veröffentlichungen, uns ihre aktuellen Werke zur Rezension einzureichen.
- Neu sind weiterhin auch die Zusammenfassungen der Beiträge in deutscher Sprache, die es auch deutschen Lesern ermöglichen, sich in kompakter Form über den Inhalt und die Entwicklung dieser Zeitschrift zu informieren. Aus demselben Grund werden ab dieser Ausgabe auch das Vorwort und Inhaltsverzeichnis zweisprachig erscheinen.

Die *“Nova pravna revija”* hat es sich zum Ziel gesetzt, auch die Kenntnisse über das europäische Recht zu fördern. Damit deckt sich die Zielrichtung dieser Zeitschrift in einem gewissen Teil mit den – allerdings viel breiter gefächerten – Zielen und Aufgaben des kürzlich gegründeten European Law Institute (ELI), einer Nichtregierungsorganisation, die sich auf verschiedenste Weise für eine qualitative europäische Normensetzung und die rechtliche europäische Integration einsetzt. Deshalb freut sich die Redaktion, dass sie den anlässlich des Inaugurationskongresses des ELI am 01. Juni 2011 in Paris in englischer Sprache gehaltenen Vortrag *“Challenges for European Law Institute”* von Prof. Dr. Dr.h.c. mult. Reinhard Zimmermann, Direktor des Max-Planck Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht in einer der Amtssprachen Bosniens und Herzegowinas publizieren kann und dankt dem Autor herzlich für die freundliche Genehmigung zur Übersetzung und zum Abdruck dieses Beitrages. Für die Leser/innen, die mehr über das ELI und seine Tätigkeit erfahren möchten, empfehlen wir die Seite <http://www.europeanlawinstitute.eu/eli>.

Darüber hinaus finden die Leser auch in dieser Ausgabe vieles, was bereits in der ersten Ausgabe vorhanden war, also wissenschaftliche Beiträge und Aktuelles zum Recht von Bosnien und Herzegowina, Deutschland und der Europäischen Union. Schon bekannt sind dem Leser auch die Rubriken *“Recht im Internet”*, *“Der aktuelle europarechtliche Begriff”*,

Berichte über die Tätigkeit der Deutschen Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit e.V. (IRZ-Stiftung).

Vergeblich suchen werden die Leser, die bereits die erste Ausgabe der NPR kennen, die Rubrik *“Darstellung eines bedeutenden deutschen Juristen”*. Dies hat seine Ursache in dem erfreulichen Umstand, dass so viele positiv rezensierte Manuskripte einheimischer Autoren eingereicht wurden, die wir gerne zeitnah veröffentlichen wollten. Da die NPR aus technischen Gründen im bisherigen bewährten Format jedoch eine bestimmte Seitenzahl nicht übersteigen kann, hat sich die Redaktion entschieden, aus Platzgründen in dieser Ausgabe auf diese Rubrik zu verzichten.

Diese Ausgabe der NPR hat also wiederum vielerlei Interessantes zu bieten. Dennoch betrachten wir das Erreichte lediglich als Zwischentappe. Gerne würden wir die Zeitschrift noch weiter ausbauen. Deshalb möchten wir hier nochmals alle Interessierten auffordern, Beiträge einzureichen (Über die Form, die diese haben sollten, informiert der Call for Paper am Ende der Zeitschrift).

Gerne möchten wir an dieser Stelle auch mitteilen, dass die erste Ausgabe der NPR auf ein freundliches und zustimmendes Echo gestoßen ist, das uns in diesem Ausmaß überrascht hat. Dies beginnt mit den überaus positiven Worten des deutschen Botschafters in Bosnien und Herzegowina Joachim Schmidt bei der Vorstellung der Zeitschrift während des "Zweiten Tages des deutschen Rechts" an der Juristischen Fakultät in Sarajevo, geht weiter über zahlreiche zustimmende Äußerungen, die uns persönlich, aber auch in Mails aus Bosnien und Herzegowina sowie den Nachbarstaaten, erreicht haben und setzt sich in eingereichten Manuskripten fort und endet mit Artikeln über die NPR, die in verschiedenen deutschen Fachzeitschriften erschienen sind. Zwei dieser Artikel haben auch den Weg in das Internet gefunden und können von Interessierten ohne großen Aufwand und kostenlos eingesehen werden. Da ist zum einen der Beitrag in den Mitteilungen der Bundesrechtsanwaltskammer (kurz BRAK) Juni 2011, dort Seite XI (http://www.brak-mitteilungen.de/media/brak_mitt_03_2011.pdf). Auf diesen Beitrag hin haben einige deutsche Anwälte, die meisten davon mit persönlichem Hintergrund aus verschiedenen Staaten Südosteuropas, die Redaktion kontaktiert. Wir sind deshalb zuversichtlich, dass in Zukunft in der NPR auch der eine oder andere Beitrag über die Praxis des internationalen Rechtsverkehrs aus Sicht anwaltlicher Praktiker erscheinen wird. Zum anderen wurde das Erscheinen der ersten Ausgabe der NPR in den Schrifttumshinweisen der angesehenen Zeitschrift Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrecht (kurz: IPrax) gewürdigt (http://www.iprax.de/schrifttum2011_03.htm).

Diese Reaktionen verpflichten uns konstruktiv am weiteren Ausbau der Zeitschrift zu arbeiten. Dieser wird aber nur möglich sein, wenn sich weitere Kolleginnen und Kollegen zur Mitarbeit und zur Einreichung geeigneter Beiträge bereit erklären.

Deshalb möchten wir wiederum allen Unterstützern dieser Zeitschrift danken. Dies sind zum einen die Leser, die Autoren, die Medien, die über diese Zeitschrift berichtet haben. Zum anderen ist dies die Deutsch-Bosnisch-herzegowinische Juristenvereinigung (kurz: DBHJV), die nicht nur Mitherausgeber ist, sondern aus deren Reihen auch einige der Mitarbeiter der NPR stammen. Zum anderen haben wir der Juristischen Fakultät der Universität Sarajevo und Ihrem Dekan Prof. Dr. Borislav Petrović für die pragmatische logistische Unterstützung zu danken, die u. a. darin besteht, dass wir die Fakultät als Redaktionsadresse, aber auch für unsere Redaktionssitzungen nutzen dürfen. Darüber hinaus erhalten wir auf verschiedenste Weise Unterstützung durch Fakultätsmitarbeiter/innen, insbesondere auch durch wissenschaftliche Nachwuchskräfte. Insbesondere deren Engagement zeigt, dass diese wichtigste Zielgruppe dieser Zeitschrift sich mit den Zielen der NPR identifiziert und dass sie auch bereit sind, aktiv an deren Umsetzung mitzuarbeiten. Schließlich gilt ein ganz besonderer Dank der Deutschen Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit (kurz: IRZ-Stiftung), ohne deren inhaltliche, logistische und konzeptionelle, aber auch finanzielle Unterstützung diese Zeitschrift nicht möglich wäre.

Kurz vor Schluss dieses Vorwortes möchten wir Ihnen auch eine, aus unserer Sicht eher skurrile Beobachtung im Zusammenhang mit der ersten Ausgabe der NPR nicht verschwiegen: Etwas verwundert waren wir nämlich schon, als wir feststellen mussten, dass im Internet, auf der Seite einer deutschen Buchhandlung für Auslandsliteratur die bislang kostenfreie NPR gegen Bezahlung angeboten wird. Dabei wurde sogar festgestellt, dass die NPR unter der Bestellnummer z92079 "im Jahresabonnement verfügbar" sei (s. <http://www.kubon-sagner.de/opac.html?record=z92079> zuletzt abgerufen am 27. Juni 2011). Wieder eines dieser Wunder des Internets. Für diejenigen, die die NPR jetzt in der Hand halten, ob in der Druckausgabe oder als pdf-Dokument, und die Zeitschrift auch in Zukunft lesen möchten, möchten wir deshalb nochmals ausdrücklich darauf hinweisen, dass die NPR kostenfrei im pdf-Format vertrieben wird. Wenn Sie also weitere – oder zukünftige – Exemplare haben möchten: Ein Mail an die novapravnarevija@gmail.com genügt und sie erhalten die pdf-Ausgabe der NPR zugesandt.

Die letzten Zeilen dieses Vorwortes gehören jedoch einem ernsten Thema: Claus Vreden, der als erster Projektleiter der IRZ-Stiftung für Bosnien und Herzegowina die Tätigkeit der IRZ-Stiftung dort begann, und den viele Lesern von den IRZ-Seminaren kennen, ist verstorben. Wir werden ihn und sein Wirken in dieser Ausgabe in einem Nachruf würdigen.

Dr. Meliha Powlakić

Vorsitzende der

Deutsch-bosnisch-herzegowinischen Juristenvereinigung

Rechtsanwalt dr. Stefan Pürner

Leiter des Projektbereichs Bosnien und

Herzegowina der IRZ-Stiftung

Sadržaj

Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Reinhard Zimmermann, Izazovi za European Law Institute 9

ČLANCI

Doc. dr. Slavko Đorđević, Kolizionopravno vezivanje prethodnog pitanja kao uzrok protivrečnosti pravnih normi i primena prilagođavanja 18

Doc. dr. Vojtěch Šimiček, Ph. D., Upravno sudstvo u Češkoj Republici – razvoj i odabrani problemi – Dio I 29

Prof. dr. Arsen Janevski/doc. dr. Tatjana Zoroska-Kamilovska, Protivizvršenje u Republici Makedoniji – problemi i dileme 34

Mag. sci. Dalibor Bingas, Nova penologija i tranziciona pravda 41

Bisera Kalaba, Žene na izdržavanju kazne u Federaciji Bosne i Hercegovine 51

Mag. sci. Nataša Laličević/mag. sci. Goran Bilandžija, Osiguranje prijevoza novca 60

AKTUELNOSTI IZ BOSANSKOHERCEGOVAČKOG ZAKONODAVSTVA I PRAVNE PRAKSE

Mag. sci. Iza Razija Mešević, Novo uređenje oblasti autorskih i srodnih prava i njihovog kolektivnog ostvarivanja u Bosni i Hercegovini 69

AKTUELNOSTI IZ EVROPSKOG PRAVA

Doc. dr. Anita Duraković, Uredba (EU) br. 1259/2010 o provođenju pojačane suradnje u oblasti izbora mjerodavnog prava za razvod i rastavu braka i mehanizam pojačane suradnje 71

Dr. Stefan Pürner, Njemačko-francuski izborni imovinski bračni režim u pripremi 76

Mag. sci. Almedina Šabić, Ex officio kontrola nepoštenosti ugovornih klauzula 77

Aktuelni pojmovi evropskog prava

Dr. Stefan Pürner, "Softlaw" 81

AKTUELNOSTI IZ NJEMAČKOG PRAVA

Dr. Stefan Pürner, SR Njemačka reagira Zakonom o terapijskom zbrinjavanju na odluku Evropskog suda za ljudska prava 81

Dr. Stefan Pürner, Iz sudske prakse njemačkog Saveznog suda 82

PROPISI I MATERIJALI

Prof. dr. Hajrija Sijerčić Čolić, Sprečavanje i suzbijanje seksualnog iskorištavanja djece i dječije pornografije 85

Okvirna odluka Vijeća 2004/68/PUP o sprječavanju seksualnog iskorištavanja djece i dječije pornografije 87

Zakon o suzbijanju dječije pornografije u komunikacijskim mrežama 91

PRIKAZI KNJIGA

Mag. sci. Lejla Balić, O Komentaru Ustava Bosne i Hercegovine (Steiner Ch./Ademović N., Komentar Ustava Bosne i Hercegovine, Sarajevo, 2010) 93

Mag. sci. Dina Bajraktarević, Misita N., Evropska unija – osnivanje i razvoj, Sarajevo, 2010. 95

Dr. Stefan Pürner, Bahtijarević, 130 godina Kantonalnog suda u Sarajevu, Sarajevo, 2011. 96

RAZNO

<i>Christian Hueck, dr. Stefan Pürner, O djelatnosti IRZ Fondacije u regiji i šire</i>	97
<i>Prof. dr. Meliha Povlakić, Prijem Komisije entitetskih notarskih komora Federacije BiH i Republike Srpske u Međunarodnu uniju notara – UINL</i>	100
<i>Dr. Stefan Pürner, Pravo na internetu</i>	102
<i>In memoriam Claus Vreden</i>	103
Call for Papers - Poziv za dostavljanje radova	104

Inhaltsverzeichnis

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Reinhard Zimmermann, Challenges for The European Law Institute 9

AUFSÄTZE

Doc. dr. Slavko Đorđević, Kollisionsrechtliche Anknüpfung der Vorfrage als Ursache für Normenwidersprüche und Anwendung der Anpassung 18

Doc. dr. Vojtěch Šimiček, Ph.D., Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Tschechischen Republik – Entwicklung und ausgesuchte Probleme – Teil I 29

Prof. dr. Arsen Janevski/doc. dr. Tatjana Zoroska-Kamilovska, Die sog. Gegenvollstreckung in der Republik Mazedonien – Probleme und Dilemmata 34

Mag. Sci. Dalibor Bingas, Neue Pönologie und transitional justice 41

Bisera Kalaba, Frauen im Strafvollzug in der Föderation BuH 51

Mag. sci. Nataša Laličević/mag. sci. Goran Bilandžija, Versicherung von Geldtransporten 60

AKTUELLES AUS BuH RECHT UND PRAXIS

Mag. sci. Iza Razija Mešević, Die neuen Regelungen im Bereich des Urheberrechts und verwandter Schutzrechte und der kollektiven Wahrnehmung dieser Rechte in Bosnien und Herzegowina 69

AKTUELLES AUS DEM EU RECHT

Doc. dr. Anita Duraković, “Verordnung (EU) Nr. 1259/2010 DES RATES vom 20. Dezember 2010 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts 71

Dr. Stefan Pürner, Deutsch-französischer Wahlgüterstand in Vorbereitung 76

Mag. sci. Almedina Šabić, Die Kontrolle missbräuchlicher Klauseln in Verbraucherverträgen von Amts wegen 77

Aktuelle europarechtliche Begriffe

Dr. Stefan Pürner, “Softlaw” 81

AKTUELLES AUS DEM DEUTSCHEN RECHT

Dr. Stefan Pürner, Bundesrepublik reagiert mit Therapieunterbringungsgesetz auf Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte 81

Dr. Stefan Pürner, Aus der Rechtsprechung des deutschen Bundesgerichtshofs 82

VORSCHRIFTEN UND DOKUMENTE

Prof. dr. Hajrija Sijerčić Čolić, Die Bekämpfung sexueller Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornographie 85

Rahmenbeschluss des Rates 2004/68/PUP zur Bekämpfung sexueller Ausbeutung von Kindern und Kinderpornographie 87

Gesetz zur Bekämpfung der Kinderpornographie in Kommunikationsnetzen vom 17.02.2010 91

BUCHBESPRECHUNGEN

Mag. sci. Lejla Balić, Zum Verfassungskommentar Bosniens und Herzegowinas (Steiner Ch./Ademović N., Kommentar Ustava Bosne i Hercegovine, Sarajevo, 2010) 93

<i>Mag. sci. Dina Bajraktarević, Misita N., Europäische Union – Gründung und Entwicklung, Sarajevo, 2010</i>	95
<i>Dr. Stefan Pürner: Bahtijarević, 130 Jahre Kantonsgericht in Sarajevo, Sarajevo, 2011</i>	96

VERSCHIEDENES

<i>Christian Hueck, dr. Stefan Pürner, Über die Tätigkeit der IRZ Stiftung in der Region</i>	97
<i>Prof. dr. Meliha Povelakić, Die Aufnahme der Kommission der Notarkammern der Föderation Bosnien und Herzegowinas und der Republika Srpska in die Internationale Notariatsunion (UINL)</i>	100
<i>Dr. Stefan Pürner, Recht im Internet</i>	102
<i>Nachruf für Claus Vreden</i>	103
<i>Call for Papers</i>	106

Izazovi za *European Law Institute*

Reinhard Zimmermann, Hamburg*

I. Pariz 1900.

“*Puisqu'il y a un mouvement irrésistible de pénétration juridique et législative, peut-il y avoir et doit-il y avoir une science qui ait pour objet, non seulement d'observer ce mouvement, qui vient de la nature et qui vient de l'homme, mais de le régler, de le discipliner, de le diriger, s'il le peut? Cette science-là, si elle existe et si elle peut exister, sera vraiment, non plus la méthode comparative ou la méthode de Droit comparé, mais la science du Droit comparé, au sens juridique du mot*”¹, na ovaj način je Raymond Saleilles opisao centralno pitanje dnevnog reda Međunarodnog kongresa za uporedno pravo održanog u Parizu. On je govorio na *séance générale de clôture*² 4. augusta 1900. godine, i njegov govor koji je kulminirao emocionalnim pozivom ka “*un grand amour de l'humanité et un grand amour du droit et de la justice*”³ bio je popraćen s “*triple salve d'applaudissements*”⁴.

Danas je široko zastupljeno mišljenje da je Kongres održan u Parizu 1900. stimulirao nastanak uporednog prava kao posebne discipline ili grane pravne nauke. Danas, smatram da se može reći da je uporedno pravo postalo dinamično i intelektualno poticajno polje nauke i istraživanja, tako da su vizije koje su inspirirale Saleillesa, Edouarda Lamberta i mnoge druge govornike na tom kongresu, barem do izvjesne mjere, postale realnost. Jedan od osnovnih ciljeva uporednopravne nauke, prema Lambertu, je bila međunarodna unifikacija prava. On je rekao: “*L'action unificatrice attribuée au droit comparé ... se bornera à effacer progressivement les diversités accidentelles entre législations régissant des peuples de même civilisation*”⁵. Ova izjava je

izazvala brojna pitanja. Da li su razlike koje dijele prava različitih modernih nacionalnih država odista slučajne? Da li pravnici koji se bave uporednim pravom odista ne trebaju da se fokusiraju ni na šta više osim na zakonske akte? Da li je pravna unifikacija na jednak način poželjna u svim područjima prava? Ova i mnoga druga pitanja nas prate i danas. Uprkos tome, komparativno pravo je zdušno prihvatilo kao cilj da pripremi osnovu za unifikaciju kako na globalnom, tako i na evropskom nivou. Takođe je u zadnje dvije decenije evropeizacija pravne nauke ostvarila značajan napredak. Tako je nastala evropska pravna književnost značajnih razmjera: monografije, udžbenici, zbirke slučajeva i časopisi koji pokrivaju čitav niz pravnih disciplina. Stvarni zaštitni znak uporednopravne nauke pod pokroviteljstvom evropeizacije, ipak je bilo iznenađujuće brzo širenje međunarodnih radnih grupa. Interakcija koju su pokrenuli dovela je do značajne promjene u mentalitetu naročito među mladim generacijama pravnih naučnika.

II. Pariz 2011.

Pretpostavljam da će bilo kome u publici promaći da je Pariz veoma simbolično mjesto za Inauguracijski kongres jedne nove inicijative koja takođe ima za cilj da okupi pravnike iz mnogih različitih zemalja. To evocira sjećanja na ono što se označava kao “*belle époque*”⁶ komparativnog prava” i na idealizam s kojim su naši prethodnici pokušavali da prevladaju tada vladajući pravni i politički nacionalizam. To nas takođe podsjeća na rascjep koji nas dijeli od namjera koje smo imali pred očima, ispoljenih osjećaja, korištenog otmjenog jezika i ciljeva postavljenih prije 111 godina.

Nova inicijativa čiji je ovo inauguracioni kongres je *European Law Institute* (ELI)⁷. Osnivanje ovakvog instituta je višekratno predlagano, ili čak zahtijevano, u toku prošlih deset ili petnaest godina, naročito u pogledu na određene strukturalne deficite koji su ometali harmonizaciju prava u Evropi. Ovi su pozivi, s jedne strane, dali povoda osnivanju

* Povodom Inauguracijskog kongresa Evropskog pravnog instituta održanog 1. juna 2011. u Parizu. Prevod: prof. dr. Meliha Powlakić.

¹ “Budući da postoji nezaustavljivo kretanje pravnog i zakonodavnog prožimanja, može li postojati i treba li da postoji nauka koja bi imala za predmet, ne samo da posmatra ovo kretanje, koje dolazi iz prirode i koje dolazi od čovjeka, već da ga regulira, da ga disciplinira i njime dirigira, ako može? Takva jedna nauka, ako postoji i ako može da postoji, biće odista ne samo uporednopravna metoda ili metoda uporednog prava, već nauka o uporednom pravu, u pravnom smislu riječi.”

² Séance générale de clôture (franc.) – “opća završna sesija” (prim. prev.).

³ Un grand amour de l'humanité et un grand amour du droit et de la justice (franc.) – velika ljubav prema humanosti i velika ljubav prema pravu i pravdi (prim. prev.).

⁴ Triple salve d'applaudissements (franc.) – trostruke salve aplauza (prim. prev.).

⁵ “L'action unificatrice attribuée au droit comparé ... se bornera

à effacer progressivement les diversités accidentelles entre législations régissant des peuples de même civilisation.” (franc.) – “Radnje na unifikaciji koje se pripisuju uporednom pravu (...) će se ograničiti da sve više ukidaju slučajne razlike među zakonodavstvima kojima upravljaju narodi iste civilizacije.” (prim. prev.).

⁶ Belle époque (franc.) – zlatno doba (prim. prev.).

⁷ Evropski pravni institut. U daljem tekstu će biti korišten izvorni naziv na engleskom jeziku. To će biti slučaj i s drugim institucijama i organizacijama budući da su one prepoznatljive po svom originalnom nazivu – prim. prev.

Association for European Law Institute (ELIA)⁸, a s druge organizaciji međunarodne konferencije od strane *European University Institute*⁹ u Firenci (EUI) pod naslovom “*A European Law Institute? U susret obnovi evropske pravne integracije.*” Prilozi za ovu navedenu konferenciju su pokazali široko rasprostranjenu saglasnost o tome da je osnivanje *European Law Institute* veoma poželjno. Moglo bi se čak reći, koristeći čuvenu frazu skovanu prije 200 godina, da je on dio “vokacije” našeg vremena u pitanjima koja se odnose na pravo i pravnu nauku. Određeni broj naknadnih susreta i diskusija su doveli do zajedničke inicijative, koja je sa svoje strane, rezultirala osnivanjem ELI-ja u Ateni prije šest sedmica.

Moj je cilj danas, kao predsjedavajućeg Osnivačkog komiteta (zajedno s dr. Irmgard Griss) da vam približim bitne odlike ovog instituta, kao i način njegovog djelovanja. To ću pokušati tako što ću istaći određeni broj specifičnih izazova koji stoje pred Institutom. Tom prilikom ću referirati na jednu inicijativu koju svi koji su pisali o ELI-ju spominju kao izvor inspiracije: *the American Law Institute*¹⁰. Njegovo je osnivanje bilo pripremljeno od strane “*Committee on the Establishment of a Permanent Organization for the Improvement of the Law*”¹¹, kojim je predsjedavao bivši državni sekretar Elihu Root. Ime Komiteta ukazuje na njegov program, kao što to u određenoj mjeri detaljnije čini isprava o registraciji *American Law Institutea*: njegova uobičajena djelatnost je da “promovira shvatanje i pojednostavljivanje prava i njegovu bolju prilagođenost socijalnim potrebama, da osigura bolje pravosuđe, da ohrabri i da se stara o akademskom i naučnom bavljenju pravom”. Ovo sigurno ima rezonansu s ciljevima ELI-ja, kako su određeni u članu 3. Statuta; i to takođe potiče evropskog čitaoca da razmišlja o boljoj regulatornoj strategiji Evropske komisije. “Evropsko pravo je u srcu onoga što čini posebnost Evropske unije”, kako objašnjava predsjednik Evropske komisije, i tako “mi treba da osiguramo da evropsko pravo i propisi budu dobro usmjereni, pravilno implementirani na pravom nivou, i da odgovaraju potrebama”. Kvalitetnija regulativa je postala jedan od ključnih prioriteta Komisije; i ELI će, prema mome mišljenju, učiniti sve što je u njegovoj moći da tome doprinese.

The American Law Institute je osnovan 23. februara 1923., odnosno prije 88 godina. Bilo bi nemudro ne pitati se šta možemo naučiti iz njegovog iskustva.

III. Članstvo

Prvi, prilično očigledan, izazov koji stoji pred ELI-jem jeste da izgradi svoje članstvo. *The American Law Institute* sačinjava preko 4.000 advokata, sudija i profesora prava iz svih dijelova Sjedinjenih Država, ali i iz mnogih stranih zemalja. ELI, za sada, ima 52 člana osnivača. Oni dolaze iz 21 različite zemlje, među njima su profesori, sudije, izvršitelji, zemljišnoknjižni referenti, notari i advokate; oni se bave privatnim pravom, javnim pravom, procesnim pravom, kolizionim pravom ili pravom Evropske unije; i oni predstavljaju oko 20 različitih mreža ili organizacija koje su aktivne u području evropskog prava. Lista osnivača, u bitnome, reflektira nastanak ELI-ja, jer se smatralo primjerenim i poželjnim uključiti i udružiti, dvije organizacije koje su inicirale proces osnivanja ELI-ja, i to ELIA i EUI. Činilo se da obje inicijative odlično dopunjuju jedna drugu. Dok se ELIA bazira na individualnom članstvu (u okviru kratkog perioda uspjela je da privuče više od 300 članova), EUI je pozvao predstavnike duge liste “mreža”, koje su na neki način aktivne na području evropskog prava. Svaka od tri radne grupe, koje su bile zadužene za kreiranje Statuta, utvrđivanje sastava Osnivačkog komiteta, i za pripremu ovog Kongresa, je bila koordinirana od strane jednog člana EUI-ja i jednog člana savjeta ELIA-ja, te od treće osobe izabrane od dva prethodna. U osnovi su članovi Osnivačkog komiteta, kako je bilo određeno od jedne Radne grupe, postali članovi-osnivači Instituta. Neki od njih su ranije bili članovi uprave ELIA-ja, dok drugi predstavljaju važne profesionalne ili akademske organizacije ili mreže. Ali ovi članovi-osnivači imali su samo za cilj da se ELI osnuje. Članstvo je otvoreno za sve fizičke osobe koje žele aktivno doprinijeti razvoju evropskog prava, u mjeri u kojoj oni pristaju da tako djeluju na osnovu svojih ličnih i profesionalnih uvjerenja, a neovisno od interesa određenih interesnih grupa. Drugim riječima, oni moraju biti nezavisni. Statut naziva takve osobe *Fellows*. Savjet ELI-ja biraju *Fellows* dvotrećinskom većinom glasova. Na prijavi za registraciju svakome ko je bio pozvan na ovaj kongres bilo je postavljeno pitanje da li želi da bude smatran/a kao član/ica ELI-ja. Postoje i neke druge kategorije članova tj. *ex-officio Fellows*, individualni posmatrači i institucionalni posmatrači; detalji proizlaze iz člana 8. Statuta. Za razliku od *American Law Institute*, broj članova nije ograničen. Očigledno je da ELI ima namjeru da bude otvoren prije nego elitističan. To nije akademija. On naročito ohrabruje mlade generacije pravnika da se pridruže. I najmanje dva člana iz reda te generacije bila su prisutna na prvom sastanku Savjetu.

IV. Organizacija

Drugi, vjerovatno isto tako očigledan izazov za *European Law Institute* se sastoji u uspostavljanju ujednačenog načina djelovanja, a naročito koordinacije različitih tijela koja čine ELI. Neka osnovna obilježja upravljačke strukture ELI-ja

⁸⁾ Udruženje za Evropski pravni institut (prim. prev.).

⁹⁾ Evropski univerzitetski institut (prim. prev.).

¹⁰⁾ Američki pravni institut, skraćeno ALI (prim. prev.).

¹¹⁾ Odbor za uspostavljenja stalnog tijela za unapređenje prava (prim. prev.).

izgleda kao da su bila inspirirana od strane *American Law Institute*, kao i ovaj posljednji, ELI ima Generalnu skupštinu (koju sačinjavaju svi *Fellows* ELI-ja), veliki Savjet (koji se u slučaju ELI-ja sastoji od 60 osoba, dok se u slučaju *American Law Institute* radi o ne više od 65 osoba), i Izvršni odbor kojeg čine predsjednik, potpredsjednik, blagajnik i četiri redovna člana. Članove Savjeta bira Generalna skupština, a članove Izvršnog odbora Savjet iz reda svojih članova. ELI će biti registriran kao *Association internationale sans but lucratif*¹² u skladu s belgijskim pravom, koje se smatra najfleksibilnijim i, shodno tome, najprikladnijom dostupnom formom udruživanja. U skladu s belgijskim pravom, ovakvo udruženje mora imati “centralno upravljačko tijelo” i “centralno izvršno tijelo”. Prema Statutu Generalna skupština predstavlja “centralno upravljačko tijelo”. Tako njen zadatak nije samo da izabere članove Savjeta, već da usvaja finansijske izvještaje i budžet; kao i da odobrava rezultate projekata Udruženja. S druge strane, Savjet je “centralno izvršno tijelo”; on igra naročito ključnu ulogu u upravljanju projektima ELI-ja. Moglo bi se pomisliti da bi sa svojih 60 članova Savjet mogao postati “centralno upravljačko tijelo”, a Izvršni odbor “centralno izvršno tijelo”. O ovom pitanju su se vodile široke diskusije; ipak, prevladalo je mišljenje da je sadašnja struktura poželjna, jer se kroz sveobuhvatno uključivanje ELI-jevih *Fellowsa* u poslove ELI-ja obezbjeđuje veći stepen legitimiteta.

Posebno obilježje ELI-ja je to da on ima “Senat”. Senat je “tijelo sastavljeno od osoba od kojih svaka ima izuzetan ugled” i koje se imenuju doživotno. Prvi članovi su birani od strane prvog Savjeta, nakon toga, Senat može sam uključivati nove članove, pri čemu ne smije biti prekoračen broj od 21 člana ne starijih od 80 godina. Savjet je obavezan da obavještava Senat o radnjama i odlukama koje poduzima; on je ovlašten da “daje preporuke i savjete na svoju vlastitu inicijativu kao i nakon konsultacija s bilo kojim drugim tijelom Asocijacije”, dalje je Senat odgovoran za rješavanje unutarnjih sporova.

Na kraju, naravno, ELI mora imati sekretarijat. Raspisan je javni poziv za tender za njegovo sjedište. Iz uvjeta tog poziva je vidljivo da ELI neće stvoriti još jednu obimnu birokratiju. Sekretarijat će se sastojati od generalnog sekretara koji će raditi u punom radnom vremenu i male grupe za podršku uključujući sekretarijat i stručnjaka za informacijske tehnologije. Po svojoj prirodi će prije biti šleper nego brod za krstarenje. Ne očekuje se da će Sekretarijat izvršavati neki od projekata ELI-ja. On će vršiti monitoring i koordinirati poslove koji se obavljaju u okviru ELI-ja, formirati neophodne baze podataka, organizirati generalnu skupštinu kao i druge sastanke tijela ELI-ja, uspostaviti i održavati javno dostupnu web stranicu na način da ona osigura široku participaciju članova ELI-ja u njegovim

aktivnostima i izdavati bilten o takvim aktivnostima, kao i drugim aktuelnim razvojem u evropskom pravu. On će olakšati komunikaciju u samom ELI-ju kao i između ELI-ja i drugih mreža ili organizacija, koje su odgovorne ili zainteresirane za razvoj evropskog prava. Sjedište sekretarijata će u prvom četverogodišnjem periodu biti u jednom mjestu; u posljednjoj godini tog perioda će se donijeti odluka da li će sekretarijat nastaviti s radom u tom mjestu, ili će se premjestiti u neko drugo mjesto. Javni natječaj za poziciju generalnog sekretara bit će raspisan što je prije moguće.

Sve u svemu, ELI ima prilično kompleksnu strukturu. Zahtijevat će određene napore svih involviranih da se osigura da sve funkcionira bez zastoja i da različita tijela razviju model saradnje koji stvara pravi balans između eficientnosti i legitimiteta.

V. Raznovrsnost profesija

Članovi osnivači ELI-ja dolaze iz široke lepeze pravnih profesija. Uprkos tome, očigledno je da su pravници iz akademskih krugova dominirali u procesu osnivanja. Kao posljedica toga važan izazov za ELI se sastoji u nužnosti da se u aktivnost ELI-ja u mnogo većoj mjeri uključe sudije, sudski službenici, notari, advokati, pravnici uključeni u zakonodavne procese i druge pravne profesije nego što je to do sada bilo moguće. Veoma bliska saradnja između predstavnika akademske zajednice i pravnih praktičara je jedna od karakteristika *American Law Institutea*, i jedna od tajni njegovog uspjeha. Svih sedam osoba koje su potpisale ispravu o osnivanju *American Law Institutea* bile su pravni praktičari, pretežno suci, a među njima jedan bivši i jedan budući predsjednik Vrhovnog suda. Većina potpisnika je bila aktivna u Distriktu Kolumbija. Čak i danas, manje od četvrtine članova Savjeta *American Law Institutea* su predstavnici akademske zajednice. To nam može reći nešto o prestižu pravne prakse vis-à-vis pravne doktrine u Sjedinjenim Američkim Državama, odnosno u Evropi: o *Rechtshonoratioren* (Max Weber), o prominentnim pravnicima, koji su predviđeni da igraju najistaknutiju ulogu u razvoju pravnog sistema. Ali to nas takođe treba podsjećati, da je čak i u Evropi, pravo stvarano, i nastaviti će da bude stvarano, od strane naučnika i praktičara: od “sudija, zakonodavaca i profesora” (da se citira naslov veoma poznate knjige Raoula van Caenegema). Istovremeno se mora primijetiti da ovdje nema mnogo foruma, bilo na nacionalnom ili supranacionalnom nivou, za diskusiju i saradnju između različitih vrsta pravne profesije. Iz tog razloga je nastao *European Jurists' Forum (Journée des Juristes Européens, Europäischer Juristentag)*¹³ koji se od 2001. godine održava svake druge godine. Šesti *European Jurists' Forum*

¹²⁾ Association internationale sans but lucratif (franc.) – Međunarodno neprofitno udruženje (prim. prev.).

¹³⁾ Evropski pravni forum. Na francuskom se ovaj forum naziva Journée des Juristes Européens, što znači Evropski pravni dani, kako glasi i naziv na njemačkom – Europäischer Juristentag (prim. prev.).

je upravo bio održan prije dvije sedmice u Luksemburgu. On je baziran na ideji *Juristentaga*¹⁴, koji je prvi put održan 1860. godine u Berlinu, koji je imao za cilj, i još uvijek ima, da okupi zajedno praktičare i doktrinu kako bi diskutovali savremene pravne probleme i uticali na sudski i zakonodavni razvoj prava. Ovaj model je bio izuzetno uspješan u Njemačkoj i u određenom broju drugih srodnih pravnih poredaka; ali utjecaj njegovog evropskog pandana na razvoj evropskog prava je za sada ostao ograničen. Za ovo postoje brojni razlozi. Jedan od njih je da je *European Jurists' Forum* peripatetičan; on se u bitnom sastoji od velikog kongresa koga svake druge godine organizira vlada jedne druge evropske zemlje i koji svaki put obrađuje tri teme koje se smatraju i važnim i aktuelnim. Obično se priprema određeni broj radova i generalni izvještaj, koji se prezentiraju i diskutuju.

U tom smislu ima prostora za jednu organizaciju koja nadzire, evaluira i podstiče razvoj evropskog prava na permanentnijoj i sistematičnijoj osnovi i koja je posvećena principu nezavisnosti tj. iza koje ne stoji nikakva vladina ili druga politička ili poslovna organizacija, već sami evropski pravници. Zbog činjenice da ne postoji kontinuitet i da nema institucionalnog fokusa *European Jurists' Forum* ne može uči niukakav značajan dijalog s Komisijom Evropske unije, niti biti permanentno dostupan za konsultacije ili kritički komentar; *European Law Institute* to može. Naravno, može se lako zamisliti određena koordinacija aktivnosti *European Jurists' Forum* i ELI-ja, naročito ako se ima u vidu profesionalna raznovrsnost koja je karakteristična osobina obiju organizacija.

VI. Raznolikost disciplina

Članovi osnivači ELI-ja su aktivni u širokom broju pravnih disciplina: javnom i privatnom pravu, materijalnom i procesnom pravu. Prije svega su pravници koji se bave privatnim pravom bili naročito prominentno involvirani u osnivački proces. To može biti posljedica činjenice da je evropeizacija privatnog prava bila centralno pitanje na evropskoj pravnoj agendi u zadnjih 20 godina. Takođe privatno pravo je, iz niza razloga, tradicionalno bilo u centru pažnje komparativne pravne nauke s ciljem da se poploča put međunarodnoj harmonizaciji prava. U isto vrijeme je EU pravo ipak u najvećem dijelu javno pravo; Evropski sud pravde se često, iako je to pogrešno, posmatra kao Ustavni sud Evropske unije; a takođe je razvijen impresivan korpus izvornog evropskog upravnog prava. ELI će stoga činiti značajne napore da involvira pravnike koji se bave upravnim i ustavnim pravom kao i pravnike drugih pravnih subdisciplina koji do sada nisu bili zastupljeni u znatnom broju: pravnike koji se bave krivičnim pravom (grana prava koja je historijski bila najviše povezana sa suverenitetom) i javnim međunarodnim pravom, ali isto tako međunarodnim privatnim pravom, radnim pravom,

pravom društava ili pravom konkurencije. Ovdje postoji od početka opća saglasnost da ELI treba da bude sveobuhvatan ukoliko se radi o pitanju kojim će se pravnim disciplinama baviti.

ELI može tako, nadati se, takođe djelovati kao antipod povećanoj specijalizaciji koja već duže prijeti integritetu prava. U nesagledivom broju su pokrenuti novi časopisi širom Evrope koji se isključivo fokusiraju na uvijek nove subdiscipline: pravo socijalne sigurnosti, sportsko pravo, drumsko saobraćajno pravo, pravo javnih nabavki, stečajno pravo itd.; i tim i drugim specijaliziranim publikacijama takva polja prava tendiraju da napuste intelektualni horizont onih koji nisu u njima specijalisti. Svaka nova pravna subdisciplina razvija svoju vlastitu strukturu, svoj vlastiti koncept, svoj vlastiti diskurs; i to se odnosi čak i na pravo Evropske unije. U izvjesnoj mjeri je to neizbježno. U cilju da bi bili sposobni dati originalni doprinos pravnoj nauci, naučnici moraju istraživati što je moguće dublje u svojoj oblasti; i stoga, mi svi naginjemo tome da znamo sve više i više o manjem i manjem. Isto se odnosi i na mnoga polja pravne prakse. U isto smo vrijeme, ipak, u opasnosti da izgubimo pogled na osnovne vrijednosti na kojima počivaju naš pravni sistem i naše pravno nasljeđe u njihovoj cjelini. Curriculumi naših pravnih fakulteta se ne suprotstavljaju ovom razvoju, zato što su skloni tome da reduciraju važnost temeljnih disciplina, kao što su pravna istorija i pravna teorija, tj. onih predmeta koji su bitni za kritičko posmatranje prava. Specijalisti su uvijek u opasnosti da usvoje, i smatraju kao da se samo po sebi podrazumijeva, krivu perspektivu. Evropsko ugovorno pravo daje dobar primjer za polje istraživanja konstantno ugroženo iskrivljenom perspektivom s obzirom na činjenicu da se kao izvor njegove legitimacije smatra njegov doprinos funkcioniranju unutarnjeg tržišta. Ali ugovorno pravo je mnogo više osim pogodnog alata za uspostavljanje tržišta. Budući da počiva na slobodi ugovaranja, ono je sredstvo promoviranja samoodređenja autonomnih ljudskih bića (ipak, naravno, ugovor može biti samo onda prihvaćen od strane pravne zajednice ako je rezultat autonomne odluke *obje* uključene strane).

Veoma je malo foruma danas koji imaju za cilj da uključe pravnika određenog područja studija, ili prakse, u dijalog s pravnicima iz drugih područja. Pravници koji se bave privatnim pravom i pravници koji se bave javnim pravom idu za tim da formiraju odvojene organizacije i da se sreću na različitim kongresima, i čak u oblasti privatnog prava postoje nevidljive, ali postojeće granice koje dijele pravnike koji se bave ugovornim pravom, porodičnim pravom, stvarnim pravom, odštetnim pravom, pravom društava itd. ELI je zamišljen da bude mjesto gdje pravnicima mogu biti skinuta ograničenja njihove discipline; na kojem mogu shvatiti da se podjela između javnog i privatnog prava u nekim pravnim sistemima ne podrazumijeva i da u njima nije duboko ukorijenjena kao što je to slučaj s

¹⁴⁾ Juristentag (njem.) – Pravni dan.

nekim drugim (*common law*, možda, predstavlja najbolji primjer); i jasno sagledati da postavljene granice između disciplina danas nisu oštre. Svi mi poznajemo fenomen postepenog prodiranja prava i vrijednosti garantiranih našim ustavima i Evropskom konvencijom o ljudskim pravima u privatno pravo, mi vidimo da sve više oblasti prava (pravo konkurencije, porezno pravo itd.) ne mogu biti tačno okarakterisani kao dio javnog ili privatnog prava, vidimo kako države uređuju odnose privatnih subjekata, ali isto tako kako se privatno pravo sve više koristi kao sredstvo reguliranja ekonomije, te stoga moramo početi da fundamentalno dovodimo u sumnju i preispitujemo odnos između privatnog i javnog upravljanja.

VII. Pravna(e) tradicija(e)

ELI takođe treba da bude sveobuhvatan u jednom drugom, isto bitnom, aspektu: on mora da reflektira raznovrsnost “pravnih tradicija” i “pravnih kultura” u Evropi. To je bilo naglašavano, ponovo i ponovo, u različitim dokumentima koji su bili sačinjeni u procesu osnivanja ELI-ja. Oba termina, ipak, otvaraju brojna pitanja. Prema Zweigertu i Kötz, evropsko pravo čine četiri pravne porodice: romanska, germanska, nordijska i engleski *common law*. Patrick Glenn, s druge strane, ukazuje samo na tradiciju civilnog prava i *common law* tradiciju. Harold J. Berman posmatra Evropu kao bastion jedne “zapadne” pravne tradicije. René David i Camille Jauffret-Spinosi, upućujući na koncept pravnih porodica (kao Zweigert/ Kötz), razlikuju samo dvije (kao Glenn). Ali postoje i oni koji vezuju koncept pravne tradicije, ili pravne kulture, za modernu nacionalnu državu. Tada bismo imali 27 ili više (Škotska, Katalonija) pravnih kultura u okviru Evropske unije. Kako se odnose koncepti pravnih porodica, pravnih tradicija i pravnih kultura jedni prema drugima? Koja je njihova epistemologijska vrijednost? Koje su njihove referentne tačke? Da li mi ovdje možda nemamo posla s pogodnim zaklonima koji služe perpetuaciji određenih mitova i predrasuda? Odnos između prava i kulture, ili pravne kulture, je sigurno mnogo kompleksniji nego što se često sluti.

Exempla docent.¹⁵ Ovdje izabrani primjeri dolaze iz jedne oblasti prava, nasljednog prava, koja se uobičajeno smatra i kao veoma stabilna i izrazito modelirana prema kulturnim posebnostima; kaže se da ona čini “krvotok” nacionalne kulture te da zbog toga nije podobna za komparativno izučavanje, a naročito ne za pravnu harmonizaciju. Koje zahtjeve u pogledu forme testator treba da ispuni prilikom izjavljivanja posljednje volje? Njemačko pravo poznaje svojeručni i javni testament, holandsko pravo samo javni testament, a engleski *common law* samo testament uz svjedoke. Ipak, testament uz svjedoke je bio poznat u širokim područjima Njemačke do kraja 19. vijeka; romansko-holandsko pravo je takođe poznavalo testament pred svjedocima (i to uz prisustvo samo pet svjedoka umjesto sedam

što je bilo uobičajeno), a crkveni sudovi su uveli, u kasnom šesnaestom stoljeću, svojeručni testament u Engleskoj. Današnji zahtjevi u pogledu forme u Njemačkoj, Holandiji ili Engleskoj ipak se mogu teško smatrati kao duboko ukorijenjena i karakteristična obilježja pravnih kultura tih zemalja. Štaviše, nema vjerodostojnog kulturološkog objašnjenja zašto dvije zemlje koje su tako srodne kao Holandija i Njemačka ne bi obje priznale ili odbacile svojeručni testament. Njemačko pravo samo što nije bilo odbacilo navodno francuski, a time strani, holografski testament; u posljednjoj minuti je on bio uguran u *Bürgerliches Gesetzbuch*¹⁶. Razlike između pravnih sistema mogu tako odista biti “slučajne”, kao što je Lambert to izjavio na Pariskom kongresu 1900. To ipak ne znači da ako je jednom pravni sistem prihvatio jedan oblik testamenta, da on ne može prije ili poslije biti *percipiran* kao konstitutivna komponenta određene pravne kulture; on je postao dio onoga što koriste ljudi koji žive u jednoj određenoj zemlji koja ima svoj posebni korpus pravnih pravila. Široka skala procesa interkulturalnih pravnih transfera, kao što je recepcija rimskog prava u Centralnoj Evropi, njemačkog prava u Japanu, švajcarskog prava u Turskoj, engleskog prava na Rtu Dobre Nade, ili američkog prava društava u Evropi, takođe otvara ozbiljne sumnje u pogledu ukorijenjenosti prava u određenu kulturu. Tako se pravo razvija potaknuto savremenom ekonomskom globalizacijom.

Kultura je kao što je općepoznato teško pojmljiv koncept, poznat naročito u antropološkoj i sociološkoj literaturi, za koji se pretpostavlja da odražava specifičnost određenog društva. Ona služi da definiše to društvo, da opiše njegov identitet, da ga učini različitim od drugih. Kultura, ipak, ima često izvjesne konfrontirajuće i esencijalističke konotacije. Isto važi i za pojam “pravne kulture” koji je postao rasprostranjen u komparativnom diskursu s ciljem da naglasi da se proučavanje komparativnog prava ne sastoji samo iz poređenja pravnih pravila. Ovo je bitan argument. Ali on ne uspijeva pokazati da pravo, barem prema našem evropskom iskustvu, predstavlja tradiciju. Ono ima istoriju i neopozivo je modelirano tom istorijom, ali ga karakterizira i inherentna sposobnost razvoja.

Specifična dinamika i vitalnost evropske pravne tradicije može se objasniti plodnom tenzijom između jedinstva i raznolikosti. Tako su srednjevjekovno i rano moderno pravo bili sačinjeni od više različitih elemenata: rimskog prava, autohtonog običajnog prava, kanonskog prava, feudalnog prava, trgovačkih običaja, teorije prirodnog prava. Čak je i pravna praksa u srcu recepcije bila karakterizirana pravnim partikularizmom kakav se danas teško može zamisliti. Ali to je bila raznolikost unutar sveobuhvatnog intelektualnog jedinstva, i to intelektualno jedinstvo je bilo uspostavljeno kroz pravno školovanje i izučavanu pravnu literaturu koja se fokusirala na isti korpus pravnih izvora. Ovo pravno jedinstvo je počelo da se

¹⁵ *Exempla docent* (lat.) – Primjeri uče (prim. prev.).

¹⁶ Njemački građanski zakonik (prim. prev.).

raspada kada "institucionalni" pisci 17. i 18. vijeka nisu više raspravljali o rimskom pravu, već rimsko-holandskom, rimsko-škotskom, rimsko-španskom ili rimsko-saksonskom pravu; a bilo je izgubljeno kada su, u kontinentalnoj Evropi, bile donesene moderne kodifikacije, za koje se smatralo da sadrže zatvoren, čak sveobuhvatan, sistem pravnih pravila, konstituirajući autonoman prostor tumačenja prava. Ali to nije uticalo na činjenicu da do danas postoji tradicionalni obrazac jedinstva i raznolikosti. Zato smo počeli da shvatamo da, dok naši moderni pravni sistemi pokazuju karakteristične razlike, i tako čine mnogovrsnost tradicija, one isto tako još uvijek mogu biti posmatrane kao savremene manifestacije jednog i istog, odnosno prave evropske tradicije. Nije slučajno da smo takođe počeli da dovodimo u sumnju ideju da vrijednost svih prava ultimativno potiče iz moderne nacionalne države i da proučavamo fenomen "ne-legislativnih kodifikacija" (Nils Jansen) u historijskoj i komparativnoj perspektivi.

Ako pak imamo za cilj da prevladamo nacionalnu fragmentaciju prava, i da ponovo uspostavimo pravnu nauku kao disciplinu čije se intelektualne granice neće više podudarati s onim političkim, postupit ćemo dobro (a to takođe znači i ELI) ako olakšamo taj cilj kroz ponovno uspostavljanje zajedničkog osnova koji postoji među modernim evropskim pravnim sistemima, ali takođe ako se postaramo da su svi oni budu sposobni da doprinesu njihovim karakterističnim načinom mišljenja, njihovim načinom obrade pravnih izvora, njihovim stilom, ukusom, njihovim različitim pravnim institucijama, i njihovim iskustvima: škotski "trust without equity"¹⁷, italijanski koncept *danno ingiusto*, *danno biologico* i *danno esistenziale*¹⁸, austrijski "fleksibilni sistem", švicarski način postupanja s raznovrsnošću jezika u okviru jednog i istog pravnog sistema, pravna unifikacija u Skandinaviji, novo holandsko ili katalonsko nasljedno pravo, ili recepcija međunarodnih modela pravnih pravila u kodifikacijama srednje i istočne Evrope. Komparativni univerzum u Evropi je često dominiran Engleskom, Francuskom ili Njemačkom, i zbog toga se propušta uzeti u obzir specifično bogatstvo koje leži u raznovrsnosti iskustava dobivenih u drugim pravnim sistemima. ELI će samo onda napredovati ukoliko bude crpio to bogatstvo iskustava. Očigledno u tom pogledu, on ima pred sobom mnogo teži cilj nego što je to slučaj s *American Law Instituteom*.

VIII. Pravo i jezik

Isto vrijedi i za činjenicu da, dok američki pravници govore engleski, pravници u Evropi komuniciraju na više

različitim jezika. Samo Evropska unija ima 23 službena jezika. Obim posla Generalne direkcije za prevode permanentno raste. Godine 2010. je producirao 1.86 miliona stranica uz procijenjene troškove u visini od 300 miliona eura. ELI neće biti sposoban da osigura troškove takve visine te osigurati prevod svih dokumenata na sve evropske jezike. On će trebati usvojiti jezik koji je najdostupniji svim njegovim članovima, kao jezik na kojem će se uobičajeno obavljati njegovi poslovi. Postoje neki razlozi za pretpostavku da će taj jezik biti engleski. U prirodnim naukama, medicini, psihologiji, ekonomiji i u nizu drugih društvenih nauka je prihvaćeno već izvjesno vrijeme, da sve za šta se želi da bude primijećeno na međunarodnom planu mora biti publikovano na engleskom. Isto vrijedi u sve većoj mjeri i za pravo. Čak ni u Briselu nemaju više dva tradicionalna jezika (tj. dobar francuski i loš francuski) koji prevladavaju; sve više i više dokumenata se kreira na engleskom, i sve više i više sastanaka se vodi na engleskom jeziku. To ne znači da će nacionalni jezici izgubiti na važnosti. Toliko dugo koliko budemo imali nacionalne pravne sisteme, diskurs koji se njih tiče biće dominirajuće vođen na odgovarajućem nacionalnom jeziku. Ali mi moramo da se prilagodimo (u najmanju ruku) dvojezičnom režimu. Za Evropu to nije ništa novo; učeni pravници u vremenu od 13. do 18. vijeka su bili naviknuti na situaciju bilingvalizma: pored njihovog maternjeg jezika, oni su morali poznavati latinski jezik.

Niz argumenata je bio istaknut protiv upotrebe engleskog jezika kao nove *lingua franca* u evropskoj pravnoj nauci i praksi. Stoga je bilo naglašeno da se ne radi o predivnom bogatom engleskom jeziku Jane Austin ili Anthonyja Trollopa koje koriste pravници širom Evrope; to je prije znatno simplificiran bazični, ako ne i loš, engleski jezik. Štaviše, argumentira se da je engleski pravni jezik izraz specifičnog engleskog načina pravničkog razmišljanja i da je kao takav teško podoban kao način komunikacije za istinsko evropsko pravo i pravnu nauku. Dakle, kaže se da isključivo oslanjanje na jedan jezik vodi kulturnom osiromašenju, upravo kao što se često smatra da unifikacija za sobom nosi gubitak kulturalne raznovrsnosti.

Ovi argumenti sigurno sadržavaju zrnice istine. Ali s njima ne treba pretjerivati. Nije svaki prevod tako loš kao što se to može činiti onima koji koriste kompjuterizirane programe za prevodenje. Među mladom generacijom pravnika je dobro poznavanje engleskog jezika široko rasprostranjeno. Pored toga, jezik i pravna kultura nisu neraskidivo vezani jedno za drugo. Rimsko-holandsko pravo u Južnoj Africi, Luizijani i Škotskoj predstavljaju primjer pravnih sistema gdje se govori engleski jezik bez da se primjenjuje *common law*. Njemačko i švicarsko pravo su preuzeti u Japanu i Turskoj, ali ne i njemački i švicarski jezici. Može se takođe referirati na terminologiju koju su razvile brojne radne grupe. Principi evropskog ugovornog

¹⁷) Trust without equity (engl.) – Trust bez podvojenog vlasništva na "legal" i "equitable ownership" karakterističnog za zemlje anglosaksonskog pravnog kruga (prim. prev.)

¹⁸) Danno ingiusto, danno biologico and danno esistenziale (ital.) – protupravna šteta, biološka šteta, egzistencijalna šteta (prim. prev.).

prava, na primjer, upućuju na “*solidary*” a ne na “*joint and several*” obligacije, i na “*prescription of claims*” prije nego na “*limitation of actions*”.¹⁹ Oni tako namjeravaju da stvore evropsku terminologiju na engleskom koja je savršeno prihvatljiva, ali i neopterećena prtljagom engleskog common lawa. Takođe, uostalom, latinski koji su pisali Vinnius i Voet nije bio klasični latinski Vergila ili Cicerona. Pothierov veliki uspjeh se bazira, u značajnoj mjeri, na činjenici da je on često izražavao na dobrom francuskom ono što je Dumoulin prethodno rekao na skromnom latinskom. Ali njegov ogroman utjecaj na razvoj engleskog ugovornog prava duguje se činjenici da se Pothierov *Traité des obligations* pojavio u engleskom prevodu 1806. godine.

To nas dovodi do pitanja prevoda. Svako ko je namjeravao da prevede pravni tekst u drugi jezik iskusio je koje su znatne teškoće u takvom poduhvatu. Ali on takođe zna da u konačnici nije nemoguće napraviti dobar prevod. I on shvata kako mnogo uči, u procesu, o svom vlastitom jeziku i svom vlastitom načinu mišljenja. Veliki historičar umjetnosti Erwin Panofsky koji je bio prisiljen napustiti Njemačku u tridesetim izrazio je to na ovaj način: “Svaki historičar umjetnosti obrazovan u Njemačkoj koji je želio da komunicira na engleskom morao je razviti svoj vlastiti glosarij. U tom postupku, on je shvatio da je terminologija na njegovom maternjem jeziku bila često nepotrebno teško razumljiva ili temeljno neprecizna: njemački jezik na žalost dopušta da se trivijalna misao sakrije iza vunene zavjese od prividne gustoće (...) Da bi se ispričala ukratko duga priča, čak i jedan historičar umjetnosti, ako piše i govori engleski, treba da barem otprilike zna šta misli, i misliti ono što govori; i to ima jedan izuzetno ljekovit efekt na sve nas”. Možda se ipak može reći da je prevodivost indikator za jasnoću misli, ako ne čak za dobru nauku.

To znači da bi ELI budući da namjerava često obavljati svoje poslove na engleskom, trebao biti prije pragmatičan nego postavljati granice u vezi s tim. Trebao bi ići za tim da ohrabri svoje radne grupe da koriste bilo koji jezik koji smatraju adekvatnim za ostvarenje njihovog cilja. Naročito, trebao bi pomoći kako bi široj zajednici evropskih pravnika učinilo dostupnim doseguća njenih konstituirajućih pravih zajednica. Tako bi trebalo podržati ili inicirati prevođenje značajnih pravnih dokumenta i literature, uključujući, naročito, novije kodifikacije u Srednjoj i Istočnoj Evropi na jezike koji su više razumljivi nego estonski, poljski ili mađarski. Čak ni portugalski *Código civil*²⁰ iz 1966. nije još uvijek preveden niti na jedan drugi jezik. Tako, ELI

može promovirati ideju trilingualnosti za jedan istinski evropskopравни trening: poznavanje vlastitog maternjeg, engleskog i jednog drugog jezika. To je, prema mom iskustvu, naročito učinkovit put za uklanjanje nacionalnih ograda jer osigurava neposredan pristup trima pravnim tradicijama.

IX. Mjesto ELI-ja

1. U odnosu na druge “mreže”

Slijedeći izazov za ELI je da se pozicionira prema drugim već postojećim organizacijama. To važi, na prvom mjestu, za sve “mreže” koje su uspostavljene radi unapređenja europeizacije prava. Inicijativa koju je započeo EUI u Firenci bila je bazirana na ideji da se ujedine ove mreže i tijela. Bio sam iznenađen kada sam video koliko ih je. Neke od njih se bave pravnim obrazovanjem, druge su istraživačke mreže angažirane da kreiraju načela evropskog prava ili imaju za cilj da utvrde njegov zajednički osnov, dok treće samo namjeravaju da stvore platformu za diskusiju ili profesionalnu kooperaciju. Neke od njih predstavljaju posebne vrste pravničke profesije, druge čine asocijaciju pravnih fakulteta, istraživačkih organizacija, ili pravnih naučnika koji rade u specifičnoj oblasti prava kao što je administrativno, ugovorno ili porodično pravo. Stvaranje *soft law* instrumenata od strane grupa naučnika, koji su fokusirani na *acquis commun* ili na *acquis communautaire*, ili oboje, je postalo naročito moderno. Predsjednici vrhovnih sudova zemalja Evropske unije imaju svoju mrežu, kao što je imaju i upravne sudije, ministarstva pravde, zemljišnoknjižni uredi ili sudski izvršitelji. One su organizirane na razne načine, neke od njih veoma neformalno, dok su druge inkorporirane u ovoj ili onoj formi u ovoj ili onoj zemlji. Neke od mreža su peripatetične, druge imaju sekretarijat ili centar u određenom gradu. Postoje takođe supranacionalne mreže koje su stvorene s generalnim ciljem da poboljšaju učešće pravnika iz određene zemlje u razvoju evropskog prava. Može se desiti da postoje dvije organizacije u istoj oblasti koje slijede veoma slične ciljeve. Neke od mreža se finansiraju putem članarine, druge finansiraju nacionalne vlade, profesionalne organizacije, ili Evropska komisija. Slika teško da može biti neujednačenija i raznolikija. Ali ona je istovremeno i veoma zbunjujuća. Čini se da mnoge organizacije i ne znaju jedna za drugu niti za aktivnosti drugih. Jedna od funkcija ELI-ja će biti da stvori zajedničku platformu na kojoj se sve ove inicijative mogu okupiti, komunicirati, i možda takođe saradivati. Ali u procesu osnivanja ELI-ja uvijek je postojala jednodušnost da ELI ne namjerava da apsorpira ili da zamijeni postojeće mreže ili organizacije. On je zamišljen kao plodna podloga koja će učiniti da druge biljke u vrtu evropskog prava uspijevaju, a neće ih ugušiti. Ovo je način na koji su druge mreže i organizacije pozvane da doprinesu aktivnostima ELI-ja i načinu na koji će on funkcionirati.

¹⁹⁾ Budući da se govori o terminologiji na engleskom jeziku stvorenoj u Načelima evropskog ugovornog prava u tekstu su zadržani nazivi na engleskom jeziku u slijedećem značenju: “Principi evropskog ugovornog prava, na primjer, upućuju na “*solidarne*” a ne na “*zajedničke i višestruke*” obligacije, i na “*zastaru potraživanja*” prije nego na “*ograničenja tužbi*.” – prim. prev.

²⁰⁾ Građanski zakonik (prim. prev).

2. Evropa

Drugo, naravno, postoje zvanični organi Evropske unije odgovorni za zakonodavstvo na nivou Unije, na prvom mjestu Komisija. ELI se bazira, ali takođe i obavezuje, principu političke i ekonomske nezavisnosti. Ovo je slijedeća ključna odlika ELI-ja, i to znači, naročito, da ELI nije osnovala Komisija, ni jedna nacionalna vlada, niti jedna interesna grupa. To je učinilo da proces osnivanja bude na neki način mukotrpan, i to može takođe imati za posljedicu određeni nivo složenosti u načinu njegovog djelovanja. Ali to je bitna stavka i biće osnova bilo kakve legitimacije koju ELI ima ili želi da stekne u određenom vremenu. Stoga, ako Evropska komisija bude htjela savjet u pogledu bolje regulacije, ili revizije potrošačkog *acquisa*, ili o bilo kojem drugom pitanju vezanom za evropsko pravo ili pravnu politiku, željet će nepristrasan i nezavisan savjet, i željet će to od organizacije koja uključuje sve interesne grupe bez dominacije jedne od njih. Očigledno će savjetovanje o predloženoj EU legislativi biti ključni cilj ELI-ja, kao i evaluacija postojeće EU legislative, komparativne studije o implementaciji, ili ocjena posljedica; ali pošto će predsjednik ELI-ja danas nešto kasnije o tome govoriti, ovdje se neću upuštati niu kakve detalje. Niti želim govoriti o mogućim projektima ELI-ja, zato što će oni takođe biti predstavljeni danas poslijepodne. Samo bih želio da podvučem da ELI u tom pogledu ne treba da bude preambiciozan. Čak ni *American Law Institute* nije razvio više od devet *Restatements*²¹ u prvih devetnaest godina svog postojanja. Stoga, bilo bi sasvim dovoljno ako bi ELI startao s dva ili tri vlastita projekta. Izbor tih projekata ne bi trebao biti određen samo po njihovoj akademskoj vrijednosti već takođe prema praktičnim potrebama za njima (kao što je to bio slučaj, s obzirom na očajne uslove u kojima se američko pravo nalazilo početkom 20. vijeka, s američkim *Restatements*), i prema tome da li su se druge grupe već bavile tim projektima. Drugim riječima ELI bi trebao stimulirati, i ako je potrebno poduzimati *novi* posao, a ne replicirati ono što je drugdje urađeno. Moglo bi se, možda, ukazati na princip subsidiarnosti u pogledu aktivnosti ELI-ja. Takođe, niti jedan projekt ne treba smatrati vrijednim samo zato što se na njemu radi u okviru ELI-ja. Niti može jedan projekt ELI-ja polagati nadu da će steći autoritet *ratione imperii*²². Najzad, on će morati da ubijedi pravnu zajednicu kvalitetom svojih rezultata.

Poređenje s *American Law Institute* sugerira još jednu napomenu. *American Law Institute* je svoju reputaciju na prvom mjestu stekao kao rezultat *Restatements* koji su

upravo pomenuti. Ideja "*restatement of the law*" (kompilacije i formuliranja načela – prim. prev.) bila je enormno privlačna i uticajna u debati koja se odnosi na evropsko privatno pravo, čak i prije nego su publicirani Principi evropskog ugovornog prava Ole Landa. Ali ona se koristi, povremeno, da bi se dala model pravila koja izrađuju grupe naučnika s obzirom na ono što se čini prihvatljivim, ili čak prihvaćenim u Evropi. U mnogim područjima prava u Evropi "*restatement*" nemaju smisla jer nema šta da se "*restate*" (kompilira i formuliraju načela – prim. prev.) Mnogo pionirskog rada će još trebati prije nego što budu mogli biti izrađeni tekstovi za koje postoji nada da će steći autoritet sličan onom koji imaju američki *Restatements*. Za ovaj pionirski rad teško da je ELI prava institucija. To ne znači da ELI ne bi mogao, kako stoji u njegovom Manifestu, da vodi i olakša panevropska istraživanja, a naročito da izradi, ocjeni ili poboljša principe i pravila koji su zajednički evropskim pravnim sistemima. Ali on treba biti pažljiv pri odabiru oblasti na koje se rečeno odnosi. Čak i u oblastima gdje to nije slučaj, izrada principa na bazi komparativnih istraživanja i međunacionalnih diskusija može biti korisna vježba; ali to je slučaj ne zato što bi oni reflektirali ono što je jedinstveno prihvaćeno u evropskom pravnom sistemu, već zato što oni mogu, u mjeri u kojoj se smatraju ubjedljivim, pridonijeti postepenom *rapprochement*²³ nacionalnih pravnih sistema. Osim toga, sam *American Law Institute* se više ne ograničava na izradu *Restatements*, već je takođe od sedamdesetih godina započeo da formulira "Principe" za oblasti prava za koje se smatra da bi trebale biti reformirane, ili pravila; i to takođe doprinosi – uobičajeno u saradnji s *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*²⁴ – izradi model zakona. (Uticaj lobista na ovu posljednju organizaciju je, ipak, kritički komentiran i postavio je znak pitanja iza ove kooperacije.)

Opće je poznato da je teško definirati Evropu. Danas taj pojam često asocira na Evropsku uniju i države koje pripadaju Uniji. Englezi su skloni da identificiraju Evropu s kontinentalnom Evropom. Više od 500 godina vodi se debata da li je Rusija evropska država. Takođe, danas se živo diskutuje oko pitanja da li Turska pripada Evropi. I Ruska Federacija i Turska su članice Vijeća Evrope, međunarodne organizacije u čijem okviru je usvojena Evropska konvencija o ljudskim pravima i uspostavljen Evropski sud za ljudska prava (i koja je osim toga takođe bila zaslužna za prvi uspješni napor evropske pravne harmonizacije u centralnoj oblasti privatnog prava tj. za Konvenciju o odgovornosti hotelijera iz 1962.). Vijeće Evrope ima 47 država članica u odnosu na 27 članica Evropske unije. U toku postupka osnivanja ELI-ja bilo je prihvaćeno kao da se samo po sebi podrazumijeva da njegove aktivnosti i njegovo članstvo ne bi trebali biti ograničeni na Evropsku uniju, te da će ELI

²¹) *Restatements* bi se najkraće mogli objasniti kao pravna mišljenja izdata od strane *American Law Institute* u kojima se predstavljaju osnovni principi, načela američkog privatnog prava, odnosno kao koncizno formulirani i iz sudske prakse o određenom pitanju destilirani pravni principi, načela (prim. prev.).

²²) *Ratione imperii* (lat.) – Autoritetom vlasti ili na osnovu vlasti (prim. prev.).

²³) *Rapprochement* (franc.) – približavanje (prim. prev.).

²⁴) Nacionalna konferencija komesara za jednoobrazne državne zakone.

željeti da blisko surađuje sa svim organizacijama koje su aktivne u razvoju evropskog prava u najširem smislu riječi. Ponovo još jednom, filozofija na kojoj počiva ELI je inkluzivna filozofija.

3. Globalna perspektiva

Treće, naravno, postoje inicijative usmjerene na pravnu harmonizaciju takođe i u drugim dijelovima svijeta. *American Law Institute* je višekratno bio pomenut, i očigledno je da će ELI željeti da uspostavi s njim blisku vezu. ELI će biti u stanju da se koristi iskustvom dobivenim u SAD. Ali poređenje će takođe jasno ukazati na razlike koje postoje između ova dva poduhvata i doprinijeti priznavanju specifičnih izazova pred kojima stoji ELI. (Jedna od razlika, barem za sada, se sastoji u činjenici da je *American Law Institute* primio od *Carnegie Foundation for the Advancement of Teaching*²⁵ donaciju kao pomoć pri osnivanju u iznosu većem od milion dolara, a ta je suma vrlo brzo bila udvostručena donacijama iz drugih izvora. ELI-ju još uvijek nedostaje tako velikodušan sponzor.)

Ipak, tu su takođe druge organizacije i inicijative, kao Mercosur u Južnoj Americi, ili OHADA u Africi, ili Projekt Principi ugovornog prava u Kini, Koreji i Japanu. Na kraju, ali ne kao posljednje, naravno, postoji čitav niz organizacija koje promoviraju globalnu unifikaciju prava. Uncitral, UNIDROIT i Haška konferencija za međunarodno privatno pravo su najvažniji čimbenici na polju privatnog prava, privrednog prava i međunarodnog privatnog prava. ELI će težiti plodnoj saradnji sa svima njima. Baš kao i *American Law Institute*, on bi mogao odlučiti da se priključi pravom međunarodnom projektu ili čak zajedničkim projektima; Pravni i ekonomski principi svjetskog prava trgovine koje je izradio *American Law Institute*, ili Principi transnacionalnog građanskog postupka izrađeni od strane ALI/UNIDROIT mogli bi služiti kao primjer.

Namjeravao sam da podcrtam neke od izazova s kojima se suočava *European Law Institute*. Nema sumnje da će ih

biti više. Ali izabrao samo one koji su me, u postupku osnivanja Instituta, impresionirali budući da su posebno važni. Ja sam njemački pravnik koji se bavi privatnim pravom i radim u akademskom okruženju. To je utjecalo na primjere koje sam dao. Nadam se da to nije iskrivilo opću sliku koju sam namjeravao da predstavim. ELI je sad već osnovan, i danas je oficijelno inaugurisan. Bio je to dugi, povremeno neravan, put do Pariza, ali smo najzad stigli. Dvadeset dvije osobe iz 21 različite zemlje, iz mnogo različitih disciplina i različitog profesionalnog okruženja, i koje predstavljaju veliki broj pravnih tradicija, mreža i organizacija su načinile početak. Sir Francis Jacobs, pravnik velikog ugleda, će biti predsjednik ELI-ja. Sir Francis je bio naučnik, ali i praktičar, i on je prakticirao oboje u Londonu, i, u periodu od 18 godina, u Luksemburgu. On uživa univerzalno poštovanje i posjeduje iskustvo da uspješno vodi ELI u prvoj godini njegovog postojanja. Istovremeno sam sretan i izrazito mu zahvalan za njegovu spremnost da prihvati ovaj ujedno izazovni, ali isto tako i zahvalan zadatak.

Svi pravници koji su aktivno uključeni u razvoj evropskog prava su sada pozvani da se pridruže ovoj inicijativi. Struktura ELI-ja je još uvijek dovoljno elastična da kroz diskusije tokom sljedeće dvije godine može biti i promijenjena. Trenutni Savjet je prelaznog karaktera; njegov mandat traje do Generalne skupštine koja će se održati 2013. Do tada će mnogo onoga što danas još uvijek izgleda pomalo neuravnoteženo ili provizorno biti poravnato. Ali to se može desiti samo ako svi doprinesu debati u konstruktivnom duhu kakav je karakterizirao sastanke koji su se održavali do osnivanja ELI-ja.

Nedavno mi je njemačka ministrica pravde poslala pismo u kojem pozdravlja osnivanje ELI-ja i izražava očekivanje da će on značajno doprinijeti boljoj izradi propisa. I ona je skrenula pažnju na moto Pariza predstavljen u gradskom grbu, a koji se takođe može odnositi na *European Law Institute*: "*Fluctuat nec mergitur*"²⁶ – on može trpjeti udare valova, ali on neće potonuti. Stoga, mi se možemo nadati, u slijedećih 111 godina, da će se sjećati Kongresa u Parizu 2011., kao što se mi danas sjećamo Kongresa u Parizu 1990.

²⁵ Karnegi fondacija za unapređenje nastave (prim. prev.).

²⁶ *Fluctuat nec mergitur* (lat.) – Pliva, ali ne tone (prim. prev.).

Članci

Kolizionopravno vezivanje prethodnog pitanja kao uzrok protivrečnosti pravnih normi i primena prilagođavanja

Doc. dr. Slavko Đorđević

Sažetak

U ovom radu autor se bavi analizom kolizionopravnog vezivanja prethodnog pitanja s elementom inostranosti, kao uzroka nastanka protivrečnosti pravnih normi, i problemima primene metode prilagođavanja kojom se nastale protivrečnosti uklanjaju. Pošto se merodavno pravo za glavno i merodavno pravo za prethodno pitanje određuju zasebno (tj. primenom različitih kolizionih normi), na ova pitanja se neretko primenjuju različiti pravni poreci čije su norme međusobno neusklađene, tako da njihova kombinovana primena može dovesti do nepravičnog rezultata koji se u literaturi i praksi označava kao "protivrečnost pravnih normi", te koji treba ukloniti prilagođavanjem kolizionih ili materijalopravnih normi. Autor posebnu pažnju posvećuje pitanju uticaja izbora načina vezivanja prethodnog pitanja na nastanak protivrečnosti pravnih normi, kao i pitanjima dopuštenosti, opravdanosti i primene metode prilagođavanja u međunarodnom privatnom pravu Republike Srbije. Imajući u vidu da literatura i sudska praksa Republike Srbije (kao i zemalja u regionu) nisu poklanjali mnogo pažnje pitanjima koja su predmet ovog rada, "pomoć" u rasvetljavanju i rešavanju pojedinih problema autor je potražio u stranoj literaturi i sudskoj praksi.

Cljučne reči: vezivanje prethodnog pitanja; uzrok protivrečnosti pravnih normi; zavisno i nezavisno vezivanje; kolizionopravno i materijalopravno prilagođavanje; dopuštenost prilagođavanja pravnih normi.

1. Uvod

Nije retkost da se na jedno činjenično stanje s elementom inostranosti (odnosno na povezana pravna pitanja koja iz takvog činjeničnog stanja proizlaze) primenjuje više različitih pravnih poredaka. Ova pojava predstavlja posledicu primene kolizionopravnog metoda koji je po svojoj prirodi analitički metod.¹ Naime, prilikom određivanja merodavnog prava, činjenično stanje s elementom inostranosti se "razlaže" na pojedina pravna pitanja (npr. na pravnu i poslovnu sposobnost, formu, sadržinu i dejstvo pravnog posla, ugovornu i vanugovornu odgovornost, naslednopravna i stvarnopravna pitanja i dr.), za koja je zakonodavac formulisao posebne kolizivne norme koje upućuju na primenu različitih pravnih poredaka (tzv. fragmentarna primena merodavnih pravnih poredaka).²

U jednoj takvoj situaciji događa se da norme različitih merodavnih pravnih poredaka nisu međusobno usklađene, tako da njihova kombinovana, odnosno fragmentarna primena vodi rezultatu koji odstupa od rezultata koji bi se dobili kada bi se bilo koji od ovih pravnih poredaka u celini primenio na slučaj u pitanju. Ovakvi rezultati se, u teoriji i praksi međunarodnog privatnog prava, nazivaju protivrečnostima pravnih normi³, koje se obično uklanjaju prime-

nom metode prilagođavanja (pod kojom treba razumeti ad hoc korekciju kolizionih ili merodavnih materijalopravnih normi koje se primenjuju u konkretnom slučaju) ili na neki drugi "bezbolniji način" (npr. teleološkim i ekstenzivnim tumačenjem, supstitucijom ili transpozicijom).⁴

S obzirom na to da primena analitičkog metoda međunarodnog privatnog prava predstavlja postupak tumačenja i primene kolizionih normi, prouzrokovanje fragmentarne (kombinovane) primene različitih pravnih poredaka uslovljeno je opštim institutima međunarodnog privatnog prava – naročito kvalifikacijom, vezivanjem prethodnog pitanja, mobilnim sukobom zakona i ustanovom renvoi. Svi ovi instituti, dakle, predstavljaju potencijalne uzroke protivrečnosti pravnih normi.

probleme fragmentarnog odlučivanja o jednom životnom odnosu u različitim pravnim porecima (od strane sudova odnosno organa različitih država). Tako G. Dannemann, *Die ungewollte Diskriminierung in der internationalen Rechtsanwendung*, (Tübingen, Mohr Siebeck 2004), str. 154.

⁴) Uporedi G. Dannemann, *op. cit.* (fn. 3), str. 419 i dalje; G. Kegel, *Internationales Privatrecht*, 4. Aufl., (München, Verlag C. H. Beck 1977), str. 149 i dalje; G. Kegel, K. Schurig, *Internationales Privatrecht*, 8. Aufl., (München, Verlag C. H. Beck 2000), str. 310 i dalje; D. Looschelders, *Die Anpassung im IPR*, (Heidelberg, C. F. Müller Verlag 1995), str. 134 i dalje; J. Schröder, *Anpassung von Kollisions- und Sachnormen*, (Berlin, Walter de Gruyter & Co. 1961), str. 75 i dalje; J. Basedow, "Qualifikation, Vorfrage und Anpassung im Internationalen Zivilverfahrensrecht", in P. F. Schlosser, Hrsg., *Materielles Recht und Prozessrecht und die Auswirkungen der Unterscheidung im Recht der Internationalen Zwangsvollstreckung*, (Bielefeld, Gieseking-Verlag 1992), str. 151 i dalje;

¹) Tako W. Goldschmidt, "Die philosophischen Grundlagen des internationalen Privatrechts", in E. Von Caemmerer, et al., Hrsg, *Festschrift für Martin Wolff*, (Tübingen, J. C. B. Mohr Paul Siebeck 1952), str. 208 i dalje.

²) Vidi *ibid.*

³) Novija literature predlaže da se protivrečnost pravnih normi zameni pojmom neželjeni nejednaki tretman koji obuhvata i

U ovom radu pažnju posvećujemo analizi kolizionopravnog vezivanja prethodnog pitanja kao uzroka nastanka protivrečnosti pravnih normi, ispitivanju uticaja izbora načina vezivanja prethodnog pitanja na sprečavanje nastanka protivrečnosti pravnih normi, te samoj primeni metode prilagođavanja kojom se nastale protivrečnosti uklanjaju. Imajući u vidu da literatura Republike Srbije nije poklanjala mnogo pažnje pitanjima koja su predmet ovog rada, te da sudska praksa u Srbiji do sada nije prepoznala problem prilagođavanja, bili smo prinuđeni da "pomoć" u rešavanju pojedinih pitanja i problema potražimo u stranoj literaturi i sudskoj praksi (osobito onoj s nemačkog govornog područja).

2. Vezivanje prethodnog pitanja i nastanak protivrečnosti pravnih normi

Prethodno pitanje u međunarodnom privatnom pravu se definiše kao pitanje postojanja prejudicijelnog pravnog odnosa (ili prava) koji je obuhvaćen dispozicijom materijalnopravne norme pravnog poretka merodavnog za glavno pitanje.⁵ Pošto se merodavno pravo za glavno i merodavno pravo za prethodno pitanje određuju zasebno (tj. primenom različitih kolizionih normi), na ova pitanja se neretko primenjuju različiti pravni poreci. Ako su pravne norme ovih pravnih poredaka međusobno neusklađene, njihova kombinovana primena može voditi nepravičnom rezultatu koji nijedan od ovih pravnih poredaka ne želi, tj. rezultatu koji odstupa od rezultata koji bi se dobili, kada bi se na kompletan životni odnos, dakle i na glavno i na prethodno pitanje, primenio svaki od ovih pravnih poredaka ponaosob. Dakle, može nastati protivrečnost merodavnih pravnih normi.

Na koji način se ovo može odvijati, prikazaćemo na jednom primeru. Pretpostavimo da je državljanka Engleske poginula u jednoj saobraćajnoj nesreći u Beogradu. Njen mlađi maloletni brat, takođe britanski državljanin, podiže tužbu pred beogradskim nadležnim sudom i zahteva od štetnika naknadu imovinske štete zbog smrti bliskog lica.⁶ Prema čl. 28. st. 1. Zakona o rešavanju sukoba zakona sa

propisima drugih zemalja⁷ (ZRSZ) za naknadu vanugovorne štete merodavno je materijalno pravo Republike Srbije⁸, kao pravo mesta delikta⁹. Prema čl. 194. st. 1. Zakona o obligacionim odnosima¹⁰ (ZOO) Republike Srbije, brat ima pravo na naknadu štete, ali samo ukoliko je imao i pravo na zakonsko izdržavanje prema preminuloj sestri.¹¹ Kao prethodno se, dakle, javlja pitanje postojanja prava na zakonsko izdržavanje. Ovo pitanje se odvojeno vezuje putem kolizione norme iz čl. 42. ZRSZ¹² za englesko pravo, prema kojem brat nema pravo na zakonsko izdržavanje prema poginuloj sestri.¹³ Brat, dakle, ne bi mogao da dobije naknadu štete. Međutim, kada bi se na celokupno činjenično stanje ovog slučaja (dakle i na glavno i na prethodno pitanje) primenilo pravo Srbije, brat bi ostvario svoje pravo na naknadu štete shodno čl. 194. st. 1. ZOO, s obzirom na to da bi prema Porodičnom zakonu¹⁴ Republike Srbije mogao imati pravo na izdržavanje.¹⁵ S druge strane, kada bi se celokupno činjenično stanje podvrglo engleskom pravu, brat bi takođe uspeo sa zahtevom za naknadu štete, pošto englesko pravo posebnim zakonom (sec. 1 (3)(g) Fatal Accidents Act 1976¹⁶) daje pravo na naknadu štete bratu stradalog

⁷) Službeni list SFRJ, br. 43/1982.

⁸) Polazimo od toga da je primena ustanove ranova isključena kod vanugovorne odgovornosti za štetu s elementom inostranosti.

⁹) Čl. 28. st. 1. ZRSZ: "Za vanugovornu odgovornost za štetu, ako za pojedine slučajeve nije drukčije određeno, merodavno je pravo mesta gde je radnja izvršena ili pravo mesta gde je posledica nastupila, zavisno od toga koje je od ta dva prava povoljnije za oštećenika".

¹⁰) "Službeni list SFRJ", br. 29/78; "Službeni list SFRJ", br. 39/85, 45/89 i 57/89; "Službeni list SRJ", br. 31/93.

¹¹) Čl. 194. st. 1. ZOO: "Lice koje je poginulo izdržavao ili redovno pomagao, kao i ono koje je po zakonu imalo pravo zahtevati izdržavanje od poginulog, ima pravo na naknadu štete koju trpi gubitkom izdržavanja, odnosno pomaganja."

¹²) Čl. 42. ZRSZ: "Za obaveze izdržavanja između krvnih srodnika, osim roditelja i dece, ili za obavezu izdržavanja između srodnika po tazbini merodavno je pravo države čiji je državljanin srodnik od koga se zahteva izdržavanje".

¹³) Vidi N. V. Lowe, G. Douglas, *Bromley's Family Law*, tenth edition, (Oxford 2007), str. 914 i dalje.

¹⁴) Službeni glasnik RS, br. 18/05.

¹⁵) Čl. 157. Porodičnog zakona RS: "Maloletni brat odnosno sestra imaju pravo na izdržavanje od punoletnog brata ili sestre, odnosno od maloletnog brata ili sestre koji stiče zaradu ili ima prihode od imovine, ako roditelji nisu živi ili ako nemaju dovoljno sredstava za izdržavanje".

¹⁶) Fatal Accidents Act 1976, Sec. 1. –

(1) If death is caused by any wrongful act, neglect or default which is such as would (if death had not ensued) have entitled the person injured to maintain an action and recover damages in respect thereof, the person who would have been liable if death had not ensued shall be liable to an action for damages, notwithstanding the death of the person injured.

(2) every such action shall be for the benefit of the dependants of the person ("the deceased") whose death has been so caused.

J. Kropholler, *Internationales Privatrecht*, 4. Aufl., (Tübingen, Mohr Siebeck 2001), str. 232; B. von Hoffmann, *Internationales Privatrecht*, 7. Aufl., (München, Verlag C. H. Beck 2002), str. 216 i dalje; A. Junker, *Internationales Privatrecht*, (München, Verlag C. H. Beck 1998), str. 234 i dalje; A. Jakšić, "Pravna sigurnost u međunarodnom privatnom pravu i problem prilagođavanja", 11–12 *Pravni život* (1994), str. 2049 i dalje; A. Jakšić, *Međunarodno privatno pravo*, (Beograd, DJB Diagonale 2008), str. 277 i dalje; M. Stanivuković, M. Živković, *Međunarodno privatno pravo*, (Beograd, Službeni glasnik 2008), str. 367 i dalje.

⁵) A. Jakšić, *Međunarodno privatno pravo* (fn. 4), str. 289; B. von Hoffmann, *op. cit.* (fn. 4), str. 225; G. Kegel, K. Schurig, *op. cit.* (fn. 4), str. 322.

⁶) Primer preuzet iz nemačke sudske prakse (OLG Celle 30. November 1978, *IPRspr.* 1978, Nr. 20, 82) i prilagođen međunarodnom privatnom pravu Republike Srbije.

lica¹⁷, ne uslovljavajući pri tom njegovo pravo na naknadu postojanjem prava na zakonsko izdržavanje.

Prema tome, usled kombinovane primene domaćeg i engleskog prava brat ne bi dobio naknadu imovinske štete zbog smrti svoje sestre, premda da se na celokupno činjenično stanje primenjuje bilo srpsko bilo englesko pravo, brat bi uspeo sa zahtevom. Nema sumnje da je fragmentarna primena našeg i engleskog prava, uzrokovana odvojenim vezivanjem prethodnog pitanja, dovela do nastanka protivrečnosti pravnih normi.

Prema vladajućem stanovištu u literaturi¹⁸, protivrečnost merodavnih pravnih normi može se javiti u obliku kumulacije normi ili pravne praznine (nedostatka normi). Kumulacija normi nastaje kada koliziono pravo foruma poziva na primenu sadržinski konkurentne materijalnopravne norme različitih pravnih poredaka koje slede isti cilj, ali koje u zajedničkoj primeni ne mogu na pravičan način da ostvare ove svoje ciljeve, već vode rezultatu koji nijedan od merodavnih pravnih poredaka ne želi.¹⁹ Pravna praznina

(nedostatak normi) nastaje kada koliziono pravo ne upućuje na primenu materijalnopravnih normi različitih pravnih poredaka koje treba da ostvare željeni cilj, što takođe dovodi do rezultata koji nijedan od merodavnih pravnih poredaka ne želi.²⁰ Nema sumnje da je u našem primeru nastupila pravna praznina²¹.

Protivrečnosti merodavnih pravnih normi²² predstavljaju “antinomije” u pravu i organi primene prava su dužni da ih uklone, odnosno spreče njihovo nastupanje.²³ Oni to mogu učiniti prilagođavanjem kolizionih ili merodavnih materijalnopravnih normi ili na neki drugi način (npr. teleološkim i ekstenzivnim tumačenjem, supstitucijom ili transpozicijom).

Privatrecht (fn. 4), str. 230; C. von Bar, P. Mankowski, *Internationales Privatrecht Bd. I, 2. Aufl.*, (München, 2002), str. 153.

²⁰ U tom smislu E. M. Derstadt, *op. cit.* (fn. 19), str. 125; G. Dannemann, *op. cit.* (fn. 3), str. 278–279. Vidi i J. Kropholler, *Internationales Privatrecht* (fn. 4), str. 230; D. Looschelders, *op. cit.* (fn. 4), str. 8.

²¹ Pravnu prazninu (tj. nedostatak normi), o kojoj ovde govorimo, treba strogo razlikovati od uobičajenog pojma pravne praznine, pod kojom se podrazumeva društveni odnos koji nije regulisan pravom (opštim pravnim normama), iako bi zbog društvenog interesa trebalo da bude regulisan (tako R. Lukić, B. Košutić, D. Mitrović, *Uvod u pravo*, (Beograd 2001), str. 402). Jedna ovakva praznina popunjava se tumačenjem (najčešće primenom opštih pravnih načela). S druge strane, kod pravne praznine, kao oblika protivrečnosti pravnih normi, nije reč o nepostojanju normi koje bi se primenile na dati slučaj, već o izostanku primene onih normi koje treba da ostvare određeni cilj. Na sam slučaj se, dakle, primenjuju pravne norme, čiji je izbor izvršilo domaće koliziono pravo, ali taj izbor nije odgovarajući. Zato se ove pravne praznine ne popunjavaju tumačenjem, već se uklanjaju prilagođavanjem, kako bi se došlo do rezultata koji bi se dobio primenom “izostalih” pravnih normi.

²² U literaturi se protivrečnosti pravnih normi (kumulacije normi i pravne praznine) označavaju, po ugledu na Kegela, kao teleološke protivrečnosti (Sollenswidersprüche; so soll nicht sein). Prema Kegelu, protivrečnosti pravnih normi mogu biti i logičke (G. Kegel, *Internationales Privatrecht* (fn. 4), str. 148–149). Logičke protivrečnosti (Seinswidersprüche; so kann nicht sein) proizvode logički nemoguć rezultat i postoje kada se, usled kombinovane (fragmentarne) primene različitih pravnih poredaka, u krajnjem rezultatu više materijalnih dobara deli nego što ih zapravo ima, odnosno ona ostaju nepodeljena. U novijoj literaturi je zauzeto stanovište da je razlikovanje logičkih od teleoloških protivrečnosti prilično neodređeno, te da logičke protivrečnosti najčešće ne spadaju u pravne situacije u kojima je dopušteno primeniti prilagođavanje (tako G. Dannemann, *op. cit.* (fn. 3), str. 238, 252–253). Mi se priklanjamo ovom stanovištu. Nažalost zbog ograničenog obima ovog rada ne možemo dati bliže objašnjenje (ipak, za objašnjenje vidi S. Đorđević, *Prilagođavanje u međunarodnom privatnom pravu*, (Beograd, doktorska disertacija 2010), str. 54 i dalje).

²³ U tom smislu K. Sajko, *op. cit.* (fn. 18), str. 116, koji je, doduše, imao u vidu protivrečnosti pravnih normi koje nastaju usled fragmentarne primene različitih pravnih poredaka pred sudom jedne države.

(3) In this Act “dependant” means—

(a) the wife or husband or former wife or husband of the deceased;

(b) any person who —

(i) was living with the deceased in the same household immediately before the date of the death; and
(ii) had been living with the deceased in the same household for at least two years before that date; and
(iii) was living during the whole of that period as the husband or wife of the deceased;

(c) any parent or other ascendant of the deceased;

(d) any person who was treated by the deceased as his parent;

(e) any child or other descendant of the deceased;

(f) any person (not being a child of the deceased) who, in the case of any marriage to which the deceased was at any time a party, was treated by the deceased as a child of the family in relation to that marriage;

(g) any person who is, or is the issue of, a brother, sister, uncle or aunt of the deceased. ...

¹⁷ O deliktom pravu u Engleskoj i o ovom aktu vidi više kod D. K. Allen, J. T. Hartshorne, R. M. Martin, *Damages in Tort*, (London 2000), str. 259 i dalje.

¹⁸ B. von Hoffmann, *op. cit.* (fn. 4), str. 216–217; J. Kropholler, “Die Anpassung im Kollisionsrecht”, in *Festschrift für Murad Ferid* (München 1978), str. 279 i dalje; J. Kropholler, *Internationales Privatrecht* (fn. 4), str. 228–229; G. Kegel, *Internationales Privatrecht* (fn. 4), str. 149; G. Kegel, K. Schurig, *op. cit.* (fn. 4), str. 309; A. Junker, *op. cit.* (fn. 4), str. 234; L. Raape, F. Sturm, *Internationales Privatrecht Band I*, 6. Aufl., (München, Verlag Franz Vahlen 1977), str. 259 i dalje; A. Jakšić, “Pravna sigurnost u međunarodnom privatnom pravu i problem prilagođavanja” (fn. 4), str. 2042; A. Jakšić, *Međunarodno privatno pravo* (fn. 4), str. 277–279; K. Sajko, *Međunarodno privatno pravo*, (Zagreb, Pravni fakultet u Zagrebu 1982), str. 116.

¹⁹ Uporedi G. Dannemann, *op. cit.* (fn. 3), str. 278–279; W. Goldschmit, *op. cit.* (fn. 1), str. 208 i dalje; E. M. Derstadt, *Die Notwendigkeit der Anpassung bei Nachlaßspaltung im internationalen Erbrecht*, (Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft 1998), str. 125–126; J. Kropholler, *Internationales*

Opravdanost uklanjanja, odnosno sprečavanja ovih neželjenih rezultata proizlazi iz zahteva pravde i pravičnosti²⁴, koji "leže" u biti ustavnopravnog principa jednakosti i vladavine prava.²⁵

Pre nego što prikažemo kako se primenom prilagođavanja uklanjanja protivrečnost pravnih normi u gore opisanom primeru, valjalo bi ispitati da li izbor odgovarajućeg načina (metode) vezivanja prethodnog pitanja (*lex fori* ili *lex cause*) može imati uticaja na sprečavanje nastanka protivrečnosti pravnih normi.²⁶ Ako bi odgovor bio pozitivan, prilagođavanje bi postalo izlišno. Naravno, ovo pitanje se postavlja samo u situacijama kada je za glavno pitanje merodavno strano pravo (što nije slučaj s našim primerom), a materijalnopравни rezultat do kojeg vodi vezivanje prethodnog pitanja putem kolizione norme *lex fori* se razlikuje od rezultata do kojeg se dolazi vezivanjem *lex cause*.

U svakom slučaju, da bismo dali odgovor na postavljeno pitanje, neophodno je da se prethodno osvrnemo na sam problem vezivanja prethodnog pitanja.

3. Problem vezivanja prethodnog pitanja

Još od "otkrića"²⁷ problema vezivanja prethodnog pitanja tridesetih godina prošloga veka, u uporednopravnoj doktrini i praksi međunarodnog privatnog prava podeljena su mišljenja o njegovom rešavanju.

Prema preovlađujućem mišljenju, prethodno pitanje treba vezati samostalno, dakle putem kolizione norme *lex fori*, pri čemu postoje dva izuzetka u prilog zavisnog vezivanja koja se odnose na međunarodne ugovore i pitanja

vezana za sticanje ili gubitak državljanstva.²⁸ Prema drugom, manjinskom shvatanju, prethodno pitanje se načelno vezuje zavisno, tj. putem kolizione norme merodavnog prava za glavno pitanje (*lex cause* vezivanje).²⁹ Najzad, prema trećem gledištu, odluka o tome da li prethodno pitanje treba vezati samostalno ili zavisno, zavisi od ispitivanja svih okolnosti konkretnog slučaja, pri čemu se uzimaju u obzir kako međunarodnoprivatnopравни tako i materijalnopравни interesi.³⁰

Slična podela stavova je zastupljena i u literaturi Republike Srbije. S obzirom na to da ZRSZ RS (kao i većina drugih nacionalnih kodifikacija) ne sadrži odredbu o načinu vezivanja prethodnog pitanja, mišljenja u doktrini su, u načelu, podeljena na ona koja u zavisnom vezivanju vide opšti princip³¹ i na ona koja smatraju da problem treba rešavati *in concreto*³².

Shvatanje da zavisnom vezivanju treba dati prednost zastupa prof. Jakšić.³³ Prema njegovom mišljenju, glavni razlog u prilog zavisnog kolizionopravnog vezivanja prethodnog pitanja ogleđa se u ostvarenju međunarodne harmonije odlučivanja. Ona može da se ostvari samo ako se o prethodnom pitanju odlučuje na isti način kao što bi odlučio sud države čije se pravo primenjuje na glavno pitanje³⁴ – dakle, primenom njegovih kolizionih normi. S druge strane, očuvanje unutrašnje harmonije odlučivanja, kako Jakšić ističe, ima zanemarljiv značaj, s obzirom na to da je u slučajevima u kojima je za glavno pitanje merodavno strano pravo, verovatnoća da prejudicijelni pravni odnos postane glavna stvar u postupku pred domaćim sudom neznatna.³⁵

²⁴ O potrebi ostvarenja materijalnopravne pravičnosti u međunarodnom privatnom pravu kod uklanjanja protivrečnosti pravnih normi vidi A. Jakšić, "Pravna sigurnost u međunarodnom privatnom pravu i problem prilagođavanja" (fn. 4), str. 2047 i dalje; J. Schröder, *op. cit.* (fn. 4), str. 40; H. Neuhaus, *Die Grundbegriffe des IPR*, (Tübingen, Mohr Siebeck 1976), str. 363 i dalje; J. Kropholler, *Internationales Privatrecht* (fn. 4), str. 229; J. Kropholler, "Die Anpassung im Kollisionsrecht" (fn. 18), str. 286; D. Looschelders, *op. cit.* (fn. 4), str. 80 i dalje; E. Lorenz, "Zur Zweistufentheorie des IPR und zu ihrer Bedeutung für das neue internationale Versorgungsausgleichsrecht", *7 Zeitschrift für Familienrecht* (1987), str. 647 i dalje; E. Lorenz, *Zur Struktur des IPR*, (Berlin, Duncker & Humboldt 1977), str. 62.

²⁵ Tako G. Dannemann, *op. cit.* (fn. 3), str. 365 i dalje, 374 i dalje. Vidi i D. Looschelders, *op. cit.* (fn. 4), str. 82 i dalje. Za međunarodno privatno pravo Republike Srbije vidi S. Đorđević, *op. cit.* (fn. 22), str. 131 i dalje.

²⁶ U prikazanom primeru, na glavno pitanje se primenjivalo naše domaće pravo, tako da je spor o načinu vezivanja prethodnog pitanja (samostalno, zavisno vezivanje ili neka treća metoda) bio potpuno bez značaja, jer bi sve postojeće metode vodile istom rezultatu, a to je da se vezivanje prethodnog pitanja vrši putem domaće kolizione norme.

²⁷ G. Melchior, *Die Grundlagen des deutschen internationalen Privatrechts*, (Berlin und Leipzig, Walter de Gruyter & Co. 1932), str. 245 i dalje; W. Wengler, *Die Vorfrage im Kollisionsrecht*, 8 *RabelsZ* (1934), str. 148 i dalje.

²⁸ J. Kropholler, *Internationales Privatrecht* (fn. 4), str. 221 i dalje; L. Raape, F. Sturm, *op. cit.* (fn. 18), str. 290 i dalje; K. Schurig, "Die Struktur des kollisionsrechtlichen Vorfrageproblems", in H.-J. Musielak, K. Schurig, Hrsg., *Festschrift für Gerhard Kegel*, (Stuttgart, Verlag W. Kohlhammer 1987), str. 549 i dalje; V. Füllemann-Kuhn, *Die Vorfrage im internationalen Privatrecht*, (Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag 1977), str. 27, 31; G. Kegel, K. Schurig, *op. cit.* (fn. 4), str. 325 i dalje; A. Schnitzer, *Handbuch des internationalen Privatrechts*, 4. Auflage, (Basel, 1957), str. 112.

²⁹ G. Melchior, *op. cit.* (fn. 27), str. 245 i dalje; W. Wengler, *loc. cit.* (fn. 27), str. 188; H. Neuhaus, *op. cit.* (fn. 24), str. 345; B. von Hoffmann, K. Thorn, *Internationales Privatrecht*, (München, Verlag C.H. Beck 2007), str. 247; A. Jakšić, *Međunarodno privatno pravo* (fn. 4), str. 293.

³⁰ G. Olick, *Das kollisionsrechtliche Vorfragenproblem und die Bedeutung des ordre public unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Rechtsprechung zum internationalen Familienrecht*, (Köln 1993), str. 33 i dalje; B. von Hoffmann, *op. cit.* (fn. 4), str. 230.

³¹ A. Jakšić, *Međunarodno privatno pravo* (fn. 4), str. 293.

³² Tako M. Stanivuković, M. Živković, *op. cit.* (fn. 4), str. 296. Uporedi T. Varadi, B. Bordaš, G. Knežević, V. Pavić, *Međunarodno privatno pravo*, (Beograd, Službeni glasnik 2007), str. 134; G. Knežević, "Prethodno pitanje u međunarodnom privatnom pravu", 3–4 *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* (1994), str. 310–321.

³³ A. Jakšić, *Međunarodno privatno pravo* (fn. 4), str. 293.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ Vidi primere kod *ibid.*, str. 290, 291, 292. Jakšić, takođe,

Najzad, Jakšić je, takođe, mišljenja da iz čl. 9. ZRSZ³⁶ proističe obaveza zavisnog vezivanja prethodnog pitanja.³⁷

Shvatanje da način vezivanja prethodnog pitanja zavisi od okolnosti konkretnog slučaja, zastupaju profesori M. Stanivuković i M. Živković. Oni smatraju da treba uzeti da je naš zakonodavac namerno ostavio problem (vezivanja prethodnog pitanja) neregulisanim, kako bi sudovima ostavio mogućnost da u svakom konkretnom slučaju primene rešenje koje smatraju odgovarajućim.³⁸ Pri tom, oni kao moguća rešenja ne navode samo samostalno i zavisno vezivanje, već i mogućnost direktne primene supstancijalnog prava *lex fori* ili *lex cause*³⁹.

Rešenju, za koje se zalažu profesori Stanivuković i Živković, mogu se, prema našem mišljenju, staviti barem tri prigovora. Najpre, rešavanje problema vezivanja prethodnog pitanja *in concreto* ne vodi dovoljno računa o zaštiti pravne sigurnosti i opravdanom očekivanju stranaka. Drugo, i ako bi se ovo rešenje prihvatilo (tj. ako bi se dala prednost principu fleksibilnosti u odnosu na princip pravne sigurnosti), neophodno je da se bliže odrede kriterijumi prema kojima bi u konkretnom slučaju mogao biti izvršen izbor vezivanja prethodnog pitanja. To, međutim, profesori Stanivuković i Živković ne čine. Primera radi, u nemačkoj literaturi je iznet stav da prilikom izbora vezivanja *in concreto* treba uzeti u obzir kako međunarodnoprivatnopravne tako i materijalnopravne interese.⁴⁰ Vrednovanje međunarodnoprivatnopravnih interesa uključuje ispitivanje unutrašnje veze prethodnog pitanja i domaćeg pravnog poretka odnosno pravnog poretka merodavnog za glavno pitanje, interese poretka (unutrašnja i međunarodna harmonija odlučivanja), interese prometa i interese stranaka, dok vrednovanje materijalnopravnih interesa uključuje utvrđivanje povoljnijeg materijalnopravnog rezultata⁴¹ i, najčešće, uzimanje u obzir smisla i cilja materijalnopravne norme pravnog poretka merodavnog za glavno pitanje.⁴²

Treći prigovor se odnosi na mogućnost direktne primene bilo domaćeg prava bilo *lex cause* za glavno pitanje. Određivanje merodavnog prava za sva pravna pitanja s elementom inostranosti uvek zahteva primenu odgovarajuće kolizionne norme. Isto bi moralo da važi i kada je reč o prethodnom pitanju koje sadrži element inostranosti. Da

napominje da kada su prejudicijelni pravni odnosi (brak, usvojenje i sl.) inkorporisani u stranim javnim ispravama ili sudskim odlukama, ove se priznaju u RS, bez obzira na to koje je pravo primenjeno prilikom zasnivanja prejudicijelnog pravnog odnosa (*ibid.*, str. 293).

³⁶ Čl. 9. ZRSZ: "Pravo strane države primenjuje se prema svom smislu i pojmovima koje sadrži."

³⁷ A. Jakšić, *Međunarodno privatno pravo* (fn. 4), str. 293.

³⁸ M. Stanivuković, M. Živković, *op. cit.* (fn. 4), str. 296.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ Vidi G. Olick, *op. cit.* (fn. 30), str. 33 i dalje.

⁴¹ Uzimanje u obzir povoljnijeg materijalnopravnog rezultata ima za cilj, prvenstveno, izbegavanje hramajućih pravnih odnosa, ali i uklanjanje problema prilagođavanja. Vidi *ibid.*

⁴² Vidi detaljno *ibid.*

bismo, dakle, odredili merodavno pravo prema kojem treba rešiti prethodno pitanje u konkretnom slučaju, potrebno je da utvrdimo koju kolizionu normu treba primeniti (i to, da li domaću kolizionu normu ili kolizionu normu prava merodavnog za glavno pitanje). Prema tome, kolizionna norma se uvek mora primeniti. Otuda, do primene *lex fori* ili *lex cause* za glavno pitanje može doći samo ako na njihovu primenu uputi odgovarajuća kolizionna norma. Direktna primena materijalnog prava (bilo *lex fori* bilo *lex cause* za glavno pitanje), bez konsultovanja kolizionnih normi, bila bi suprotna ZRSZ i međunarodnom privatnom pravu Republike Srbije, s obzirom na to da su kolizionne norme u našem pravnom poretku imperativnog karaktera. Međutim, to nikako ne znači da ne može doći do direktne primene domaćeg prava, odnosno prava merodavnog za glavno pitanje na osnovu nekih drugih kriterijuma (npr. primenom prilagođavanja ili usled dejstva ustanove javnog poretka kada dolazi do primene domaćeg prava).

Najzad, u našoj literaturi je zastupljeno i jedno usamljeno, ali dobro obrazloženo shvatanje prema kojem prethodno pitanje treba vezivati u zavisnosti od njegovog procesnopravnog tretmana. Ako ono ulazi u izreku sudske odluke, vezuje se samostalno iz razloga očuvanja unutrašnje harmonije odlučivanja. Ukoliko, pak, ne ulazi u izreku sudske odluke, treba ga vezivati zavisno, dakle putem kolizionne norme *lex cause*, iz razloga očuvanja međunarodne harmonije odlučivanja.⁴³

Prema našem mišljenju, odluka o izboru načina vezivanja prethodnog pitanja treba da bude kolizionopravnog karaktera, što znači da presudan uticaj treba da imaju međunarodnoprivatnopravni interesi, i to, u prvom redu, interesi poretka. Bez dalje elaboracije, koja bi zahtevala jednu opširniju studiju, smatramo da prethodno pitanje treba, po pravilu, vezivati samostalno. Jedan od osnovnih razloga za ovo opredeljenje je očuvanje unutrašnje harmonije odlučivanja, koje je važnije od očuvanja međunarodne harmonije odlučivanja.⁴⁴ Od ovog pravila postoje barem tri izuzetka. Ako se na glavno pitanje primenjuje kolizionna norma iz međunarodne konvencije, prethodno pitanje se vezuje putem kolizionne norme pravnog poretka na koji je uputila norma iz međunarodnog ugovora (dakle, *lex cause* – zavisno vezivanje), osim ako što drugo nije predviđeno pravilima odgovarajuće međunarodne konvencije.⁴⁵ Drugi izuzetak se odnosi na situacije koje se odnose na prethodna pitanja (poreklo deteta, zaključenje braka, i sl.) od kojih zavisi stica-

⁴³ G. Knežević, *loc. cit.* (fn. 33), str. 320; T. Varadi, B. Bordaš, G. Knežević, V. Pavić, *op. cit.* (fn. 32), str. 134.

⁴⁴ Tako G. Kegel, K. Schurig, *op. cit.* (fn. 4), str. 329; K. Schurig, *loc. cit.* (fn. 28), str. 570 i dalje.

⁴⁵ Na primer, Haška konvencija o merodavnom pravu za obavezu izdržavanja dece iz 1956. godine predviđa da se prethodno pitanje, koje se javi u okviru merodavnog prava na koje je uputila konvencijska kolizionna norma, rešava direktno prema supstancijalnim normama tog prava (čl. 1. st. 4.).

nje, odnosno gubitak stranog državljanstva. Ova pitanja se vezuju *lex cause*, tj. rešavaju se iz ugla međunarodnog privatnog prava države o čijem je državljanstvu reč. Treći izuzetak se odnosi na prethodna pitanja o kojima je u stranoj državi doneta odgovarajuća sudska odluka ili odluka nekog drugog organa (npr. odluka o zaključenju braka, odluka o poništaju braka, odluka o zasnivanju ili prestanku usvojenja itd.).⁴⁶ U ovim situacijama se, najčešće, ne postavlja pitanje da li treba vezivati samostalno ili zavisno, već je reč o priznanju strane odluke koje se sprovodi u skladu s domaćim normama o priznanju i izvršenju stranih sudskih odluka, odnosno o priznanju dokazne snage stranih javnih isprava.

4. Uticaj izbora načina vezivanja prethodnog pitanja na nastanak protivrečnosti pravnih normi

U literaturi⁴⁷ se postavlja pitanje, da li izbor jedne od predloženih metoda vezivanja prethodnog pitanja može imati uticaj na sprečavanje nastanka protivrečnosti pravnih normi?

Nije teško uočiti da opredeljenje bilo za samostalno bilo za zavisno vezivanje prethodnog pitanja ne znači da se unapred može preduprediti nastanak protivrečnosti pravnih normi.⁴⁸ Na primer, ako se prethodno pitanje vezuje putem kolizione norme *lex fori* koja upućuje na pravo, čija sadržina suštinski odstupa od prava merodavnog za glavno pitanje, dok kolizionarna norma *lex cause* predviđa jedinstveno vezivanje prethodnog i glavnog pitanja ili upućuje na pravo koje je komplementarno pravu merodavnom za glavno pitanje, jasno je da bi zavisno vezivanje u ovom slučaju bilo povoljnije, s obzirom na to da bi se izbegao nastanak protivrečnosti pravnih normi. U nekom drugom slučaju bi, pak, moglo biti obrnuto, tj. da samostalno vezivanje pogoduje izbegavanju protivrečnosti pravnih normi.⁴⁹ Dakle, opšte posmatrano, ni samostalno ni zavisno vezivanje prethodnog pitanja, postavljeni kao osnovno pravilo vezivanja, ne mogu, sami po sebi, sprečiti fragmentarnu primenu različitih pravnih poredaka (statuta merodavnog za glavno i statuta merodavnog za prethodno pitanje), a time i eventualni nastanak protivrečnosti pravnih normi.⁵⁰

Odluka o izboru jedne od ove dve metode bi, međutim, mogla imati uticaj na nastanak takvog rezultata samo u konkretnom slučaju. Zato se može postaviti pitanje: da li je moguće postaviti pravilo, prema kojem bi izbor metode vezivanja prethodnog pitanja bio u konkretnom slučaju uslovljen izbegavanjem protivrečnosti pravnih normi?⁵¹

Ako bi se na postavljeno pitanje odgovorilo pozitivno, to bi značilo sledeće: ako smo se opredelili bilo za samostalno bilo za zavisno vezivanje kao osnovno pravilo vezivanja prethodnog pitanja, izbor druge metode vezivanja bi predstavljao izuzetak (odnosno jedan od izuzetaka) uvek kada se ovim izborom u konkretnom slučaju izbegava nastanak protivrečnosti pravnih normi; ako smo se opredelili za rešavanje problema prethodnog pitanja *in concreto*, eventualna pojava protivrečnosti pravnih normi predstavljala bi jednu od činjenica koja bi se morala uzeti u obzir radi konačnog izbora metode vezivanja prethodnog pitanja.

Mi smo već zauzeli stav da prethodna pitanja treba vezivati samostalno i, pri tom, naveli tri izuzetka od osnovnog pravila. Ako bismo stali na stanovište da nastanak protivrečnosti pravnih normi može uticati na izbor vezivanja, morali bismo da formulišemo još jedan izuzetak. Prema našem mišljenju, to nije prihvatljivo iz jednog veoma ozbiljnog razloga. Naime, izbor načina vezivanja prethodnog pitanja je uvek kolizionopravnog karaktera. Ako bismo ustanovili mogućnost da se, mimo osnovnog pravila (samostalnog vezivanja), prethodno pitanje može vezivati zavisno iz razloga što bi takvo vezivanje vodilo izbegavanju protivrečnosti pravnih normi, ova odluka ne bi bila kolizionopravnog karaktera, već bi isključivo zavisila od krajnjeg materijalnopravnog rezultata.

Ipak, odstupanje od osnovnog pravila vezivanja na opisani način je, svakako, moguće. Ali, tada nismo više na terenu rešavanja problema vezivanja prethodnog pitanja, već na terenu primene prilagođavanja. Prema tome, opredeljenje za zavisno vezivanje, isključivo iz razloga što samostalno vezivanje vodi nastanku protivrečnosti pravnih normi, može se okarakterisati samo kao kolizionopravno prilagođavanje (kojim se, dakle, uklanja neželjeni rezultat).

5. Primena prilagođavanja

U prethodnom odeljku došli smo do sledećih zaključaka: prvo, opredeljenje bilo za samostalno bilo za zavisno vezivanje prethodnog pitanja ne može unapred preduprediti nastanak protivrečnosti pravnih normi; drugo, izbor načina vezivanja prethodnog pitanja u konkretnom slučaju ne treba činiti zavisnim od toga da li se jednim od njih sprečava protivrečnost pravnih normi, koja bi sigurno nastala kada bi se primenio drugi način vezivanja – ako bi se to dogodilo, onda nismo više na “terenu” rešavanja problema vezivanja prethodnog pitanja, već na terenu primene metode prilagođavanja za koju važe drugi principi. U ovom odeljku nam ostaje da primenom prilagođavanja uklonimo protivrečnosti pravnih normi iz gore prikazanog primera, koji je nastao fragmentarnom primenom prava merodavnog za glavno i prava merodavnog za prethodno pitanje. No, pre toga, važno je da se ukratko osvrnemo na opšta pitanja primene prilagođavanja, te na pitanje opravdanosti i dopuštenosti primene prilagođavanja u međunarodnom privatnom pravu Republike Srbije.

⁴⁶ Tako J. Kropholler, *Internationales Privatrecht* (fn. 4), str. 228; M. Stanivuković, M. Živković, *op. cit.* (fn. 4), str. 293.

⁴⁷ Tako D. Looschelders, *op. cit.* (fn. 4), str. 227; G. Dannemann, *op. cit.* (fn. 3), str. 283.

⁴⁸ Tako D. Looschelders, *op. cit.* (fn. 4), str. 227.

⁴⁹ Uporedi *ibid.*

⁵⁰ Tako *ibid.*; G. Dannemann, *op. cit.* (fn. 3), str. 283 i 469.

⁵¹ Tako i G. Dannemann, *op. cit.* (fn. 3), str. 469–470.

5.1. Kolizionopravno i materijalopravno prilagođavanje i princip zakona najmanjeg otpora

Prema preovlađujućem mišljenju u stranoj i domaćoj literaturi⁵², prilagođavanje se određuje kao metodološko sredstvo međunarodnog privatnog prava kojim se, modifikovanom primenom merodavnih ili stvaranjem novih kolizionopravnih ili materijalopravnih normi, uklanjaju protivrečnosti pravnih normi merodavnih pravnih poređaka. Iz ove definicije, dakle, nedvosmisleno proizlazi da prilagođavanje može biti međunarodnoprivatopravno (kolizionopravno) i materijalopravno.

Kolizionopravno prilagođavanje se definiše kao uklanjanje protivrečnosti pravnih normi ponovnim određivanjem merodavnih materijalopravnih normi⁵³, koje se postiže menjanjem, odnosno modifikovanom primenom kolizionih normi ili *ad hoc* stvaranjem novih kolizionih normi.⁵⁴ Menjanje, odnosno modifikacija se vrši tako što se jednoj kolizionoj normi proširuje, a drugoj redukuje polje primene, dok stvaranje nove koliziona norme podrazumeva neprimenu "postojećih" („redovnih”) kolizionih normi. Materijalopravno prilagođavanje se određuje kao uklanjanje protivrečnosti pravnih normi modifikovanom primenom merodavnih materijalopravnih normi i stvaranjem nove materijalopravne norme, pri čemu domaća koliziona pravila (koja su uputila na primenu merodavnih normi) ostaju nepromenjena.⁵⁵ Pod modifikovanom primenom merodavnih materijalopravnih normi treba razumeti dopunjavanje, odnosno ograničavanje polja njihove primene, kao i njihovu svesnu neprimenu.

Kojoj od ove dve metode treba dati prednost u konkretnom slučaju, utvrđuje se na osnovu tzv. "principa zakona

najmanjeg otpora", koji se, uprkos različitim poimanjima u literaturi⁵⁶, smatra osnovnim rukovodećim principom u primeni metode prilagođavanja.

Princip "zakona najmanjeg otpora", kao merilo prema kojem se vrši izbor između kolizionopravnog i materijalopravnog prilagođavanja⁵⁷, uveo je nemački profesor Gerhard Kegel.⁵⁸ Prema Kegelu, odluka o kolizionopravnom, odnosno materijalopravnom prilagođavanju donosi se, u prvom redu, vrednovanjem međunarodnoprivatopravnih interesa. U obzir dolaze svi kolizionopravni interesi (stranka, prometa, države) koji su u jednom slučaju izraženi, pri čemu centralno mesto dobija interes za ostvarenjem unutrašnje harmonije odlučivanja i interes za "realnim odlučivanjem", s obzirom na to da smisao uklanjanja protivrečnosti merodavnih pravnih normi Kegel prvenstveno vidi u očuvanju ovih interesa.⁵⁹ Cilj realnog odlučivanja je donošenje smislenih odluka – odluka koje se mogu sprovesti.⁶⁰ Da bi se prilagođavanjem donela jedna takva odluka, slabije interese treba žrtvovati u korist jačih. Koji su interesi slabiji, a koji jači, moguće je jedino utvrditi u konkretnom slučaju. Prema Kegelovom istraživanju, primenom principa zakona najmanjeg otpora češće dolazi u obzir primena kolizionopravnog prilagođavanja, s obzirom na to da se njime jednostavnije dolazi do "realne" odluke.⁶¹

Bližoj konkretizaciji principa "zakona najmanjeg otpora" u mnogome je doprineo nemački profesor Gerhard Daneman.⁶² Polazeći od Kegelovih stavova, Daneman je razvio nekoliko pravila koja su, prema njegovom mišljenju, obuhvaćena pomenutim principom i na osnovu kojih se mogu rešiti gotovo sva pitanja vezana za primenu prilagođavanja (između ostalih i izbor kolizionopravne ili materijalopravne metode). Prvo, Daneman, baš kao i Kegel, smatra da prilagođavanje treba da vodi "realnoj odluci (realnom odlučivanju)".⁶³ "Realno odlučivanje" bi trebalo da "proizvede" rezultat koji bi se dobio da nije došlo do protivrečnosti pravnih normi. Drugo, prilagođavanje ne bi smelo da prouzrokuje nove neželjene rezultate i njegovo preduzimanje ne sme da vređa ustavnopravne norme, tj. ne sme biti

⁵²⁾ J. Kropholler, *Internationales Privatrecht* (fn. 4), str. 228–229; J. Kropholler, "Die Anpassung im Kollisionsrecht" (fn. 18), str. 279 i dalje; H. Neuhaus, *op. cit.* (fn. 24), str. 353 i dalje; G. Kegel, K. Schurig, *op. cit.* (fn. 4), str. 307 i 310–312; G. Kegel, "Begriffs- und Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht", in *Festschrift für Hans Lewald* 1953, str. 282 i dalje; B. von Hoffmann, *op. cit.* (fn. 4), str. 216–217; A. Junker, *op. cit.* (fn. 4), str. 234; L. Raape, F. Sturm, *op. cit.* (fn. 18), str. 259 i dalje; G. Dannemann, *op. cit.* (fn. 3), str. 420; A. Jakšić, "Pravna sigurnost u međunarodnom privatnom pravu i problem prilagođavanja" (fn. 4), str. 2050; A. Jakšić, *Međunarodno privatno pravo* (fn. 4), str. 277 i dalje; M. Stanivuković, M. Živković, *op. cit.* (fn. 4), str. 370.

⁵³⁾ Tako jasno G. Dannemann, *op. cit.* (fn. 3), str. 437.

⁵⁴⁾ Uopredi J. Kropholler, *Internationales Privatrecht* (fn. 4), str. 232; G. Kegel, K. Schurig, *op. cit.* (fn. 4), str. 310; D. Looschelders, *op. cit.* (fn. 4), str. 195 i dalje; G. Kegel, "Begriffs- und Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht" (fn. 52), str. 285.

⁵⁵⁾ Uopredi J. Kropholler, *Internationales Privatrecht* (fn. 4), str. 235 i dalje; G. Kegel, K. Schurig, *op. cit.* (fn. 4), str. 311; G. Kegel, "Begriffs- und Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht" (fn. 52), str. 282–284; G. Dannemann, *op. cit.* (fn. 3), str. 444; D. Looschelders, *op. cit.* (fn. 4), str. 164 i dalje; K. Schurig, *Kollisionsnorm und Sachrecht, Zu Struktur, Standort und Methode des internationalen Privatrechts*, (Berlin, Duncker & Humblot 1981), str. 236 i dalje.

⁵⁶⁾ O različitim shvatanjima doktrine o principu zakona najmanjeg otpora vidi kod S. Đorđević, *op. cit.* (fn. 22), str. 165 i dalje.

⁵⁷⁾ Ali i izbor koju od više kolizionih normi treba prilagođavati, te u kom od više merodavnih pravnih poređaka treba vršiti materijalopravno prilagođavanje.

⁵⁸⁾ G. Kegel, *Internationales Privatrecht* (fn. 4), str. 150; G. Kegel, K. Schurig, *op. cit.* (fn. 4), str. 311.

⁵⁹⁾ Vidi *ibid.*; G. Kegel, "Begriffs- und Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht" (fn. 52), str. 276; G. Kegel, "Das Ordnungsinteresse an realer Entscheidung im IPR und im internationalen Privatverfahrensrecht", in *Festschrift für Ulrich Drobnig*, (Tübingen, Mohr Siebeck 1998), str. 317 i dalje.

⁶⁰⁾ G. Kegel, K. Schurig, *op. cit.* (fn. 4), str. 126, 311.

⁶¹⁾ G. Kegel, *Internationales Privatrecht* (fn. 4), str. 149–154.

⁶²⁾ Vidi G. Dannemann, *op. cit.* (fn. 3), str. 435–437.

⁶³⁾ *Ibid.*, str. 436.

u suprotnosti sa osnovnim i najvišim principima domaćeg pravnog poretka.⁶⁴ Treće, prilagođavanje treba vršiti u onim pravnim normama koje su za to najpogodnije. Na primer, u merodavnom materijalnom pravu jednostavnije (pogodnije) je prilagođavati dispozitivne nego imperativne pravne norme. Četvrto, izbor odgovarajuće metode prilagođavanja u velikoj meri zavisi od uzroka nastanka protivrečnosti pravnih normi.⁶⁵ Kada protivrečnost pravnih normi nastane usled vezivanja prethodnog pitanja, Daneman⁶⁶ razlikuje slučajeve u kojima se ne može unapred dati odgovor o izboru metode prilagođavanja (tu spada naš primer), od slučajeva u kojima se protivrečnost pravnih normi jedino može ukloniti materijalnopравnim prilagođavanjem.⁶⁷

Prema našem mišljenju, treba slediti stavove pomenutih autora, pri čemu treba imati u vidu da je reč o opštim smernicima na osnovu kojih se vrši izbor između kolizionopravnog i materijalnopavnog prilagođavanja, a ne o čvrstim pravilima. Dolazimo, dakle, do zaključka da je prilagođavanje pravnih normi uvek stvar konkretnog slučaja.

5.2. O dopuštenosti prilagođavanja pravnih normi u međunarodnom privatnom pravu Republike Srbije

U srpskoj literaturi postoji spor o dopuštenosti prilagođavanja pravnih normi u međunarodnom privatnom pravu Republike Srbije.

Prema stanovištu koje zastupa profesor Jakšić⁶⁸, neophodnost primene prilagođavanja proizlazi iz principa jedinstva pravnog poretka⁶⁹, koji ne može da dopusti postojanje logičkih ili teleoloških protivrečnosti pravnih normi, koje nastaju usled primene više pravnih poredaka na jedinstveni životni odnos. Zato je sudu dozvoljeno da se koristi meto-

dom prilagođavanja, koja ima zadatak da dovede do onog materijalnopavnog rezultata koji bi postojao u slučaju da se primenjuju norme samo jednog zakonodavca.⁷⁰ Jakšić posebno ističe da “pravičnost u međunarodnom privatnom pravu mora da obuhvati kako međunarodnoprivatnopravnu, tako i materijalnopravnu pravičnost” [podvukao autor], što znači da „međunarodno privatno pravo mora da preraste svoj inicijalni predmet” [podvukao autor] i da u fazi primene merodavnog prava otkloni, odnosno spreči nastanak “pravno neodrživih situacija, logičkih ili, pak, teleoloških besmislica” [podvukao autor].⁷¹

S druge strane, prof. Maja Stanivuković i prof. Mirko Živković zastupaju stanovište da je prilagođavanje kolizionih i merodavnih materijalnopavnih normi, tj. njihova modifikacija ili neprimena u konkretnom slučaju, u suprotnosti s načelom zakonitosti.⁷² Sudija bi, vršeći korekciju materijalnopavnog rezultata, postupao *contra legem*, bez obzira na opravdanost intervencije. Tek kada u Zakonu o međunarodnom privatnom pravu Srbije, kako ovi autori ističu, bude ustanovljeno pravilo slično onom u meksičkom zakonu⁷³, neće se sumnjati u dopuštenost korekcije materijalnopavnog rezultata putem prilagođavanja.⁷⁴

Prema našem mišljenju, prilagođavanje pravnih normi je neophodno, te stoga mora biti i dopušteno u međunarodnom privatnom pravu Republike Srbije. Naime, princip da se uloga međunarodnog privatnog prava isključivo iscrpljuje u određivanju merodavnog pravnog poretka (jednog ili više njih), te da ono ne može ni na koji način da utiče na krajnji materijalnopravni rezultat, pa makar on bio nepravičan i protivrečan, treba smatrati prevaziđenim u savremenom međunarodnom privatnom pravu.⁷⁵ Kolizionopravno upućivanje na pravni poredak s kojim postoji prostorno najbliža veza (tzv. ostvarenje međunarodnoprivatnopravne pravičnosti) i primena materijalnopavnih normi tog pravnog poretka (tzv. materijalnopravna pravičnost) ne mogu se “odvijati” strogo odvojeno, jer se cilj kolizionopravnog

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ *Ibid.*, str. 444 i 439.

⁶⁶ *Ibid.*, str. 470–473.

⁶⁷ Tipičan primer primene materijalnopavnog prilagođavanja (i to prilagođavanja normi merodavnog prava za glavno pitanje) predstavljaju slučajevi dejstva poligamnog braka u monogamnom pravnom sistemu, kod kojih se kao prethodno pitanje javlja pitanje postojanja braka, a glavno pitanje, zavisno od konstelacije činjenica, može biti pitanje nasleđivanja bračnih drugova iz punovažno zaključenog poligamnog braka ili pitanje njihovog izdržavanja, odnosno pitanje podele bračne imovine i sl. Protivrečnosti pravnih normi u ovim slučajevima, najčešće, nastaju kao posledica mobilnog sukoba zakona. O ovome vidi više kod D. Looschelders, *op. cit.* (fn. 4), str. 279–284; G. Dannemann, *op. cit.* (fn. 3), str. 472–473; P. Cullmann, *Die Behandlung polygamer Ehen im internationalen Privatrecht von England, Frankreich und Deutschland*, (Bonn 1976), str. 197–198; S. Đorđević, *op. cit.* (fn. 22), str. 84–89, 205–206 i 258–260.

⁶⁸ A. Jakšić, “Pravna sigurnost u međunarodnom privatnom pravu i problem prilagođavanja” (fn. 4), str. 2039 i dalje.

⁶⁹ Stanovište da prilagođavanje treba primeniti iz razloga što protivrečnost merodavnih materijalnopavnih normi vređa princip jedinstva pravnog poretka utemeljio je nemački profesor Jochen Šreder. Vidi J. Schröder, *op. cit.* (fn. 4), str. 32–33.

⁷⁰ A. Jakšić, “Pravna sigurnost u međunarodnom privatnom pravu i problem prilagođavanja” (fn. 4), str. 2047.

⁷¹ *Ibid.*, str. 2040–2041.

⁷² M. Stanivuković, M. Živković, *op. cit.* (fn. 4), str. 372.

⁷³ Čl. 14. st. 1. tač. 5. meksičkog ZMPP: “... Kada su za različite aspekte istog pravnog odnosa merodavna različita prava, njih treba primeniti na usklađen način kako bi se ostvarili ciljevi koje svako od tih prava postavlja. Problemi koji nastaju usled njihove istovremene primene biće rešeni tako što će se voditi računa o zahtevima pravičnosti u konkretnom slučaju...”

⁷⁴ M. Stanivuković, M. Živković, *op. cit.* (fn. 4), str. 372.

⁷⁵ Uporedi J. Kropholler, *Internationales Privatrecht* (fn. 4), str. 24 i dalje, 31 i dalje; D. Looschelders, *op. cit.* (fn. 4), str. 111–112; M. Sonnentag, *Der Renvoi im IPR*, (Tübingen, Mohr Siebeck 2001), str. 152 i dalje, 156 i dalje; E. M. Derstadt, *op. cit.* (fn. 19), str. 106; H. Neuhaus, *op. cit.* (fn. 24), str. 41 i dalje; E. Lorenz, *Zur Struktur des IPR*, (fn. 24), str. 62; K. Siehr, *Wechselwirkungen zwischen Kollisionsrecht und Sachrecht*, 37 *RabelsZ* (1973), str. 466–467. Vidi i diskusiju kod F. Jünger, *Zum Wandel des Internationalen Privatrechts*, (Karlsruhe, C. F. Müller Juristischer Verlag 1974), str. 13 i dalje.

upućivanja jedino može ostvariti, ako se ostvaruje i cilj merodavnog materijalnog prava (jednog ili više prava) prilikom donošenja meritorne odluke.⁷⁶ Nastanak protivrečnosti pravnih normi predstavlja jasan signal da se ovi ciljevi nisu ostvarili. Zato je neophodno pribеći prilagođavanju kolizijskih ili merodavnih materijalno-pravnih normi kako bi se ove protivrečnosti otklonile i uspostavila materijalno-pravna pravičnost u konkretnom slučaju.

Pošto nastanak protivrečnosti pravnih normi bez ikakve sumnje vređa osnovni koncept pravde i pravičnosti, mišljenja smo da ovakvi materijalno-pravni rezultati nisu u skladu sa ustavnopravnim principima jednakosti (čl. 21. Ustava RS) i vladavine prava (čl. 3. Ustava RS).⁷⁷

Pod opštim principom jednakosti u pravnom poretku Srbije (baš kao i u većini pravnih poredaka u Evropi i svetu) treba razumeti zabranu da se različito (nejednako) tretiraju ista ili bitno slična činjenična stanja, odnosno da se na isti način tretiraju različita činjenična stanja, bez opravdanog i legitimnog razloga.⁷⁸ S obzirom na to da u biti ovog principa "leži" ostvarenje pravde⁷⁹ i pravičnosti⁸⁰, njegovu ulogu treba poimati kao obezbeđenje primene pravnih normi na konkretni slučaj u skladu sa zahtevima pravde i pravičnosti⁸¹. To, između ostalog, podrazumeva da sudija može

izuzetno, pozivajući se na pravdu i pravičnost, da dopuni, prilagodi ili koriguje pravnu normu, ukoliko bi njena doslovna primena u konkretnom slučaju vodila očigledno nepravednom rezultatu.⁸² "Očigledno nepravedni (nepravični) rezultat" je uvek onaj rezultat koji vodi nejednakom tretmanu istih ili sličnih činjeničnih stanja, odnosno jednakom tretmanu različitih činjeničnih stanja. Tako, može se tvrditi da rezultat, prema kojem maloletni brat nema pravo na naknadu štete zbog kombinovane primene engleskog i srpskog prava, vređa ustavnopravni princip jednakosti, s obzirom na to da je brat u neopravdano nejednakom položaju u odnosu na "brata" koji bi svoj zahtev na naknadu štete u potpunosti realizovao primenom bilo engleskog bilo srpskog prava. Prilagođavanje pravnih normi, koje bi dovelo do rezultata da brat ima pravo na naknadu štete, "uklonilo" bi ovu povredu.

S druge strane, suštinski cilj principa vladavine prava⁸³ ogleda se u obezbeđenju pravne sigurnosti građana unutar jednog pravnog poretka.⁸⁴ Pravna sigurnost, između ostalog, podrazumeva da svaki građanin može pouzdano da računa s tim da njegovo ponašanje koje odgovara važećem pravu ne može naknadno (naknadnom promenom prava) da bude ocenjeno kao protivpravno.⁸⁵ Dakle, načelo vladavine prava treba da obezbedi takav pravni poredak koji strankama daje mogućnost da predvide pravne posledice svog ponašanja. Ova predvidivost može izostati ne samo zbog sadržinski neodređenih i neusklađenih materijalno-pravnih normi domaćeg pravnog poretka, već i zbog primene sadržinski određenih materijalno-pravnih normi različitih pravnih poredaka na jedan životni odnos, u slučaju kada njihova primena vodi rezultatu koji obezvređuje opravdana očekivanja stranaka. U gore navedenom primeru, maloletni brat legitimno očekuje da dobije naknadu imovinske štete zbog smrti svoje sestre, što mu svakako obezbeđuju i srpski i

⁷⁶) D. Looschelders, *op. cit.* (fn. 4), str. 85.

⁷⁷) Ovo stanovište je inspirisano stavovima nemačkog profesora Gerharda Danemana (Gerhard Dannemann) koje je zauzeo u pogledu nemačkog međunarodnog privatnog prava (G. Dannemann, *op. cit.* (fn. 3), str. 346 i dalje, naročito 365–369 i 374–378). Mi smo pokušali da njegove stavove, imajući u vidu osobenosti pravnog poretka Srbije i ideje do kojih smo sami došli, "implementiramo" u domaće međunarodno privatno pravo. Vidi detaljnije S. Đorđević, *op. cit.* (fn. 22), str. 131 i dalje.

⁷⁸) Može se reći da ovo predstavlja jednodušni stav domaće literature. Vidi Lj. Slavnić, *Ustavno pravo*, (Novi Sad, Privredna akademija 2007), str. 367–368; Sr. Đorđević, *O mitrovdanskom Ustavu*, (Kragujevac, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu 2009), str. 160–161. Na gotovo isti način je pojam zabrane diskriminacije određen i u praksi Evropskog suda za ljudska prava povodom tumačenja čl. 14. EKLJP i čl. 1. Protokola 12 uz Konvenciju (uz napomenu da postoje sadržinske razlike između čl. 14. EKLJP i čl. 21. Ustava RS). Vidi više A. Jakšić, *Komentar EKLJP*, (Beograd, Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Beogradu 2006), str. 339 i dalje.

⁷⁹) U pojmu pravde centralno mesto zauzima ideja o jednakosti (pravnoj jednakosti). Vidi Aristotel, *Nikomahova etika*, knjiga V, (Beograd 1980), str. 111 i dalje; H. Perelman, *Pravo, moral i filozofija*, (Beograd, Nolit 1983), str. 4 i dalje.

⁸⁰) Pravičnost treba razumeti kao konkretnu, individualnu pravdu, tj. kao težnju za pravdom u konkretnom slučaju. Vidi M. Petrović, *Rešavanje spora pred međunarodnom trgovačkom arbitražom*, (Kragujevac, Prizma 1996), str. 55; M. Kostić, *Generalna klauzula odstupanja od redovno mjerodavnog prava*, (Beograd, doktorska disertacija 2001), str. 27 i dalje.

⁸¹) Pravičnost se bliže može odrediti kao jednaka raspodela tereta i pogodnosti između učesnika jednog konkretnog pravnog odnosa. Tako A. Jakšić, "Pravna sigurnost u međunarodnom privatnom pravu i problem prilagođavanja" (fn. 74), str. 2052.

⁸²) Tako M. Kostić *op. cit.* (fn. 81), str. 27 i dalje.

⁸³) Prema čl. 3. Ustava RS: "(1) Vladavina prava je osnovna pretpostavka Ustava i počiva na neotuđivim ljudskim pravima; (2) Vladavina prava se ostvaruje slobodnim i neposrednim izborima, ustavnim jemstvima ljudskih i manjinskih prava, podelom vlasti, nezavisnom sudskom vlašću i počinovanjem vlasti Ustavu i zakonu". Ostvarenjem ovog načela obezbeđuje se pravni okvir, unutar koga deluju svi pravni subjekti i izvan koga ni građani ni predstavnici vlasti ne smeju ići (tako R. Lukić, B. Košutić, *Uvod u pravo*, (Beograd, Službeni list SCG 2003), str. 364). Otuda, može se reći da načelo vladavine prava predstavlja široku pravnu kategoriju koja prožima celokupni pravni poredak jedne države i čije ostvarenje ima za cilj garanciju i zaštitu ljudskih i građanskih prava.

⁸⁴) O vladavini prava i pravnoj državi, te o principu podele vlasti vidi više D. Mitrović, *O pravnoj državi i drugim pravnim temama*, (Beograd 1998); F. Nojman, *Vladavina prava*, (Beograd, Filip Višnjić 2002); R. Lukić, B. Košutić, *op. cit.* (fn. 83), str. 364 i dalje.

⁸⁵) B. Czempiel, *Das bestimmbare Deliktsstatut – Zur Zurechnung im internationalen Deliktsrecht*, (Berlin 1991), str. 27; slično i M. von Hinden, *Persönlichkeitsverletzung im Internet*, (Tübingen, Mohr Siebeck 1999), str. 96.

engleski pravni poredak, ako bi se bilo koji od njih u celini primenio i na glavno i na prethodno pitanje. Međutim, kombinovana (i fragmentarna) primena ova dva pravna poretka dovodi do rezultata da brat ne može da ostvari ovo svoje pravo. Prema tome, njegova očekivanja su izneverena – princip vladavine prava iz čl. 3. Ustava RS je “zakazao” u vršenju svoje funkcije.⁸⁶ Iz tog razloga ovakav rezultat (protivrečnost merodavnih pravnih normi) treba korigovati i dovesti ga u sklad s ovim ustavnopravnim načelom.

Ako se ima u vidu da ustavnopravni principi jednakosti i vladavine prava čine temelj korpusa ljudskih i manjinskih prava koja su garantovana Ustavom RS⁸⁷, može se bez ikakve sumnje reći da protivrečnost pravnih normi (tj. materijalno-pravni rezultat koji proizlazi iz primene neusklađenih pravnih normi različitih pravnih poredaka) vređa ustavom garantovana ljudska prava, a da prilagođavanje predstavlja sredstvo kojim se ove povrede “saniraju”.⁸⁸ U pravu Republike Srbije pravne norme o ljudskim i manjinskim pravima (bez obzira iz kog izvora potiču – Ustava, zakona, međunarodnog ugovora) imaju “rang ustavnopravnih normi”⁸⁹, tako da sve ostale pravne norme, odnosno rezultati njihove primene moraju da budu u skladu s njima – tzv. pravilo *lex superior derogat legi inferiori*. Prema tome, ako rezultat kombinovane (fragmentarne) primene različitih pravnih poredaka na jedan životni odnos vređa neku domaću normu o ljudskim i manjinskim pravima (naravno, uključujući i princip vladavine prava), domaći sudovi imaju obavezu da korigovanjem kolizionih ili merodavnih materijalno-pravnih normi dođu do rezultata koji je u skladu s povređenom normom.⁹⁰ Obaveza “korekcije” predstavlja postupanje u skladu s pravilom *lex superior derogat legi inferiori*, koje je samo jedno od onih kojima se štiti načelo ustavnosti i zakonitosti. Prema tome, prilagođavanje nikako nije u suprotnosti s načelom zakonitosti, već služi njegovom ostvarenju.

5.2. Prilagođavanje pravnih normi u prikazanom primeru

S obzirom na to da smo, prema našem mišljenju, izneli ubedljive argumente u prilog dopuštenosti prilagođavanja pravnih normi u međunarodnom privatnom pravu Re-

publike Srbije, ostaje nam da primenom ove metode rešimo problem koji je nastao u gore prikazanom primeru.

Podsetimo se još jednom činjenica iz navedenog primera. Državljanica Engleske je poginula u jednoj saobraćajnoj nesreći u Beogradu. Njen maloletni brat, takođe britanski državljanin, podiže tužbu pred beogradskim nadležnim sudom i zahteva od štetnika naknadu imovinske štete. Prema čl. 28. st. 1. ZRSZ za naknadu vanugovorne štete merodavno je materijalno pravo Republike Srbije, tačnije čl. 194. st. 1. ZOO prema kojem brat ima pravo na naknadu štete, ali samo ukoliko je imao i pravo na zakonsko izdržavanje prema preminuloj sestri. Postojanje prava na zakonsko izdržavanje se, kao prethodno pitanje, odvojeno vezuje putem kolizione norme iz čl. 42. ZRSZ za englesko pravo, koje bratu poginule sestre “poriče” ovo pravo. Brat, dakle, ne bi mogao da dobije naknadu štete. Međutim, kada bi se na ceo slučaj (dakle i na glavno i na prethodno pitanje) primenilo pravo Republike Srbije, brat bi dobio naknadu shodno čl. 194. st. 1. ZOO, s obzirom na to da prema porodičnom pravu Republike Srbije ima pravo na izdržavanje. Takođe, kada bi se na oba pitanja primenilo englesko pravo, brat bi uspeo sa zahtevom za naknadu štete, pošto sec. 1 (3)(g) Fatal Accidents Act 1976 daje pravo na naknadu štete bratu stradalog lica.

Protivrečnost pravnih normi u ovom slučaju može se ukloniti na jedan od sledećih načina: prilagođavanjem normi prava merodavnog za glavno pitanje (srpskog prava), normi prava merodavnog za prethodno pitanje (engleskog prava), kolizione norme za vanugovornu odgovornost za štetu (čl. 28. ZRSZ) ili kolizione norme za izdržavanje (čl. 42. ZRSZ). Imajući u vidu princip zakona najmanjeg otpora, nama se čini da je protivrečnost pravnih normi najjednostavnije ukloniti prilagođavanjem kolizione norme za vanugovornu odgovornost iz čl. 28. ZRSZ, dakle kolizione norme na osnovu koje se određuje merodavno pravo za glavno pitanje. Ovu kolizionu normu treba proširiti tako da obuhvati i pitanje postojanja bratovljevog prava na izdržavanje. U tom slučaju i na glavno i na prethodno pitanje primenjuje se pravo Republike Srbije (kao deliktini statut), koje u krajnjem rezultatu daje pravo bratu na naknadu štete.⁹¹

Svako drugo rešenje bi bilo daleko komplikovanije i, prema našem mišljenju, ne bi bilo u skladu s principom zakona najmanjeg otpora. Da smo se opredelili za prilagođavanje materijalno-pravnih normi engleskog prava, kao statuta merodavnog za prethodno pitanje, bili bismo prinuđeni da kreiramo pravnu normu u okviru engleskog pravnog poretka koja bi bratu dala pravo na zakonsko izdržavanje. Stvaranje jednog ovakvog pravila bilo bi potpuno suprotno smislu i cilju engleskog pravnog poretka, osobito smislu i cilju njegovog porodičnog prava koje ne poznaje izdržavanje između pobočnih srodnika. S druge strane, prilagođavanje merodavnih pravnih normi srpskog

⁸⁶⁾ Ovo stanovište nije potvrđeno u domaćoj ustavnoj i sudskoj praksi, a inspirisano je idejama profesora Gerharda Dannemana (G. Dannemann, *op. cit.* (fn. 3), str. 376 i dalje). Detaljnije o tome vidi S. Đorđević, *op. cit.* (fn. 22), str. 139 i dalje.

⁸⁷⁾ Uporedi čl. 3., 18. i 21. Ustava RS.

⁸⁸⁾ Vidi više kod S. Đorđević, *op. cit.* (fn. 22), str. 131 i dalje. Kao što smo već istakli, stanovište o prilagođavanju kao ustavnopravnoj obavezi organa primene prava dolazi iz nemačkog međunarodnog privatnog prava (vid. G. Dannemann, *op. cit.* (fn. 3), str. 346 i dalje).

⁸⁹⁾ Vid. čl. 18. st. 1. i 2. Ustava RS.

⁹⁰⁾ O domašaju ustavnopravne obaveze (odgovornosti) sudova Republike Srbije i drugih organa da primene prilagođavanje vidi kod S. Đorđević, *op. cit.* (fn. 22), str. 137–139. Za nemačko pravo detaljno vidi kod G. Dannemann, *op. cit.* (fn. 3), str. 378 i dalje.

⁹¹⁾ Uporedi s rešenjem koje je za nemački slučaj dao G. Dannemann, *op. cit.* (fn. 3), str. 470.

prava, kao statuta merodavnog za glavno pitanje, podrazumevalo bi stvaranje nove *ad hoc* pravne norme u domaćem obligacionom pravu, koja bi direktno dala pravo bratu da zahteva naknadu štete od počinioca delikta. Postavlja se pitanje, zašto bismo uopšte stvarali jednu takvu normu, kada je jednostavnije, putem kolizionopravnog prilagođavanja, pribеći primeni srpskog pravnog poretka *in toto* – dakle i na glavno i na prethodno pitanje.

Najzad, smatramo da ni prilagođavanje kolizivne norme za prethodno pitanje iz čl. 42 ne bi bilo u skladu s principom zakona najmanjeg otpora. Prilagođavanje ove norme bi, zapravo, bilo moguće izvršiti na dva načina. Najpre, moguće je proširiti kolizionu normu za izdržavanje iz čl. 42. ZRSZ tako da se njome obuhvati i rešavanje glavnog pitanja. To bi značilo da se na ceo slučaj, dakle na sva pitanja vezana za vanugovornu odgovornost za štetu kao i na pitanje prava brata da zahteva naknadu štete, primenjuje englesko pravo. Već na prvi pogled može se videti da je ovo rešenje neprihvatljivo, s obzirom na to da u velikoj meri šteti koliziv-

nopravnim interesima štetnika koji je delikt počinio u Srbiji i koji potpuno opravdano očekuje da se na njegovu odgovornost primeni obligaciono pravo Srbije⁹². Takođe, primena engleskog prava na sva pitanja vanugovorne odgovornosti vodila bi grubom narušenju međunarodno-privatnopravne pravičnosti koju, u ovom slučaju, kolizionna norma iz čl. 28. ZRSZ bez sumnje ostvaruje. S druge strane, moguće je kolizionu normu iz čl. 42. ZRSZ proširiti tako da se njome obuhvati samo pitanje prava brata da zahteva naknadu štete. To znači da bi ova kolizionna norma trebalo da pozove na primenu one norme iz engleskog Fatal Accidents Act 1976 koje ovlašćuju brata da zahteva naknadu štete od lica koje je usmrtilo njegovu sestru.⁹³ Smatramo da je i ovaj način uklanjanja protivrečnosti pravnih normi komplikovaniji od jednostavnog proširenja kolizivne norme za glavno pitanje, koje vodi samostalnoj primeni prava Republike Srbije na sva sporna pitanja u ovom slučaju.

Doc. dr. Slavko Đorđević

Kollisionsrechtliche Anknüpfung der Vorfrage als Ursache für Normenwidersprüche und Anwendung der Anpassung

(Zusammenfassung)

In diesem Beitrag analysiert der Autor die kollisionsrechtliche Anknüpfung der Vorfrage mit Auslandsberührung als Ursache für Normenwidersprüche und darüber hinaus die Probleme, die sich bei der Anwendung der Anpassungsmethode durch die entstandene Widersprüche beseitigt werden sollen, ergeben. Da das anwendbare Recht für die Haupt- und die Vorfrage aufgrund der Anwendung verschiedener Kollisionsnormen gesondert ermittelt wird, finden auf diese Fragen nicht selten verschiedene Rechtsordnungen Anwendung, deren Rechtsnormen nicht aufeinander abgestimmt sind. Deshalb führt deren kombinierte Anwendung zu ungerechten Lösungen, die in der Literatur oft als "Normenwiderspruch" bezeichnet werden. Diese müssen durch eine Anpassung der kollisions- oder der materiellrechtlichen Normen beseitigt werden. Besondere Beachtung schenkt der Autor der Frage des Einflusses der Vorfragenanknüpfung auf die Entstehung des Normenwiderspruchs, sowie den Fragen der Zulässigkeit und der Rechtfertigkeit der Anwendung der Anpassungsmethode im internationalen Privatrecht der Republik Serbien. Da die Literatur und die Rechtsprechung der Republik Serbien (sowie der Länder der Region) den in diesem Beitrag behandelten Fragen keine große Aufmerksamkeit widmen, zieht der Autor bei der Klärung und Lösung der einzelnen Probleme ausländische Literatur und Rechtsprechung heran.

Schlüsselwörter: *Vorfragenanknüpfung; Ursache des Normenwiderspruchs; abhängige und unabhängige Anknüpfung, kollisionsrechtliche und materiellrechtliche Anpassung; Zulässigkeit der Anpassung der Rechtsnormen.*

⁹²⁾ Uopšte o opravdanim očekivanjima štetnika i o principu predvidivosti u međunarodnom deliktном pravu vidi više kod M. von Hinden, *op. cit.* (fn. 85), str. 96 i dalje.

⁹³⁾ Sec. 1 (3) (g) Fatal Accidents Act 1976.

Upravno sudstvo u Češkoj Republici – razvoj i odabrani problemi – Dio I^(*)

Doc. dr. Vojtěch Šimiček, Ph. D.

Predmetni tekst ima dva ambiciozna cilja: da čitatelja upozna s upravnim sudstvom Češke Republike i da predstavi najvažnija načela po kojima ono funkcionira, te da u tom kontekstu obradi nekoliko spornih pitanja iz prakse. Odmah na početku treba istaći da ne postoji namjera podučavanja kolega iz Makedonije. Trebamo biti svjesni činjenice da ne postoji univerzalan model pravosuđa¹ i da svaka država mora izabrati sistem koji njoj individualno najbolje odgovara. Na to utiču mnogi faktori kao što su tradicija, pravna kultura, kadrovska situacija, politička podrška, finansijske mogućnosti itd. Stoga je jedini cilj ovog teksta da ukaže na neke greške i nedorečenosti koje su se pojavile u Češkoj Republici i koje potkrepljuju diskusiju na ovu temu.

1. Istorija upravnog sudstva u Češkoj Republici²

1.1. Period od 1867. do 1918.

Ustavne osnove upravnog sudstva postavljene su još u “Decembarskom ustavu” Austro-Ugarske monarhije, tačnije u članu 15. Državnog ustava br. 144/1869 Austrijskog carstva, kojim je konstituiran Upravni sud u Beču. Bio je to istovremeno i jedini upravni sud za čitavu Cislajtaniju (austrijski dio Austro-Ugarske). Upravno sudstvo je koncipirano kao koncentrirano i specijalizirano. U mađarskom dijelu monarhije upravni sudovi su utemeljeni tek kasnije i na nešto drugačijim principima. Istovremeno je u to vrijeme uvedeno jedno važno načelo, koje je kasnije preuzeto i u Ustavu Čehoslovačke republike

^(*) Ovaj članak predstavlja pisanu verziju referata koji je autor održao u okviru konferencije “Doprinos upravnog sudstva razvoju pravne države: opći principi i sudska praksa u Njemačkoj, Makedoniji i Češkoj Republici”, organizirane od strane IRZ Fondacije i makedonske Akademije za obuku sudija i tužilaca. U ovom broju objavljen je prvi dio, dok će drugi dio biti objavljen u narednom broju časopisa NPR.

¹⁾ Još je Adolf Merkel razlikovao tri tipa organizacije upravnog sudstva: upravno sudstvo koje vrše redovni sudovi, upravno sudstvo koje vrše organi uprave sa svojstvima sudova i upravno sudstvo koje vrše posebni sudovi (*Opšte upravno pravo*, 2. dio, Orbis, 1932, strana 225). Dušan Hendrych označava (*Upravno pravo – Opšti dio*, 4. izdanje, C. H. Beck, 2001, strana 332) tzv. francuski, njemački, austrijski i njemački model upravnog sudstva kao najvažniji. Aktualni model upravnog sudstva u Češkoj Republici ima najviše sličnosti s austrijskim i njemačkim modelom.

²⁾ U vezi sa osnovnim informacijama o istoriji upravnog sudstva u Češkoj Republici vidi Mazanec, Michal, *Ustavni sud*, ASPI, 2006, strane 25–34. Za detaljnije informacije vidi npr. Hoetzel, Jiří, *Čehoslovačko pravo*, Opšti dio, Melantrich, 1934, strana 393.

iz 1920. godine (a koje je i danas na snazi), a prema kojem su iz nadležnosti upravnog suda izuzeti predmeti u kojima je organ uprave, u skladu sa svojim zakonskim nadležnostima, odlučivao o privatnopravnim pitanjima (više podataka o svrsishodnosti ovog načela dato je niže u tekstu). Ta su pitanja povjerena građanskim sudovima na rješavanje (“pravni sistem”). Početak rada Upravnog suda i reguliranje postupka pred Upravnim sudom uslijedili su skoro deset godina kasnije, na temelju Zakona o Upravnom sudu od 22. oktobra 1875. (Sl. list br. 36/ex 1876), koji se u literaturi naziva i “Oktobarski zakon”. Prva rasprava održana je u julu 1876. godine, a njom je predsjedavao prvi predsjednik suda, baron Stählin. Autor ovog zakona – koji je slovio za vrhunsko djelo zakonodavstva – bio je Karl von Lemayer, visoki funkcioner Ministarstva kulture i odgoja, a koji je kasnije i sam bio član i predsjednik Senata suda. Zakon je sa samo 50 članova bio vrlo kratak. Njegov koncept je, iako inspirisan nekim elementima starijeg južno-njemačkog upravnog pravosuđa, bio savršeno osmišljen i apsolutno originalan. Zakonodavac je krenuo drugim putem u odnosu na ostale zakonodavce svoga doba. One koji su nastojali da kroz stotine članova – koji su uostalom permanentno mijenjani – stvore nepreglednu džunglu propisa za jedan strogo formalizirani postupak. A sve to u spornom nastojanju da se do najmanjeg detalja osigura garancija procesnih prava. Oktobarski zakon je, svojim svjesno kratkim i konciznim formulacijama, stvorio obiman prostor (ali i čvrste i neprekoračive granice) za fleksibilno prilagođavanje procesno pravnih odredbi kroz rad sudija te vrhunskih i obrazovanih advokata. Kvalitet tog zakona se možda najbolje može demonstrirati činjenicom da je isti ostao na snazi kako u Austriji, tako i u novonastaloj Čehoslovačkoj (u Češkoj sve do ukidanja upravnog sudstva nakon komunističke smjene vlasti 1948. godine), i da su izmjene novijeg datuma koje su rađene u Austriji i Češkoj takođe bazirane na tim koncepcijskim osnovama. O obuhvatnoj i kvalitetnoj sudskoj praksi bečkog suda svjedoče i obimne i dobro obrađene zbirke rješenja (čiji su organizatori bili Exel, Alter, Popelka, Reissig i naročito dr. Adam Budwinski).

1.2. Period od 1918. do 1945.

Čehoslovačka republika je uspostavila instituciju upravnog suda jednim od svojih prvih zakona³ donesenih nakon njenog osnivanja u oktobru 1918. godine. Za regulaciju rada suda je, uz određene izmjene, preuzela “Oktobarski zakon”. Tako doneseni zakon je u Češkoj Republici bio na snazi do kraja 1952. godine. Za prvog predsjednika suda imenovan je jedan od osnivača autonomne čehoslovačke države, istaknuti češki političar, poslanik u Rajhsratu Ferdinand Pantůček (1863–1925), koji je nakon poslaničkog mandata bio i predsjednik vijeća bečkog suda. Zamjenik predsjednika je bio Emil Hácha

³⁾ Zakon br. 3/1918 Slg. G. u. N. o Upravnom sudu i rješavanju sukoba nadležnosti, poznat kao “Novembarski zakon”.

(1872–1945), jedan od najznačajnijih stručnjaka u oblasti upravnog prava u češkoj historiji i predsjednik države od 1938. do 1945. godine. Zanimljivo je spomenuti da je imenovanje Pantůčka Háchsa sprovedeno tek uz prijetnju ostavke i nasuprot pokušaju vlade da na mjesto zamjenika predsjednika suda postavi politički podobnu osobu. Nakon Pantůčkove smrti 1925. godine, predsjednik Masaryk je imenovao Háchu na funkciju predsjednika suda, koji je tu funkciju upražnjavao sve do izbora za “predsjednika” opkoljene druge republike (oktobar 1938).

U literaturi se često naglašava da je češko upravno sudstvo organizacijski postavljeno po austrijskom uzoru. Međutim, to je bilo samo faktičko stanje; Pantůček i Hácha su imali drugačije predstave. Naime, Ustav iz 1920. predviđa da čehoslovačko upravno sudstvo bude uspostavljeno prema sjevernonjemačkom (pruskom) modelu i da na nižim instancama o pitanjima prava i obaveza u oblasti javne uprave odlučuju posebna upravna vijeća koja će biti uspostavljena u okruzima i opštinama. Ista se trebaju sastojati od stalno zaposlenih službenika i članova vijeća iz redova građana koje biraju okružni odbori. Tek na najvišoj instanci je trebalo da rješava Upravni sud – i to samo o pitanjima zakonitosti. U cilju provođenja planova zacrtanih Ustavom, godine 1920. je paralelno uz Ustav izrađen Zakon o upravnom sudstvu u okružnim i opštinskim službama, broj 158/1920 Slg. G. u. N. Taj zakon, međutim, nikad nije stupio na snagu – vjerovatno zbog političke netolerancije ili neslaganja. To što u nižim redovima nije uspostavljeno upravno sudstvo kasnije se odrazilo na neproporcionalno opterećenje Upravnog suda. Već sredinom dvadesetih godina je ovom sudu pristizalo više novih predmeta nego što je bilo moguće obraditi; samo uspostavljanje suda trajalo je više godina, a ni povećanje broja sudija (od prvobitnih 26 do blizu 50 u vrijeme propasti slobodne Čehoslovačke) nije doprinijelo poboljšanju efikasnosti.

Upravni sud je u vrijeme tzv. prve republike bio radionica evropskog prava. Ova aktivnost se najbolje očituje u zbirkama odluka donesenim od strane ovog suda. Najveći značaj ima službena zbirka presuda Upravnog suda poznata i po imenu “Bohuslavova zbirka”, a nazvana po organizatoru, te predsjedniku sudskog vijeća upravnog suda, Josefu V. Bohuslavu. U njoj je od 1918. do 1948. godine u dva toma (uprava i finansije, u literaturi “Boh A., Boh F.”) objavljeno nekoliko desetina hiljada presuda.

Vrijeme protektorata spada u tamnu eru rada suda. Njegove odluke su se često odnosile na antisemitističke zakone.

1.3. Period od 1945. do 1952.

Godine 1945. sud je ponovo pokrenuo svoj rad, ali ne u punom obimu. Razlog tome su, s jedne strane, bili problemi s kadrovskim popunjavanjem suda, a s druge strane je to bio “konkurentni” upravni sud uspostavljen u Slovačkoj, koji je započeo svoje aktivnosti u vrijeme Slovačke države. Pitanje podjele nadležnosti između ova dva suda ostalo je

neriješeno sve do 1949. godine, odnosno do premještanja sjedišta suda u Bratislavu (Zakon br. 166/1949 Slg.). Ovo je rješenje direktno dovelo do gašenja suda za koje je naprečac donesena politička odluka poslije februara 1948. Iako je institucija “upravnog suda” konstituisana i u skladu s odredbama člana 137. Ustava od 9. 5. 1948. (tzv. “Majski ustav”), neposredno nakon komunističkog puča u februaru 1948. postalo je jasno da u novom režimu više nema mjesta za nezavisnu kontrolu javne uprave putem sudova i pružanje zaštite za javna subjektivna prava građana. Nakon kadrovskih čistki iz februara 1948. i penzionisanja sudija iz prve republike u junu 1948. sud u Pragu je takoreći izgubio svoju funkciju. Neka se Vijeća zbog nedostatka sudija nisu mogla ni uspostaviti, sud je odjednom ostao i bez predsjednika vijeća, a nije više bilo ni imenovanja novih sudija. Još jedna posljedica ove situacije bile su poteškoće u radu sistema stručnih sudija za javno pravo koji su kadrovski bili zavisni od upravnog suda (sudovi za patente, kartelni sudovi, izborni sudovi), a koji nije funkcionirao.

Nakon premještanja suda u Bratislavu u jesen 1949., Upravni sud je nastavio postojati do kraja 1952. godine. Iz čeških arhiva se ne može utvrditi da li je sud zaista i radio u tom periodu. U ustavnopravnom smislu, upravno sudstvo je ukinuto odredbama Zakona o sudovima i javnim tužilaštvima (64/1952 Slg.).

Njegovim odredbama su “tihim putem” prerađeni članovi Ustava koji se odnose na sudove na način da su ukinute odredbe o Upravnom sudu. Generalnom derogacijom iz čl. 18 Zakona o javnom tužilaštvu, br. 65/1952 Slg, ukinute su “sve odredbe o upravnom sudu”. Kao jedini dio javnopravnog pravosuđa preživjelo je zakonodavstvo o osiguranju (prvobitno regulisano Zakonom o zdravstvenom, invalidskom i penzionom osiguranju zaposlenika br. 221/1924 Slg. G. u. n.). Isto je, međutim, transformisano u poseban postupak o pravnim lijekovima protiv odluka upravnih organa, a formalnopravno svrstano u Zakon o građanskom postupku, tj. u pravne lijekove, te se u javnoj svijesti postepeno počelo smatrati posebnom vrstom građanskog pravosuđa.

1.4. Period od 1989. do 2002.

Uslovi za preporod upravnog sudstva stvoreni su tek nakon političkih promjena iz 1989. Osnove su postavljene 1991. godine putem člana 36. st. 2. Povelje o osnovnim pravima i slobodama (Zakon o Ustavu br. 23/1991 Slg.). Zbog hitne potrebe za odgovarajućim procesnopravnim i institucionalnim oblicima nije bilo moguće da se ponovo uspostavi institucija vrhovnog upravnog suda (pa ni opšti specijalizirani sudovi). Nije se mogao uspostaviti ni posebni postupak za rješavanje u upravnim stvarima. Sudska kontrola akata organa javne uprave uspostavljena je u periodu od 1992. do 2002. u skladu s posebnim odredbama petog dijela Zakona o građanskom postupku (čl. 244 ff), koje su unesene Zakonom o izmjenama i dopunama (br. 519/1991 Slg), i to u sistemu opštih sudova. Sudsku praksu, koja je ustvari ključna, obavljali su okružni sudovi i vrhovni

sudovi Republike (odnosno od 1993. godine tribunal u Pragu, a od 1996. i u Olomoucu). Stvarna nadležnost okružnih i vrhovnih sudova bila je praktično nerelevantna, naročito poslije 1993. godine.

S pravnog aspekta je nakon nastanka autonomne Češke Republike, tačnije 1. 1. 1993. putem člana 91. novog Ustava u okviru podjele Češke i Slovačke Federalne Republike ponovo uveden Upravni sud, koji je zamišljen da bude drugi od dva vrha sudskog sistema (pored Vrhovnog suda). Do stvarnog uspostavljanja je došlo tek deset godina kasnije, mada je devedesetih godina bilo pokušaja u tom pravcu. Činjenica da Ustav nije ostvaren zato što nije uspostavljen upravni sud izazvala je ne samo kritike u redovima intelektualaca pravnika, nego i čitav niz praktičnih problema. Naime, procesnopravni propisi koji se odnose na upravno sudstvo su u periodu od 1992. do 2002. godine pokazivali niz nedostataka, koje je vremenom trebalo uskladiti s našim međunarodnopravnim obavezama (prvenstveno čl. 6 i čl. 13 Evropske konvencije o ljudskim pravima).

Tačnije, nezakonita šutnja uprave nije data u nadležnost upravnim sudovima (čiji je rad ograničen na razmatranje zakonitosti akata javne uprave). Također, učesnicima nije data mogućnost da se na sudu pozovu na nezakonitost miješanja organa uprave koje nije izvedeno u obliku rješenja. Samim tim nije postojala ni kontrola upravnih akata od strane "tribunala sa punom sudskom vlasti" čak ni u oblasti upravnih kaznenih mjera. Zatim, nisu postojali ni pravni lijekovi protiv sudskih odluka u upravnim stvarima, što je dovelo do nejednake sudske prakse kod osam okružnih sudova, a sve je išlo tako daleko da su "zli jezici" govorili o "osam poreskih republika". Zato je praktičnu ulogu apelacionih sudova u upravnom sudstvu i ulogu objedinjavanja upravne sudske prakse morao da obavlja Ustavni sud u izvanredno širokom postupku putem žalbe na Ustav. Stoga nije slučajnost što su žalbe na Ustav u upravnim stvarima vremenom dostigle učešće od 20% u ukupnim predmetima Ustavnog suda.

Iz tog razloga je Ustavni sud tokom devedesetih godina u nizu svojih odluka ukazivao na neodrživost tog zakonskog rješenja. Međutim, kako je politička elita sistematski ignorisala pravno stajalište suda, isti je izgubio strpljenje, te je svojom odlukom (broj 276/2001 Slg.) od 27. 6. 2001., koja je postala pravosnažna 1. 1. 2003., ukinuo peti dio Zakona o građanskom postupku. Time je dao značajan doprinos tome da pravno uređenje upravnog sudstva, koje je dugo vremena pripremala grupa stručnjaka, konačno postane politički prihvatljivo. Stoga je parlament donio Zakon o Upravnom sudu (broj 150/2002 Slg), koji je iz temelja preuredio sistem upravnog sudstva, stupivši na snagu 1. 1. 2003. godine.

1.5. Period od 2003. do danas

Dana 1. 1. 2003. nakon deset godina čekanja uspostavljen je Upravni sud, čime je ostvaren Ustav Češke Republike. Time je završen period izgradnje i započeo period stabilizacije upravnog sudstva.

2. Organizacija upravnog sudstva u Češkoj Republici

Sadašnji sistem upravnog sudstva podijeljen je u dvije instance. Prvu instancu čine osam okružnih sudova; dok preispitivanje njihovih odluka vrši Upravni sud. Instanca okružnih sudova ne predstavlja specijalizirane sudove, već samo stručna vijeća. Potrebno je naglasiti da se razmatra uspostavljenje specijaliziranih okružnih sudova, mada je mišljenje autora da su ti planovi nerealni i to prvenstveno iz dva razloga: prije svega, troškovi povezani s takvim projektom ne idu u prilog toj ideji. Kao drugo, ovo rješenje ne bi bilo adekvatno ni u konkretnom sistemu. Naime, priprema se povećanje broja okružnih sudova na 14⁴, što će značiti da će neki sudovi raditi na tako malim teritorijalnim jedinicama da će za efikasan rad biti potrebno samo jedno vijeće. To bi rješenje nužno – pored drugih problema – naišlo na problem nedostatka stručne kompetencije, pristrasnosti sudija i klijentelizam.

U praksi je tako da se odluka upravnog suda traži nakon okončanja upravnog postupka (po pravilu kroz dvije instance), i to na osnovu tužbe podnesene kod okružnog suda. Upravni sud u tom slučaju odlučuje o tzv. kasacionoj žalbi na odluku okružnog suda. Okružni sud, dakle, ima pravo da poništi upravni akt obje instance, dok Upravni sud može poništiti samo odluku okružnog suda i istom izdati obavezujuće mišljenje.

Zanimljiv je podatak o uspjehu žalbi prema pojedinim pravnim oblastima. U poslovnoj godini 2007. prihvaćeno je 7% žalbi u predmetima azila, 28% u predmetima socijalne zaštite, 33% žalbi u oblasti finansija i 38% u ostalim stvarima (prekršajne kazne, građevinsko pravo, zaštita okoliša itd.). Prosječna uspješnost kasacionih žalbi iznosila je 23%.

Kadrovska situacija je takva da postoji oko 150 upravnih sudija (od ukupno ca. 3.000 sudija u Češkoj Republici); od toga 27 radi na Upravnom sudu, a ostatak na okružnim sudovima. Treba naglasiti da svaki sudija Upravnog suda ima mogućnost da koristi podršku dva pripravnika, koji obično dolaze s Pravnog fakulteta u Brnu. Autor smatra da se ova praksa pokazala jako dobrom. Pored toga, iako Upravni sud bilježi tek nepunih šest godina postojanja, već je nekoliko bivših pripravnika imenovano za upravne sudije na okružnim sudovima. Radi se o optimalnom razvoju, u kojem najbolji pripravnici, koji odlično poznaju sudsku praksu upravnog suda, istu provode u djelo i na nivou okruga. Na taj se način stvara daleko veća simbioza između dvije instance upravnog sudstva.

Na upravnim sudovima se vrši određena specijalizacija. Međutim, takvu specijalizaciju sebi mogu "priuštiti" samo

⁴⁾ Razlog leži u teritorijalnoj organizaciji Češke Republike, u kojoj je 1. 1. 2000. umjesto prvobitnih 8 okruga uspostavljeno 14 viših teritorijalno autonomnih jedinica. Ova izmjena se, međutim, nije potpuno odrazila ni na sistem organa javne uprave ni na sudove.

veći okružni sudovi, kod kojih na primjer specijalizacija u oblasti tržišne konkurencije, prava azila ili socijalne zaštite predstavlja specijalistički program; ostali sudovi se ne mogu specijalizirati. Upravni sud se dijeli na dva specijalizirana odjela, koja su nadležna za finansijsku upravu i društvenu upravu. Odjel za finansijsku upravu sastoji se od šest vijeća od po tri člana i bavi se poreskim i carinskim pravom, odnosno pravom konkurencije; Odjel za društvenu upravu ima tri vijeća, koja se bave penzionim pravom, pravom socijalnog osiguranja i radnim pravom. Ostali dio programa, u koji između ostalog spadaju prekršajne kazne, građevinsko pravo, pravo o azilu i pravo o okolišu, nije specijaliziran i zato se njime bave sva vijeća.

Važnu ulogu na Upravnom sudu obavlja posebno vijeće sa svojih sedam članova. Ono je zaduženo za objedinjavanje sudske prakse vijeća. U praksi to funkcionira na način da nijedno vijeće ne može donijeti odluku koja odstupa od odluke nekog drugog vijeća, već je dužno da predmet dostavi proširenom vijeću, ako utvrdi da je isti sud u nekoj odluci u prošlosti izrazio pravno mišljenje s kojim se vijeće ne slaže. Prošireno vijeće zatim donosi odluku, a njegovo pravno mišljenje je obavezujuće i za buduće rješavanje sličnih predmeta. U tom kontekstu se treba naglasiti da prošireno vijeće često donosi ovakve odluke⁵, što ukazuje na činjenicu da se upravno sudstvo još uvijek nalazi u fazi razvoja i da se ne može govoriti o konstantnoj i jedinstvenoj sudskoj praksi. Istovremeno ova činjenica potvrđuje da se sudije istinski trude da nađu najbolje pravno rješenje i da na nivou Upravnog suda postoji srazmjerno obiman pluralitet mišljenja.

Za ljubitelje statistike navodimo sljedeće podatke iz kojih se vidi obim rada Upravnog suda:

Godina	2003. ⁶	2004.	2005.	2006.	2007.
Broj novih predmeta	4243	5684	5194	4192	3604
Broj riješenih predmeta	2749	4247	4866	4720	4723

Iz tabele se jasno vidi da se situacija početkom 2006. godine stabilizirala i značajno poboljšala, utoliko više zbog činjenice da broj zahtjeva za pokretanje postupaka opada, što omogućava da broj riješenih predmeta bude veći od broja predmeta koji pristižu. To znači da se skraćuje dužina trajanja postupka i da opada broj predmeta koji se dugo

nalaze u obradi.⁷ Ova se tendencija nastavlja i 2008. godine. U prvom polugodištu je primljeno ukupno 1.580 predmeta, dok je broj riješenih predmeta bio 2025.

U vezi organizacije upravnog sudstva važno je istaknuti web stranicu Upravnog suda: www.nssoud.cz, na kojoj se objavljuju sve odluke ovog suda u punom tekstu, ali nažalost samo na češkom jeziku. Veliku diskusiju je rasplamsalo pitanje da li se te odluke u smislu Zakona o zaštiti podataka moraju anonimizirati ili ne. Trenutno rješenje je da se ne objavljuju samo prava imena fizičkih lica koja su učesnici u postupku (npr. svjedoci itd.). Nazivi upravnih organa, a od nedavno i nazivi pravnih lica se ne prikrijuju.

3. Vrste postupaka pred upravnim sudovima

Svrha upravnog sudstva je osiguranje zaštite javnih subjektivnih prava.⁸ Ovu odredbu treba posmatrati u vezi s čl. 4. Ustava, prema kojem osnovna prava i slobode uživaju sudsku zaštitu.

Iz tog razloga se u postupku pred upravnim sudovima preispituju: (1) odluke, (2) šutnja uprave ili (3) nezakonito miješanje organa uprave. Ovoj podjeli odgovaraju tri vrste tužbi kojima se stranka može žaliti na upravni akt. U slučaju pod (1), sud na osnovu tužbe može ukinuti odluku uprave i obavezati organ uprave da sprovede pravni stav suda. Izuzetak čine odluke u vezi s upravnim prijestupom. U takvim slučajevima okružni sud ima pravo na tzv. moderciju, tj. može smanjiti izrečenu kaznu. U slučaju (2), tužbe zbog šutnje organa uprave sud može obavezati organ uprave da izda rješenje ili da izjavu, te mu za to odrediti primjereni rok. U slučaju (3), tj. postupku za zaštitu od nezakonitog miješanja, nezakonitog naloga ili prinude organa uprave, sud može, ako prihvati tužbu, narediti organu uprave da prestane vrijeđati prava tužitelja i da izvrši, ako prihvati tužbu i narediti vraćanje u prijašnje stanje ukoliko je to moguće.

Vrsta postupka koja se u praksi najčešće javlja je sigurno postupak koji se pokreće tužbom protiv nezakonite odluke organa uprave. Ovdje treba naglasiti da pojam "odluka" označava formu koja se u sudskoj praksi tumači u materijalnom, a ne u formalnom smislu.⁹ To konkretno znači da je "odluka" tehnički naziv i da se uvijek treba posmatrati sa sadržajnog aspekta, a ne s formalnog. Nebitno je, dakle, kako se odluka zove (odluka, rješenje, presuda, nalog itd.), već je bitno da je javni organ putem takve odluke, svojim autoritetom i s pravnim dejstvom, izvršio miješanje u pravnu sferu podnosioca zahtjeva. Takva odluka mora dovesti do nastanka, izmjene ili prestanka određenog prava ili obaveze nekog fizičkog ili pravnog lica. Odlukom se smatra i svaki individualni pravni akt koji je javni organ donio iz pozicije nadređenosti ili podređenosti. U praksi su,

⁵ Upravni sud je od svog nastanka proširenom vijeću prosljedio 94 slučaja (podaci na dan 10. 9. 2008.). Ako izuzmemo prvu godinu 2003. kada nije bilo zahtjeva, dolazimo do cca. 20 zahtjeva prosječno za godinu, što nije zanemarljivo.

⁶ Ovdje treba dodati da je 2003. godine Vrhovnom ustavnom sudu prosljedeno skoro 1.500 slučajeva koji do kraja 2002. nisu bili riješeni od strane dva upravna suda (Prag i Olmütz). Radi se o nužnoj prelaznoj mjeri za obradu predmeta koji su primljeni u skladu sa ranijim zakonskim propisima. Valja naglasiti da se po pravilu radi o vrlo složenim slučajevima, a odlučivanje o njima je značajno usporilo ukupni rad suda (koji u to vrijeme nije bio kadrovski potpuno popunjen).

⁷ Postupak na Upravnom sudu je 2004. godine u prosjeku trajao 241 dana, 2005. godine 275 dana, 2006. godine 219 dana, a 2007. samo 109 dana.

⁸ Odredba člana 2 Zakona o Upravnom sudu.

⁹ Vidi npr. presudu Upravnog suda od 24. 5. 2006, broj 1 Afs 147/2005 na: www.nssoud.cz.

na primjer, upravni sudovi odlukama nazivali i pismena, a odluke mogu čak biti i fiktivne, tj. nepostojeće.¹⁰

U vezi s ovom vrstom žalbenog postupka treba naglasiti da osporena odluka organa uprave mora imati pravno dejstvo i da sud istu preispituje sa aspekta činjeničnog i pravnog stanja koje je postojalo u vrijeme donošenja odluke od strane organa uprave. Nove činjenice i pravne “novine” sud prema tome ne može uzeti u obzir. Odluku okružnog suda u gore opisanim slučajevima Upravni sud može uvijek preispitati na osnovu žalbe za poništenje. Žalba za poništenje se u zakonu uvijek označava kao vanredni pravni lijek, ali je njeno tumačenje vrlo široko. Može se dakle govoriti o punoj kontroli i faktički dvojnoj instanci upravnog sudstva.

Značajni praktični problem je činjenica što se ova žalba podnosi preko istog okružnog suda koji je donio osporenu presudu. Okružni sud, naime, vrši pripremne radnje: uklanja greške u žalbi za poništenje, zahtijeva izjašnjavanje učesnika u postupku, pribavlja dokumentaciju iz spisa i slično. Tek nakon toga spis predaje Upravnom sudu. Postupak od podnošenja žalbe do predaje spisa upravnom sudu u prosjeku traje oko šest mjeseci. To znači da još u trenutku kad se spisi predaju Upravnom sudu postoji kašnjenje postupka od šest mjeseci. Bilo bi efikasnije da se ovi pravni lijekovi predaju direktno kod suda koji rješava u predmetu.

Pored gore opisanih osnovnih i najčešćih vrsta postupaka treba istaknuti i neke posebne karakteristike samog postupka, kao npr.: (1) postupci u pitanjima izbora i lokalnog referenduma, (2) postupci u pitanjima političkih stranaka i (3) postupci u vezi sa žalbama na nadležnost.

Zajedničke karakteristike tih postupaka, po kojima se razlikuju od “tipičnih” postupaka, su sudska preispitivanja u jednoj instanci i nepostojanje prethodnog upravnog postupka. Dok najznačajniju karakteristiku upravnog sudstva u Češkoj Republici predstavlja preispitivanje pravosnažnih upravnih akata odnosno zaštita od drugih oblika miješanja organa uprave, kod ovog netipičnog postupka radi se o nečemu sasvim drugom.

U *izbornopravnim pitanjima* upravni sudovi imaju pravo da utvrde nezakonitost izbora, i to na osnovu postupka javnih organa koji je u suprotnosti sa zakonski utvrđenim pravilima za postupak izbora ili u slučaju kršenja pravila poštenog političkog nadmetanja od strane pojedinih kandidata, odn. političkih stranki.¹¹ Razlog za poništenje izbornih rezultata su na primjer bili slučajevi manipuliranja izbornim listićima ili kršenje pravila koja se odnose vođenje

izborne kampanje. Vrhovni upravni sud je za te slučajeve formulirao “troelementni algoritam preispitivanja”. Pri tome se najprije preispituje da li je uopšte prekršen izborni zakon. Nakon toga se postavlja pitanje da li između utvrđene nezakonitosti i izbornog rezultata postoji uzročno-posljedična veza. Zatim se postavlja pitanje da li je taj prekršaj bio tako težak da postoji osnovana sumnja da bi bez tog prekršaja izbori imali drugačiji rezultat (ispit srazmjernosti). Treba još dodati da lokalne izbore (opštinske i okružne) preispituju okružni sudovi. Izbori na nivou države (zastupnički dom, senat, Evropski parlament) spadaju u nadležnost Upravnog suda.

U pitanjima *političkih stranaka* sedmočlano vijeće Upravnog suda odlučuje o zahtjevu za prestanak rada ili za ukidanje političkih stranaka. Takav zahtjev mogu podnijeti samo vlada ili predsjednik Republike. To faktički ima za posljedicu da do sada nije podnesen niti jedan zahtjev protiv neke značajne političke ili protiv neke ekstremističke stranke. Broj od 20 do 30 zahtjeva godišnje odnosi se isključivo na slučajeve u kojima se tvrdi da političke stranke ne ispunjavaju svoju zakonsku obavezu da parlamentu podnesu godišnje finansijske izvještaje iz kojih se vidi iz kojih se izvora stranke finansiraju i gdje se novac odlijeva. O pravnom lijeku na odluku Upravnog suda odlučuje Ustavni sud.

I, na kraju, u slučaju *tužbi na nadležnost*, upravni sud ima zadatak da donese pozitivnu ili negativnu odluku u sporu o nadležnosti između upravnih organa (javni organi, institucije koje imaju javna ovlaštenja). Rezultat takvog postupka je odluka kojom sud utvrđuje koji je organ nadležan da rješava u određenoj stvari.

Doc. dr. Vojtech Simicek, Ph. D.

Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Tschechischen Republik – Entwicklung und ausgesuchte Probleme – Teil I

(Zusammenfassung)

Der Beitrag stellt die schriftliche Fassung eines Referates dar, das der Autor im Rahmen der von der IRZ-Stiftung und der mazedonischen Akademie für die Aus- und Weiterbildung der Richter und Staatsanwälte veranstalteten Konferenz “Der Beitrag der Verwaltungsgerichtsbarkeit zur Entwicklung des Rechtsstaats: Allgemeine Prinzipien und Rechtsprechung in Deutschland, Mazedonien und Tschechien” gehalten hat. In dieser Ausgabe wird der erste Teil des Beitrages abgedruckt. Der zweite Teil folgt in der nächsten Ausgabe der NPR. Der gesamte Beitrag ist in deutscher Sprache im Handbuch für Wirtschaft und Recht in Osteuropa (JOR) 2/2009, S. 347 ff erschienen. Deutschsprachige Leser werden deshalb wegen der Einzelheiten auf die deutsche Fassung im JOR verwiesen.

¹⁰⁾ Tako je bilo u skladu sa Zakonom broj 106/1999 Slg. o slobodnom pristupu informacijama u slučaju šutnje javnog organa na zahtjev za dostavljanje informacija. U tim je slučajevima kod isteka zakonom utvrđenog roka važila fikcija da je donesena negativna upravna odluka koju je sud zatim preispitivao. Problem bi nastao kad bi se takva odluka poništila zato što se nije mogla provjeriti, odnosno ako javni organ ni nakon toga ne bi donio odluku važila je fikcija odluke. Sa aspekta podnosioca zahtjeva, radilo se o potpuno neefikasnom propisu.

¹¹⁾ Više podataka: Molek, Šimíček, Vojtěch, *Sudska kontrola izbora*, Linde Praha, 2006.

Protivizvršenje u Republici Makedoniji – problemi i dileme –

Prof. dr. Arsen Janevski

Doc. dr. Tatjana Zoroska-Kamilovska

Sažetak

Protivizvršenje je poseban i specifičan put pravne zaštite koji je kreiran kao alternativa parnici zbog sticanja bez osnova, s ciljem da u jednom relativno pojednostavljenom, kraćem i bržem postupku dužnik ostvari svoje pravo na povrat onoga što mu je izvršenjem oduzeto bez osnova. Autori daju analizu odnosa između protivizvršenja i parnice zbog sticanja bez osnova u nedostatku izričite odredbe Zakona o izvršenju Republike Makedonije. U produžetku, analizirane su pretpostavke za protivizvršenje, postupak protivizvršenja i sistem pravnih lekova u postupku protivizvršenja. Na kraju, autori zaključuju da uzimajući u obzir brojne dileme i otvorena pitanja koja se javljaju u vezi sa protivizvršenjem, mala je verovatnoća da će to biti "atraktivna alternativa" parnici zbog sticanja bez osnova i da je potrebno izgraditi celovito uređen i zaokružen koncept protivizvršenja.

Ključne reči: izvršenje, izvršna isprava, protivizvršenje, tužba zbog sticanja bez osnova

1. Pojam protivizvršenja

Sprovedenje izvršenja uslovljeno je postojanjem određenih pretpostavki materijalnopravne i procesnopravne prirode. Reč je o pretpostavkama koje moraju da postoje kako bi se izvršenje moglo sprovesti, a odnose se na: izvršnu ispravu, potraživanje za koje se vodi izvršni postupak i zahtev o izvršenju.

U praksi su moguće situacije kada je izvršenje sprovedeno i poverilac namirio svoje potraživanje, ali su nakon završetka izvršnog postupka neke pretpostavke izvršenja prestale da postoje. Tako se npr. može dogoditi da izvršna isprava na osnovu koje je sprovedeno izvršenje prestane da postoji (zato što je ukinuta, poništena, preinačena, stavljena van snage, itd.). U ovim slučajevima je rezultat postupka izvršenja – namirenje potraživanja poverioca – nezakonit, neovisno od toga što je samo izvršenje bilo zakonito sprovedeno. Namirenje poverioca ne može se smatrati zakonitim, budući da je poverilac bez pravnog osnova stekao dio imovine dužnika. Sprovedenim izvršenjem neosnovano je nastao disbalans u imovinskim sferama poverioca i dužnika, a u njegovom stvaranju učestvovao je organ (lice) koji je nosilac javnih ovlašćenja¹. Nesumnjivo je da postoji potreba da se otklone nezakonite posledice izvršenja, odnosno da se otklone štetne posledice u imovinskoj sferi dužnika i da se restituira pravno i faktičko stanje koje je postojalo pre izvršenja.

U pravnim sistemima uobičajeno su predviđena dva pravna metoda (postupka) koja omogućavaju dužniku da povрати ono što mu je oduzeto izvršenjem bez pravnog osnova: parnica zbog sticanja bez osnova i protivizvršenje. Reč je o dva različita metoda preko kojih bi se trebao ostvariti isti pravozaštitni cilj – da se otklone nezakonite posledice nastale izvršenjem.

Parnični postupak zbog sticanja bez osnova je redovni pravni put zaštite u slučajevima neosnovanog bogaćenja,

uključujući i ono koje je rezultat postupka prinudnog izvršenja. Pravni osnov za podnošenje tužbe zbog sticanja bez osnova je opšte pravilo obligacionog prava, prema kojem je, uvijek kada deo imovine jednog lica na bilo koji način pređe u imovinu nekog drugog lica, a taj prelaz nema svoju osnovu u nekoj pravnoj stvari ili u zakonu, sticatelj dužan vratiti taj deo imovine, ako je to moguće, a u suprotnom je dužan nadoknaditi vrednost ostvarene koristi. Obaveza vraćanja, odnosno naknade vrednosti nastaje i kada se nešto primi s obzirom na osnov koji se nije ostvario ili je kasnije otpao (čl. 199, st. 1 i 3 ZOO)². Repariranje nezakonitih posledica izvršenja u ovom se slučaju vrši u redovnom parničnom postupku, a to znači u jednom relativno formalnom, strogom i dugotrajnom postupku, u kojem se samo dobija (u slučaju usvajanja tužbenog zahteva) kondemnatorna presuda usmjerena na vraćanje onoga što je neosnovano oduzeto pri prisilnom izvršenju. Ostvarenje krajnjeg cilja zaštite ipak ovisi od toga da li će poverilac (tuženi u parnici zbog sticanja bez osnova) dobrovoljno izvršiti obavezu vraćanja koja mu je nametnuta kondemnatornom presudom, ili, ukoliko to nije slučaj, onda u posebnom postupku prinudnog izvršenja.

Protivizvršenje je poseban i specifičan put pravne zaštite koji je kreiran kao alternativa parnici zbog sticanja bez osnova, s ciljem da u jednom relativno pojednostavljenom, kraćem i bržem postupku dužnik ostvari svoje pravo na povrat onoga što mu je izvršenjem oduzeto bez osnova. Kao specifičan institut izvršnog prava, protivizvršenje je zamišljeno kao posebni postupak u kojem se sublimiraju efekti dva postupka: parničnog postupka zbog sticanja bez osnova i izvršnog postupka. Prvi deo ovog postupka, po svojoj suštini, predstavlja parnicu koja se vodi prema pravilima izvršnog postupka³, odnosno specifični adhezioni,

² Zakon za obligacionite odnosi – ZOO ("Služben vesnik na RM", br.18/2001, 4/2002, 5/2003, 84/2008, 81/2009 i 161/2009).

³ G. Stanković, Građansko procesno pravo, druga sveska, Vanparnično i izvršno pravo, Niš, 2007, str. 197.

¹ Sud, izvršitelj, agencije za izvršenje ili dr. organi, službe ili tela u zavisnosti od sistema izvršenja koji je ustanovljen u određenoj zemlji.

incidentalni postupak koji se odvija u okviru izvršnog postupka, koji je dao povod njegovog provođenja.⁴ Sadržaj pravne zaštite određene u ovom delu, prisilno se ostvaruje u drugom delu protivizvršenja.

U pravnom sistemu Republike Makedonije, protivizvršenje kao institut izvršnog prava predviđeno je i uređeno Zakonom o izvršenju⁵, a svoj kontinuitet vuče iz nekadašnjeg Zakona o izvršenju i obezbeđenju iz 1930. godine, preko Zakona o izvršnom postupku iz 1978. godine i Zakona o izvršnom postupku iz 1997. godine.⁶

2. Odnos između protivizvršenja i parnice zbog sticanja bez osnova

Pravni poreci ne samo što predviđaju dva navedena metoda za otklanjanje nezakonitih posledica nastalih izvršenjem, već, po pravilu, uređuju i njihov međusobni odnos⁷.

ZI Republike Makedonije uopšte ne predviđa mogućnost vođenja parnice zbog sticanja bez osnova u postupku izvršenja, niti uređuje odnos između protivizvršenja i tužbe zbog sticanja bez osnova. Za razliku od njega, u ranijem ZIP iz 1997. godine bio je izričito utvrđen supsidijarni karakter parnice zbog sticanja bez osnova u odnosu na protivizvršenje, s propisom da pre isteka roka za podnošenje predloga za protivizvršenje, dužnik ne može da ostvari svoje potraživanje u parničnom postupku (čl. 59 st. 3 ZIP).

U situaciji kada ZI ne sadrži ovakav propis postavlja se pitanje da li i dalje važi pravilo supsidijarnosti tužbe zbog sticanja bez osnova u odnosu na predlog za protivizvršenje ili je dužnik taj koji bira u kakvom će postupku ostvarivati svoje pravo?

U nedostatku izričite odredbe u zakonu koja bi dala prioritet protivizvršenju, proizlazi da dužnik može da bira u kojem će postupku ostvarivati pravo da traži povrat onoga što mu je bez osnova oduzeto u postupku izvršenja. Pri izboru metoda pravne zaštite dužnik će se rukovoditi karakteristikama pojedinih metoda, a posebno onom koja daje veće garancije za uspeh u ostvarivanju prava. Sledstveno tome, ako u rokovima propisanim za podnošenje predloga za protivizvršenje, dužnik umesto predloga podnese tužbu zbog sticanja bez osnova, parnični sud kod koga je podnesena tužba ne može tužbu odbaciti kao nedopuštenu, zato što dužniku stoji na raspolaganju drugi pravni put zaštite – protivizvršenje, za čije preuzimanje i dalje teku zakonski rokovi.

Ne možemo sa sigurnošću da tvrdimo da li je navedeno stanje u zakonodavstvu Republike Makedonije rezultat ideje da se dužnik ne ograničava u izboru postupka u kojem će zaštititi svoja prava, ili je posledica propusta zakonodavca

da uredi pitanje o odnosu protivizvršenja i parnice zbog sticanja bez osnova. Ne treba da se zaboravi da je smisao instituta protivizvršenja da se dužniku da mogućnost da svoje pravo da traži povrat onoga što mu je neosnovano oduzeto ostvari u jednom relativno kraćem, jednostavnijem i bržem postupku u odnosu na parnicu zbog sticanja bez osnova. Ako je to tako, onda je logično da se očekuje da će dužnik u svakom konkretnom slučaju dati prednost protivizvršenju (ukoliko postoje sve pretpostavke za vođenje ovog postupka) i da će dužnik posegnuti za tužbom zbog sticanja bez osnova samo nakon isteka rokova za podnošenje predloga za protivizvršenje. Ipak, s obzirom na sadašnje uređenje protivizvršenja ne možemo očekivati da će to i stvarno biti slučaj. Čini nam se da zbog brojnih drugih otvorenih pitanja i dilema koje postoje u vezi sa institutom protivizvršenja, izostanak pravila o supsidijarnosti tužbe zbog sticanja bez osnova u odnosu na predlog za protivizvršenje još više devalvira smisao i značenje ovog procesnog instituta. Zbog toga smatramo da u ZI treba vratiti pravilo sadržano u čl. 59 st. 3 ranijeg ZIP, prema kojem pre isteka roka za podnošenje predloga za protivizvršenje, dužnik ne može ostvariti svoje potraživanje u parničnom postupku.

S druge strane, pri sagledavanju odnosa između protivizvršenja i parnice zbog sticanja bez osnova, ne treba prevideti ni činjenicu da je uvođenjem novog koncepta izvršenja u Republici Makedoniji svakako umanjena pravozaštitna vrednost i značaj instituta protivizvršenja. Naime, ako se ima u vidu da je postojanje ovog instituta uglavnom inspirisano načelom procesne ekonomije i efikasnosti, odnosno idejom da postupak protivizvršenja u potpunosti vodi izvršni sud (sud koji je sproveo izvršenje) čime se obezbeđuje koncentracija postupanja (izvršenje i protivizvršenje) pred istim sudom (pa čak i isti personalni sastav suda)⁸, jasno je da je ostvarivanje ove ideje dovedeno u pitanje zbog toga što danas kod nas postupak izvršenja sprovodi izvršitelj, a postupak protivizvršenja (u kognicijskom delu) vodi sud, odnosno organ koji je doneo izvršnu ispravu. Time ne samo što se umanjuje vrednost i značaj ovog instituta, nego se i problematizuje opravdanost njegovog postojanja u okviru novog sistema izvršenja.

3. Pretpostavke za protivizvršenje

Neovisno od prethodne generalne dileme povodom opravdanosti postojanja instituta protivizvršenja u okviru novog sistema izvršenja, trenutna reguliranost instituta

⁴ M. Dika, *Građansko ovršno pravo*, I knjiga, *Opće građansko ovršno pravo*, Zagreb, 2007, str. 424.

⁵ Zakon za izvršivanje ("Služben vesnik na RM", br. 35/2005, 50/2006, 129/2006, 8/2008, 83/2009, 50/2010, 83/10, 88/10 i 171/10), u daljem tekstu ZI.

⁶ Zakon za izvršna postupka ("Služben vesnik na RM" br. 53/97, 59/2000 i 64/2003), u daljem tekstu ZIP iz 1997. godine.

⁷ Tako, Ovršni zakon Republike Hrvatske (Narodne novine br. 57/96, 29/99, 42/00, 173/03, 194/03, 151/04, 88/05, 121/05, 67/08), kako i novi Ovršni zakon (Narodne novine br. 139/10) koji još nije stupio na snagu u celini, zatim Zakon o izvršnom postupku Republike Srbije (Službeni glasnik RS, br. 125/2004), Zakon o izvršbi i zavarovanju - uradno prečišćeno besedilo (ZIZ-UPB3) (Uradni list Republike Slovenije, št.110/06).

⁸ Na značajno olakšanim uslovima u organizacijskom i funkcionalnopravnom smislu kod protivizvršenja posebno ukazuje i M. Dika, op. cit., str. 426.

protivizvršenja generira probleme i dileme i za mnoga druga pitanja koja se odnose na ovaj institut. Jedan njihov deo odnosi se na pretpostavke protivizvršenja, a što će u produžetku biti predmet analize.

Kako bi se došlo do protivizvršenja potrebno je da kumulativno bude ispunjeno nekoliko pretpostavki: a) da je izvršenje sprovedeno, b) da je dužnik podneo predlog za protivizvršenje, c) da je predlog podnesen u zakonskom roku, d) da je predlog podnesen nadležnom organu, e) da postoji zakonski razlog za protivizvršenje i f) da je dužnikovo potraživanje prema poveriocu podobno za protivizvršenje. Neke od pretpostavki imaju procesnopravnu, a druge materijalnopravnu prirodu.

3.1. Da je sprovedeno izvršenje. Kako bi se moglo tražiti protivizvršenje potrebno je da je izvršenje prethodno sprovedeno. Kao što govori i sam naziv, protivizvršenje je kontrarno izvršenju. Smatra se da je izvršenje sprovedeno preuzimanjem poslednje izvršne radnje kojom je potraživanje poverioca u celosti ili delimično namireno.⁹ Razumljivo, ova izvršna radnja je različita kod različitih vrsta izvršenja, u zavisnosti da li je reč o namirenju novčanog ili nenovčanog potraživanja i u zavisnosti od sredstva i predmeta izvršenja.

Predlog za protivizvršenje koji je podnet pre nego što je izvršenje sprovedeno smatra se nedopuštenim i treba biti odbačen od strane nadležnog organa.

3.2. Razlozi za protivizvršenje. Prema ZI, razlozi za protivizvršenje povezani su sa izvršnom ispravom kao osnovom izvršenja. Tako, protivizvršenje može da se traži ako je izvršna isprava na osnovu koje je sprovedeno izvršenje pravosnažno ukinuta, preinačena, poništena ili stavljena van snage (čl. 78, st. 1 ZI).

Za razliku od ovoga, raniji ZIP iz 1997. godine, pored pomenutog razloga, predviđao je još nekoliko drugih razloga za protivizvršenje: ako je u toku izvršnog postupka dužnik namirio poveriočevo potraživanje, ako je rešenje o izvršenju pravosnažno ukinuto ili preinačeno i ako je sprovedeno izvršenje na novčanim sredstvima koja se vode na račun dužnika kod nosioca pravnog prometa ili sa isplatom gotovog novca proglašeno nedopuštenim (čl. 59, st. 1 ZIP). Deo ovih razloga za protivizvršenje izostavljen je u ZI zbog promene u strukturi postupka izvršenja. Tako npr. ne može da se zahteva protivizvršenje zbog toga što je rešenje o izvršenju pravosnažno ukinuto ili preinačeno, zato što se u

postupku izvršenja prema ZI ne donosi rešenje o izvršenju. Ipak, može da se primeti da je ZI neopravdano izostavio neke od razloga za protivizvršenje koji su bili predviđeni ranijim ZIP. Tako npr. prema ZI, ako je dužnik u toku postupka izvršenja namirio (dobrovoljno) poveriočevo potraživanje, a pored toga je sprovedeno i izvršenje, dužnik ne može da traži protivizvršenje, nego povrat dvostruko isplaćenog duga može da traži tužbom zbog sticanja bez osnova¹⁰.

3.3. Predlog za protivizvršenje. Postupak protivizvršenja porkećen se samo po predlogu dužnika (načelo dispozicije). Postupak se ne može pokrenuti po službenoj dužnosti od strane suda ili organa od kojeg potiče izvršna isprava (arg. ex. čl. 78, st. 1 ZI). Da budemo precizniji, s predlogom za protivizvršenje pokreće se prvi (kognicijski) deo ovog postupka, budući da, kako ćemo videti i kasnije, za pokretanje drugog dela (protivizvršenje u užem ili pravom smislu reči) važi opšte pravilo za pokretanje postupka izvršenja sa zahtevom za protivizvršenje.

Predlog za protivizvršenje je specifično pravno sredstvo koje sadrži zahtev za vraćanje onoga što je poverilac stekao bez osnova sprovođenjem izvršenja. U predlogu za protivizvršenje, dužnik ne može pored zahteva za povrat istaći i zahtev za naknadu štete koju je pretrpeo zbog neosnovano sprovedenog izvršenja (arg. ex. 78 st. 1 ZI). Pravo na naknadu štete dužnik može ostvariti u parničnom postupku.

U ZI nije izričito propisano da li u situacijama kada je poverilac sprovođenjem izvršenja naplatio određeni novčani iznos dužnik ima pravo da s predlogom za protivizvršenje traži samo naplatu glavnice ili i naplatu zateznih kamata na iznos za koji se protivizvršenje traži od dana sprovođenja izvršenja do dana vraćanja novčanih sredstva. Ako se ima u vidu da, kada bi dužnik svoje pravo ostvarivao u parničnom postupku s tužbom zbog sticanja bez osnova, isti ima pravo da traži i kamate na novčani iznos koji potražuje, treba uzeti u obzir da dužnik takvu mogućnost ima i u postupku protivizvršenja.¹¹ U suprotnom, dužnik bi morao voditi dva postupka: protivizvršenje zbog povrata glavnice i parnicu za kamatu koja ne može da se ostvari s protivizvršenjem. U takvim situacijama postaje diskutabilno da li će dužnik uopšte posegnuti za predlogom za protivizvršenje, ako se zna da će s tužbom zbog sticanja bez osnova potpunije ostvariti svoje pravo.

ZI na izričit način ne propisuje u kakvoj formi treba da se podnese predlog za protivizvršenje, pa se postavlja pitanje da li ovde mogu na odgovarajući način da se primene propisi Zakona o parničnom postupku¹² koji se odnose na formu

⁹ Tako, i S. Triva, V. Belajec, M. Dika, *Sudsko izvršno pravo*, Zagreb, 1984, str. 351, "Izvršenje je završeno i kada je potraživanje samo delimično ostvareno ako je u odnosu preostalog dela potraživanja, izvršenje zaustavljeno (npr. zato što nisu pronađena sredstva koja bi bila dovoljna za potpuno ostvarenje potraživanja)", isto B. Starović, *Vanparnično i izvršno pravo*, Novi Sad, 1992, str. 101. Namirenje poverioca sprovođenjem izvršenja tretira se i kao posebna materijalnopravna pretpostavka za protivizvršenje. Videti M. Dika, op. cit., str. 425.

¹⁰ Prema čl. 201 ZOO, onaj koji je isti dug naplatio dva puta, pa makar jednom i na osnovu izvršne isprave, ima pravo da traži povrat prema opštim pravilima za sticanje bez osnova.

¹¹ Ovo je izričito propisano npr. u hrvatskom Ovršnom zakonu (čl. 58, st. 3), srpskom Zakonu o izvršnom postupku (čl. 60, st. 5).

¹² Zakon za parničnata postupka ("Služben vesnik na RM", br. 79/2005, 110/2008, 83/2009 i 116/2010), u daljem tekstu ZPP.

procesnih radnji, kao i na sadržaj podneska. Ako se pažljivo čita odredba čl. 10 ZI koja se odnosi na primenu propisa ZPP, konstatiraće se da u ovom slučaju ne može biti reč o supsidijarnoj primeni propisa ZPP, zbog toga što je prema čl. 10 ZI odgovarajuća primena propisa ZPP predviđena samo pri sprovođenju izvršenja, ali ne i za protivizvršenje, posebno ne za prvi (kognicijski) deo ovog postupka. U situaciji zakonske neuređenosti ovog pitanja ostaje da se primenjuju pravila odgovarajućeg procesnog zakona u zavisnosti od toga koji organ odlučuje po predlogu za protivizvršenje (sud, organ uprave, itd) i prema pravilima kojeg postupka (parnični, upravni, itd). Ovo može biti problematično zato što različiti procesni zakoni predviđaju različite procesne garancije u zaštiti prava.

Uz predlog za protivizvršenje, dužnik treba da priloži i odgovarajuće dokaze (npr. odluka kojom se izvršna isprava ukida, preinačava, poništava ili stavlja van snage).

3.4. Rok za podnošenje predloga za protivizvršenje.

Pravo dužnika da podnese predlog za protivizvršenje vremenski je ograničeno. Za podnošenje predloga za protivizvršenje predviđen je subjektivni i objektivni rok (čl. 78, st. 2 ZI). Predlog za protivizvršenje može da se podnese u roku od mesec dana od dana kada je dužnik saznao za razlog protivizvršenja, naime da je izvršna isprava na osnovu koje je sprovedeno izvršenje pravosnažno ukinuta, preinačena, poništena ili stavljena van snage (subjektivni rok), a najkasnije u roku od godinu dana od dana završetka izvršenja (objektivni rok). Pomenuti rokovi su prekluzivni, što znači da njihovim protekom dužnik gubi pravo na podnošenje predloga za protivizvršenje¹³, a svoje pravo može da ostvari u parničnom postupku.

3.5. Organ nadležan da odlučuje po predlogu za protivizvršenje. Prema ZI, dužnik podnosi predlog za protivizvršenje sudu, odnosno organu koji je doneo izvršnu ispravu (čl. 78, st. 1 ZI). Imajući u vidu odredbe čl. 12 ZI kojima su određene vrste izvršnih isprava, proizlazi da predlog za protivizvršenje može biti podnet sudu, organu uprave, arbitraži, izvršitelju, notaru, itd. Sud, odnosno organ koji je doneo izvršnu ispravu i kome se podnosi predlog za protivizvršenje nadležan je da odlučuje po predlogu za protivizvršenje.

Pomenuto rešenje ZI moglo bi da stvori probleme u praksi u slučajevima kada je organ koji je doneo izvršnu ispravu (koja je kasnije ukinuta, preinačena, poništena ili stavljena van snage) prestao da postoji, posebno kada je reč o *ad hoc* arbitražama koje se formiraju za jednokratnu upotrebu: konstituiraju se za rešavanje konkretnog spora i prestaju da postoje donošenjem arbitražne odluke. Ako je na osnovu te arbitražne odluke sprovedeno izvršenje, a ujedno je pokrenuti postupak za poništenje arbitražne

odluke pred državnim sudom i odluka je poništena, postavlja se pitanje ko će odlučivati po predlogu za protivizvršenje¹⁴.

U drugim slučajevima, navedeno ne bi trebalo da predstavlja problem zbog toga što se u slučaju prestanka određenih organa (službi, tela) predviđa koji drugi subjekat preuzima vršenje poslova iz njihove nadležnosti.

ZI ne propisuje ni sastav u kojem bi sud odlučivao, odnosno organ koji je doneo izvršnu ispravu po predlogu za protivizvršenje. Prema ZIP iz 1997. godine, izvršni postupak (a u tom okviru i postupak protivizvršenja) u prvom stepenu vodio je i odluke donosio sudija pojedinac izvršnog suda (čl. 6 st. 1 ZIP). Izostavljanjem ove odredbe u ZI i u nedostatku izričite odredbe kojom se propisuje sastav suda, odnosno organa koji odlučuje po predlogu za protivizvršenje, ostaje da se primene pravila iz odgovarajućeg procesnog zakona u zavisnosti od toga koji organ odlučuje i prema pravilima kojeg postupka. To bi značilo npr. ukoliko je izvršna isprava na osnovu koje je sprovedeno izvršenje bila sudska odluka doneta u parničnom postupku, koja je nakon toga bila preinačena, predlog za protivizvršenje podnosi se parničnom sudu, koji bi po predlogu trebalo da odlučuje prema pravilima ZPP o sastavu suda u parničnom postupku, a to znači u savetu ili preko sudije pojedinca, u zavisnosti od vrednosti predloga za protivizvršenje. Ovo otvara novu dilemu. Ako se imaju u vidu pravila koja su za postupak protivizvršenja sadržana u ZI (odlučivanje, po pravilu, na osnovu podataka iz spisa predmeta, bez održavanja ročišta), primena odredbi ZPP u pogledu sastava suda (odlučivanje od strane sudskog saveta) mogle bi biti neodgovarajuće.

Imajući u obzir probleme koji proizlaze iz sadašnjeg rešenja ZI u vezi organa nadležnog da odlučuje po predlogu za protivizvršenje, smatramo da je potrebno da se isto promeni u smeru da se propiše da će po predlogu za protivizvršenje odlučivati osnovni sud na čijem je području izvršilac sproveo izvršenje. U pogledu sastava suda, smatramo da bi u ZI izričito trebalo propisati da će po predlogu za protivizvršenje odlučivati sudija pojedinac.

3.6. Podobnost dužnikovog potraživanja za protivizvršenje. Ova pretpostavka za protivizvršenje ne proizlazi izričito iz propisa ZI, ali može da se posredno izvede iz zakonske formulacije "tražeći da mu poverilac vrati ono što je dobio sa izvršenjem" (čl. 78 st. 1 ZI). Naime, iz navedene formulacije može da se izvede zaključak da će konkretni sadržaj dužnikovog zahteva prema poveriocu zavisiti od toga

¹³⁾ U tom smislu, sud ili drugi organ kojem je podnesen predlog za protivizvršenje nakon proteka roka za njegovo podnošenje treba da odbaci predlog kao neblagovremen.

¹⁴⁾ Čak i kada je reč o institucionalnim arbitražama dovodi se u pitanje osnov njihovog postupanja po predlogu za protivizvršenje, ako se ima u vidu da mandat arbitražnog suda prestaje sa završetkom arbitražnog postupka, a može da se reaktivira jedino u slučajevima kada se javi potreba ispravke ili tumačenja arbitražne odluke, ili donošenje dopunske arbitražne odluke (čl. 32, st. 3 Zakona o međunarodnoj trgovačkoj arbitraži Republike Makedonije ("Služben vesnik na RM" 39/06).

za namirenje kakvog potraživanja je izvršenje sprovedeno (novčano ili nenovčano), kao i od konkretnog sredstva i predmeta izvršenja. U tom smislu, zahtev za protivizvršenje može da se sastoji od zahteva za povrat određene sume novca, određenih pokretnih stvari ili nekretnina ili vraćanja određenih prava koje je poverilac stekao sa izvršenjem.¹⁵

Ako je izvršenjem poverilac dobio određenu sumu novca, a kasnije je otpao osnov izvršenja, dužnik prema poveriocu ima novčano potraživanje koje je uvek podobno da bude predmet protivizvršenja. Pri tom, irelevantno je da li se novčani iznos koji je poverilac dobio izvršenjem odnosi na naplatu njegovog novčanog potraživanja prema dužniku ili radi namirenja njegovog nenovčanog potraživanja.¹⁶

Dužnikovo potraživanje prema poveriocu može da se sastoji i od prava na povrat određenih pokretnih stvari ili nekretnina, ili određenih prava, pod uslovom da još uvek postoji mogućnost njihovog povrata, odnosno prenosa na dužnika.

Ako je poverilac izvršenjem postigao izvršenje određene radnje od strane dužnika, onda se u postupku protivizvršenja ne može ostvarivati vraćanje onoga što je dobijeno izvršenjem.¹⁷ Potraživanje dužnika prema poveriocu u ovom slučaju nije podobno za protivizvršenje, ali može se ostvarivati tužbom zbog sticanja bez osnova.

Ako je izvršenjem ostvareno upisivanje nekog prava u javne knjige, potraživanje dužnika koje je predmet protivizvršenja sastoji se u brisanju prava iz javne knjige.

4. Postupak protivizvršenja

Postupak protivizvršenja vodi se između dve stranke, koje su ustvari iste stranke iz postupka izvršenja samo što u postupku protivizvršenja imaju obrnutu procesnu poziciju: poverilac postaje dužnik, a dužnik poverilac. Jedino, poverilac i dužnik iz postupka izvršenja (sada s obrnutim procesnim ulogama), po pravilu predstavljaju procesno legitimirane stranke u postupku protivizvršenja. U procesnoj teoriji se smatra da bi, kako se protivizvršenje sprovodi kao deo izvršnog postupka, za utvrđivanje procesne legitimacije stranaka važila opšta pravila izvršnog postupka, što znači da bi se ona utvrđivala prema principu strogog formalnog legaliteta.¹⁸ Iz principa strogog formalnog legaliteta proizlazi

da se postojanje potraživanja, kao i legitimacija stranaka u postupku izvršenja dokazuje kvalifikovanom ispravom, kojom je na nesumnjiv način utvrđeno potraživanje (predmet, vrsta i obim), kao i nosilac potraživanja (poverilac), odnosno nosilac obaveze (dužnik). Ako je nakon sprovođenja izvršenja došlo do sukcesije u pravnom položaju stranke/stranaka iz postupka izvršenja, kao stranke u postupku protivizvršenja, javljaju se sukcesori jedne ili obe stranke, koje kvalifikovanom ispravom (javnom ili prema zakonu overenom ispravom) dokazuju svoju legitimaciju u postupku protivizvršenja (čl. 19 ZI).

Postupak protivizvršenja kao posebni postupak u okviru postupka izvršenja je fragmentarno uređen propisima ZI (čl. 79 ZI). Sa strukturalnog aspekta, to je složeni postupak, koji se sastoji od dva funkcionalno odvojena stadijuma i to: a) kognicijski stadijum protivizvršenja (stadijum odlučivanja o predlogu protivizvršenja), i b) stadijum sprovođenja protivizvršenja (protivizvršenje u užem ili pravom smislu te reči).

Kognicijski stadijum protivizvršenja počinje podnošenjem predloga o protivizvršenju i završava donošenjem rešenja o predlogu o protivizvršenju. Kao što je već pomenuto, prema rešenju ZI, postupak sprovodi sud, odnosno organ koji je doneo izvršnu ispravu. Cilj ovog stadijuma je da se preko ispitivanja osnovanosti podnesenog predloga o protivizvršenju kreira izvršna isprava kao osnova za prisilno ostvarenje prava dužnika na povrat onoga što mu je bez osnova oduzeto u postupku izvršenja.

Iako ZI to izričito ne propisuje, sud odnosno organ koji je doneo izvršnu ispravu, nakon što primi predlog za protivizvršenje, najprijebi trebalo da ispita da li je predlog blagovremen potpun i dopušten. Ako utvrdi da je predlog neblagovremen nepotpun i nedopušten, sud, odnosno organ koji je doneo izvršnu ispravu predlog odbacuje, a u protivnom, produžava postupanje po predlogu.

Kognicijski stadijum protivizvršenja vodi se u saglasnosti s načelom saslušanja stranaka. U tom smislu, ako je predlog za protivizvršenje blagovremen potpun i dopušten, sud, odnosno organ koji je doneo izvršnu ispravu dostaviće predlog poveriocu i pozvati ga da podnese odgovor u roku od osam dana od dana dostavljanja.

Podnošenje odgovora od strane poverioca ovisi od njegove dispozicije. Ako u navedenom roku poverilac podnese odgovor i u njemu ospori predlog, sud, odnosno organ koji je doneo izvršnu ispravu, rešenjem odlučuje po predlogu. Nadležni organ, po pravilu, odluku po predlogu za protivizvršenje donosi na osnovu podataka iz spisa predmeta, bez održavanja ročišta. Ipak, nadležni organ može da zakaže i ročište, imajući pri tom u vidu činjenično stanje konkretnog predmeta. Ustvari, kada ZI propisuje mogućnost da se zakaže ročište pre donošenja rešenja po predlogu za protivizvršenje, zakon govori samo o sudu ("Sud, po isključku, ceneći činjenice predmeta, radi donošenja rešenja može zakazati i ročište" – čl. 79 st. 2 ZI), ali ne i o drugom organu od kojeg potiče izvršna isprava i koji je isto tako

¹⁵⁾ Prema B. Starović, op. cit., str. 101, "Sve ono što može biti predmet izvršenja i što se prema razumnom shvatanju može vratiti dužniku kako bi se uspostavilo njegovo pravo, može biti predmet protivizvršenja".

¹⁶⁾ Tako npr., ako je potraživanje prema izvršnoj ispravi nenovčano i glasi na predavanje jednog ili više određenih predmeta, a oni nisu pronađeni ni kod dužnika, ni kod trećeg lica, na predlog poverioca izvršitelj će proceniti vrednost predmeta i u zaključku odrediti da dužnik u određenom roku isplati iznos te vrednosti (čl. 213, st. 1 ZI).

¹⁷⁾ Tako S. Triva, M. Dika, op. cit., str. 356, "U ovom slučaju, restitucija – ako je uopšte moguća – ima složenu prirodu i ne može se podvesti pod zakonskim terminima "vraćanje" onoga što je "dobijeno" sa izvršenjem".

¹⁸⁾ Tako, M. Dika, op. cit., str. 425.

nadležan da odlučuje po predlogu za protivizvršenje. Ovo je još jedna potvrda da ZI nije dosledan u regulisanju instituta protivizvršenja.

Ako poverilac ne podnese odgovor na predlog, neblagovremeno podnese odgovor, ili izjavi da se ne protivi predlogu, sud, odnosno organ koji je doneo izvršnu ispravu, rešenjem usvaja predlog (čl. 79, st. 3 ZI). Iz navedenog propisa kao da proizlazi da sud, odnosno organ koji je doneo izvršnu ispravu donosi rešenje kojim se usvaja predlog na osnovu izrične ili prećutne dispozicije poverioca, neovisno o tome da li je predlog za protivizvršenje osnovan. Navedeno tumačenje zakonskog propisa je pogrešno. U pomenutim slučajevima, sud, odnosno organ koji je doneo izvršnu ispravu doneće rešenje kojim se usvaja predlog za protivizvršenje samo ukoliko osnovanost predloga proizlazi iz navoda i dokaza (priloga) navedenih u predlogu, kao i podataka sadržanih u spisima izvršnog predmeta.

Rešenjem kojim se usvaja predlog za protivizvršenje, sud, odnosno organ koji je doneo izvršnu ispravu, naložiće poveriocu da u roku od 15 dana vrati dužniku ono što je dobio izvršenjem. Ako sud, odnosno organ koji je doneo izvršnu ispravu, nađe da je predlog neosnovan, odbiće ga rešenjem. Donošenjem rešenja po predlogu za protivizvršenje završava kognicijski stadijum postupka protivizvršenja.

Kao što je napred navedeno, iako ZI to izričito ne propisuje, u slučajevima kada je poverilac sprovođenjem izvršenja naplatio određeni novčani iznos, u rešenju kojim se usvaja predlog i nalaže poveriocu da vrati ono što je dobio izvršenjem, sud, odnosno organ koji je doneo izvršnu ispravu će na zahtev dužnika odrediti i naplatu zatezne kamate prema propisanoj stopi na novčani iznos na kojem je sprovedeno izvršenje od dana sprovođenja izvršenja do dana vraćanja novca.

Sud ili drugi nadležni organ neće usvojiti predlog za protivizvršenje ako se traži povrat predmeta u pogledu kojeg su nastupile takve faktičke i pravne promene tako što povrat više nije moguć (čl. 80 ZI). Koje faktičke i pravne promene predmeta dovode do nemogućnosti protivizvršenja? U literaturi je notirano da su faktičke one promene koje su dovele do uništavanja ili propadanja predmeta, kao i promene kojima je predmet prerađen, ukoliko mu je kvalitet poboljšan i uvećana mu je vrednost, ili je inkorporiran u neki drugi predmet, tako da fizičko razdvajanje nije moguće.¹⁹ Pravne promene obuhvataju otuđivanje predmeta ili prava koja su predmet protivizvršenja, bez promene njihovih bitnih svojstava.²⁰ Ipak, to što postoji nemogućnost protivizvršenja ne znači da je dužnik ostao bez bilo kakve pravne zaštite. Pravo na povrat onoga što mu je bez osnova bilo oduzeto izvršenjem, u ovom slučaju dužnik može ostvariti tužbom u parničnom postupku.

¹⁹⁾ Videti S. Triva, M. Dika, op. cit., str. 357, B. Starović, Komentar Zakona o izvršnom postupku, Beograd, 1987, str. 199.

²⁰⁾ Tako S. Triva, M. Dika, op. cit., str. 357.

Rešenje kojim se usvaja predlog za protivizvršenje i kojim se nalaže poveriocu da vrati dužniku ono što je dobio izvršenjem je odluka kondemnatorne prirode, koja saglasno odredbama ZI ima karakter izvršne isprave (čl. 12 ZI). Ukoliko poverilac u paricionom roku od 15 dana od dostavljanja rešenja ne vrati dužniku ono što je dobio izvršenjem, dužnik na osnovu tog rešenja (kada postane pravosnažno i izvršno) može da traži prisilno izvršenje saglasno propisima ZI (čl. 79, st. 4 ZI). Time počinje drugi stadijum ovog postupka – stadijum sprovođenja protivizvršenja. Sprovođenje protivizvršenja traje sve dok se ne završi i poslednja izvršna radnja kojom se dužniku vraća sve ono što mu je bilo oduzeto izvršenjem.

5. Pravni lekovi u postupku protivizvršenja

ZI ne sadrži odredbe o tome da li se protiv rešenja donetog po predlogu o protivizvršenju (rešenje kojim se predlog odbija kao neosnovan, rešenje kojim se usvaja predlog, kao i rešenje kojim se predlog odbacuje) mogu uložiti pravni lekovi i koji pravni lekovi. Ovo pitanje nije bilo uopšte problematično u okviru ranijeg ZIP iz 1997. godine, budući da su u osnovnim odredbama ovog zakona bile sadržane odredbe o pravnim lekovima u izvršnom postupku, koje su se odnosile i na protivizvršenje.

U uslovima zakonske neuređenosti ovog pitanja, iz ustavnog načela o dvostепенosti u postupanju²¹ eksplicitno proizlazi pravo žalbe protiv rešenja po predlogu o protivizvršenju donesenog u prvom stepenu. Ko će odlučivati po žalbi protiv rešenja i prema pravilima kojeg postupka zavisi od toga koji je organ odlučivao po predlogu o protivizvršenju (sud ili drugi organ od kojeg potiče izvršna isprava). Ovde se ponovo javljaju problemi i otvorena pitanja. Naime, u određenim slučajevima, korišćenje prava žalbe protiv rešenja donetog po predlogu o protivizvršenju može biti problematično, npr. kada je reč o odluci arbitraže (čak i kada je reč o institucionalnoj arbitraži, budući da u arbitražnom suđenju, po pravilu, nema instancione kontrole), ili kada po predlogu o protivizvršenju odlučuje notar (kada je izvršna isprava na osnovu koje je sprovedeno izvršenje notarska isprava). Ovi problemi su još jedan argument u prilog našeg zalaganja da o predlogu o protivizvršenju odlučuje samo sud.

S druge strane, postavlja se pitanje da li se protiv pravosnažnih odluka donetih u postupku protivizvršenja mogu ulagativanredni pravni lekovi i koji vanredni pravni lekovi. To posebno zbog činjenice što je u ZI izostavljena odredba ranijeg ZIP iz 1997. godine, prema kojoj protiv pravosnažne odluke donete u postupku izvršenja (i obez-

²¹⁾ Amandman XXI tačka 1 Ustava Republike Makedonije kojim je zamenjen čl. 15 Ustava Republike Makedonije: "Garantuje se pravo žalbe protiv odluka donetih u postupku u prvom stepenu pred sudom. Pravo žalbe ili druga vrsta pravne zaštite, protiv pojedinačnih pravnih akata donetih u postupku u prvom stepenu ispred organa uprave ili organizacije ili drugog organa koji vrši javna ovlašćenja uređuje se zakonom".

beđenja) nije dopuštena revizija, niti obnova postupka (čl. 8 ZIP).

U situaciji kada ZI izričito ne uređuje ovo pitanje, diskutabilno je da li su dopušteni vanredni pravni lekovi u postupku protivizvršenja. S jedne strane, kada je reč o sudskim odlukama donetim u parničnom postupku, na dopuštenost ovih pravnih lekova prema režimu ZPP kao da upućuje supsidijarna primena odredbi ZPP u postupku izvršenja. Ipak, smatramo da i ovde nema mesta supsidijarnoj primeni odredbi ZPP, budući da se prema čl. 10 ZI, odredbe ZPP na odgovarajući način primenjuju "kod sprovođenja izvršenja", ali ne i na protivizvršenje, a posebno ne na prvi, kognicijski stadijum protivizvršenja. Pored toga, izvršne isprave kao osnova izvršenja mogu poticati i od drugih organa (službi, tela) koji su prema ZI nadležni da odlučuju o predlogu o protivizvršenju (npr. notar, izvršitelj), pa je pitanje pravnih lekova (redovnim i vanrednim) protiv njihovih odluka dovedeno u pitanje.

Imajući u vidu pomenute probleme, smatramo da u ZI treba izričito regulirati i režim pravnih lekova u postupku protivizvršenja. U tom smislu, trebalo bi propisati da protiv rešenja donetog po predlogu o protivizvršenju, stranke imaju pravo žalbe, gde će se na odgovarajući način primenjivati odredbe ZPP. Protiv pravosnažnog rešenja donetog u postupku protivizvršenja treba dopustiti reviziju i obnovu postupka prema pravilima parničnog postupka.

Ustvari, možda bi najcelishodnije bilo ukoliko bi se u ZI propisalo da se u postupku o odlučivanju po predlogu o protivizvršenju na odgovarajući način primenjuju odredbe ZPP, ako u ZI nije drugačije određeno. Na taj se način obezbeđuje supsidijarna primena odredbi ZPP o pitanjima koja nisu uređena posebnim pravilima ZI, a odnose se na

protivizvršenje. S obzirom na fragmentarno uređenje protivizvršenja u ZI, pravilo o supsidijarnoj primeni ZPP itekako se javlja kao potrebno.

6. Zaključak

Analiza rešenja ZI koja se odnose na protivizvršenje ukazuje da protivizvršenje nije potpuno uređen i zaokružen procesni institut izvršnog prava i da bi njegova primena mogla prouzrokovati ozbiljne probleme u praksi. Smisao protivizvršenja je da se omogući dužniku da izdejstvuje restituciju onoga što mu je bez osnova oduzeto izvršenjem u okviru jednog sumarnog postupka, po pravilu, uređenog posebnim procesnim pravilima, koji odgovaraju generalnom konceptu izvršenja i opravdavaju postojanje ovog procesnog instituta, nudeći prednosti u odnosu na parnicu zbog sticanja bez osnova. Očigledno je da je zbog brojnih dilema i otvorenih pitanja koja se javljaju u vezi protivizvršenja, mala verovatnoća da će to biti "atraktivna alternativa" parnici zbog sticanja bez osnova. Različita tumačenja zakonskih propisa ili misaonih konstrukcija koje nemaju sigurnu osnovu u izričitom zakonskom propisu ne bi mogla biti temelj postupanja po konkretnim zahtevima o protivizvršenju. Odatle, institut izvršenja bi morao biti predmet ozbiljnog interesa zakonodavca kod ionako čestih izmena i dopuna ZI. Pri tom, trebalo bi vrlo ozbiljno razmisliti o potrebi postojanja protivizvršenja u okviru novog sistema izvršenja, a u slučaju pozitivnog odgovora na ovo prethodno pitanje, izgraditi zaokruženi i održiv koncept protivizvršenja, a u tom smislu na odgovarajući način urediti mnoštvo pitanja, a posebno pitanje nadležnog organa, postupka, pravnih lekova, odnosa s tužbom zbog sticanja bez osnova, itd.

Prof. dr. Arsen Janevski

Doc. dr. Tatjana Zoroska-Kamilovska

Die sog. *Gegenvollstreckung* in der Republik Mazedonien – Probleme und Dilemmata –

(Zusammenfassung)

*Die sog. *Gegenvollstreckung* ist ein besonderes und spezifisches Rechtsmittel, das als Alternative zur Geltendmachung eines Anspruches aus ungerechtfertigter Bereicherung im zivilprozessualen Erkenntnisverfahren geschaffen wurde. Sie ermöglicht dem Schuldner in einem vereinfachten und verkürzten Verfahren die Geltendmachung eines Herausgabeanspruches bezüglich von Sachen, die in der Zwangsvollstreckung gepfändet wurden. Die Autoren vergleichen die *Gegenvollstreckung* mit der Geltendmachung eines Anspruches aus ungerechtfertigter Bereicherung im Erkenntnisverfahren. Hierbei werden die Voraussetzungen, das Verfahren sowie das System der Rechtsbehelfe über die *Gegenvollstreckung* untersucht. Die Autoren gelangen zu dem Schluß, dass, sich die *Gegenvollstreckung* wegen der mangelhaften Regelung und vieler Fragen, die diese offen lassen, zu keiner "attraktiven Alternative" zum streitigen Erkenntnisverfahren entwickeln wird. Dazu bedürfte es erst einer umfassenderen Regelung und eines abgerundeten Konzepts der *Gegenvollstreckung*.*

Schlüsselwörter: *Vollstreckung, Vollstreckungstitel, *Gegenvollstreckung*, ungerechtfertigte Bereicherung*

Nova penologija i tranziciona pravda

Mag. sci. Dalibor Bingas

Sažetak

Savremena teorija kažnjavanja prolazi kroz proces fundamentalnih promjena. Pozitivistička penologija s kraja devetnaestog i sredine dvadesetog vijeka postala je stvar prošlosti. Nova penologija označila je eru odustajanja od etike rehabilitacije. Da bi se suočila sa savremenim problemima kriminala Bosna i Hercegovina se mora prilagoditi globalnim promjenama. Moramo prihvatiti da tržište i individualna inicijativa upravljaju ljudima u jednom moralno neutralnom svijetu, u kojem su penolozi dodijeljene uloge menadžera. Stoga je preuzimanje nekih instrumenata nove penologije postalo za nas više stvar nužde nego slobode izbora. Ako rehabilitacione metode našeg krivičnog zakonodavstva dovode do porasta recidivizma, moramo oprobati statičke metode stvorene radi kontrole kriminala u društvima rizika.

Cljučne riječi: rehabilitacija, nova penologija, tranziciona pravda, kontrola kriminala, kriminogene potrebe

Nova penologija i tranziciona pravda

Uvod. 1. Nova penologija. 1.1. Ništa ne djeluje. 1.2. Revolucija šezdeset osme i neoliberalizam. 1.3. Zajedno protiv rehabilitacije. 1.4. Simon i Freely, 1.5. Učinci nove penologije. 2. Penologija tranzicione pravde. 2.1. Zakonska rješenja u Bosni i Hercegovini. 2.2. Nova penologija kao tranziciona pravda, 2.3. Aktuarske metode kontrole recidivizma. Zaključne napomene.

Uvod

Savremena teorija kažnjavanja prolazi kroz proces fundamentalnih promjena. Socijalnopsihološka penologija s kraja devetnaestog i sredine dvadesetog vijeka postala je stvar prošlosti.¹ Odbacivanje prosvjetiteljskog racionalizma iskazuje se prvenstveno u negativnim reakcijama na rehabilitacionu etiku penalnog pozitivizma. Zaokret u politici kažnjavanja najjasnije su 1992. godine u članku 'Nova penologija' elaborirali Jonatan Simon i Malcolm Freely. Savremena teorija kažnjavanja povezuje se s postmodernističkom tendencijom napuštanja velikih narativa. Živimo u eri nove kulturne konfiguracije; ne stremi se velikim projektima eliminacije kriminala; dovoljno je učiniti ga podnošljivim kroz sisteme koordinacije i menadžerske metode upravljanja.² Tako radikalne promjene, međutim, ne daju se objasniti nejasnim idejama postmodernizma. Teško je zamisliti da bi jedna pomodna akademska ideja mogla ustoličiti teoriju i praksu kažnjavanja koja je utamničila milione ljudi u zadnjih trideset godina. Pobjeda nad prosvjetiteljskim idealima penalnog modernizma mora se pripisati snazi američkog neoliberalizma.

Zašto je to važno za nas u Bosni i Hercegovini (BiH). Kao prvo, radi se o globalnim promjenama. Drugo, tako možemo saznati nešto o procesima tzv. "tranzicione pravde". Jer, ako se izrazu "tranzicija" – kojim se opisuje naša trenutna društveno politička pozicija – može pripisati razumljivo značenje, čini se da bi ga prvenstveno trebalo povezati sa stremljenjem prema kulturi etičkog individualizma i tržišne utakmice.³ Kada je u jesen 1993. godine, u časopisu 'National Review', Zbigniew Brzezinski objelodanio svoje "tranzicione tablice", njeni pravni aspekti nalagali su "napuštanje prava namijenjenog implementaciji politike", stvaranje "pravnog okvira za tržišno poslovanje", "nezavisno sudstvo i potpunu pravnu kulturu".⁴ Promjene su oživotvorene u rokovima koje je zacrtao Brzezinski.⁵ Tako smo saznali nešto o fenomenologiji procesa tranzicije, ali ne i o sadržini pojma "potpune pravne kulture". Pitanje je zato da li ideje neoliberalizma, koje su omogućile doktrinu nove penologije, predstavljaju dio moralnog univerzuma tranzicione pravde.

U prvom dijelu rada istražićemo povod, a potom i uzroke promjena u kaznenoj politici Sjedinjenih Američkih Država (SAD). Kroz analizu uzroka i dinamiku socijalnih promjena, koje su dovele do napuštanja ideje rehabilitacije zatvorenika, zavirućemo u najdublje duhovne slojeve one političke i pravne kulture koja markira puteve globalne tranzicije. Na kraju ćemo pokušati obrazložiti zbog čega se neoliberalna penologija od teorije i prakse kažnjavanja pretvorila u teoriju gospodarenja ljudskim otpadom, i kako se ovaj preokret može povezati s pobjedom neoliberalizma nad bićem slobode. U drugom dijelu rada ponudićemo razloge

³ Uobičajeno je, razumije se, tvrditi da je pravna država osnovna "svrha novog političkog konstituisanja društava u ovom delu Evrope" (R. Vasić, 'Pravna država i tranzicija', 1–4 *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, (2001). Tada nam, međutim, preostaje zadatak da objasnimo zbog čega je napuštanje "samorazarajućih političkih zajednica koje su bile samo podmetnute ideološke obmane" (str. 60) i okretanje državi koja otjelovljuje "nadistorijski ideal kompromisa između pojedinca i zajednice, individualne slobode i nadmoćne političke sile" – dovelo do društvenog i političkog haosa, vrijednosne anomalije, osjećaja beznada i porasta kriminala u mnogim tranzicionim društvima. Očigledno je, dakle, da je prevazilaženje "paradržavnog stanja poretka u zemljama koje su socijalistički režimi ostavili izvan civilizacijskih tokova" (str. 59) donijelo i nešto više od uvođenja "nearbitarne vlasti" pravne države (str. 62).

⁴ D. Krapac, 'Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda i hrvatski kazneni postupak', 2/1 *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, Zagreb, (1995) str. 4. i 40.

⁵ Dobili smo pravo namijenjeno implementaciji neoliberalne politike, uveli tržišno poslovanje koje je dovelo do uništenja privrede i gubitka ekonomskog suvereniteta, reformisali smo pravosuđe prema američkim pravnim standardima. Radi se o posljedicama pogrešne tendencije, kaže Fukujama, da se ekonomija – a mi ćemo reći i pravo – smatraju sferama djelatnosti koje imaju sopstvene zakonitosti, nezavisne od ostalih područja društvenog života. F. Fukujama, *Sudar kultura*, (Zavod za udžbenike i nastavna sredstva Beograd, 1997) str. 16.

¹ T. Blomberg et. al., *Punishment and Social Control* (Transaction Publishers, New Jersey 2003) str. 57.

² L. K. Cheliots, 'How Iron is the Iron Cage of Penology. The Role of Human Agency in the Implementation of Criminal Justice Policy' 8 *Punishment and Society*, SAGE Publications, London (2006) str. 315.

u prilog tezi da pozitivistička teorija rehabilitacije zatvorenika, koja dominira našim krivičnim zakonodavstvom, ne samo da nije u skladu sa savremenim penološkim tokovima, nego, nažalost, ne odražava više ni našu socijalnu realnost. Prihvatanje nekih instrumenata nove penologije postalo je stoga za nas više stvar nužde nego slobode izbora.

1. Nova penologija

1.1. Ništa ne djeluje

U sada već čuvenom članku 'Šta djeluje? Pitanja i odgovori o zatvorskoj reformi', američki sociolog Robert Martinson konstatovao je kako "uz rijetke i izolovane iznimke, rehabilitacijski napori koji su do sada prijavljeni nemaju primjetnog uticaja na recidivizam."⁶ Danas se uglavnom smatra kako su Martinsonovi zaključci bili u dobroj mjeri proizvoljni, ali te 1974. godine, kada je članak objavljen u časopisu 'The Public Intrest', opšte nezadovoljstvo idejom rehabilitacije prestupnika bilo je tako snažno da bi se moglo reći kako je Martinson rekao upravo ono u šta su svi željeli povjerovati. "Naša sadašnja strategija", napisao je, "ne može prevladati, pa čak ni primjetno umanjiti, snažnu tendenciju prestupnika da nastave sa kriminalnim ponašanjem."

Svoje tvrdnje autor je opravdao navodnim rezultatima obimnog istraživanja u okviru kojeg je izvršena procjena 231 prethodne sistematske studije rađene u Americi u periodu od 1945. do 1967. godine. Studije su obuhvatile rehabilitacijske programe poput intenzivnog nadzora prestupnika, psihoterapije, grupne terapije, obrazovnih pristupa, medicinskih intervencija.⁷ Martinson, međutim, ne samo da nije bio vođa tog istraživačkog projekta, ne samo da mu se naknadno pridružio, nego je sporni članak objavio bez znanja i odobrenja starijih istraživača Liptona i Wilkesa, koji su potom, zajedno s njim, u završnoj studiji pod nazivom 'Efikasnost korekcionog tretmana', zauzeli mnogo opreznije stanovište, zaključivši kako "još uvijek nisu pronađeni zadovoljavajući načini koji bi redukovali recidivizam u značajnijoj mjeri."

Dr. Lipton pisao je potom kako je Martinson istraživačkim materijalima pristupao selektivno, koristeći samo one pesimistične, a i sam Martinson je kasnije priznao kako su "neki rehabilitacioni programi imali značajnog uticaja na recidivizam." Nakon toga su istraživanja, provedena osamdesetih i devedesetih godina, pokazala kako neki programi suzbijaju recidivizam čak i do 80% – ali niko to više nije htio slušati. Martinsonov članak zapečatio je sudbinu američke penitencijarne reforme započete početkom šezdesetih godina.⁸ Oslanjajući se na njegov članak, Nacionalna

akademija nauka konstatovala je kako im nije poznat ni jedan "program rehabilitacije koji garantuje da će smanjiti kriminalnu aktivnost otpuštenih prestupnika."⁹ Martinsonove tvrdnje tretirane su kao činjenice, a kliše "ništa ne djeluje", poslužice kao krilatica nove penologije.

Nema sumnje da je na opšte raspoloženje značajno uticala i nezapamćena eksplozija nasilja i straha od viktimizacije. U periodu od 1965. do 1975. godine stopa nasilnih i imovinskih delikata porasla je za neshvatljivih 150%, a kao glavni razlog za takvo stanje stvari označen je sistem neodređenih kazni zasnovan na individualizaciji počilaca, mada se taj sistem, kao glavna poluga programa rehabilitacije, primjenjivao još od 1930. godine, i sve do šezdesetih godina se uspješno nosio s kriminalom.¹⁰ Postojali su očigledno neki dublji razlozi za prihvatanje Martinsonovih tvrdnji. Da bismo pokušali doći do odgovora zbog čega su jednu socijalnu konstrukciju u lijevi i desni liberali dočekali otvorenih ruku, moraćemo zaviriti u anarhističke ideale šezdesetih i neoliberalnu reakciju sedamdesetih godina.

1.2. Revolucija šezdeset osme i neoliberalizam

Od polovine prošlog vijeka svjetska je privreda "rasla po jednoj eksplozivnoj stopi. Do kraja šezdesetih godina postalo je jasno da nikada nije bilo ničega sličnog. Svjetski industrijski proizvod se udvostručio između ranih pedesetih i ranih sedamdesetih godina."¹¹ Politika kejnzijskog državnog intervencionizma New Deala, koja se nastavila nakon Drugog svjetskog rata, izgradila je mehanizme kontrole tržišta, radno zakonodavstvo, obezbijedila minimum društvene solidarnosti u oblasti socijalne zaštite i, makar u onim saveznim državama SAD koje su riješile problem rasne diskriminacije, dovela do tzv. države blagostanja. Pogled na jedno bogato društvo izazvao je indignaciju u krugovima lijevih intelektualaca i razmaženih studenata. Bez religijskih zabrana, bez jasnog ekonomskog izazova, bez imperativa borbe protiv nacista, Japanaca ili Velike depresije, omladina nije znala kako da bude slobodna.¹² Tražeći sopstveni put prema "novoj duhovnosti" prezrela je materijalizam prethodnih generacija. Postala je malodušna i potencijalno radikalna. Religija je sve češće

malih, fleksibilnih, lokalno orijentisanih zatvorskih institucija, obrazovnih programa i programa zapošljavanja prestupnika, kao i drugih oblika tretmana i usluga u okviru lokalne zajednice. Ovi programi, međutim, slabo su primjenjivani i finansirani. U takvim uslovima nisu se mogli postići željeni učinci. M. Lee, *Inventing Fear of Crime: Criminology and Politics of Anxiety*, (Willan Publishing 2007) str. 62.

⁹) R. Sarre, loc. cit. 6. str. 3.

¹⁰) D. L. Mackenzie, 'Sentencing and Corrections in the 21st Century: Setting the Stage for the Future', *University of Maryland* (2001) str. 9. Dostupno na: (www.ncjrs.gov/pdffiles/nij/189106-2.pdf)

¹¹) E. Hobsbaum, *Doba ekstreme, Kratka istorija dvadesetog veka 1914-1991*, (Dereta, Beograd 2002) str. 199.

¹²) C. Kaiser, 1968. in *America*, (Paperback, New York 1997) str. 15.

⁶) R. Sarre, 'Beyond "What Works", A 25 Year Jubilee Retrospective of Robert Martinson; History of Crime', *Policing and Punishment Conference*, Canberra, (1999) str. 1. Dostupno na: (<http://www.aic.gov.au/conferences/hcpp/sarre.pdf>)

⁷) Ibid. str. 3.

⁸) Reforma je predviđala pažljiviji sistem nadzora uslovnog otpusta i posebnu obuku službenika koji će se baviti prestupnicima na uslovnoj slobodi. Planirano je osnivanje

tretirana s nepoštovanjem, a ideja boga je izgledala potrošena.¹³ Nezadovoljstvo kapitalističkom državom blagostanja i malograđanskim radnim navikama, koje se u Evropi sunovratilo u crveni terorizam, u Americi je doprinijelo najvećoj krizi još od Građanskog rata. Pokret za građanska prava izazvao je do tada nepoznate socijalne i rasne nemire, masovne nasilne demonstracije organizacija za građanska prava, otvorenu pobunu protiv Vijetnamskog rata i prave ulične ratove nakon ubistva Martina Luthera Kinga. Pojavio se strah da bi se zemlja mogla dezintegrirati.

Neoliberalizam je uzvratilo već 1973. godine. Kao odgovor je poslužio berzanski krah koji je označio novu veliku krizu kapitalističke ekonomije. Došlo je vrijeme preispitivanja društvenog ugovora iz ere New Deala. Kriza se mogla riješiti na dva načina: nastavkom kejnzijanske politike državnog intervencionizma, što bi vodilo skromnim formama socijalizma, ili povratkom političkoj strategiji slobodnog tržišta, prema uputstvima Milтона Freidmana i Friedricha von Hayeka.¹⁴ Poučen iskustvom prethodnog desetljeća kapital nije želio kompromise s državom blagostanja. Vrhunski naučnici, najugledniji ekonomski instituti i univerzitetske katedre za ekonomiju, političke nauke, pravo i filozofiju, stavljeni su u pogon s ciljem pronalaženja ideja i jezika koji će prikriti prave namjere projekta –

¹³⁾ Ibid. str. 15.

¹⁴⁾ Nobelovac Friederich von Hayek spada u red najutjecajnijih ličnosti 20. vijeka. Ovaj patrijarh neoliberalizma, mislilac koji je dao najznačajniji doprinos liberalnoj teoriji nakon J. S. Milla, strpljivo je čekao da država blagostanja zapadne u probleme. U međuvremenu se dogodio i postmodernistički zamor opštim idejama. U najopštijem smislu Hayekova filozofija individualne slobode izraz je straha od komunizma i nacizma. U njegovom nominalističkom svijetu ljudi mogu znati samo vlastite partikularne istine iz oblasti njihovog polja djelovanja. Ni jedan pojedinac, ili grupa, ne može imati kvalitetno znanje o opštim interesima društva, pa čak ni drugih pojedinaca. Ustvari, ne postoji neka istina koja formuliše opšte dobro. Pojedinci djeluju, svaki za sebe, rukovođeni istinitim znanjem o sopstvenom položaju u svijetu, mada o konačnim posljedicama svojih radnji ne mogu imati prethodno znanje. Ispostaviće se, međutim, kako će se kao rezultat tih pojedinačnih istina pojaviti najbolje moguće stanje stvari. Hayek ga naziva "spontanom redom". "Postalo je dio etosa otvorenog društva", kaže Hayek, "da je čovjeku bolje investirati svoje bogatstvo u instrumente koji će omogućiti da se proizvede više po manjoj cijeni, nego da ga dijeli sirotinji; da obezbjeđuje potrebe hiljadama nepoznatih ljudi, prije nego da se pobrine za potrebe nekolicine poznatih susjeda. Ovakvi pogledi, razumije se, nisu se razvili zato što su oni, koji su se prema njima ponašali, razumjeli da na taj način ostvaruju veću korist svojim sugrađanima, nego zato što su društva koja su se na taj način ponašala prosperirala više nego ostala; postepeno, kroz posljedice, shvatajući to kao proizvod moralne dužnosti 'poziva'. U svojoj najčistijoj formi ovaj etos uzima kao primarnu dužnost da slijedi samoizabran cilj efikasno koliko je moguće, ne obraćajući pažnju na ulogu koju igra u komplikovanoj mreži ljudskih aktivnosti." F. A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty: The Mirage of Social Justice*, (Routledge, London 1976) str. 145. i sl.

restauraciju moći bogatih – ali tako da sve izgleda kao dobit za čovječanstvo.¹⁵ Pri tome se pokazalo kako im je emotivni individualizam šezdesetih, i čitav taj zbunjeni pokret kao konstitucionalni događaj postmoderne, otvorio perspektive za obračun s onim političkim u pojmu slobode.¹⁶ Insistirajući na ideji metodološkog individualizma neoliberalizam je nastavio dekonstrukciju društvenih arhetipova, konvencija i regulativnih principa prosvjetiteljske države blagostanja, u čemu su im pomagali šezdesetosmaši koji nisu znali u odnosu na šta da postave svoju slobodu.¹⁷ Za novu desnicu (*new right*) obračun s "onim utopijskim u pojmu uma" bio je dio strategije izgradnje kapitalizma oslobođenog svih vidova ograničenja.¹⁸ Stavljajući se u ulogu zaštitnika ugroženih vrijednosti individualne slobode izbora i lične odgovornosti, tumačeći društveni uspjeh ili neuspjeh pojedinca kao posljedicu individualne poduzimačke vrline, a ne klasne pripadnosti, kapitalistička oligarhija uspjela je pridobiti kršćansku "moralnu većinu", kojoj, nakon svega što je iskusila šezdesetih godina, i nije trebalo mnogo ubjeđivanja. Ipak, vrhunsku majstoriju univerzitetski supermozgovi izveli su koristeći se idejom nevladinog sektora. Jednim udarcem riješena su dva ključna pitanja: eventualni problemi koji bi mogli nastati zbog izvornog socijalnog nezadovoljstva obespravljenih društvenih slojeva, i drugo, pitanje društvene uloge tzv. boraca za građanska prava.¹⁹ Suština ove lukavštine bila je u tome da se rukovođenje kolektivnim akcijama prepusti elitnim i neizabranim zastupnicima različitih grupa za promociju individualnih ljudskih prava. Naravno, sve će se to odvijati kroz mehanizme proceduralne pravde, koji će zarobiti snagu izvornog socijalnog nezadovoljstva. Tzv. nevladine organizacije naglo su porasle i proširile se s pobjedom neoliberalizma, uspješno stvarajući iluziju da se radi o grupama koje se stvaraju i mobiliziraju izvan državnog aparata, kao i da, u nekom posebnoj entitetu nazvanom "civilno društvo", predstavljaju opoziciju vlasti i snagu društvene transformacije.²⁰

¹⁵⁾ D. Harvey, *Spaces of global capitalism*, (Verso, London 2000) str. 19–20.

¹⁶⁾ Šezdesetosmaši se nisu zaustavili ni "pred onim minimumom vjere bez kojeg ni građansko društvo ne može egzistirati." M. Horkhajmer et al., *Dijalektika prosvjetiteljstva*, (Veselin Masleša, Sarajevo 1989) str. 100.

¹⁷⁾ Ibid.

¹⁸⁾ Nova desnica objedinjuje različite socijalne pokrete poput libertarijanaca, liberala koji zagovaraju slobodu tržišta, različitih desno orijentisanih reakcionara i konzervativaca. Ono što ih povezuje je protivljenje ekonomskom intervencionizmu i politici socijalnog staranja. T. Blomberg, op. cit. 1. str. 32.

¹⁹⁾ D. Harvey, *Spaces of Neoliberalization: Towards a Theory of Uneven Geographical Development*, (Hettner-Lectures, Franc Steiner Verlag, München 2005) str. 39. i sl.

²⁰⁾ Ibid. Harvey navodi, prema T. Wallace, kako su nevladine organizacije "trojanski konji neoliberalizma." T. Wallace, *NGO Dilemmas: Trojan Horses for Global Neoliberalism*, (Socialist Register, London: Merlin Press, 2003), str. 200–219.

ljaju opoziciju vlasti i snagu društvene transformacije.²⁰

Na noumenološkom planu neoliberalizam je uspostavio najčistiji oblik individualizma. Nova desnica uspješno ga je predstavila kao konačnu verziju "postideološkog" svijeta apstraktnih pravila "otvorenog društva". Fikcija društvenog ugovora u potpunosti je zamijenjena tržišnim odnosima koji pružaju objašnjenje za sve ljudske djelatnosti.²¹ Građani su oslobođeni dehumanizujuće ruke države. Njen zadatak ograničen je na poboljšanje uslova za kapitalističku akumulaciju kroz smanjivanje poreza, kresanje socijalnih izdvajanja, kroz deregulaciju i privatizaciju svega što je ranije bilo u državnim rukama, uključujući sektore kao što su školstvo i zatvorski sistem. Pojedinaac, definisan kao ekonomski racionalna individua, u potpunosti je odgovoran za svoj sopstveni razvoj i poziciju u svijetu.²² Nevidljiva ruka tržišta pokazaće ko je sposoban a ko nije, u svim oblastima ljudskog života. Država više nema izravne odgovornosti za dobrobit građana, budući da ona nije autor pravila "spontanog reda". Grubo govoreći, u neoliberalizmu ne postoji društvo. Kao što je u više navrata izjavila Margaret Thatcher, oduševljena pobornica Hayeckovog ontološkog individualizma, "ne postoji nešto što se zove društvo. Postoje samo pojedinačni muškarci i žene i njihove porodice."²³

1.3. Zajedno protiv rehabilitacije

Sudbina rehabilitacije bila je tako odlučena unaprijed, ideološkom snagom neoliberalizma, ali i združenog socijalnog nezadovoljstva, pa je stoga Martinsonova socijalna konstrukcija "ništa ne djeluje" svima odgovarala više od solidnih naučnih dokaza. Klasični konzervativci bili su šokirani snagom društvenih potresa, dok su borci za ljudska prava imali, kao i uvijek, svoje računice koje često samo oni razumiju.²⁴ Martinson je, na primjer, vjerovao da će kraj politike rehabilitacije voditi značajnom smanjenju broja zatvorenika. Ovakvi i slični aktivisti, pomogli su novoj desnici u obračunu s prosvjetiteljskom idejom popravljanja

zatvorenika. Zaključak i desnih i lijevih liberala bio je da ni ljudi ni zatvori ne bi trebali služiti jednom utilitarnom cilju kao što je rehabilitacija.

Mada su i konzervativni i lijevi aktivisti zagovarali dokidanje programa rehabilitacije, razlikovali su se na nivou primarnih razloga kojima su podupirali protivljenje sistemu uslovnih osuda, uslovnih otpusta i neodređenih kazni. Konzervativci, "boreći se za red i zakon" tvrdili su kako sudije i odbori za uslovni otpust oslobađaju opasne kriminalce, paze ih, umjesto da ih kažnjavaju, dok ovi nastavljaju da viktimiziraju nevine građane.²⁵ Lijevi aktivisti su bili mišljenja kako su diskreciona prava tih istih odbora i državnih službi za kontrolu uslovnih osuda i otpusta, preasla u svojevrsan oblik državnog nasilja. Službe nisu imale pravog načina da odrede kada je osuđenik stvarno rehabilitovan, a to je imalo za posljedicu nejednakost u politici kažnjavanja, i to na štetu onih siromašnih i pripadnika manjina.²⁶ Rehabilitacijski zatvori opisani su kao totalitarne institucije koje uništavaju etički identitet pojedinaca, i sve to bez odgovarajućeg teorijskog opravdanja, kakvo je, po njihovom mišljenju, pružala klasična njemačka filozofija. Prema ovoj, logički mogućoj mada neuvjerljivoj konstrukciji, autonomni pojedinac, koji svojom slobodnom voljom prekrši racionalne norme, ostvaruje "pravo na kaznu." Rehabilitacijska etika iznevjerila je ovu plemenitu ideju. Umjesto da osuđenik zadrži svoje pravo na kaznu, kao jednakopravan član zajednice racionalnih pojedinaca, on u sistemu rehabilitacije biva kažnjen zbog toga što se razlikuje od društva. Zbog takvog diskontinuiteta između kazne i kažnjnika, rehabilitacija se više ne može opravdati.²⁷

Ova tipično američka kombinacija klasičnog i lijevog liberalizma, predmoderne i postmoderne argumentacije, dovešće do oštrog zaokreta u politici kažnjavanja na račun penalnog modernizma. Amerika će poželjeti povratak retributivnom modelu korektivne pravde. Nastale su nove kriminološke krilatice poput one "if you do the crime, then you do the time." Prestupnici će ubuduće dobijati upravo onu kaznu koju zaslužuju, ni veću ni manju – šta god to značilo – a to je moguće postići samo povratkom na sistem izricanja određenih kazni. Neće više biti diskrecionih prava sudske i državne administracije, uslovnog otpusta, ni individualnog pristupa prestupnicima. U sistemu u kome na visinu kazne utiče samo težina počinjenog krivičnog djela i kriminalni dosje počinioca, svi delinkventi biće jednako tretirani.²⁸

²¹ "Vladavina nad ljudima koja počiva na ekonomskoj osnovi mora se javiti kao strahovita obmana baš onda kad ostaje nepolitična time što izbjegava svaku političku odgovornost i očevidnost." K. Šmit, *Norma i odluka*, (Beograd, Filip Višnjić 2001) str. 51.

²² A. Benoist, *Hayek: A Critique*, *Academy Library of Philosophy*, dostupno na: (<http://evansexperientialism.freewebspace.com/benoist.htm>)

²³ *Women's Own*, 31. 9. 1987.

²⁴ "Dok zastupnici ljudskih prava učeno raspravljaju o 'kulturnom priznavanju' osobnog identiteta manjina, i sličnim problemima, njihovom pogledu izmiče da deseci hiljada djece [u Americi] nisu primljeni u osnovne škole zbog nedostatka sredstava (samo u Los Angelesu bilo ih je ove godine 25.000), ili da samo jedan od deset mladih iz domaćinstava s manje od 15.000 dolara godišnjeg prihoda pohađa univerzitet, nasuprot 94% djece iz obitelji s više od 100.000 dolara prihoda godišnje." P. Bourdieu et. al., 'Nova planetarna vulgata', 2/3 *Diskrepancije*, Filozofski fakultet Zagreb (2001).

²⁵ D. L. Mackenzie, loc. cit. 10. str. 9–11.

²⁶ Ibid.

²⁷ Lj. Tadić, *Filozofija prava*, (Zavod za udžbenike i nastavna sredstva Beograd, 1996) str. 101. i sl. Takođe: M. D. Dubber, 'The Right to Be Punished, University of Toronto' *Faculty of Law* (1996) Dostupno na: (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=10126)

²⁸ D. L. Mackenzie, loc. cit. 10. str. 9–11.

1.4. Simon i Freely

U prvi mah sve je izgledalo samoevidentno, simetrično i neproturječno: izrazi poput “pravednog kažnjavanja”, “zaslužene kazne”, “jednakosti tretmana” i sl., zadržali su svoja ranija značenja. Međutim, kao što će se uskoro pokazati, značenja su se promijenila na najdublji način. U međuvremenu, pojedine savezne države požurile su da uvedu zakone koji će postati poznati kao “istinite osude” (*truth-in-sentencing*). Pod istinitošću se mislilo da osuđenik mora odslužiti značajan dio izrečene kazne prije nego što mu se omogući uslovni otpust. Početkom devedesetih godina federalne vlasti su ponudile pomoć za izgradnju zatvora u onim savezima koje donesu propise prema kojima će osuđenici odslužiti najmanje 85% kazne prije eventualnog uslovnog otpusta. Nakon toga je dvije trećine saveznih država uvelo takve zakone.²⁹ Osim što su počivali na ideji da pravosuđe, žrtve i javnost imaju pravo znati koliki će dio kazne osuđenik odslužiti, ovi su zakoni pokazivali i prve znake novog oblika penitencijarnog razmišljanja. Naime, s oduzimanjem društvene legitimacije pozitivističkom shvaćanju rehabilitacije, zatvorska kazna morala je dobiti drugačije penološko opravdanje.³⁰ Činilo se da bi zatvaranje prestupnika u cilju njihove neutralizacije i onesposobljavanja (*incapacitation*) moglo poslužiti svrsi. Koncept onesposobljavanja počiva na jednostavnoj ideji da prestupnik kojem je uskraćena sloboda nije u stanju počinuti drugo krivično djelo. Pomjeranjem svrhe kažnjavanja s težine djela i zaslužene kazne, prema modelu kažnjavanja radi onesposobljavanja – tako da kazna odgovara stepenu opasnosti počinioca – počelo se nazirati ono što će Malcolm Freely i Jonathan Simon nazivati novom penologijom. Modifikovana logika kažnjavanja nije više prilazila ideji neutralizacije delinkvenata na tradicionalan način, kao sredstvu kojim se ograničava sloboda prestupnika zbog toga što postoji jasna i neposredna prijetnja da će ponoviti krivično djelo. Umjesto toga, hapšenje i zatvaranje opasnih kriminalaca počelo se pravdati efektima koje će njihova neutralizacija imati na opštu razinu kriminala.³¹ Uslijedio je zaključak kako u slučaju manje rizičnih krivičnih djela onesposobljavanje ne bi ispunilo svrhu. Stoga se tu mogu primijeniti različite među-kazne, ili “pametne” kazne, tj. specifični oblici nadzora i ograničavanja slobode poput kućnog pritvora, intenzivne kontrole uslovne osude, učestalog testiranja na drogu. Time je uspostavljen sistem tzv. selektivnog onesposobljavanja.

Freely i Simon će kasnije tvrditi da su se te promjene u ciljevima i tehnikama kažnjavanja dogodile prvo u stvarnosti, zasjenjujući tako rehabilitacionu i retributivnu logiku kažnjavanja. Analizirajući promjene u penitencijarnom

razmišljanju, zaključili su kako je penologija već zagazila u postmodernu eru. Njihov ključni članak iz 1992. godine stoga je navodno samo prepoznao tri glavna elementa nove penologije koji su već postojali u praksi.³² Kao prvo, kriminalna populacija sagledava se kroz pojmove rizika i vjerovatnoće, za razliku od starog pristupa koji moralizira nad individualnim počiniocem krivičnog djela.³³ Drugo, umjesto kažnjavanja i popravljavanja pojedinačnih delinkvenata, novi pristup naglašava prepoznavanje i upravljanje čitavim klasama kriminalaca. Konačno, ovakav preokret doveo je do razvoja novih tehnika koje mogu ispuniti ciljeve klasifikacije, kontrole i onesposobljavanja opasnih klasa delinkvenata uz najmanji trošak i prema prioritetima rizika. Na fenomenološkoj razini to je značilo klasifikaciju aktualnih i potencijalnih prestupnika prema stepenu opasnosti koju predstavljaju za društvo; privatizaciju i izgradnju novih zatvorskih kapaciteta prilagođenih različitim rizičnim grupama zatvorenika; primjenu aktuarske računice, preuzete od osiguravajućih društava, koja predviđa nivo rizika od ponavljanja krivičnog djela, što vodi uspješnijem suzbijanju recidivizma. Tako je uobličena svojevrsna statistička pravda koja se ne bavi pojedinačnim zatvorenikom nego očuvanjem integriteta sistema.³⁴

Budući da nova penologija nije stvorila pravila, nego im se samo prilagodila, ne mora ni da ih opravdava. Tako postaje razumljivo zbog čega nova penologija uzima za gotovo da će se visok nivo kriminalnog ponašanja nastaviti, i zašto Freeley i Simon prihvataju stav neoliberalne kriminologije (*new right criminology*) prema kojem je i siromaštvo pojava s kojom se mora trajno računati. U neoliberalnoj Americi postoje, naime, grupe nepopravljivih kriminalaca i grupe nepopravljivih bijednika kojima treba upravljati na najefikasniji način.³⁵ Tim se grupama ne smije dopustiti pozivanje na primitivne instinkte društvene solidarnosti koji prizivaju lažno vjerovanje da je moguće otkriti razloge nepravdi kojoj su podvrgnuti. Umjesto toga, bolje bi im bilo da okrive sebe ili da priznaju “lošu sreću” koja im je dopala u opštem poretku stvari.³⁶

Tako smo se približili teorijskom vrhuncu nove penologije. Naime, nakon što je i retribuciji i rehabilitaciji uskraćena društvena legitimacija – budući da su kontaminirane društvenim vrijednostima – sve su prilike, smatraju Freely i Simon, da će se u budućnosti problemi kriminala i siromaštva morati rješavati po principu “gospodarenja otpadom” (*waste management*).³⁷ Gubitnike u

²⁹⁾ L. K.Cheliots, loc. cit. 2. str. 313–314

³⁰⁾ T. Blomberg, op. cit. 1. Str. 54. Takođe: L. Mona, 'Waste managers? The New Penology, Crime Fighting, and Parole Agent Identity', 32 *Law and Society Review*, 839–869, Wiley-Blackwell Publishers (1998).

³¹⁾ L. K.Cheliots, loc. cit. 2. str. 315–317.

³²⁾ Ibid. str. 316.

³³⁾ A. Benoist, loc. cit. 21. str.10.

³⁴⁾ Moglo bi se dogoditi da savremene mjere upravljanja opasnošću, smatraju Simon i Freely, neumoljivo dovedu do

²⁹⁾ Ibid.

³⁰⁾ R. P. Bellamy et. al., *Political Concepts* (Manchester University Press, Manchester 2003) str. 65–68.

³¹⁾ T. Hope et. al., *Crime, Risk and Insecurity*, (Routledge, London 2000) str. 132.

apstraktnim igrama spontanog reda društvo će morati izolovati u "prostor izvan dometa pogleda i dodira" tj. u zatvore ili u sirotinjske četvrti u kojima će ih čuvati uz najmanji mogući trošak po jedinici mjere "otrovnog otpada".³⁸

I upravo zbog neugodnih eugeničkih implikacija, baš zato što se takve tvrdnje nazivaju naukom, mora se priznati kako je nova penologija jedna konzistentna neoliberalna teorija kažnjavanja. Jer, kako bi drugačije jedan politički sistem, koji zavisi od specifičnih kvaliteta individualne slobode *homo oeconomicusa*, mogao tretirati ljude koji ne posjeduju tražena svojstva, ako ne kao društveni otpad. U nekim drugim vremenima otpadom su proglašavani ljudi bez traženih rasnih osobina ili bez odgovarajuće klasne svijesti, ali suština je uvijek bila u tome da otpadaju oni koji se ne uklapaju u krovnne ideološke vrijednosti.³⁹

1.5. Učinci nove penologije

Primjena novih metoda i tehnika učinila je Ameriku zatvorskom državom.⁴⁰ Dok je od 1930. do 1975. godine, dakle, za četrdeset i pet godina, broj zatvorenika porastao za 47%, tj. s 93 na 137 zatvorenika na svakih 100.000 stanovnika – njihov broj je nakon uvođenja savremene logike kažnjavanja, u periodu od 1975. do 1997. godine, za samo dvadeset i tri godine, porastao za 271%. Rastao je jedanaest puta brže nego za vrijeme starinske logike kažnjavanja. Prvo se od 1975. do 1985. godine broj zatvorenika popeo na 202 na svakih 100.000 stanovnika, da bi do 1995. godine skočio na 411. Ako se tome priračunaju zatvorenici u lokalnim zatvorima, onda je 1997. godine dostignut broj od 652 zatvorenika na svakih 100.000 stanovnika. Do kraja 1998. godine više od 1,8 miliona osuđenika se nalazilo u federalnim i državnim zatvorima i kaznionicama.⁴¹ Istovremeno, u periodu od 1980. do 1997. godine broj uslovno osuđenih

porastao je za 191% dok je broj osuđenika na uslovnoj slobodi porastao za 213%. To znači da je ukupan broj stanovnika Amerike pod nekim oblikom kaznenog nadzora dosego cifru od 5,7 miliona, što je više od Kine, računajući prema ukupnom broju stanovnika, ili više od Kube računajući na svakih 100.000 stanovnika.

Istraživanja veze između povećanog broja zatvorenika i porasta stope kriminala, pokazala su da se svega 12% porasta broja zatvorenika može dovesti u vezu s povećanim obimom kriminala, dok se preostalih 88% pripisuje izricanju strožijih sankcija, zatvaranju većeg broja prestupnika nego ranije i dužem boravku u zatvoru prije puštanja na uslovnu slobodu.⁴² Broj osuđenih zatvorenika za različite oblike krivičnog djela krađe porastao je tako za 565%, dok je broj muških zatvorenika osuđenih zbog djela povezanih s prodajom narkotika porastao petnaest puta – što ni približno ne odgovara porastu stope kriminala u ovim oblastima.⁴³

2. Penologija tranzicione pravde

2.1. Zakonska rješenja u BiH

Teško bi se moglo reći da je domaći zakonodavac prihvatio savremene ciljeve kažnjavanja. To je vidljivo počevši od člana 6. Krivičnog zakona BiH (KZ BiH)⁴⁴ koji definiše svrhu krivičnopravnih sankcija kao opštu i specijalnu prevenciju, a potom i kao "podsticanje preodgoja" počinioca; preko odredbe člana 39. koja određuje da kažnjavanje predstavlja izraz društvene osude zbog učinjenog krivičnog djela, čime se "utiče na svijest građana o pogibeljnosti krivičnih djela i o pravednosti kažnjavanja učinio", pa sve do člana 105. Zakona Bosne i Hercegovine o izvršenju krivičnih sankcija pritvora i drugih mjera (ZIKS BiH),⁴⁵ prema kojem je cilj kazne zatvora da se zatvorenici omogući da "kroz sistem savremenih odgojnih mjera usvoje pozitivne društvene vrijednosti." ZIKS BiH govori takođe i o individualnom tretmanu učinilaca,⁴⁶ te o organizaciji tretmana zatvorenika u okviru kojeg se formira "grupa stručnjaka za ispitivanje ličnosti i utvrđivanje tretmana zatvorenika" koja potom "analizira i proučava postignute rezultate i uticaj preduzetih odgojnih mjera".⁴⁷ Dakle, zakonodavac na izravan način zadržava klasičnu, ekspresivnu teoriju kažnjavanja.⁴⁸ Rehabilitacija se provodi kroz ispitivanje ličnosti počinioca i, što je najvažnije, njegov

"izdvajanja posebne populacije, koja ne može biti obražena, nego samo zbrinuta kroz neki oblik upravljanja otpadom." Svaka investicija u te opasne klase pokazala bi se promašenom, pa bi model upravljanja otpadom predstavljao najjeftinije rješenje. Mjesta odlaganja "otrovnog otpada" biće u zajednicama besprizornih (*underclass communities*). Oni koji su pod kontrolom komunalnih korekcionih mjera moraću u njima živjeti. Državni službenici na prvoj liniji kontrole kriminala, u tom potencijalnom postmodernom penalnom svijetu, samo će nadzirati i raspoređivati opasna tijela, uz minimum ličnih osjećaja. S. Collins et. al., *Anti-social Behaviour and Disorder: Powers and Remedies* (Sweet and Maxwell, 2006) str. 32–33.

³⁸⁾ Ibid. 32–33.

³⁹⁾ Savremeni sistemi kontrole kriminala pokazuju potencijal da prerastu u Gulage zapadnog tipa. Oni neće uništavati problematične pojedince, ali ih mogu iz društva trajno ukloniti. "Drugim riječima, glavna opasnost od kriminala u savremenim društvima nije sam kriminal, nego opasnost da borba protiv kriminala može dovesti do totalitarnih režima." N. Christie, *Crime Control as Industry: Towards Gulags, Western Style*, (Routledge, London 2000) str. 15.

⁴⁰⁾ P. Bourdieua, loc. cit. 24.

⁴¹⁾ D. L. Mackenzie, loc. cit. 10. str. 4. i 11.

⁴²⁾ Ibid.

⁴³⁾ T. Blomberg, op. cit. 1. str. 31.

⁴⁴⁾ Službeni glasnik Bosne i Hercegovine br. 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07, 8/10.

⁴⁵⁾ Prečišćeni tekst, Službeni glasnik BiH, br. 12/10.

⁴⁶⁾ Član 106. ZIKS BiH.

⁴⁷⁾ Član 18. ZIKS BiH.

⁴⁸⁾ Ekspresivna teorija kažnjavanja, poznata još od Platona, naglašava važnost preodgoja učinio. Ona prestupniku objašnjava razloge za moralnu osudu njegovog djela. L. Zaibet, Punishment, Liberalism, and Comunitarism; Punishment, Communication and Comunity, Book Review, By R. A. Duff, 6 *Buffalo Criminal Law Review* (2002) str. 677.

preodgoj radi prihvatanja pozitivnih društvenih vrijednosti, čime se ukazuje na pravednost kažnjavanja.

Penološki modernizam domaćeg zakonodavstva ne samo da je u suprotnosti s idejama nove penologije, nego nije u skladu ni s penologijom zaštite ljudskih prava (*right-based penology*). Prevaspitanje – nažalost – više nije savremeni cilj kažnjavanja. Cilj kažnjavanja nije više ni uspostavljanje socijalne solidarnosti i društvene komunikacije kroz moralnu osudu počinioca krivičnog djela, kao što sugeriše član 105. KZ BiH. Penološki modernizam našeg pozitivnog krivičnog zakonodavstva – a zapravo model tretmana, korekcije i rehabilitacije povezan s pozitivističkom kriminologijom s kraja devetnaestog vijeka – predstavlja odraz prosvjetiteljske kulture kažnjavanja.⁴⁹ Moderan je (u opoziciji prema predmodernim i postmodernim penološkim shvatanjima) zbog uvjerenja da ljudski razum može usmjeravati promjene koje vode ka ozdravljenju čitavog društva. Prema penološkom modernizmu kažnjavanje je u jednom generalnom smislu – a posebno retributivno kažnjavanje – iracionalna i predmoderna tradicija zasnovana na predrasudama, pa treba biti zamijenjeno popravljajanjem počinitelja. Socijalna korist najvažniji je cilj krivičnog pravosuđa.⁵⁰ Pozitivistički kriminolozi i penalni reformatori 19. vijeka vjerovali su, kao i svi prosvjetitelji, da su socijalni problemi rješivi. Dominirali su penološkom teorijom i praksom skoro sto godina, sve do druge polovine dvadesetog vijeka. Zbog njegovog navodnog etatizma, socijalnog inženjeringa i kontrole nekih aspekata života pojedinaca, koji bi trebali biti van doseg države, penalni modernizam prosvjetiteljstva u suprotnosti je s temeljnim postavkama liberalizma i filozofije ljudskih prava. Napuštanje etike rehabilitacije nije stoga stvar ideologije u uobičajenom smislu riječi, kako se to često pojednostavljuje,⁵¹ nego je odustajanje od same moderne kao utemeljujuće ideje Zapada. Savremene teorije kažnjavanja, koje su donijele promjene, ali bez pogleda u budućnost, samo su regulatorne poluge “otvorenog društva”. Stoga se one opisuju kao “postmoderne”, “postrehabilitacione”, “postdisciplinarne”, “postkriminološke”, “postindustrijske”, “postutilitarne”. Pri tome, savremena penologija ne posmatra penološki modernizam samo kao promašenu teoriju kažnjavanja, nego kao autoritaran program opasan za ljudske vrijednosti i vrijednosti individualne autonomije.⁵²

⁴⁹⁾ T. Blomberg, op. cit. 1. str. 50.

⁵⁰⁾ Ibid. str. 51.

⁵¹⁾ Tako se ističe, na primjer, kako je Srbija 2008. godine napustila “ideološki koncept rehabilitacije” i usvojila “savremeni” koncept resocijalizacije zatvorenika na osnovu njegove reintegracije u društvo. Ž. Kešetović et. al., ‘Prisoner Rehabilitation in Serbia’, 12/2 *Varstvoslovlje, Revija za teoriju in prakso zagotvljnja varnosti*, Izdavač, Fakultet za varnostne vede Univerziteta u Mariboru (2010) str. 206.

⁵²⁾ T. Blomberg, op. cit. 1. str. 57.

Penologija zaštite ljudskih prava dobila je svoj najpotpuniji normativni izraz kroz Evropska zatvorska pravila (EZP).⁵³ EZP ne prihvataju etiku rehabilitacije. Vranj i Bisić su toga svjesni, budući da pozdravljaju opredjeljenje EZP, koji promišljeno izbjegavaju korištenje termina rehabilitacija, jer “nosi konotacije prisiljavanja na tretman”.⁵⁴ Umjesto rehabilitacije – preodgoj da i ne spominjemo – EZP govore o režimima, programima i “planovima za izvršavanje kazne zatvora za svakog zatvorenika posebno i o strategiji pripreme njegovog puštanja na slobodu.”⁵⁵ O ciljevima kažnjavanja kaže se tek toliko da će se utvrditi “režim za osuđene zatvorenike kako bi im se omogućilo da žive odgovorno, bez kriminalnog ponašanja.”⁵⁶ Za razliku od ekspresivne teorije kažnjavanja, usvojene u domaćem pozitivnom pravu, EZP ne poznaju nikakve moralne niti društvene vrijednosti; izbjegava se čak i izraz “društvo” umjesto kojeg se koristi izraz zajednica. Moralni paternalizam anatemisan je, dakle, kako od strane neoliberalizma tako i od lijevog liberalizma filozofije ljudskih prava. Kažnjavanje nije stvar moralnog vaspitanja.⁵⁷ Najviše što o normativnoj strani kažnjavanja možemo pročitati u najvažnijem izvoru evropskog penitencijarnog prava je da zatvorenik ubuduće treba živjeti “u skladu sa zakonom.”⁵⁸ Nije slučajno ni to što se o ciljevima kažnjavanja govori kratko, na samom kraju teksta. Tako se stiče dojam da zatvor nije kaznena ustanova, nego ustanova za zaštitu prava zatvorenika. Jer, njihova je greška isključivo u tome što su povrijedili zakonska pravila, ali ne i moralne norme, time što su, na primjer, počinili ratni zločin. Treba reći i to da penologija ljudskih prava, za razliku od domaćeg zakonodavstva, ne podržava ni opštu prevenciju kao legitiman cilj kažnjavanja. Opšta prevencija, naime, negira pravo pojedinca da bude kažnjen samo za ono što je učinio. Time se poriče njegova moralna i fizička autonomija; neopravdano mu se uskraćuje sloboda i mogućnost djelovanja u budućnosti.⁵⁹ Time se krši i Kantov imperativ koji nalaže da se čovjek ne tretira kao sredstvo. Svaki utilitarizam, pa tako i generalna prevencija, ima u vidu ciljeve koji se tiču i drugih ljudi, a ne isključivo “autonomnog djelatnika”.

⁵³⁾ Preporuka br. (2006) 2 Komiteta ministara Vijeća Evrope zemljama članicama u vezi sa zatvorskim pravilima od 11. 2. 2006. godine.

⁵⁴⁾ V. Vranj et. al., *Primjena propisa o izvršenju krivičnih sankcija, pritvora i drugih mjera u Bosni i Hercegovini*, (Sarajevo, Privredna štampa, 2009) str. 291.

⁵⁵⁾ Član 103.2. EZP.

⁵⁶⁾ Član 102.1. EZP. Ovdje treba obratiti pažnju na izraz “omogućiti”. Naime, penologija zaštite ljudskih prava insistira na obavezi države da obezbijedi uslove za “resocijalizaciju”, a pravo je zatvorenika da odluči da li će nastaviti “živjeti odgovorno”. B. Hudson, *Understanding Justice*, (Buckingham, Philadelphia, Open University press, 2003) str. 63.

⁵⁷⁾ L. Zaubet, loc. cit. 48. str. 677.

⁵⁸⁾ Član 107.1. EZP.

⁵⁹⁾ B. Hudson, op. cit. 56. str. 63.

2.2. Nova penologija kao tranziciona pravda

Čini se dakle da domaća doktrina kažnjavanja nije u skladu sa savremenim penološkim kretanjima, ali ni s odredbom člana 2. stav 1. KZ BiH kojom se pojedinačna prava tretiraju kao osnovni zaštitni objekat krivičnog prava. Pitanje, međutim, nije samo da li je domaća doktrina usklađena s globalnim penološkim trendovima, nego da li je kao takva u našem današnjem društvu uopšte moguća. Ima li još uvijek neke praktične vrijednosti ili predstavlja samo nostalgичni podsjetnik na vremena penalnog modernizma, kada su kažnjavanje i rehabilitacija imali smisla. Sve su prilike da je ekspresivnu doktrinu kažnjavanja danas nemoguće odbraniti, i to uprkos tome što ova doktrina, kako se ističe – a za razliku od ostatka Evrope – predstavlja dio pravne kulture ovih prostora.⁶⁰ Neodrživa je, dakle, ali ne zbog toga što ni nova penologija ni penologija ljudskih prava ne poznaju ideju opšteg dobra, nego zbog toga što se ni u našem društvu više ne mogu prepoznati te “pozitivne društvene vrijednosti” o kojima KZ BiH i ZIKS BiH nadahnuto govore.

Proces globalne društvene tranzicije, koji je u Americi započeo sedamdesetih, a nas zahvatio u poratnim godinama, učinio je iluzornim koncept moralnog preodgoja zatvorenika. Prevaspitanje je danas toliko “prevaziđeno”, zahvaljujući filozofiji ljudskih prava, da se ubrzano napušta čak i u sistemu školovanja.⁶¹ Školstvo, prema ovim tumačenjima, treba da obezbijedi obrazovanje, dok su moralni izbori prepušteni autonomiji pojedinca.⁶² Takav pristup ne samo da je učinio bespredmetnim prevaspitanje zatvorenika, nego generiše kriminogenu kulturu.⁶³ Uostalom, koje su to pozitivne društvene vrijednosti na koje bi se zatvoreniku trebalo ukazati u jednom društvu kojem su reforme donijele ekonomski krah, oskudicu, krizu zaposlenosti, porast društvene nejednakosti, kolaps društvene solidarnosti i jačanje antisocijalnih stavova, krizu formalne socijalne kontrole i raspad neformalnih sistema društvenih obaveza, korupciju

i porast viktimizacije, moralni relativizam i anomiju, krizu porodice i roditeljstva.⁶⁴ Ukratko, nestankom ideologije potlačenih i marginalizovanih, koja je zadnjih dvjesto godina pokretala programe društvenih promjena, kriminal je dobrim dijelom postao način primitivnog iskazivanja bunta. Kada kriminalna karijera postane samo jedno od mogućih životnih opredjeljenja, teško je govoriti o opšte-prihvaćenim moralnim vrijednostima na koje bi se trebao pozvati zavodski terapeut u postupku preodgoja osoba koje su loše prošle u tranzicijskoj podjeli karata.⁶⁵

Postavlja se zbog toga pitanje primjerenijih načina kontrole kriminala. Teorijski i praktični instrumenti nove penologije na prvi pogled izgledaju odbojno i trpe ozbiljne kritike. U Srbiji, na primjer, koja baštini istu pravnu kulturu i tradiciju kao i BiH, ova se ideja na doktrinarnom planu glatko odbacuje. Iako je koncept nove penologije naišao na odobravanje u SAD, kaže se, evropski kulturni prostor neće pristati na statističku pravdu radi uštede novaca poreskih obveznika.⁶⁶ Ali, izvan prostora akademskih rasprava postoje stvarni problemi porasta kriminala koji se neće riješiti zaštitom ljudskih prava zatvorenika. Zbog toga je Srbija preuzela britanski program procjene rizika (OASYS) kao osnovu sistema izvršenja krivičnih sankcija.⁶⁷ I u Hrvatskoj su svi zatvorski programi “usmjereni na pronalaženje i promjenu kriminogenih potreba”.⁶⁸

Naivno je, naime, vjerovati kako je moguće usvojiti samo izabrane aspekte globalnog liberalizma. Stremljenje postindustrijskom društvu individualizma i tržišne utakmice, sa svim posljedicama ubrzane globalizacije kapitala, rada i kriminala,⁶⁹ podrazumijeva i neke oblike statističke metode kontrole rizika. Uostalom, privatizacijom kontrole

⁶⁰ M. Babić et. al., *Komentari krivičnih/kaznenih zakona u Bosni i Hercegovini*, Knjiga I (Sarajevo, Savjet/Vijeće Evrope, 2005), str. 76.

⁶¹ Evo kako je uposlenica u državnom uredu za obrazovanje (Maryland, SAD) opisala jedno od mnogobrojnih sličnih iskustava koje je imala prilikom obilaska škola: “Šta biste željeli postati kada maturirate”, upitala je nastavnica učenike u završnom razredu osnovne škole. Jedan učenik je podigao ruku: ‘Svodnik. Može se dobro zaraditi.’ Nastavnica se tada okrenula učenicima: ‘Da li bi ti radila za njega?’ ‘Vjerovatno’, odgovorila je učenica letargično.” K. Townsend, ‘Why Johnny can’t tell right from wrong: the most important lesson our schools don’t teach – values’, *Washington Monthly* (1992) Dostupno na: (http://findarticles.com/p/articles/mi_m1316/is_n12_v24/ai_13252028/)

⁶² O tome: V. Vujčić, ‘Etičko utemeljivanje liberalizma i liberalnog odgoja’, 3/2 *Društvena istraživanja*, Zagreb, (1993) str. 167–179.

⁶³ O tome: W. Kilpatrick, *Why Johnny Can't Tell Right From Wrong: And What We Can Do About It*, (Touchstone, New York 1993).

⁶⁴ A. Jugović et. al., ‘Socijalne nejednakosti i siromaštvo kao društveni kontekst kriminala’ godišnjak, *Fakultet političkih nauka*, Beograd (2008) str. 453. Takođe: G. Barak, *Crime And Crime Control: A global View*, (Greenwood Publishing Group, Westport 2000) str. XIX.

⁶⁵ Neoliberalna kriminologija skovala je frazu “kriminologija svakodnevnog života”. Njome se izražava stav prema kojem se kriminal doživljava kao životni stil i šansa; uobičajena životna činjenica. Kriminalci više nisu socijalno problematični pojedinci, nego racionalna bića. S. Collins, op. cit. 37. str. 33–34.

⁶⁶ S. Soković et. al., ‘Nova penologija – stara praksa sa novim imenom’, 1 *Socijalna misao*, Beograd, (2007) str. 133.

⁶⁷ “Novi koncept resocijalizacije uvodi najbolja iskustva razvijenih zatvorskih sistema, prvenstveno metodologiju procjene rizika, kao osnovu za programe individualizovanog tretmana.” Ž. Kešetović, loc. cit. 51. str. 206.

⁶⁸ “Kriminogene potrebe određuju se prema rizičnom nivou učinioca. Primjena ovih dinamičkih faktora koji se tiču učinioca, utiče na promjene u vjerovatnoći pojave recidivizma.” V. Kovčič et. al. ‘Prisoner rehabilitation in Croatia’, 12/2 V. Kovčič et. al. ‘Prisoner rehabilitation in Croatia’, 12/2 *Varstvoslovlje, Revija za teoriju in prakso zagotvljnja varnosti*, Izdavač, Fakultet za varnostne vede Univerzitetu u Mariboru (2010).

⁶⁹ Okrenutost prema produktivnosti, takmičenju i profitu, vodi zanemarivanju socijalnih funkcija države (policija, sudije,

kriminala posredstvom zaštitarskih tvrtki, alarmnih sistema, blindiranih vrata i nadzornih kamera, nova penologija je već zakoračila u našu socijalnu realnost. Njeno prihvatanje stoga nije više pitanje našeg slobodnog izbora; kontrola rizika ide u paketu s društvom rizika (*risk society*). U situaciji kada prema zatvorenicima ne smijemo izraziti moralnu osudu, budući da je zatvor sam po sebi dovoljna kazna – a nema ni načina da je izrazimo zbog kraha moralnih vrijednosti – preostaje nam da se prilagodimo nenormativnim, regulatornim metodama kontrole kriminala. U Njemačkoj, na primjer, dio kriminologa favorizuje objektivnost statističkog pristupa. “Mekani” pristup resocijalizaciji, ističe Henner Hess, u budućnosti će samo pogoršati stvari.⁷⁰

To ne znači potpuno napuštanje paradigme penalnog prosvjetiteljstva. Ne moramo se složiti sa svim premisama nove penologije da bismo prihvatili neke od savremenih metoda kontrole rizika. Osim toga, mi u ovom članku nećemo ni raspravljati o eventualnom poošttravanju politike kažnjavanja, ili jednom trezvenijem pristupu problemu kriminala kod maloljetnika. To bi u ovom trenutku bilo promašeno ne samo zato što nemamo zatvorskih kapaciteta, nego i zato što je takva rasprava nemoguća bez prethodne sveobuhvatne analize zvaničnih statističkih podataka, prema kojima raste broj krivičnih prijava, a opada broj optuženih i osuđenih osoba.⁷¹ Međutim, kada je riječ o broju povratnika, situacija je dovoljno jasna. Sadašnja rehabilitaciona doktrina ne uspijeva spriječiti nagli rast recidivizma.⁷² U Federaciji BiH broj punoljetnih recidivista udvostručio se između 2002.–2008. godine. Porastao je s 885 na 1.809, ili

tužiocima, nastavnicima, vaspitačima i dječijim vrtićima) koje se ne mogu ispuniti bez određenog stepena lične predanosti i profesionalnog entuzijazma. Ovi službenici imaju danas sve jači osjećaj da su prepušteni sami sebi u pokušajima da se izbore s materijalnom i moralnom bijedom koja je posljedica ekonomske realpolitike. K. Lüderssen, ‘Enlightened Criminal Policy or the Struggle Against Evil’, 3 *Buffalo Criminal Law Review*, (2000) str. 692.

⁷⁰⁾ Ibid. 699–700.

⁷¹⁾ U periodu od 2002. do 2008. godine broj prijavljenih krivičnih djela u Federaciji BiH porastao je s 12.640 na 18.664 (47 %), a broj optuženih i osuđenih osoba smanjio se u istom periodu s 8.720 na 7.594 (15 %). Broj krivičnih djela protiv imovine porastao je s 5.287 na 7.861 (48%), a broj optuženih i osuđenih se smanjio s 3.320 na 2.824 (17%). Broj prijavljenih djela protiv javnog reda i pravnog prometa porastao je s 1.883 na 2.316 (23%), a broj optuženih i osuđenih pao s 1.290 na 653 (97%). Broj krivičnih djela protiv života i tijela porastao je sa 660 na 1.615 (150%) a broj optuženih i osuđenih porastao s 572 na 771 (34%). Broj osuđenih maloljetnih osoba pao je s 310 na 228 (37%) mada je broj kaznenih prijava porastao sa 762 na 1.233 (62%). Statistički godišnjak/ljetopis FBiH 09. str. 368–371.

⁷²⁾ N. Macanović iz Kazneno-popravnog zavoda u Banja Luci navodi kako naš sadašnji sistem resocijalizacije ne pronalazi adekvatna rješenja za probleme recidivizma, zbog čega je ovaj u porastu. On to pripisuje nedostatku postpenalnog tretmana. N. Macanović, ‘Recidivizam’, 16/3 *Socijalna misao*, Beograd (2009) str. 169–177.

za 105%.⁷³ Zbog toga bi trebalo razmisliti o penalnom odgovoru koji bi bio efikasniji, ali i bolje prilagođen finansijskim ograničenjima jednog siromašnog društva. U takvom društvu neuvjerljivo zvuče deontološke tvrdnje penologije ljudskih prava da se “zatvorski uslovi koji su u suprotnosti s ljudskim pravima zatvorenika ne mogu opravdati manjkom potrebnih resursa.”⁷⁴ Ako se hiljade građana koji poštuju zakone hrane na kazanima narodnih kuhinja čija su sredstva ograničena, a desetine hiljada žive ispod granice siromaštva, Evropska zatvorska pravila ne samo da zvuče nepravedno, nego je lako moguće da djeluju kontraproduktivno sa aspekta prevencije kriminala.

2.3. Aktuarske metode kontrole recidivizma

Klinički metod socijalno-psihološke procjene zatvorenika, usvojen u ZIKS BiH, uobičajen je za penalni modernizam. Uključuje seriju nestandardizovanih pitanja koja zatvoreniku postavlja zavodski terapeut. Na temelju tako prikupljenih podataka preporučuje se vrsta tretmana. Nedostatak ove metode je u tome što nije u stanju predvidjeti vjerovatnoću recidivizma.⁷⁵ Za razliku od socijalno-psihološke analize, aktuarska metoda nove penologije podrazumijeva korištenje standardizovanih, objektivnih instrumenata procjene rizika (*evidence-based*), razvijenih na temelju sveobuhvatnih statističkih istraživanja budućeg kriminalnog ponašanja čitavih klasa osuđenika. Rizik od ponavljanja krivičnog djela zavisi od stepena tzv. kriminogenih potreba (*criminogenic needs*). Koncept kriminogenih potreba centralna je poluga novog pristupa problemu recidivizma. To su oni faktori kriminalnog ponašanja na koje se može uticati (dinamički). Najvažniji među njima su anti-socijalni stavovi i odnos prema autoritetu, kriminogeno okruženje i prijatelji, porodična situacija, zloupotreba droga i alkohola. Kriminogeni faktori na koje se ne može uticati (statički), poput prethodne osuđivanosti ili dobne pripadnosti zatvorenika, od manjeg su značaja za aktuarsku metodu kontrole rizika.⁷⁶ Jedan od najpoznatijih aktuarskih upitnika je *Level of Service Inventory-Revised* (LSI-R), koji su 1995. godine razvili Andrews i Bonta. Upitnik sadrži 54 pitanja koja su podijeljena u deset oblasti: socijalna orijentacija/stavovi prema društvu, slobodno vrijeme, prijatelji i društvo u koje osoba zalazi, zloupotreba droge i alkohola, emocionalno i mentalno zdravlje, kriminalna istorija, obrazovanje/zaposlenje, finansijska situacija, porodična

⁷³⁾ Broj osuđenih za istovrsna krivična djela porastao je s 595 na 1.186, za neistovrsna djela s 236 na 432, za istovrsna i druga djela s 54 na 191. Statistički godišnjak/Ljetopis FBiH 09, str. 370.

⁷⁴⁾ Član 4. EZP.

⁷⁵⁾ C. Lowenkamp et. al., ‘Risk/need Assessment, Offender Classification, and the Role of Childhood Abuse, Criminal Justice and Behavior’, 48 *American Association for Correctional Psychology*, (2001) str. 544.

⁷⁶⁾ G. McIvor et. al., *Developments in Social Work With Offenders*, (Jessica Kingsley Publisher, London 2007) str. 139.

situacija, stanovanje.⁷⁷ Iako su neki od ovih faktora statički, dvije trećine od njih su dinamički. Veće kriminogene potrebe znače veći broj bodova, što govori o povećanoj vjerovatnoći da će zatvorenik, koji pripada određenoj bodovnoj skupini delinkvenata, u budućnosti ponoviti krivično djelo.⁷⁸ Mada je glavni cilj tretmana usmjeren na promjenu dinamičkih faktora, ne smiju se gubiti iz vida ni statički faktori rizika (recidivizam je češći kod osoba ispod dvadeset godina nego kod osoba preko trideset godina). Koncept kriminogenih potreba LSI-R upitnika usko je povezan s tzv. principom rizika koji nalaže korekcionom službeniku da prvo tretira klase zatvorenika s povećanim rizikom povratništva.⁷⁹ Radi se, dakle, o mjerljivim potrebama za određenom vrstom tretmana. Zatvorski terapeut stoga više ne troši vrijeme i sredstva na procjenu i tretman nekriminogenih potreba, poput osjećaja usamljenosti ili manjka samopouzdanja kod pojedinačnog zatvorenika, koji su bili važni u psihopatološkom modelu kriminalnog ponašanja.⁸⁰

Sigurno je da statistička distribucija rizika dehumanizuje penologiju. Okrenuvši se tehnokratskom upravljanju čitavim klasama kriminalaca, zatvorski stručnjaci distanciraju se od problema pojedinačnog delinkventa. Zadaci penologije, međutim, ne iscrpljuju se u zaštiti prava zatvorenika, kao što bi se to moglo pomisliti na temelju EZP. Njen primarni zadatak je da doprinese sigurnosti građana. Ako aktuelni socijalno-psihološki pristup našeg krivičnog zakonodavstva dovodi do značajnog porasta broja povratnika, morali bismo oprobati rješenja stvorena radi kontrole kriminala u društvima rizika. Druga je stvar što napuštanje penalnog modernizma možemo doživjeti kao otvoreno priznanje moralne nemoći društva. Ali, nemoć tranzicionih društava dio je paketa tranzicione pravde, a taj smo paket preuzeli još prije petnaest godina.⁸¹

Zaključne napomene

Preko dva vijeka svaka analiza neuspjeha kaznenog sistema bila je praćena prijedlogom reformi koje će ga unaprijediti. Ovakav optimizam nestao je s inauguracijom statističke pravde.⁸² Savremeni pristup označio je eru "odbacivanja nade, budući da je ideja rehabilitacije bila izraz povjerenja u ljudsku prirodu i sposobnost društva da izvuče ono dobro iz njih".⁸³ U naporima da onesposobi ovu ideju neoliberalizam je dobio svesrdnu podršku postmodernizma – poraženog ideološkog neprijatelja. To ne znači samo odustajanje od etike rehabilitacije, nego i od paradigme modernosti, kao vjerovanja da postoje neke ideje koje usmjeravaju ljudske napore na putu izgradnje boljeg društva. Hayekov ekonomski fatalizam oduzeo je snagu promjene polemičkom biću slobode, preobrazivši ga u individualne interese bez političke sadržine i značaja.⁸⁴

Da bi se suočili s problemima postmodernog društva i naše krivično zakonodavstvo mora se prilagoditi globalnim promjenama. Moramo prihvatiti da tržište i individualna inicijativa upravljaju ljudima u jednom moralno neutralnom svijetu u kojem su penolozi dobili uloge menadžera. To je sadržina "potpune pravne kulture" o kojoj je govorio Zbigniew Brzezinski u svojim tranzicijskim tablicama.

Pogrešno bi ipak bilo zaključiti da je time stavljena tačka na problem rehabilitacije zatvorenika. I za novu penologiju najvažnija kriminogena potreba povezana je s anti-socijalnim stavovima zatvorenika. Da bi se na nju uticalo potrebno je pribjeći tzv. principu tretmana kojim će se kod zatvorenika osnažiti prosocijalno ponašanje (*pro-social behavior*). Razumije se, radi se o svojevrsnom eufemizmu, politički korektnom priznanju da postoji potreba za "pozitivnim društvenim vrijednostima". Drugim riječima, savremeni prosocijalni tretman, zasnovan na dostignućima "kognitivnog biheviorizma", nije daleko odmakao od ideološkog koncepta moralnog paternalizma. Zbog toga ovaj članak ne sadrži prijedlog da se iz naših krivičnih zakona uklone odredbe koje govore o "pozitivnim društvenim vrijednostima". Jer, kada bi se stvari nazivale pravim imenom, možda bi kažnjavanje ponovo imalo smisla.

⁷⁷⁾ C. Lowenkamp, loc. cit. 75. 545.

⁷⁸⁾ Ibid.

⁷⁹⁾ G. McIvor, op. cit. 76. str. 141.

⁸⁰⁾ Ibid. str. 139.

⁸¹⁾ Radi se o dubokim društvenim transformacijama koje se dešavaju pod pritiskom novog svjetskog poretka, s njegovim "sopstvenim institucijama i strukturama moći, koje suspenduju prethodne strukture povezane sa nacionalnom državom." H. Veltmeyer, *Globalization and anti globalization: dynamics of change in the new world order*, (Ashgate Pub. Co., Burlington, 2005) str. 12. Agresivni socijalni inženjering na polju transplantacije "poželjne" pravne kulture pokrenuo je procese uništenja "zajednica kulturnog tipa" koje nisu bile zasnovane samo na "eksplicitnim pravilima i regulativama, već na etičkim običajima i recipročnim moralnim obavezama, koji su interiorizirani od svakog člana zajednice." F. Fukujama, op. cit. 5. str. 16.

⁸²⁾ R. P. Bellamy, op. cit. 30. str. 65–68.

⁸³⁾ D. Shichor, "Three Strikes as a Public Policy: The Convergence of the New Penology and the McDonalization of Punishment", *43/3 Journal of Research in Crime and Delinquency* (1997) str. 474.

⁸⁴⁾ "[S]vi politički pojmovi, predstave i reči imaju *polemički* smisao; oni imaju u vidu neku konkretnu suprotnost, vezani su za neku konkretnu situaciju čija je krajnja konsekvencija gupisanje prijatelj-neprijatelj (koje se ispoljava u ratu ili revoluciji), a postaju prazne i apstraktne kada ta situacija nestane." K. Šmit, op. cit. 21. str. 21.

Mag. sci. Dalibor Bingas

Neue Pönologie und transicional justice

(Zusammenfassung)

Die moderne Theorie der Strafen und Sanktionen durchläuft fundamentale Umbrüche. Die positivistische Pönologie, die im späten neunzehnten und Mitte des zwanzigsten Jahrhunderts vertreten wurde, ist inzwischen eine Sache der Vergangenheit. Die neue Ära wird durch eine Abkehr von der Ethik der Rehabilitation gezeichnet. An diese globalen Veränderungen muß sich Bosnien und Herzegowina anpassen, um mit den neuen Herausforderungen der Kriminalität fertig zu werden. Wir müssen akzeptieren, dass in einer moralisch neutralen Welt, einer Welt, in der Pönologen eine Managerfunktion zugeteilt wird, der Markt und der individuelle Wille die Menschen kontrollieren. Daher ist die Übernahme gewisser Instrumente der neuen Pönologie mehr eine Sache der Notwendigkeit, als der freien Wahl. Wenn die Rehabilitationsmethoden unserer Strafrechtsgesetzgebung zu einem Anstieg der Rückfälligkeit führen, müssen wir Methoden anwenden, die zur Kontrolle der Kriminalität in Risikogesellschaften entwickelt wurden.

Schlüsselwörter: Rehabilitation, Neue Pönologie, Transitional Justice, Kriminalitätskontrolle

Žene na izdržavanju kazne u Federaciji Bosne i Hercegovine

Bisera Kalaba

Sažetak

Problematika ženskog kriminaliteta s kriminološkog i penološkog aspekta dugo je bila na margini interesovanja nauke. Kriminalitet i zatvorsko kažnjavanje kao reakcija na isti, uglavnom je posmatrano kao muška pojava, što i danas u procentualnom omjeru u odnosu na ukupan broj osuđenih lica, to i jeste. Ekonomska neopravdanost bilo kakvih istraživanja koja bi bila usmjerena isključivo na žensku populaciju osuđenica, bila je izgovor konstantnog potiskivanja ovog ne tako beznačajnog problema. Međutim, specifičnosti u fiziološkom, a i emotivnom smislu koje nalazimo kod ženskih lica koja se nalaze na izdržavanju kazne zatvora, nikako ne smiju pasti u drugi plan pod izgovorom i dalje niskog procentualnog učešća žena u ukupnom kriminalitetu, a time i izricanju kazne lišenja slobode, jer od njihovog položaja i tretmana koji se primjenjuje, zavisi i eventualno vraćanje u kriminogenu zonu, a time dovodi u pitanje uopšte izricanje ove vrste kazne.

Ključne riječi: penološki tretman, kazna lišenja slobode, resocijalizacija.

Uvod

Već odavno prisutna tendencija izmjene normativa u svim oblastima prava u smislu veće garancije osnovnih ljudskih prava i sloboda, tako i u oblasti izvršenja krivičnopravnih sankcija, ne mora nužno značiti i faktičko mijenjanje položaja u kojem se nalaze osuđena lica. U nastojanju da se izmjenama zakonskih rješenja približimo načinu na koji druge zemlje Evrope regulišu ovu problematiku, potrebno je krenuti s polazne tačke, a to je utvrđivanje položaja Bosne i Hercegovine (BiH) u odnosu na druge zemlje u faktičkom garantovanju nekih od osnovnih prava prilikom izdržavanja kazne lišenja slobode.

Kazna lišenja slobode analizirana je iz brojnih aspekata, bilo kritikovana ili hvaljena, i dalje je zadržana kao jedna od vodećih sankcija izricanih od strane suda. Na koji način ona utiče na zatvorenice, i koje su posljedice izdržavanja ove kazne na području naše zemlje, jedan je od ciljeva ovoga rada.

U kakvom položaju su žene koje se nalaze na izdržavanju ove kazne, te da li taj položaj sa svog socijalnog, ekonomskog i porodičnog aspekta stimulatивно ili destimulatивно djeluje na njihov tretman i resocijalizaciju, pokušaćemo se odgovoriti provedenim istraživanjem.

1. Metodologija istraživanja

1.1. Definisanje predmeta i ciljeva istraživanja

Predmet istraživanja u širem smislu jeste položaj žena koje se nalaze na izdržavanju kazne lišenja slobode na području Federacije Bosne i Hercegovine (FBiH), kao i osvrt na specifičnosti njihovog položaja u odnosu na položaj žena koje se nalaze na izdržavanju kazne lišenja slobode u drugim zemljama.

U nešto užem smislu predmet istraživanja je uzročno posljedična veza različitih elemenata socijalnog, ekonomskog i porodičnog položaja osuđenica i njihove resocijalizacije.¹ Istovremeno, predmet istraživanja neće biti ograničen na područje FBiH, budući da bi na taj način ova pojava bila samo djelimično sagledana, odnosno prikazana. Iste pojave ili uloge u kojima se nalaze žene, tačnije njihov položaj koji je predmetom ovog istraživanja, biće sagledane i u odnosu na žene koje se nalaze na izdržavanju kazne zatvora u nekoliko susjednih zemalja i kaznenopopravnih zavoda na njihovom području. Radi se o pet kaznenopopravnih zavoda i to s područja Hrvatske, Slovenije, Austrije, te dva zavoda s područja Njemačke.² Kada je u pitanju "Kazneno popravni zavod poluotvorenog tipa Tuzla" (KPZ Tuzla) u kojem se trenutno nalaze zatvorenice s područja FBiH, podaci potrebni za predmetno istraživanje dobijeni su anketiranjem zatvorenica, te od strane ovlaštenog osoblja, o kojem će kasnije biti riječi u metodama i tehnikama istraživanja.

Imajući u vidu prethodno pomenuti predmet istraživanja, opšti cilj istraživanja bi bio odgovoriti na pitanje: Da li je položaj žena koje se nalaze na izdržavanju kazne zatvora u FBiH sličan položaju žena u istom statusu u drugim zemljama na području Evrope, te da li takvi uslovi doprinose uspješnoj resocijalizaciji osuđenica?

Ovako postavljene cilje istraživanja ima prvenstveno praktičan aspekt koji se sastoji u davanju smjernica zavodima u pogledu tretmana koji se primjenjuje prema osuđenicama, ukazivanje na propuste čijim korigovanjem se može učiniti značajan napredak u procesu resocijalizacije, kao i utvrditi stvarnu potrebu za brigom društva prema ovoj populaciji.

Da bi se postigao cilj i odgovorilo na što veći broj općenito postavljenih pitanja, potrebno je cilj raščlaniti na manje komponente, te odgovaranjem na konkretna pitanja analitički sagledati predmet istraživanja, kako je to i učinjeno u nastavku rada.

1.2. Metod istraživanja

U nastojanju da se obradi osnovni predmet istraživanja, potrebno je primijeniti odgovarajući metodološki pristup, odnosno odgovarajuću metodologiju. Podaci koji su nam potrebni za izvođenje odgovarajućih zaključaka dobijeni su metodom anketiranja zatvorenica, a dijelom su

preuzeti iz ranije obavljenih istraživanja koji su objavljeni u nekolicini radova³. Vođeni sugestijama većine autora da je potrebno kombinovati informacije iz raznih izvora⁴, služićemo se ne samo kombinovanim izvorima, nego i kombinovanim metodama u proučavanju osnovnog problema ovog istraživanja.

Analizi su podvrgnuti podaci u pogledu broja pravosnažno osuđenih pripadnica ženskog spola koje se nalaze na izdržavanju kazne zatvora u pomenutim zavodima. Ženama koje su oglašene krivima odlukama nadležnih sudova, istina, nisu se izricale isključivo zatvorske kazne, ali populacija žena koja se nalazi na izdržavanju kazne zatvora bila je najpodobnija za provođenje ovoga istraživanja upravo zbog dostupnosti za anketiranje.

Uzorak anketiranih žena u potpunosti odgovara populaciji, jer su istraživanjem u FBiH obuhvaćene sve žene koje se nalaze na izdržavanju kazne zatvora na ovom području, dakle na području FBiH. S penološkog aspekta ovo je u cijelosti prihvatljivo, dok bi se eventualne primjedbe u pogledu izvođenja određenih zaključaka s kriminološkog aspekta provedenog istraživanja mogle iznijeti, budući da nisu sve žene koje su stupile u kriminogenu zonu, kažnjene kaznom zatvora.⁵

U istraživanju je korišteno i upoređivanje podataka u pogledu broja zatvorenica u određenom statusu (zaposlene, udate, i sl.) s područja FBiH s podacima dobijenim anketiranjem zatvorenica iz zavoda ostalih zemalja obuhvaćenih istraživanjem. Na ovaj način obrađeni su i podaci u pogledu pitanja koja su bila jedinstvena u upitnicima na osnovu kojih su anketirane zatvorenice u pomenutim zavodima, s podacima dobijenim anketiranjem zatvorenica u KPZ Tuzla, te su na osnovu toga izvedeni odgovarajući zaključci.

³) Korišteni radovi su navedeni u popisu literature.

⁴) Više o tome, M., Singer, *Kriminologija*, (Zagreb, Nakladni zavod "Globus", Fakultet defektologije Sveučilišta u Zagrebu, 1994.) str. 114.

⁵) Razlog odabira isključivo FBiH kao prostora za provođenje istraživanja je prvenstveno praktičnog značaja. Naime, prije provođenja bilo kakve vrste istraživanja, bilo je potrebno pribaviti odgovarajuće saglasnosti Federalnog ministarstva pravde. Nakon dobijanja tražene saglasnosti, potrebno je s administrativnim osobljem dogovoriti način provođenja istraživanja, u kojem je gotovo nemoguće lično učestvovati, te se iz tog razloga posredovalo kod popunjavanja anketnih listića, o čemu će biti riječi u nastavku rada. Kako sve osuđenice s područja FBiH izdržavaju kaznu zatvora u KPZ Tuzla, jasno je da bi za istraživanje cjelokupnog prostora BiH (dakle istraživanje koje bi obuhvatilo i područje Republike Srpske) bilo potrebno angažirati veći broj lica, i veća materijalna ulaganja. Bitno je naglasiti i istovremenost istraživanja na području oba entiteta, koje opet opravdava angažovanje većeg broja lica, jer se brojčano stanje u zavodima relativno brzo mijenja zbog isteka kazni na koje su ženska lica osuđena, i stupanja drugih lica na izdržavanje ove vrste kazne. Ne umanjujući značaj dobijenih rezultata i zaključaka provedenog istraživanja, dovoljno je iste uzeti kao polaznu osnovu za kasnije projekte kojima bi bila obuhvaćena ženska zatvorska populacija sa područja cijele BiH.

¹) Najveći značaj ovako postavljenog cilja jeste davanje smjernica u daljem organizovanju i određivanju tretmana prema osuđenicama. Naime, ranije se tretman prema ženskim licima koja su se nalazila na izdržavanju kazne zatvora određivao isključivo na osnovu rezultata istraživanja koja su provedeni nad muškom osuđeničkom populacijom, što i ne iznenađuje jer je tradicionalno kriminalitet smatran isključivo muškom pojavom.

²) Statistički podaci u pogledu istraživanja provedenih u pomenutim zemljama, preuzeti su iz rada V., Grozdanić, et. al., *Kazna zatvora za žene, resocijalizacija ili desocijalizacija*, (Rijeka, Pravni fakultet sveučilišta u Rijeci, 2001.).

Jedinica posmatranja, odnosno uzorak, bile su 222 žene s područja Njemačke, Austrije, Slovenije i Hrvatske (u daljem tekstu *društveno razvijene zemlje*), i 24 žene koje se trenutno nalaze na izdržavanju kazne zatvora na prostoru FBiH. Uzorak zatvorenica s područja FBiH je proglašen i populacijom, jer su anketiranjem obuhvaćene sve žene koje su se u momentu provođenja istraživanja nalazile na izdržavanju kazne zatvora, čime smatramo pomenuti uzorak veoma povoljnim za dalju naučnu analizu.

Provedenim istraživanjem je, dakle, obuhvaćeno ukupno 246 žena koje se nalaze na izdržavanju kazne zatvora. Riječ je o šest zavoda koji se nalaze na području pet država, i to po jedna u Hrvatskoj, Sloveniji, Austriji i FBiH, te dvije kaznenopopravne ustanove na području Njemačke.

Br.	Država	F	%
1	Hrvatska	38	15,4
2	Slovenija	12	4,8
3	Njemačka	136	55,2
4	Austrija	36	14,6
5	FBiH	24	10
	Ukupno	247	100

Tabela 1. – *Struktura uzorka provedenog istraživanja, brojčano i procentualno*

Zbog preglednosti dobijenih podataka iz provedenog istraživanja, prikazaćemo odvojeno rezultate dobijene istraživanjem zatvorske populacije na određene okolnosti s područja ostalih zemalja obuhvaćenih istraživanjem, i zasebno podatke dobijene provedenim istraživanjem na području FBiH.

Metodom analize obrađeni su statistički podaci iz izvještaja navedenih u popisu literature, izvođeni su zaključci u pogledu rezultata pojedinačnih posmatranih pojava s područja ostalih zemalja obuhvaćenih istraživanjem i iste pojave s područja FBiH. Usko s metodom analize, osnovna metoda koja je primijenjena u ovome istraživanju je komparativna metoda istih pojava s različitim područja. Komparativna metoda je došla do izražaja u potpunosti nakon što su pojedine pojave objašnjene metodom analize, a zatim upoređene sa istim pojavama s područja FBiH. Upravo ovom metodom se pokušala utvrditi zakonitost i veza između pojedinih pojava (dob, ekonomski status, porodični status, itd.) i resocijalizacije, odnosno mogućnosti koje stoje na raspolaganju ženama nakon izdržane kazne zatvora. Na dokazivanje svih postavljenih podhipoteza i analizu posmatranih pojava, primijenjena je i metoda nepotpune indukcije. Proučavajući pojedinačne odgovore na anketni upitnik koji je sastavni dio istraživanja, izvedeni su zaključci u pogledu položaja žena na izdržavanju kazne zatvora. Metoda dokazivanja i opovrgavanja je korištena kod izvođenja pretpostavki predviđanja hipoteze, dokazujući tvrdnje koje su u njima sadržane, dok je metoda samoiskaza metoda koja je korištena prilikom popunjavanja anketnih upitnika.

Smatramo da se kombinovanjem pomenutih metoda u mnogome doprinijelo naučnoj vrijednosti dobijenih zaključaka.

1.3. Tehnike istraživanja

Primjenom prethodno opisanih metoda, korišteni su i određeni instrumenti prilikom prikupljanja podataka o svim konkretnije navedenim ciljevima istraživanja koji su supsumirani pod zajednički predmet, a tom prilikom podaci su prikupljeni u zavodima za izvršenje kazne lišenja slobode:

1. Anketiranjem zatvorenica u kaznenopopravnim zavodima s područja Hrvatske, Slovenije, Austrije, te dva zavoda s područja Njemačke, kao i anketiranje zatvorenica s područja FBiH, konkretnije KPZ Tuzla.⁶ Anketni upitnik je sadržavao dvadeset pitanja.⁷ Od toga, deset pitanja su bila otvorenog tipa, a ostala su bila s ponuđenim odgovorima koje je bilo potrebno zaokružiti. Pitanja su bila veoma jednostavna i konkretna, a sam sadržaj anketnog listića je morao proći kontrolu zatvorskog osoblja, tako da je njihov sadržaj na taj način limitiran.⁸ Anketa je provedena u kaznenopopravnim zavodima⁹, a učestvovanje zatvorenica u pomenutom anketiranju je bilo dobrovoljno i anonimno. Budući da su upitnik popunjavale same osuđene, jasno je da se radi o njihovoj procjeni i percepciji određenih pojava ili kategorija, ali je nemoguće isključiti vjerovatnoću da su one prilikom davanja odgovora ponudile socijalno prihvatljivije odgovore.

2. Informativni razgovori sa šefom obezbjeđenja i ostalim licima zaduženim za sigurnost zatvorenika i osoblja zaposlenog u KPZ Tuzla, razgovor s odgajateljima, kao i sudijama Općinskog suda u Tuzli.

3. Analiza sadržaja – prikupljeni su podaci isključivo iz statističkih izvještaja, također navedenih u popisu literature, te podataka dobijenih direktno iz razgovora sa zaposlenicima zavoda.

⁶ Ovom prilikom želimo izraziti zahvalnost osoblju KPZ Tuzla, koje nam je pomoglo prilikom provođenja pomenutog anketiranja i općenito prilikom dolaska do potrebnih informacija, bez čije pomoći ovo istraživanje ne bi bilo moguće provesti.

⁷ Od pomenutih dvadeset pitanja, njih dvanaest se odnosilo na predmetno istraživanje, a preostali dio upitnika je korišten za potrebe drugog istraživanja, odnosno istraživanje iste pojave s drugog aspekta.

⁸ Kako je već ranije provedeno istraživanje u kaznenopopravnim zavodima u Njemačkoj, Austriji, Hrvatskoj i Sloveniji, tako je i dio pitanja koja su sadržana u anketnom listiću preuzet s anketnog upitnika koji je objavljen u djelu V., Grozdanić, et al. "Žene i kazna zatvora", (Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka 2001), str. 203 i 204. Na ovaj način, omogućeno je upoređivanje rezultata objavljenih u ovim radovima s rezultatima koji su dobijeni anketiranjem zatvorenica s područja FBiH.

⁹ Anketiranje u KPZ Tuzla je izvršeno posredstvom odgajatelja koji rade sa zatvorenicama, dok su podaci u pogledu identičnog anketnog upitnika preuzeti iz rada V., Grozdanić, et al., op. cit.

1.4. Društvena i naučna opravdanost istraživanja

Društvena opravdanost provedenog istraživanja je ponajprije želja autora da se interesovanje za žene u sferi kriminaliteta ne ostavljaju unutar zidova kaznenopopravnih zavoda. Dosadašnja zanimanja za kriminalitet žena uglavnom su išla u pravcu fenomenologije ženskog kriminaliteta, ali se malo istraživača odlučivalo da svoje zanimanje usmjere na period nakon izricanja kazne lišenja slobode i na specifičnosti njenog izvršenja.

Značaj istraživanja se sastoji i u tome da se međunarodnim propisima¹⁰ sve više preporučuje alternativno kažnjavanje, pa bi izneseni podaci do kojih se došlo ovim istraživanjem mogli pokazati da li je moguće i alternativno kažnjavanje ženskih počinitelja imajući u vidu krivična djela koja one čine, odnosno da li se uopšte izvršenjem kazne lišenja slobode može ostvariti resocijalizacija osuđenice.

1.5. Postavljanje hipoteze

U nastojanju da se odgovori na ciljeve postavljene u ovom radu, potrebno je odrediti glavnu hipotezu i podhipoteze čijim dokazivanjem i opovrgavanjem će se nastojati doći do određenih zaključaka.

Porodični, ekonomski, socijalni i drugi status osuđene žene u FBiH se razlikuje u pomenutim statusima od žena koje se nalaze na izdržavanju kazne zatvora u drugim zemljama Evrope, i ne doprinosi uspješnoj resocijalizaciji osuđenica.

Da bi se u potpunosti shvatila i elabirirala postavljena hipoteza, prije njenog razrađivanja odgovarajućim podhipotezama, potrebno je pojasniti u kom kontekstu će biti korišteni odgovarajući pojmovi ove hipoteze za potrebe konkretnog istraživanja.

Porodičnim statusom, iako on po prirodi podrazumijeva i porodicu iz koje zatvorenica potiče, za potrebe ovoga istraživanja će se odnositi na status u odnosu na porodicu koju je zatvorenica sama, odnosno s bračnim partnerom zasnovala. U ovom segmentu će se raspraviti i o materinstvu zatvorenica, broju djece prije stupanja na izdržavanje kazne zatvora i uticaju ovog statusa na njenu resocijalizaciju.

Pod ekonomskim statusom, u kontekstu ovog istraživanja, se misli na zaposlenost, posjedovanje vlastitog stana ili kuće, kao i drugih segmenata koji govore o ekonomskom položaju žene. Obrađen je i radni angažman zatvorenica u zavodima, što će imati odgovarajuće reperkusije na njen

ekonomski položaj prilikom napuštanja zavoda, a time i na njen povratak u društvenu zajednicu. Da li uslovi u kojima su živjele žene na području FBiH prije kažnjavanja omogućavaju uspješan povratak u društvo nakon izdržane kazne, pokušaće se odgovoriti ovim istraživanjem.

Socijalnim statusom obuhvaćeno je obrazovanje žena i njihova starost, te uticaj ovih faktora na izbor odgovarajućeg tretmana.

Za potrebe ovoga istraživanja, pod pojmom "druge zemlje obuhvaćene istraživanjem" koje se pominju u postavljenoj hipotezi, podrazumijevaju se zemlje koje su obuhvaćene istraživanjem, i to Njemačka, Austrija, Hrvatska i Slovenija. Višestruko korisno će biti uporediti rezultate sličnih istraživanja u ovim zemljama, koje su po mišljenju autora dovoljno ekonomski razvijene da bi se pokušala povući paralela sa izvršenjem kazne zatvora u FBiH, te na osnovu toga barem utvrditi njihov međusobni položaj.

Budući da je uspješnu resocijalizaciju u konačnici gotovo nemoguće statistički prikazati, a izuzetno kompleksno kroz pojedine segmente i izmjeriti, zadržaćemo se na utvrđivanju trenutnog stanja u KPZ Tuzla i na pretpostavkama za ostvarivanje ove resocijalizacije, koja opet zavisi od individualnog angažmana osuđenica.

1.6. Analiza rezultata istraživanja

1.6.1. Među zatvorenicama preovladavaju žene srednje starosne dobi

Neke od interesantnih specifičnosti koje se obično posmatraju kod analiziranja strukture zatvoreničke populacije jeste i njihova starosna dob. Provedenim istraživanjem pristupilo se utvrđivanju starosne dobi osuđenica u vrijeme anketiranja, dakle ne u vrijeme kada su izvršile krivično djelo. Potreba za ovim se ukazala prvenstveno zbog prilagođavanja tretmana¹¹, ocjenjivanja zdravstvenog stanja i sposobnosti za radni angažman u zavodu.

Evidentno je da u uzorku dominiraju žene mlađe srednje dobi, i to starosti od 31 do 45 godina. Ova pojava je

Br.	Godine	Ostale zemlje obuhvaćene istraživanjem	% u ost. zemljama obuhvaćenim istraživanjem	FBiH	%
1.	18–21	9	4	0	3,7
2.	22–30	76	34,7	7	34,2
3.	31–45	90	41,1	12	42
4.	46–60	39	17,8	5	18,1
5.	61 i više	5	2,4	0	2
Ukupno		219	100	24	100
Nepoznato		3			

Tabela 2. – Prikaz starosne strukture zatvorenica u zemljama obuhvaćenim istraživanjem – brojčano i procentualno

¹⁰⁾ Bosna i Hercegovina je 2002. godine postala članica Vijeća Evrope i ratificirala Evropsku konvenciju o ljudskim pravima (ECHR), kao i Evropsku konvenciju o prevenciji torture i nehumanog ili degradirajućeg tretmana ili kažnjavanja. Tako ECHR ima primat u primjeni nad svim ostalim pozitivnopravnim propisima, zahvaljujući svom položaju u ustavnom poretku BiH. Vijeće Evrope je stavilo na raspolaganje ažuriranu verziju Evropskih zatvorskih pravila koja su objavljena u 2006. godini, što bi moralo osigurati njihovu veću primjenu u zemljama potpisnicama.

¹¹⁾ Više o institucionalnom penološkom tretmanu pogledati u J., Vukoslav, "Razlike u agresivnosti i doživljaju tretmana između osuđenika iz otvorenih i zatvorenih zavoda", 4–6, (*Policija i sigurnost*, Ministarstvo unutarnjih poslova Republike Hrvatske, Zagreb, 2002.), str. 163–202.

primjetna i u istraživanju koje se odnosi na područje FBiH. Nakon ove grupe, dolaze žene starosne dobi od 22 do 30 godina, kojih također ima u velikom procentu (34,2%). Na području FBiH na izdržavanju kazne zatvora nema mlađih punoljetnica, dok je procenat ove grupacije također relativno mali u ostalim posmatranim zemljama. Isto važi i za žene starije dobi, dakle one starosti iznad 61 godine.

Dakle, kada je u pitanju starosna dob osuđenica u vrijeme provedenog istraživanja, nema odstupanja u rezultatima dobijenim na području FBiH u odnosu na one koje se odnose na ostale istraživane zemlje. Dobijeni podatak u pogledu starosne dobi zatvorenica, s naglaskom na podudarnost rezultata dobijenih pomenutim istraživanjem s rezultatima istraživanja u drugim zemljama, dobar je pokazatelj i polazna osnova drugim istraživačima koji će vršiti izbor tretmana, gdje će starost biti jedan od bitnijih faktora kod njegovog preciziranja.

1.6.2. Najveći broj osuđenih žena je nižeg stepena obrazovanja

Nepotrebno je naglašavati mjesto i ulogu obrazovanja u profiliranju određene ličnosti, ali je interesantno pokušati utvrditi korelaciju između obrazovanja žene koja se nalazi na izdržavanju kazne zatvora i vrste posla na kojem je radno angažovana za vrijeme izdržavanja kazne. Aspekt obrazovanja zatvorenih žena će biti posmatran i iz ugla dodatne edukacije u zavodima kao dijelu okupacionog tretmana i eventualne mogućnosti doškoloavanja kako bi se povećala njihova radna konkurentnost po završetku izdržavanja kazne zatvora i povratku u redovne društvene tokove.

Br. Kategorije	Druge zemlje obuhvaćene istraživanjem	% u dr. zemljama obuhvaćenim istraživanjem	FBiH	% za FBiH
1. Osnovna škola	74	34,6	10	41,6
2. Srednja škola	103	48	14	58,4
3. Viša škola	20	9,4	0	0
4. Visoka škola	16	7,5	0	0
5. Bez škole	1	0,5	0	0
Ukupno	214	100	24	100

Tabela 3. – Prikaz stručne spremlje osuđenica u zemljama obuhvaćenim istraživanjem

Analizirajući podatke provedenog istraživanja, odnosno informacije prikupljene od osuđenica na osnovu upitnika, utvrđeno je da je većina osuđenica sa srednjom stručnom spremom, i to gotovo polovica cjelokupnog uzorka, te da postoji oko 10% žena koje imaju i visoko stručno obrazovanje. Svega oko 7% žena nema nikakvo obrazovanje.

U FBiH situacija je nešto drugačija. Omjer između osuđenica koje su završile samo osnovnu školu i onih sa srednjom stručnom spremom je gotovo izjednačen (oko 40 : 60%). Žene s visokom i višom školskom spremom nisu bile među ispitanicama KPZ-a Tuzla. Ovo upućuje na zaključak da bi se radni angažman unutar zavoda, o čemu

će biti riječi u nastavku rada, trebao prilagoditi njihovom obrazovanju, kao i omogućiti odgovarajuće vrste edukacija zainteresovanim zatvorenicama. Potrebu za dodatnim educiranjem naglašava i činjenica da su se do danas kao najčešće vrste radionica i radnog angažovanja zatvorenica u zavodima za žene zadržale najosnovnije radinosti poput šivenja, kuhanja, pranja i peglanja. Obavljanjem ovih aktivnosti ne doprinosi se mnogo na sticanju novih znanja koje bi mogle pomoći zatvorenicama da pronađu adekvatno zaposlenje nakon izdržane kazne zatvora. Nije zanemarljiv podatak da je više od polovice žena sa srednjom stručnom spremom, čije interese nikako ne može zadovoljiti obavljanje kućnih poslova koje su već odavno savladale.

Postoji nekoliko načina na koje bi ustanova u kojoj se izvršava kazna zatvora omogućila zatvorenicama dodatno obrazovanje. Prije svega, radi se o organiziranju nastave unutar zavoda, što se u praksi relativno rijetko dešava, zbog malog broja polaznica. Druga opcija je organiziranje nastave u školama u sjedištu kaznenopopravne ustanove, i posljednja, kada je to izvodivo, edukacija u smislu vanrednog školovanja.¹²

Značaj izučavanja stepena obrazovanja prije stupanja na izdržavanje kazne zatvora i eventualnog nastavka pomenutog obrazovanja za vrijeme izdržavanja kazne u pojedinim pilot-projektima pokazao je da veći stepen obrazovanosti i obrazovanje uopće reducira stopu povrata, te da su zatvorenici uglavnom onemogućeni i na nedovoljnom stepenu obrazovanja da bi se samostalno dodatno educirali.¹³

1.6.3. U zavodskim ustanovama zatvorenice se bave najjednostavnijim poslovima

Zaposlenost osuđenice prije stupanja na izdržavanje kazne zatvora, kao i njen radni angažman unutar zavoda, dobar su pokazatelj njenog socijalnog statusa. Na njihov položaj prilikom izdržavanja ove kazne višestruko utiče i socijalni položaj koji su imale prije kažnjavanja. Moglo bi se učiniti nelogičnim, ali osuđene osobe koje su bile ispod ekonomskog i socijalnog prosjeka prije dolaska u zavod, ipak imaju izvjesnih prednosti u odnosu na lica koja su uživala izvjesne posljedice u zavodu zahvaljujući svojoj ulozi u društvu prije kažnjavanja. Tako se siromašnije osobe dokazano više zalažu za vlastiti preodgoj, jer nisu u prilici svoj položaj poboljšati potkupljivanjem lica zaduženih za njihov tretman i disciplinu. Prvospomenuta lica se koriste vlastitim zalaganjem i dobrim vladanjem, što za posljedicu ima uspješnost tretmana i same resocijalizacije. Iako korupcija kao pojava nije bila predmetom ovoga istra-

¹² Više o školovanju, drugim vrstama i značaju edukacije, kao i stanju u ovom segmentu u KPZ Tuzla, pogledati u Dž., Mahmutović, et. al., "Edukacija kao oblik tretmana osuđenica u FBiH", Defektologija 15 (1), Edukacijsko-rehabilitacijski fakultet Univerziteta u Tuzli, Tuzla, 1–77.

¹³ M., Cameron, *Women Prisoners and Correctional Programs*, Canberra, Australian Institute of Criminology (2001).

živanja, bitno je pomenuti da i ona kao negativna pojava ima izvjesnih pozitivnih posljedica u pogledu tretmana osuđenika.¹⁴

Br.	Kategorije	Druge zemlje obuhvaćene istraživanjem	% u dr. zemljama obuhvaćenim istraživanjem	Za FBIH	%
1.	Ne	115	53	20	83,3
2.	Da	89	41	4	16,7
3.	Drugo	13	6	0	0
Ukupno		217	100	24	100

Tabela 4. – Prikaz zaposlenosti u zemljama obuhvaćenim istraživanjem i zasebno za područje FBIH, brojčano i procentualno

Zaposlenost izvan kuće znači finansijsku sigurnost za žene, mnogo veći osjećaj samopoštovanja i sigurnosti u sebe i međuljudske odnose u koje stupa. Suprotno, nedostatak finansijske sigurnosti i društvene sigurnosti se mogu smatrati faktorima devijantnog ponašanja.

Kako se vidi iz prikazane tabele, veliki procenat nezaposlenih žena nije zaseban problem, nego čini samo dio problematike ukupne nezaposlenosti žena, ali i nezaposlenosti u društvu inače. Tako je i za očekivati upravo ovakav rezultat provedenog istraživanja koji pokazuje da u području razvijenijih zemalja, omjer zaposlenih i nezaposlenih žena je približan, dok na području FBIH je čak 83% žena bilo nezaposleno prije stupanja na izdržavanje kazne.¹⁵

Jedno od pitanja u anketi koja je provedena isključivo u KPZ Tuzla, bila je i zainteresovanost zatvorenica za rad u zavodu. Dakle, kategorija zaposlenosti nije posmatrana isključivo sa aspekta jednog od faktora koji bi mogli uticati na (ne)učinjenje krivičnog djela, nego je predmetom analize bio i radni angažman zatvorenica, s ciljem što uspješnije resocijalizacije. Tabelarni pregled odgovora, brojčano i statistički izgleda kako slijedi:

Br.	Odgovor	FBIH	%
1.	DA	22	91,7
2.	NE	2	8,3
Ukupno		24	100

Evidentno je da je najveći broj žena u zavodima zainteresovan za rad, i to je ohrabrujuća činjenica u pogledu njihove resocijalizacije. Međutim, poslovi koji im stoje na

raspolaganju su neraznovrsni, te nedovoljni da bi se osuđenice radno angažovale. Iz tog razloga je potrebno uvesti programe za osposobljavanje zatvorenica i njihovo specijaliziranje za određene vrste poslova, koji se ne odnose na osnovne i tradicionalne “ženske poslove” kako bi bar prividno pokušale ostati u utrci za radno mjesto na tržištu rada čiji se zahtjevi kontinuirano mijenjaju, i čije trendove je pojedinac primoran pratiti ako želi biti konkurentan.¹⁶

Obavljanje ovako jednostavnih poslova koji stoje na raspolaganju zatvorenica u zavodima, otvara pitanje da li to predstavlja dodatnu represiju prema obrazovanim osuđenica koje su prije stupanja na izdržavanje kazne zatvora bile na rukovodećim radnim mjestima, knjigovođe ili pak poslovode? Društvo, zadržavajući patrijarhalni odnos prema radu u zavodima, onemogućava specijalizaciju žena za obavljanje posebnih vrsta poslova s kojima bi se one susrele jednom kada je kazna, na koju su osuđene, izdržana. Upravo zato, osuđenice koje su obrazovanije, a kojih je preko polovice prema provedenom istraživanju, na ovaj način su dodatno kažnjene.

Ako se i zanemari učestali problem nezaposlenosti kod slobodnih ljudi, i dalje ostaje pitanje nemogućnosti zaposlenja osuđenika nakon izdržane kazne zatvora na pojedina mjesta koja zahtijevaju kao poseban uslov ranije nekažnjavanje. Iz toga razloga potrebno je zatvorsku kaznu određivati osuđenica samo onda kada je izolacija iz društva neophodno potrebna, odnosno kada je odvajanje od porodice¹⁷, djece, prekid braka i radnog odnosa bar djelimično srazmjeran šteti/zlu nanesenom počinjenim djelom.

Stav međunarodnih tijela iz oblasti izvršenja krivičnih sankcija u pogledu radnog angažovanja, može se vidjeti kroz preporuke prema Standardima Evropskog odbora za sprječavanje mučenja i neljudskog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja (CPT) da se ženama u zatvorima trebaju omogućiti isti uslovi za radno angažovanje kao i muškarcima. Angažmani koji se trenutno stavljaju na raspolaganje, a koji se tiču obavljanja “ženskih poslova” u najmanju ruku su diskriminirajući, a u svakom slučaju dodatno jačaju već odavno zastarjele predrasude o položaju žene u društvu. Zapravo, uskraćivanjem jednakog radnog angažovanja pripadnika različitog spola može se okarakterisati kao ponižavajuće postupanje.

¹⁴) Više: A., Bobić, “Korupcija u zatvorima i aktivnosti za njeno sprječavanje”, 1. Pravo i pravda, časopis za pravnu teoriju i praksu, Sarajevo (2009), str. 11.

¹⁵) S obzirom na to da zaposlenost prije kažnjavanja nema isključivo penološki nego djelimično i kriminološki karakter, u upitniku datom zatvorenica na području FBIH postavljeno je pitanje isključivo penološkog karaktera, a to je da li su zainteresovane za rad u zavodu. Iako su svojim odgovorima potvrdile da su im na raspolaganju uglavnom poslovi u vešeraju, kuhinji, ohrabruje njihov stav o zainteresovanosti za rad u zavodu.

¹⁶) Ohrabrujuće ili ne, i u drugim zemljama koje nisu obuhvaćene ovim istraživanjem, problematika radnog angažmana žena na izdržavanju kazne zatvora je gotovo identična. Tako ni u SAD-u ženama u zatvorima nisu ponuđene jednake prilike za zapošljavanje kao muškarcima. (M., Morash., et al., “A Comparison of Programming for Woman and Men in U. S. Prisons in the 1980s”, *Crime and Delinquency*, 40 (2) str. 197–221.

¹⁷) Tačka 22. Alineja 1., Preporuke REC(2003) 23 Komiteta ministara državama članicama u vezi načina vođenja zatvorenika s doživotnom i ostalim dugotrajnim kaznama od strane zatvorskih uprava (Usvojena od strane Komiteta ministara dana 9. oktobra 2003. godine na 855. Sjednici zamjenika ministara).

1.6.4. Osuđenice nisu imale riješeno stambeno pitanje prije stupanja na izdržavanje kazne zatvora

Kao jedan od elemenata neovisnosti žene u ekonomskom smislu, bez obzira na njeno bračno stanje, jeste i posjedovanje vlastitog stana, odnosno kuće. Ujedno ova vrsta životnog pitanja jedan je od ključnih elemenata za uspješan povratak žene u društvo nakon izdržane kazne zatvora. Tako, prilikom stupanja na izdržavanje kazne, žene su se nalazile u različitim stambenim uslovima. Najveći broj ih je živjelo u iznajmljenom stanu, kod rodbine ili roditelja, a manji broj je imao stan, odnosno kuću u vlasništvu.

Izneseni podaci su svakako od značaja i za stepen povrata, i to u smislu da se samo žene koje imaju trajno riješeno stambeno pitanje nakon izdržane kazne imaju gdje vratiti. Ovaj podatak je bitan i za postupak resocijalizacije te motivisanost zatvorenice za učešće u njenom vlastitom popravljaju. Povratak rodbini, ukoliko su prije izdržavanja kazne stanovale s rodbinom ili roditeljima, u nekim slučajevima može biti nemoguć bilo zbog stida zatvorenice da se nakon izdržane kazne vrati bližnjima, bilo zbog otpora ukućana da osuđivanu prime nazad u svoj dom. Dodatno se komplikuje situacija kada je krivično djelo počinjeno na štetu nekog od članova porodice, a statistički podaci o kojima je ranije bilo govora idu u prilog upravo tome da žene najčešće teža krivična djela vrše prema članovima porodice.¹⁸

Br. Kategorije	Druge zemlje obuhvaćene istraživanjem ¹⁹	% za dr. zemlje obuhvaćene istraživanjem	FBiH	% za FBiH
1. Vlastiti stan/kuća	53	24,2	11	45,9
2. Unajmljeni stan	85	39	2	8,4
3. Kod roditelja/rodbine	50	23	4	16,6
4. Podstanarka	14	6,4	1	4,1
5. Beskućnica	16	7,4	6	25
Ukupno	218	100	24	100
Nepoznato	4			

Tabela 5. – Prikaz stambenih prilika osuđenica prije stupanja na izdržavanje kazne zatvora, brojčano i procentualno, zasebno za područje FBiH

Iz prikazanih podataka za razvijene zemlje, vidi se da je samo četvrtina žena riješila svoje stambeno pitanje, te da se nakon izdržavanja kazne lišenja slobode imaju gdje vratiti.

¹⁸⁾ Analizom rezultata ankete u preostalom dijelu provedenog istraživanja koji je pristupio problemu ženskog kriminaliteta isključivo s kriminološkog aspekta, potvrđeno je da su najteži oblici krivičnih djela protiv života i tijela počinjeni upravo prema članovima porodice, najčešće bračnim partnerima.

¹⁹⁾ Već ranije je naglašeno da će se pod terminom "društveno razvijene zemlje" podrazumijevati zemlje koje su obuhvaćene ovim istraživanjem, u koje nismo svrstali FBiH, jer smo podatke za FBiH prikazali odvojeno u tabelama, zbog daljeg poređenja. U tom smislu naglašavamo opet, da ćemo u narednim tabelama, iz razloga praktičnosti, koristiti isti termin u istom kontekstu.

Ostale žene, koje su se nalazile u iznajmljenim stanovima, zbog gubitka posla nakon stupanja na izdržavanje kazne, također gube i mjesto gdje su do tada stanovale, a koje mogu sebi obezbijediti po izlasku iz zatvora isključivo ako ih zaposlenje bude čekalo na slobodi – što je praktično neizvodivo. Smještaj kod roditelja, o čemu je ranije bilo riječi, nerijetko je doveden u pitanje, kako otporom od strane rodbine zbog stida, tako i od same zatvorenice, pogotovo ako je krivično djelo učinjeno na štetu nekoga od članova porodice. Prema tome, stambeno nezbrinutim se može smatrati oko tri četvrtine žena iz ovih zemalja, što postpenalnu pomoć čini izuzetno bitnom.

Situacija u FBiH je mnogo povoljnija od prethodno opisane. Naime, skoro polovina žena koje se nalaze na izdržavanju kazne zatvora u KPZ Tuzla ima trajno riješeno stambeno pitanje. Znatno je smješten kod rodbine, ali nije zanemarljiv ni podatak da se čak 25% ispitanica izjasnilo kao beskućnice. Ohrabruje činjenica da je posjedovanje vlastitog stana ili kuće mnogo češće kod zatvorenica s našeg područja, ali nije ni zanemarljiv podatak da četvrtinu onih koji se nalaze u zatvorima čine beskućnici. To opet ukazuje na značaj postpenalne pomoći, i u slučaju da ista ne bude adekvatno primijenjena na pomenutu kategoriju osoba, dovodi u pitanje cjelokupan proces resocijalizacije, a time i sva ulaganja države učinjena tokom boravka ove osobe na izdržavanju kazne zatvora.²⁰

1.6.5. Žene koje se nalaze u zavodima uglavnom nisu zasnovale vlastitu porodicu

Predmetom analize u ovom dijelu istraživanja biće uticaj porodice koju je zatvorenica zasnovala na njenu resocijalizaciju, dok je uticaj porodice iz koje zatvorenica potiče na eventualnu kriminogenost više kriminološka oblast, koja će u ovom slučaju biti predmetom drugog istraživanja. Pregled bračnog statusa osuđenica po ovom statusu je sljedeći:

Br. Kategorije	Druge zemlje obuhvaćene istraživanjem	% u dr. zemljama obuhvaćenim istraživanjem	FBiH	% za FBiH
1. Neudata	78	34,5	5	20,8
2. Udata	71	32,6	10	41,6
3. Razvedena	57	26,5	7	29,2
4. Udovica	14	6,4	2	8,4
Ukupno	220	100	24	100

Tabela 6. – Prikaz bračnog statusa osuđenica, brojčano i procentualno, zasebno za FBiH

Međutim, istraživanjem došlo se do podataka da je populacija koja je obuhvaćena predmetnim istraživanjem podijeljena u tri gotovo jednake skupine udatih, razvedenih

²⁰⁾ O organizaciji postpenalne pomoći, normativima koji se bave ovim institutom, pogledati: Mahmutović. Dž., et. al., *Organizacija postpenalne pomoći u FBiH i očekivanja osuđenica nakon izdržavanja kazne*, 13 (2) Defektologija, (Tuzla), Edukacijsko-rehabilitacijski fakultet Univerziteta u Tuzli, 197–202.

i neudatih žena. Dakle, oko 70% žena je ili bilo ili ostalo u braku u vrijeme izvršenja krivičnog djela. Primjetno je da je nešto veći procenat udatih žena s područja FBiH nego u drugim zemljama, što se može dovesti u vezu s drugačijim društvenim normama, jer se još uvijek radi o prilično konzervativnom društvu u kome je stupanje u brak i osnivanje porodice gotovo obavezno.

Br.	Kategorije	Druge zemlje obuhvaćene istraživanjem	% za dr. zemlje obuhvaćene istraživanjem	FBiH	% za FBiH
1.	Nema	70	31,8	6	27,2
2.	1	73	33,2	8	36,4
3.	2-3	58	26,4	8	36,4
4.	4 i više	19	8,6	0	
	Ukupno	220	100	22	100
	Nepoznato	2		2	

Tabela 7. – Prikaz broja djece osuđenica, brojčano i procentualno, posebno za FBiH

Gotovo tri četvrtine osuđenica s područja FBiH su majke, s jednim ili više djece, i ova okolnost eventualno bi se mogla tumačiti kao stimulirajući faktor u postupku resocijalizacije ovih lica, kao i svojevrsnom garancijom da će se ova lica ubuduće kloniti kriminogenog ponašanja. Pridržavajući se pravila kućnog reda, svojim radnim angažovanjem i drugim vidovima aktivnog učestvovanja u svom tretmanu, zatvorenice ostvaruju određene pogodnosti među kojima i pogodnost slobodnih vikenda, pa nije teško razumjeti zašto će zatvorenice s djecom imati veće interesovanje za vlastiti preodgoj.

1.6.6. Stepen povrata kod osuđenica je izuzetno nizak

Jedan od najbitnijih pokazatelja efikasnosti kažnjavanja, uspješnosti postpenalnih mjera i uopće adekvatnosti sveukupnog reagovanja društva na kriminalitet žena, jeste stepen povrata.²¹

Br.	Druge zemlje obuhvaćene istraživanjem	% u dr. zemljama obuhvaćenim istraživanjem	FBiH	% u FBiH
1. Ne	121	55	17	70,9
2. Da	99	45	7	29,1
	Ukupno	220	100	24
	Nepoznato	2		

Tabela 8. – Prikaz ranijeg kažnjavanja zatvorenica, brojčano i procentualno

U tom smislu, dio anketnih pitanja je postavljen u ovom pravcu s namjerom da se analiziranjem dobijenih odgovora utvrdi i eventualni omjer povrata kod osuđenica koje se nalaze u zavodima na izdržavanju kazne zatvora. U posmatranom uzorku, čak 45% žena je nakon izdržane kazne ponovo počinilo krivično djelo.²²

²¹⁾ O vrsti povrata, stepenu povrata po pomenutim vrstama na području Srbije u radu Đ., Ignjatović: *Stanje kriminaliteta u Srbiji – analiza statističkih podataka*, (Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja, Beograd, 2007), str. 92.

²²⁾ Različiti kriteriji koji su posmatrani u ovom istraživanju, dovodili su se u vezu sa stepenom povrata i u drugim,

Povratnicima se najčešće smatraju “okorjeli kriminalci” i osobe kojima je činjenje kriminala stil života; ljudi s poremećenim socijalnim doživljavanjem sebe i svoje okoline koji nalaze sigurnost u boravku u zavodima. Ipak, potrebno je sagledati i fenomenologiju recidivizma da bi se došlo do zaključaka upotrebljivih kao smjernice za kaznenu politiku, kao i za tretman osuđenica. Tako među vrstama krivičnih djela počinjenih nakon izdržane kazne zatvora preovladavaju krivična djela protiv imovine (59%), zatim dolaze delikti vezani uz droge (22%) i u konačnosti nasilna delinkvencija (12%).

U FBiH od povratnika, kod četiri ženske osobe koje su ranije bile osuđene radi se o specijalnom povratu²³, jer su ranije učinile krađu, jedna je učinila prevaru pa je sada zbog istog djela zatvorena, a druge dvije su učinile krivična djela vezana za zloupotrebu droga i sada se nalaze na izdržavanju kazne zatvora zbog istovrsnih djela.

1.6.7. U kaznama izrečenim osuđenicama preovladavaju kazne zatvora do pet godina

Dužina kazne na koju su osuđene počiniteljice krivičnih djela, pokazatelj je kaznene politike u društvu, a ujedno i orijentir zavodima u kom pravcu da usmjere resocijalizacijsku politiku. Poznato je da je potrebno na različite načine pristupiti osobama koje su osuđene na kratkotrajne kazne lišenja slobode u odnosu na one koji će ipak provesti nekoliko godina u zavodima. Isto tako, dužina boravka osuđenice u kaznenopopravnom zavodu ima dvosmjerni učinak. S jedne strane od dužine boravka u zavodu zavisi kakav će tretman osoblje primijeniti prema zatvorenicima, a povratna “korist” od osuđenice je njeno radno angažovanje na poslovima u zavodu čiji je efekat moguće vidjeti tek protekom izvjesnog vremena.

Tako, zaključak u pogledu dužine trajanja kazne do kojeg se došlo prilikom provođenja predmetnog istraživanja je da je oko 35% žena osuđeno na kaznu zatvora do dvije godine, i još 35% žena na kaznu u rasponu od dvije do pet godina. Prema tome, najveći broj osuđenica će u zavodima

Br.	Trajanje kazne	Druge zemlje obuhvaćene istraživanjem	% u dr. zemljama obuhvaćenim istraživanjem	FBiH	%
1.	1–6 mjeseci	20	10	4	16,7
2.	7 mjeseci – 2 g.	74	37,4	7	29,2
3.	2 g. i 1 mjesec – 5 g.	68	34,4	4	16,6
4.	5 g. i 1 mjesec – 10 g.	28	14,2	6	25
5.	10. g i 1 mjesec – 20 g.	8	4	3	12,5
	Ukupno	198	100	24	100

opsežnijim istraživanjima. Tom prilikom je utvrđena konkretna veza između radnog tretmana osuđenika i recidivizma. Značajno je napomenuti da se čak 19,3% žena koje su bile radno angažovane vratilo vršenju krivičnih djela, naspram 31,6% muškaraca. (W., G., Saylor, *The Effect of Prison Employment and Vocational/Apprentichip Training on Long-Term Recidivism*, Forum on Corrections Research, (1996), str. 12–14.

²³⁾ Dakle, i ranije su učinile isto ili istovrsno krivično djelo.

provesti od šest mjeseci do pet godina, te je potrebno programe resocijalizacije prilagoditi njihovom trajanju.

Jedna od smjernica na koju ukazuju podaci prikazani u ovoj tabeli jeste da je procentualno veliki broj kratkotrajnih zatvorskih kazni, koje se posebno u posljednje vrijeme kontinuirano i sve više kritikuju. Uporedo s analizom kapaciteta postojećih zavoda, o čemu je potrebno provesti zasebno istraživanje, može se zaključiti da bi upravo alternativno kažnjavanje osoba za koje bi se mogla izreći kratkotrajna kazna zatvora bilo idealno rješenje za ovu problematiku.²⁴

1.6.8. Zatvorenice imaju pozitivan stav prema izrečenim kaznama

U pregledu ciljeva koji su postavljeni pred ovo istraživanje, dat je kraći pregled razloga zbog kojih se kao jedno od pitanja u anketnom upitniku našlo i pitanje o mišljenju/stavu zatvorenica prema kazni koju izdržavaju. Ovo je najznačajniji segment u penološkom smislu, jer je teško očekivati od osuđenice koja je u ubjeđenju da je nepravedno strogo kažnjena, da će imati pozitivan stav prema tretmanu koji joj bude određen u zavodu. Ujedno, otporom prema ovom tretmanu, smanjuje se i mogućnost njene resocijalizacije i uspješnog povratka u društvo. Suprotno od očekivanog, kada se izriču teže krivične sankcije, mišljenje i stav o nepravdom kažnjavanju može izazvati ogorčenost prema društvu. Tako, analiza odgovora prikupljenih u zemljama u kojima je provedeno istraživanje je sljedeća:

Br.	Druge zemlje obuhvaćene istraživanjem	% u dr. zemljama obuhvaćenim istraživanjem	FBiH	% u FBiH
1. Pravedna	47	22	7	29,3
2. Prestoga	121	57	10	41,7
3. Preblaga	5	2	1	4
4. Ne znam	38	19	6	25
Ukupno	220	100	24	100
Nepoznato	2			

Kao što se vidi iz prikazane tabele, procenat dobijenih odgovora zatvorenica je gotovo identičan u zatvorima u društveno razvijenim zemljama i FBiH. Samo je veći omjer osuđenica koje nisu iznijele svoje mišljenje, odnosno onih koje su odgovorile s "ne znam" na postavljeno pitanje, što se može dovesti u vezu s obrazovnim statusom osuđenica.

Interesantno je napomenuti da su zatvorenice koje su u KPZ Tuzla na izdržavanju kazne zatvora zbog krivičnog djela ubistva, iznijele mišljenje da je kazna koja im je izrečena prestoga. Jasno da se radi o ponašanju koje je kulminiralo dugogodišnjim zlostavljanjem, te je iz njihovog ugla kazna zatvora od sedam ili deset godina nepravedno visoka. Međutim, sud je kod izricanja ovakvih kazni imao u vidu i

generalnu prevenciju, koja se sigurno postigla izricanjem kazni zatvora nezanemarljivo trajanja.

Zaključak

Analizirajući sve ranije pomenute aspekte od kojih zavisi ukupan pravni i faktički položaj osuđenica u zavodima koji su bili predmetom istraživanja, da se zaključiti sljedeće.

Ne postoje značajnija odstupanja u pogledu starosne dobi osuđenica koje se nalaze na izdržavanju kazne zatvora na području FBiH i onih koje se nalaze u zavodima navedenim u uporedno provedenom istraživanju. Najveći broj žena je u starosnoj grupi od 22 do 45 godina starosti, što je podatak od velikog značaja za utvrđivanje pojedinih aktivnosti poput radnih, tretmana, i sl. kod daljeg boravka u kaznenopopравnim ustanovama.

Razlike su jednako zanemarljive i među posmatranim zavodima kada je u pitanju organizovanje i radne aktivnosti žena. Tipično ženski poslovi koji se mogu naći u ovim zavodima poput peglanja, šivenja, pranja, kuhanja su zapravo odraz nerazvijenog sistema izvršenja krivičnih sankcija koji još uvijek vlada iza zidina kaznenopopравnih zavoda u većini zemalja. Obavljanje ovih aktivnosti, s čijim osnovama su žene još u ranom djetinjstvu upoznate, nikako ne pomaže da se postigne dovoljna resocijalizacija i priprema osuđenica na samostalan život van zavoda. Tako su obrazovane žene, a njih je prema provedenom istraživanju bilo više od polovice, bile u mnogo nepovoljnijem položaju, jer su prije stupanja na izdržavanje ove kazne bile na rukovodećim mjestima, poslovode, knjigovođe itd. U tom smislu su potrebne hitne izmjene radnog angažovanja ovih žena i omogućavanje njihovog obučavanja i specijalizovanja za obavljanje složenijih poslova za koje bi mogle naći zaposlenje jednom kad se nađu na slobodi. Upravo u ovim segmentima se vidi društvena nezainteresovanost za istraživanjem života u zavodima, kao i neprilagođenost uslova u zavodima već davno zaživjelim promjenama u društvu.

Neriješeno stambeno pitanje prije stupanja na izdržavanje ove kazne, a znatno veći broj osuđenica koje zbog pucanja bračnih i porodičnih veza neće imati gdje da se vrte nakon izdržane kazne, govore o značaju i vrijednosti postpenalnih institucija za resocijalizaciju žena delinkventata. Usljed nedostatka zaposlenja, podrške porodice i mjesta za stanovanje, najjednostavniji način za obezbjeđivanje proste egzistencije jeste povrat činjenju krivičnih djela i to prije svega krivičnih djela protiv imovine. U tom pogledu situacija kod zatvorenica s područja FBiH je mnogo povoljnija u odnosu na položaj osuđenica koje se nalaze u drugim zemljama obuhvaćenim ovim istraživanjem, jer se iz dobijenih podataka koji su detaljno prezentirani u radu da zaključiti da gotovo polovica žena koje se nalaze u KPZ Tuzla ima stan ili kuću u vlasništvu, dok u razvijenijim zemljama taj omjer iznosi oko polovinu osuđenih žena. Ovako neočekivano povoljan položaj u ovom segmentu je svakako ohrabrujući.

²⁴ Više o alternativnom kažnjavanju pogledati u: V., Vranj, *Alternativne mjere i sankcije u krivičnom zakonodavstvu i praksi Bosne i Hercegovine*, (Sarajevo, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, 2009.)

Analiziranjem svih ovih segmenata u pogledu položaja žena na izdržavanju kazne zatvora u FBiH, dalo bi se zaključiti da je položaj žena u FBiH u odnosu na ostale zemlje obuhvaćene ovim istraživanjem, zadovoljavajući, te bi uz manje korekcije na koje se ukazalo u pojedinim dijelovima ovoga rada, uspješnost povratka u društvo nakon izdržane kazne svakako bila više vjerovatna. Pri tome ne treba smaknuti s uma da se prednost ovako male grupe zatvorenika odnosno zatvorenica u pogledu higijenskih, radnih i drugih navika može pretvoriti u nedostatak i to na način da se tako manjim grupama posvećuje manje pažnje, posebno zbog ekonomske neisplativosti, što se direktno odražava na tretman i njegovu uspješnost.

Zbog svih nedostataka istaknutih u ovom radu, politika kažnjavanja bi trebala da bude takva da zatvor predstavlja posljednje sredstvo kojem se pribjegava da bi se zaštitilo društvo i resocijaliziralo neko lice. Tako zatvor nikada ne bi smio da bude automatska reakcija na neplaćanje novčanih kazni, koje se moraju izricati tako da mogu biti plaćene, ili na neispunjenje nekih obaveza koje su nametnute presudom, jer je negativni efekat kazne lišenja slobode daleko veći od društvene opasnosti u slučaju nepostupanja po sličnim odlukama suda.

Bisera Kalaba

Frauen im Strafvollzug in der Föderation BiH

(Zusammenfassung)

Der Beitrag behandelt die Situation von Frauen im Strafvollzug in der Föderation Bosnien und Herzegowina (FBiH) im Vergleich zu solchen in Kroatien, Slowenien, Deutschland und Österreich. Dies aufgrund einer Umfrage unter insgesamt 246 inhaftierten Frauen in diesen Ländern. Anhand dieser Daten wird u.a. festgestellt, dass in der Föderation Bosnien und Herzegowina 25 % der inhaftierten Frauen ohne feste Wohnung sind, während dieser Prozentsatz in den in den anderen genannten Ländern insgesamt nur 7,4% beträgt. Dies erschwert die Resozialisierung und die Motivation, sich zu resozialisieren bzw. resozialieren zu lassen erheblich. Erschwerend kommt hinzu, dass das Beschäftigungsangebot für die Frauen nur in typischen "Frauentätigkeiten" wie Handarbeiten u.a. besteht und den Frauen keine zusätzlichen Qualifikationen ermöglicht werden. Insgesamt wird die Situation der Frauen, die in der FBiH inhaftiert sind, im Vergleich zu denjenigen in den genannten anderen Staaten jedoch als befriedigend angesehen.

Schlüsselwörter: *pönologische Behandlung, Freiheitsstrafe, Resozialisierung*

Osiguranje prijevoza novca

Mag. sci. Nataša Laličević

Mag. sci. Goran Bilandžija

Sažetak

Prilog obrađuje pravna pitanja vezana za osiguranje novca u prijevozu. U okviru historijskog osvrtu skreće se pažnja na činjenicu da su prvi oblici transportnog osiguranja postojali već 3000 g. p. n. e. Na našim prostorima prva zakonska regulativa iz ove oblasti potiče iz 1568. godine u vidu dubrovačke Uredbe o osigurateljima. Danas je ugovor o osiguranju u FBiH regulisan u članu 987. Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine. U radu je prikazana i tzv. Bankers Blanket Policy, zbirka ugovornih klauzula koja se vrlo često primjenjuje u engleskoj bankarskoj praksi. Praktični značaj ove teme pokazuje i činjenica da je u Bosni i Hercegovini u periodu od 2002. do 2009. godine ukradeno 13,5 miliona eura, pri čemu se najveći dio tih krađa realizirao prilikom prijevoza novca.

Cljučne riječi: *osiguranje novca u prijevozu, šteta, ugovor o osiguranju prijevoza novca, policia osiguranja novca u prijevozu*

1. Uvod

1.1. Pojam i uopćeno o podjeli osiguranja

Osiguranje ima tri osnovne komponente: pravnu, gospodarsku i tehničku, te ima tri temeljne funkcije: zaštitnu¹, finansijsku² i socijalnu³.

Osiguranje se susreće u različitim oblicima, koji su doveli do potreba njegove podjele prema skupinama i vrstama.⁴ Općeprihvaćene podjele osiguranja su prema:

- predmetu osiguranja na: osiguranje imovine, osiguranje od odgovornosti i osiguranje osoba;
- prirodi rizika, tj. prema mjestu ostvarenja rizika na: kopneno, pomorsko i zračno;
- kriteriju obveznosti, odnosno načinu nastanka na: dobrovoljno i obvezno;
- prema načinu izravnavanja rizika na: osiguranje, suosiguranje i reosiguranje;
- obliku organizacijskog vođenja posla na: premijsko i uzajamno;
- pravnoj naravi osigurateljeve obveze na isplatu osigurarine na: odštetna osiguranja i osiguranja na određenu svotu (neodštetna);

¹ Čuvanje i zaštita imovine i to izravno (zaštita preventivnog karaktera čiji je cilj sprječavanje nastanaka štete) i neizravno (nadoknada nastale štete).

² Prikupljanje novčanih sredstava i njihovo prije svega dvostruko korištenje, s jedne strane za nadoknadu nastale štete i s druge strane ulaganja kroz različite bankarske mehanizme.

³ Poboljšanje životnih uvjeta kroz osobno ili imovinsko osiguranje i korištenje finansijskih sredstava.

⁴ Osnovni zakon o osiguranju i osiguravajućim društvima iz 1967. godine propisivao je pojam vrste osiguranja člankom 58. stavak 3. na način: "Pod vrstom osiguranja, u smislu ovog zakona, podrazumijeva se osiguranje osoba ili stvari obuhvaćenih jednim pravilima odnosno uvjetima osiguranja (osiguranje stvari od požara, osiguranje mašina od loma, osiguranje usjeva od grada, osiguranje robe u prijevozu, osiguranje osoba od nesretnog slučaja, osiguranje života i slično".

- kriteriju broja osiguranika na: pojedinačno i kolektivno (skupno).

Neovisno o različitim oblicima osiguranja definicije osiguranja, točnije ugovora o osiguranju, koje se susreću u porredbenom pravu osiguranja uglavnom imaju iste elemente.

Pojam ugovora o osiguranju u Federaciji BiH reguliran je u Zakonu o obveznim odnosima kojim je propisano da: “Ugovorom o osiguranju obvezuje se ugovarač osiguranja da, na načelima uzajamnosti i solidarnosti, udružuje određeni iznos u zajednici osiguranja, odnosno zajednici rizika (osiguravač), a zajednica se obvezuje da, ako se desi događaj koji predstavlja osigurani slučaj, isplati osiguraniku ili nekoj trećoj osobi naknadu, odnosno ugovorenu svotu ili nešto drugo.”⁵ Mišljenja smo da se navedenom definicijom, koja je dosta složena, nije na potpun način regulirao pojam ugovora o osiguranju. Naime definicijom nisu jasno obuhvaćena odštetna i neodštetna osiguranja, te se ne vodi računa i o razlikama između premijskog i uzajamnog osiguranja, tako da na jedinstven način ne ocrtava bitna obilježja ugovora o osiguranju, kao obveznopravnog posla.

1.2. Obilježja imovinskog osiguranja

Grupiranje osiguranja u vrste osiguranja provodi se temeljem srodnosti i specifičnosti. Ovdje ćemo navesti neke od korištenih podjela: osiguranje prema načinu odlučivanja, osiguranje prema predmetu osiguranja, podjela osiguranja prema srodnosti rizika i podjela osiguranja prema osobi osiguranika.⁶ Dakle, ovaj prikaz je samo jedan od mogućih načina prikazivanja općih karakteristika imovinskih osiguranja. Osnovna svojstva osiguranja imovine su: materijalna vrijednost predmeta osiguranja, načelo obeštećenja, tj. odštetno obilježje i materijalni interes. Iz odšetnog obilježja proizlaze temeljna pravila koja ga odvajaju od osiguranja osoba. Ta temeljna pravila su:

- naknadu iz osiguranja može ostvariti samo osoba koja je zbog nastanka osiguranog slučaja pretrpjela materijalni gubitak;
- osiguranik ne može ostvariti veći iznos naknade od iznosa štete koju pretrpi ostvarenjem osiguranog slučaja;
- ugovor o osiguranju ne može biti ugovor o igri na sreću;
- zabranjeno je osiguranje iznad stvarne (tržišne) vrijednosti osiguranog predmeta (neopravdano nadosiguranje);
- osiguranik ne može ostvariti korist provođenjem osiguranja kod više osiguravatelja na punu vrijednost osigurane stvari (dvostruko osiguranje);
- osiguranik ne može ostvariti dvostruku naknadu za gubitak ili oštećenje stvari: jednom od osiguratelja, a drugi put od osobe odgovorne za štetu (zabrana kumulativne naknade);

- isplatom osigurnine na osiguratelja prelaze do vrijednosti isplaćene naknade sva osiguranikova prava prema osobi odgovornoj za nastanak štete (pravo subrogacije osiguratelja);
- osiguranik nema pravo zadržati ostatke osigurane stvari i od osiguratelja ostvariti isplatu punog iznosa osiguranja u slučaju totalne štete (institut napuštanja osiguranog predmeta);
- u slučaju podosiguranja, naknada za štetu se razmjerno smanjuje (pravilo proporcionalnosti).⁷

1.3. Transportno (kargo) osiguranje

Transportno osiguranje je prva vrsta osiguranja koja se spominje u periodu prije nove ere.⁸ Najstariji, primitivni oblici transportnog osiguranja i podjele rizika potiču iz Kine 3.000 godina prije nove ere,⁹ odnosno Babilona 2.000 godina prije nove ere, dok se kao najstariji pisani izvor smatra dubrovački zakon o osiguranju iz 1568. godine, poznat pod nazivom “Uredba o osigurateljima”.

Transportno osiguranje spada među najsloženije, a ujedno je jedna od najvažnijih grana djelatnosti iz oblasti osiguranja.

Transportno osiguranje, kao i sve vrste imovinskog osiguranja, ima obeštećujući karakter, sa svim posljedicama koje iz toga proizlaze. Navedeno znači da kod transportnog osiguranja:

- osiguranik ne može zahtijevati od osiguratelja plaćanje naknade koja bi bila veća od iznosa štete, odnosno osiguranik uslijed nastupanja osiguranog slučaja ne može biti stavljen u povoljniji položaj nego da osigurani slučaj nije nastupio;
- osiguranik ne može istovremeno, po osnovu više vrsta osiguranja, zahtijevati naknade čiji bi ukupni iznos bio veći od pretrpljene štete koja je nastala osiguranim slučajem;
- osiguranik ne može u pogledu iste štete ostvariti naknadu po osnovu osiguranja i naknadu po osnovu odgovornosti za štetu, ako je netko treći odgovoran za nastupanje osiguranog slučaja;
- isplatom naknade iz osiguranja prava osiguranika prema trećoj osobi koja je odgovorna za nastupanje osiguranog slučaja, ako ta osoba postoji, prelaze na osiguratelja koji je isplatio osigurninu.

⁷⁾ D. Pavić, *Ugovorno pravo osiguranja*, Teotus, Zagreb 2009, str. 244.

⁸⁾ Rodski zakon sadržavao je odredbu da štete koje nastaju izbacivanjem tereta u more, za spasavanje broda i ostale imovine, imaju snositi svi učesnici u tom pomorskom poduhvatu.

⁹⁾ Da bi lakše savladali teškoće transporta robe rijekom Jangce, kineski trgovci su se udruživali i dogovarali da robu raspoređuju po svim čamcima, tako da niti jedan trgovac u svom čamcu nije imao svu robu, nego samo jedan dio. Na odredištu je svaki trgovac uzimao svoju robu iz svih čamaca koji su stigli. Gubitak je predstavljao samo dio robe koji se nalazio na čamcu koji je na putu stradao.

⁵⁾ Članak 897. Zakon o obveznim odnosima

⁶⁾ M. Bijelić, *Osiguranje i reosiguranje*, Tectus, Zagreb 2002, str. 135.

Postoji više podjela transportnog osiguranja. Iz razloga što ovo osiguranje ima vrlo širok domen, postoje različiti kriteriji podjele, a najčešći su prema predmetu osiguranja (kasko, kargo, odgovornost vozača); vidu transporta, tj. mjestu nastanka rizika (pomorsko, kopneno, riječno, zračno, kombinirano osiguranje, osiguranje u cijevnom i PTT transportu); vremenu trajanja osiguranja (pojedinačno i generalno), prostoru, tj. tržištu (domaće i međunarodno), stupnju obveznosti (obvezno, dobrovoljno), valuti (domaćoj i deviznoj).¹⁰

1.4. Osiguranje prijevoza novca

Osiguranje prijevoza novca prema predmetu osiguranja spada u imovinsko osiguranje, a kao vrsta osiguranja svrstava se u transportno osiguranje, točnije u osiguranje robe u prijevozu i najčešće se osigurava kao dopunski rizik. Osiguranje robe u prijevozu pokriva gubitak i/ili oštećenje robe do kojeg dođe tijekom prijevoza bilo kojim prijevoznim sredstvom (cestovni, željeznički, pomorski i zračni prijevoz) u domaćem ili međunarodnom prijevozu uslijed osiguranih rizika. Osigurani rizici i obim osiguravajućeg pokrivača predviđeni su uvjetima osiguranja ili samim pojedinačnim ugovorom o osiguranju. Oni mogu biti svi rizici gubitka ili oštećenja robe, osnovni rizici i dopunski rizici. Osnovni rizici pokrivaju samo opasnosti od prometne nezgode prijevoznog sredstva, požara i eksplozije, elementarne nepogode, otimačine i krađe prijevoznog sredstva zajedno s robom. Dopunski rizici mogu biti raznovrsni, tako mogu npr. ovisiti o prirodnim svojstvima robe (rizik kvara robe, samozapaljenja, smrzavanja, odmrzavanja, hrđanja, korozije i sl.) ili rizik rata, štrajka, zapljene, kao i rizik prijevoza novca, sajamske ili izložbene robe i sl. Dopunski rizici pružaju se samo ako se posebno ugovore, a vrste ugovora mogu biti: pojedinačni ugovor¹¹ i generalni ugovor¹².

Ugovor o osiguranju prijevoza novca specifičan je u slučaju kada se ugovara osiguranje prijevoza novca banaka, odnosno drugih kreditnih institucija; u svakom slučaju on je nezamjenjiv u apsorpciji gubitaka koji nastaju, jer se u pravilu radi o velikim iznosima, te su ti ugovori o osiguranju specifični u odnosu na osiguranje prijevoza novca u dugim slučajevima.

2. Osiguranje prijevoza novca

2.1. Pravna vrela

Pravna vrela ugovornog prava osiguranja prijevoza novca dijele se u dvije grupe: zakonska i autonomna. Zakonska pravna vrela¹³ snagu pravne norme dobivaju od

zakonodavca¹⁴ i mogu biti imperativne (kongentne) pravne naravi i dispozitivne pravne naravi. Norme Zakona o obveznim odnosima kojima se regulira osiguranje, uglavnom su kongentne. Autonomno pravo osiguranja dio je autonomnog trgovačkog prava. Pod pojmom autonomnog ugovornog prava osiguranja podrazumijevaju se autonomno formirane pravne regulative za ugovor o osiguranju. U autonomno ugovorno pravo osiguranja ubrajaju se uvjeti osiguranja, trgovački običaji i praksa, ugovorne klauzule i termini.¹⁵ Uvjeti osiguranja pravila su koja unaprijed donosi osiguratelj, i koja na generalan način, može se reći slično zakonu, određuju sadržaj budućih ugovora o osiguranju, te čine sastavni dio ugovora o osiguranju. Uvjeti poslovanja mogu biti i standardni uvjeti trećih pravnih osoba. Trgovački običaji su komercijalna praksa koja su u tako širokoj primjeni da trgovci očekuju da će ugovorne strane postupati u skladu s njima.¹⁶ Po Zakonu o obveznim odnosima trgovački običaji primjenjuju se samo ukoliko nisu u suprotnosti s dispozitivnim propisima, tj. na nižem mjestu su hijerarhijske ljestvice. Mišljenja smo da primjena autonomnih odredbi u osiguranju treba biti hijerarhijski iznad dispozitivnih odredaba Zakona o obveznim odnosima. Ovakvo rješenje trebalo bi imati zakonske pretpostavke. Redoslijed primjene pravnih vrela ugovora o osiguranju je:

1. Zakon o obveznim odnosima
2. ugovor
3. posebni trgovački običaji (ako nisu izričito ili prešutno isključeni)
4. opći trgovački običaji
5. sudska i arbitražna praksa
6. pravna znanost, neizravno.

2.2. Ugovor o osiguranju prijevoza novca

Predmet ugovora o osiguranju prijevoza novca je prijevoz novca¹⁷ u vlasništvu osiguranika ili novac koji je pod nadzorom i kontrolom osiguranika,¹⁸ odnosno pod kontrolom angažirane zaštitarske agencije. Osiguranje, također obuhvata i prijenos novca do prijevoznog sredstva ili do drugog mjesta koji se obavlja bez vozila, odnosno pješke do ugovorene udaljenosti, uz ugovorene mjere sigurnosti za određene limite pokrivača.

Dokaz sklopljenog ugovora o osiguranju prijevoza novca je polica. Reguliran je početak i istek pokrivača po jednom prijevozu na način da osiguranje počinje teći od trenutka kada svaka pojedina pošiljka ili njen dio napusti trezor, pancir blagajnu, kasu ili drugo mjesto čuvanja pošiljatelja u svrhu otpreme novca i prestaje trenutkom prispjega i pohrane u trezor, pancir blagajnu, kasu ili drugo mjesto čuvanja primatelja pošiljke.

¹⁰⁾ M. Kilibarda, Špedicija i agencijsko poslovanje, Modul 18: Osiguranje robe u transportu, str. 4.

¹¹⁾ Ugovara se za svaki prijevoz zasebno.

¹²⁾ Obuhvata sve osiguranikove prijevoze unutar ugovorenog vremenskog razdoblja.

¹³⁾ Zakon o obveznim odnosima ("Službeni list SFRJ" br. 29/78, 39/85 i 45/89).

¹⁴⁾ D. Pavić, o. c., str. 83.

¹⁵⁾ D. Pavić, o. c., str. 99.

¹⁶⁾ Ibidem, str. 134.

¹⁷⁾ Novčanice i/ili slično u različitim valutama i apoenima.

¹⁸⁾ Banka ili druga kreditna ili novčarska institucija.

Ugovorom se osigurava limit pokriva po jednom štetnom događaju i uglavnom se plaća za period osiguranja od godinu dana. Obračunava se minimalna i depozitna godišnja premija za jednu obnovu sa 100% dodatne premije, bazirano na konačnom premijskom prihodu, a računato za svaku štetu neovisno od datuma štete i u razmjeri prema utrošenom iznosu za pokriće šteta preko minimalnog iznosa do osiguranog limita pokriva. Premija se u većini slučajeva plaća obročno, uz prilagodbu premije u periodu osiguranja kvartalno, prema stvarno izvršenim prijevozima novca po ugovorenoj postotnoj premijskoj stopi. Podaci o izvršenim prijevozima novca dostavljaju se mjesečno, uz navođenje relacije prijevoza novca i iznosa novca. Ugovor može biti s franšizom i bez franšize (sudjelovanje osiguranika u šteti).

Ugovor o osiguranju transporta novca sadrži uvjete osiguranja i klauzule o izuzeću koje čine njegov sastavni dio.

U pravilu klauzule su: klauzula NMA 464 o isključenju rata i građanskog rata; klauzula isključenja terorizma (NMA 2919); klauzule o isključenju vjerolomnih postupaka; institutska klauzula isključenja radioaktivne kontaminacije 1. 10. 1990.; proširena institutska klauzula isključenja radioaktivne kontaminacije¹⁹ 1. 11. 2002.; institutska klauzula isključenja radioaktivne kontaminacije, kemijskog, biološkog, biokemijskog, elektromagnetnog oružja 10. 11. 2003.; klauzula isključenja rizika napada kemijskog, biološkog i elektromagnetnog naoružanja i kibernetičkog napada; klauzula isključenja kibernetičkih rizika – elektronski podaci dodatak A (NMA 2914) i klauzula za hazardne informacijske tehnologije združenog Loss Excess Committee.

Ugovorom o osiguranju transporta novca se propisuju minimalne mjere zaštite. Tako ovisno o iznosima novca koji se prevozi propisuju se uvjeti koje moraju zadovoljavati oklopna vozila kojima se vrši prijevoz novca, broj naoružanih pratitelja, sustav veze oklopnog vozila s centralom zaštitarske agencije koja vrši prijevoz novca. Ugovorene mjere zaštite moraju biti usuglašene sa zakonskim i podzakonskim propisima kojima se regulira prijevoz novca. Odredbama unesenim u ugovor može se ugovoriti viši stupanj minimalnih mjera zaštite od propisanih, dok se ne bi mogao ugovoriti manji stupanj minimalnih mjera zaštite od zakonom propisanih mjera. Pored minimalnih mjera zaštite, ugovorom se mogu ugovoriti i dodatne mjere zaštite u slučaju da se prevozi novac preko određenog limita ili da prijevoz novca ide "opasnim" rutama. Oklopna vozila kojima se vrši prijevoz novca moraju imati propisane certifikate, a naoružana pratnja mora imati propisane dozvole i odobrenja. Ugovor može sadržavati i dodatne uvjete osiguranja.²⁰

¹⁹⁾ Institute Extended Radioactive Contamination Exclusion Clause.

²⁰⁾ Npr. pored propisanih drugih uvjeta za odgovarajući limit pokriva, za prijevoz novca potrebno je osigurati i službenika

Također, u polici se mogu propisati i klauzule osiguranja koje imaju prednost po hijerarhiji iznad uvjeta osiguranja.

Osiguranik je, u pravilu obavezan, ukoliko želi angažirati novu zaštitarsku agenciju za prijevoz novca, tj. zaštitarsku agenciju različitu od one koja je navedena u ugovoru osiguranja, obavijestiti osiguratelja u cilju dobivanja njegove suglasnosti. Osiguranik može angažirati samo zaštitarsku agenciju koja ima sva zakonom propisana odobrenja i certifikate.

2.3. Bankers Blanket Bond Policy

U Engleskoj u širokoj je primjeni tzv. BBB²¹ koji naročito koriste banke, odnosno kreditne institucije. Pogodnosti ovih klauzula ugovora su u tome što pokriva vrlo širok rizik poslovanja, uključujući i prijevoz novca. Očekuje se da će, uskoro ovaj vid osiguranja naći široku primjenu i kod naših kreditnih institucija. Kod BBB osiguranja osiguranik daje pismenu ponudu osiguratelju. Ugovor o osiguranju sklopljen je kada osiguratelj prihvati pismenu ponudu osiguranika. Kao dokaz sklopljenog ugovora o osiguranju izdaje se polica, a raspored i pismena ponuda su njezini sastavni dijelovi.

Osiguranik je obavezan platiti premiju, a preuzimatelj rizika (kako se u polici naziv osiguratelj) obvezuje se pod ugovorenim uvjetima nadoknaditi osiguraniku sukladno klauzulama o osiguranju, odnosno svim naknadnim amandmanima priloženim uz policu, u iznosu iznad franšiza izravne financijske gubitke koje osiguranik pretrpi nakon retroaktivnog datuma, a koje osiguranik otkrije tokom perioda trajanja police, izuzev rizika koji su navedeni odredbama o izuzecima i ograničenjima.

BBB policom pokrivaju se slijedeći rizici:

1. Šteta nastala trgovanjem ili drugim poslovnim aktivnostima s vrijednosnicama, robom, ročnicama, valutama, kao i zajmovima, transakcijama koje imaju prirodu zajma ili drugim odobrenim kreditima, nastala kao isključiva i izravna posljedica nepoštenih ili prijevarnih radnji osiguranikova zaposlenika, ukoliko ih je počinio s nedvojbenom namjerom koja je rezultira nezakonitom financijskom dobiti, a koja nije plaća, naknada, provizija, unapređenje ili slična naknada po osnovu rada.
2. Gubitak imovine²² nastao u prostorijama osiguranika, a kao izravna posljedica: krađe, pljačke, lažna

(zaposlenika osiguranika) u pratnji novca, izuzev u slučajevima kada se prijevoz obavlja oklopnim vozilom s ugrađenim "Limes - AVL Secure" ili sličnim sustavom sa istim ili boljim funkcijama.

²¹⁾ Bankers Blanket Bond Policy.

²²⁾ Imovina označava gotovinu (odnosno valutu, kovanice i banknote), poluge plemenitih kovina, plemenite metale svih vrsta i u svim oblicima i njihove proizvode, dragulje (uključujući neobrađene stijene s draguljima), drago i poludrago kamenje, certifikate o dionicama, obveznicama, kuponima i sve druge vrijednosnice, teretnice, potvrde iz skladišta, čekove, mjenice, sredstva povlačenja, potvrde o pologu, akreditivne, promissory notes, novčane naloge, naloge prema

predstavljanja, provale, odnosno otuđenja koje počinji osoba koja je fizički prisutna u prostorijama gdje se imovina nalazi; ili misterioznih i neobjašnjivih nestanaka imovine; ili oštećenja, uništenja ili gubljenja imovine na bilo koji način i uzrokovanih od strane bilo koga, kao i u prostorijama korespondentnih banaka ili u prostorijama agenta za transfer ili registraciju u svrhe razmjene, konverzije, registracije ili transfera u uobičajenom toku poslovanja. Navedeni gubitak uključuje i imovinu klijenta osiguranika, odnosno predstavnika klijenta, za vrijeme vršenja bankovnih transakcija, bez obzira na to da li je osiguranik zakonski obavezan za naknadu nastale štete.²³

3. Gubitak imovine nastao u tranzitu zbog bilo kojeg uzroka dok je ta imovina u tranzitu bilo gdje pod starateljstvom bilo kojeg zaposlenika osiguranika, tj. bilo koje osobe koju je osiguranik odredio za obavljanje funkcije njegovog kurira ili dok se nalazi u odgovornosti bilo koje kompanije za osiguranje ili u oklopnom vozilu u svrhe transporta u ime osiguranika, gdje taj tranzit počinje odmah po prijemu imovine od osobe, odnosno osoba koje vrše transport, i okončava se neposredno po predaji imovine određenom primatelju, odnosno njegovom agentu.
4. Štete koje nastanu kao izravna posljedica krivotvorenja ili lažne izmjene na čeku, mjenici, potvrdi o pologu, akreditivu, potvrdi o mjenici, novčanim nalogima, nalogima prema javnom trezoru; ili nakon transfera, isplate ili davanja sredstava ili imovine, odnosno uspostave bilo kakvog kredita ili davanja bilo kakve vrijednosti na osnovu povjerenja u telegrafske, telegramske ili teletipkovne upute upućene osiguraniku koji odobrava ili prima k znanju transfer, isplatu, dostavu ili prijem sredstava ili imovine, za koje je upute navodno poslao klijent osiguranika ili neka kreditna institucija, ali i upute koje je poslala druga osoba, a ne klijent osiguranika, odnosno kreditna institucija koja se navodi da je poslala te upute (za koje će se navodne upute smatrati da nose krivotvoreni potpis), odnosno da su iste izmijenjene bez znanja i odobrenja tog klijenta, odnosno kreditne institucije; ili plaćanja od strane osiguranika

javnom trezoru, žigove (marke), police osiguranja, potvrde o vlasništvu, certifikate o vlasništvu i sve druge prenosive ili neprenosive instrumente, odnosno ugovore koji predstavljaju novac ili drugu imovinu (materijalnu ili osobnu) ili interes u njoj, kao i ostali vrijednosni papiri, uključujući knjigu računa ili drugu evidenciju (ali ne i elektronske zapise) koje osiguranik koristi u obavljanju poslovne aktivnosti, odnosno koje drži osiguranik u bilo koju svrhu i u bilo kojemu svojstvu, i bez obzira na to je li s interesom ili bez, i bez obzira da li je pravno obavezan za to.

²³⁾ Isključen je samo slučaj štete koju nanese taj klijent, odnosno njegov predstavnik.

krivotvorenih ili nezakonito izmijenjenih mjenica, odnosno mjenica koje nose krivotvorene indosamante.

5. Svi gubici vezani za vrijednosnice, kao i poslovanje s vrijednosnicama, ukoliko je osiguranik djelovao u dobroj vjeri i u okviru uobičajenog poslovanja.
6. Štete vezane za krivotvorenu valutu ukoliko je osiguranik u dobroj vjeri primio krivotvorenu ili izmijenjenu papirnu valutu ili kovanicu.
7. Gubitak ili oštećenje namještaja, armature, opreme (osim kompjutera, kompjuterskih sistema, kompjuterskih mreža i periferne mreže), uredskog materijala, potrepština ili sefova odnosno sef-soba u bilo kojem uredu osiguranika, kojoj je uzrok provala, pljačka, zadržavanje, krađa, odnosno pokušaj prijetnje, ili vandalizam ili zlonamjerno uništavanje. Oštećenje bilo kojeg ureda osiguranika uzrokovanog provalom, pljačkom, zadržavanjem, krađom odnosno pokušajem prijetnje, ili oštećenje unutrašnjosti tog ureda vandalizmom ili zlonamjernim uništavanjem. Navedeni rizici su pokriveni pod uvjetom da je osiguranik vlasnik ili da gubitak, odnosno šteta nisu nastali kao posljedica požara.
8. Sve razumne zakonske naknade, troškove i rashode koje ostvari i plati osiguranik u procesu obrane svih zahtjeva, potraživanja, zakonskih tužbi ili pravnih postupaka u pogledu kojih osiguranik utvrdi da radnja, odnosno radnje koje su počinjene daje pravo osiguraniku na povrat u okviru police, ako iz toga proistekne neka šteta.

Ugovor sadrži definicije²⁴ korištenih pojmova.

S obzirom na to da su rizici pokriveni vrlo široko, u ugovoru se precizno navode slučajevi isključenja²⁵. Rizici koji nisu pokriveni ugovorom, a koji su vezani za prijevoz novca su:

- Svaki gubitak ili šteta koja nastane kao izravna ili neizravna posljedica ili u vezi s ratom, invazijom, aktima stranog neprijatelja, neprijateljstva ili ratnih operacija (bilo da je rat zvanično proglašen ili ne), građanskog rata, pobune, revolucije, ustanka, civilnih nemira koji imaju proporcije ili obim narodnog ustanka, vojne ili uzurpirane vlasti, prijekog suda, pobune ili akata bilo kojeg zakonito uspostavljenog autoriteta. U svakom odštetnom zahtjevu, i u bilo kojoj pravnoj radnji, tužbi ili drugim postupcima ostvarivanja odštetnog zahtjeva u okviru ovog osiguranja od gubitka ili štete. Teret dokazivanja da taj gubitak, odnosno šteta ne potpadaju pod izuzetke leži na osiguraniku.
- Sve štete na bilo kakvoj imovini koje proisteknu kao izravna i neizravna posljedica tajfuna, uragana, ciklona, vulkanske erupcije, zemljotresa, podzemne

²⁴⁾ Opširnije Bankers Blanket Bond Policy, General Definitions.

²⁵⁾ Opširnije Bankers Blanket Bond Policy, Exclusions.

vatre ili druge prirodne konvulzije uz istovremenu ili naknadnu štetu ili gubitak zbog požara ili pljačke.

Ugovor se primjenjuje na štete otkrivene od strane osiguranika za vrijeme roka trajanja. Osiguranik je obavezan kad je u mogućnosti, a najkasnije u roku od 30 dana od saznanja za štetu, uputiti osiguratelju (preuzimatelju rizika) pismenu obavijest o tome. Osiguranik je, također, obavezan u roku od šest mjeseci nakon takvog saznanja, dostaviti afirmativan dokaz štete pismeno, zajedno sa svim detaljima.

Isplatom osigurnine na osiguratelju (preuzimatelju rizika) prelaze svi odštetni zahtjevi i sva prava koja ima osiguranik prema trećima.

Ugovorom je precizno definirano pitanje franšize.

Ugovor prestaje da važi u slučaju likvidacije ili imenovanja prinudnog upravitelja osiguratelja. U slučaju statusnih promjena osiguranik mora obavijestiti osiguratelja (preuzimatelja rizika) o promjeni u roku od 30 dana od nastanka promjene i osiguratelj (preuzimatelj rizika) određuje dodatnu premiju koju osiguranik treba platiti, ukoliko osiguranik propusti rok za obavještanje policu se smatra raskinutom. Također, ugovor se raskida i u slučaju ukoliko osiguratelj (preuzimatelj rizika) odbije nastavak pokrivanja nakon statusnih promjena osiguranika.

Ugovor se može raskinuti i na pismeni zahtjev osiguranika.

Osiguratelj (preuzimatelj rizika) može raskinuti policu 60 dana nakon što osiguranik dobije njegovu pismenu obavijest o raskidu police. Obavijest će se smatrati propisno primljenom ukoliko je dostavljena preporučenom poštom, točno adresirana na adresu sjedišta osiguranika. Osiguratelj (preuzimatelj rizika) refundirat će svaku nezarađenu premiju izračunatu kao skraćena ("short rate") godišnja premija, ukoliko je ugovor raskinut od strane osiguranika, odnosno proporcionalnu godišnju premiju ukoliko je raskinut od strane osiguratelja (preuzimatelja rizika), ili se poništava iz razloga likvidacije osiguratelja.

S obzirom na to da je pitanje prava nakon raskida ugovora, odnosno njegovog poništenja osjetljivo, precizno su propisana prava vezana za njegov raskid i prestanak, točnije propisano je pitanje dodatnog perioda²⁶ u slučaju raskida.

Prevara je vrlo oštro sankcionirana, tako je ugovoreno da ukoliko osiguranik vrši bilo kakva potraživanja znajući da su lažna ili prijevarna, u pogledu iznosa ili na drugi način, ugovor će se smatrati ništavnim i sva potraživanja iz njegovog osnova odbacit će se.

2.4. Odnos osiguravatelja i banke, odnosno kreditne institucije i prava i obveze osiguravatelja i banke, odnosno kreditne institucije

Kod osiguranja prijevoza novca, po pravilu banka, odnosno kreditna institucija je ugovaratelj osiguranja i osiguranik, tako da po pravilu kod osiguranja prijevoza novca osiguranik nije odvojena osoba od ugovaratelja osiguranja, niti se kao korisnik osiguranja može pojaviti treća osoba.²⁷

Obveza osiguratelja je da u slučaju nastanka osiguranog slučaja isplati osigurninu, pod uvjetima i na način propisan ugovorom o osiguranju. Pravo osiguratelja je da mu osiguranik uplati premiju osiguranja i da ga obavijesti o svim bitnim informacijama koje su od značaja za sklapanje ugovora o osiguranju, u pravilu koje se odnose na prijevoz novca.

Prava osiguranika su da mu osiguratelj isplati osigurninu u slučaju nastanka osiguranog rizika. Obveze osiguranika su da plati premiju osiguranja i da obavijesti osiguratelja o bitnim informacijama prvenstveno vezanim za rizik prijevoza novca. Kao jedna od posrednih obveza osiguranika, a koja bi bila karakteristična za osiguranje prijevoza novca bila bi da osiguratelj prevozi novac na način i pod uvjetima propisanim zakonskim i podzakonskim propisima koji reguliraju prijevoz novca.

3. Reosiguranje

3.1. Uvod

Ugovor o reosiguranju ugovor je u kojem reosiguratelj preuzima obvezu da osiguratelju plati dio iznosa ili cijeli iznos koji je osiguratelj platio osiguraniku, a osiguratelj se obvezuje platiti reosiguratelju premiju osiguranja.

Reosiguratelj može zaključiti ugovor o reosiguranju s nekim drugim reosigurateljem. Ovaj oblik reosiguranja naziva se retrocesija. Retrocesija se naziva još i reosiguranjem drugog stupnja.²⁸

U teoriji postoje različita stajališta o položaju reosiguranja u sustavu osiguranja. Po jednom mišljenju reosiguranje je samo jedan oblik imovinskog osiguranja, jer je u njemu zastupljeno načelo obeštećenja. Po drugima, riječ je o obliku osiguranja od odgovornosti, jer se u pravima gdje je ovo zastupljeno osiguratelju daje pravo izravne tužbe prema reosiguratelju.²⁹ Postoje i stajališta o reosiguranju kao posebnoj vrsti osiguranja (pored imovinskog i osobnog),³⁰ odnosno pored kopnenog i pomorskog osiguranja.³¹ U novijoj literaturi reosiguranje se smatra poslom osiguranja drugog

²⁷ Npr. kao korisnici osiguranja ne bi se mogli pojaviti depozenti banke.

²⁸ P. Šulejić, o. c., str. 513.

²⁹ Ibidem, str. 514.

³⁰ S. Jovanović, Neki aspekti djelatnosti reosiguranja i ugovora o reosiguranju, Revija, br. 3–4/2002, str. 21.

³¹ N. Balog, Poslovi privrednog prava, Beograd 1952, str. 242.

²⁶ Opširnije Bankers Blanket Bond Policy, General Conditions Rights After Termination or Cancellation.

stupnja, koje se nadovezuje na poslove izravnog osiguranja, te se smatra da je nemoguće podrediti ga sa osiguranjem imovine, osoba, odgovornosti itd. Čitavo reosiguranje, po ovom mišljenju, dijeli se na izravno osiguranje i reosiguranje, te reosiguranje zauzima samostalno mjesto u sustavu osiguranja, paralelno sa izravnim osiguranjem.³²

Najčešća podjela reosiguranja je s obzirom na način na koji su određene obveze reosiguratelja u odnosu na obveze osiguratelja prema osiguranicima. Unutar ove podjele razlikuju se ugovori kod kojih je obveza reosiguratelja određena s obzirom na rizik koju osiguratelj pokriva, a oni mogu biti ugovori o reosiguranju srazmjernog dijela rizika (kvotno reosiguranje) i ugovori o reosiguranju viška rizika (ekscendentno reosiguranje) i ugovori kod kojih je obveza reosiguratelja određena s obzirom na osiguranu sumu ili naknadu koju osiguratelj treba platiti osiguraniku, a oni mogu biti ugovori o reosiguranju viška štete (excess loss) i ugovori o reosiguranju viška gubitka (stop-loss).³³

Ugovorom o reosiguranju razmjernog dijela rizika osiguratelj predaje u reosiguranje, jednom ili više reosiguratelja, u pokriće određeni dio (kvotu) od svih poslova koje je zaključio vezano za rizik na koji se reosiguranje odnosi.

Reosiguranje viška rizika (ekscendentno reosiguranje) za razliku od kvotnog reosiguranja, ne odnosi se na sve ugovore određenog rizika, nego samo na one kod kojih osigurana suma ili vrijednost osiguranog predmeta prelazi određeni iznos, tj. samopridržaj osiguratelja.

Reosiguranje viška štete (excess loss) javlja se kada osiguratelj želi izbjeći posljedice jednog naročito teškog štetnog događaja kojim nastaje šteta iznad određene visine. Ovo reosiguranje je preuzimanje rizika na temelju jedne ili više polica osiguranja. Ono se javlja u dva oblika: reosiguranje drugog rizika i reosiguranje viška štete. Kod reosiguranja drugog rizika utvrđuje se određena granica štete koja može nastati, ako se ostvari osigurani slučaj u jednom određenom ugovoru o osiguranju, dok kod čistog reosiguranja viška štete reosiguratelj preuzima sve štete koje prelaze određeni iznos, iz više osiguranja pod uvjetom da su nastale ostvarenjem istog događaja.

Kod reosiguranja viška gubitka (stop-loss) reosiguratelj preuzima obvezu nadoknade gubitka u jednoj vrsti osiguranja za jedan određeni period vremena, najčešće za godinu dana, te se ponekad naziva reosiguranje viška godišnjih šteta.

3.2. Reosiguranje osiguranja prijevoza novca

Reosiguranjem nastaje pravni odnos između osiguratelja koji ne može da pokrije u cjelini rizik preuzet izravnim osiguranjem i reosiguratelja koji preuzima na sebe obveze osiguratelja, u mjeri u kojoj osiguratelj ne može da ih ispuni prema svojim osiguranicima.

³²⁾ P. Šulejić, o. c. str. 514.

³³⁾ Opširnije K. Klasić i I. Andrijanić, Osnove osiguranja načela i praksa, TEB-poslovno savjetovanje D.O.O., Zagreb, 2007. str. 237–254.

Kod reosiguranja, moraju postojati dva ugovora, točnije rečeno ugovoru o reosiguranju prethodi ugovor o osiguranju. Iako je reosiguranje uvjetovano postojanjem ugovora o osiguranju radi se o dva samostalna pravna posla. Međutim, samo punovažan ugovor o osiguranju temeljem kojeg je reosiguratelj preuzeo obvezu iz reosiguranja pretpostavka je za zaključivanje punovažnog ugovora o reosiguranju. U protivnom ugovor o reosiguranju ne proizvodi dejstvo, jer osiguratelj nema pravi interes za reosiguranjem, stoga posljedice promjena ili raskida ugovora o osiguranju reflektiraju se i na odnose reosiguranja. Ukoliko je ugovor o osiguranju ništavan povlači za sobom ništavnost ugovora o reosiguranju.

3.3. Odnosi ugovornih strana

Kod reosiguranju, pa prema tome i kod reosiguranja prijevoza novca postoje tri ugovorne strane (osiguranik, osiguratelj i reosiguratelj), ali iz dva samostalna pravna posla.³⁴

Osiguratelj je u pravnom odnosu sa osiguranikom (bankom) temeljem ugovora o osiguranju i u pravnom odnosu s reosigurateljem temeljem ugovora o reosiguranju.

Osiguranik (banka) u pravnom je odnosu samo sa osigurateljem i ostaje van pravnog odnosa zasnovanog reosiguranjem. Ukoliko nastupi osigurani slučaj osiguranik se za naknadu može obratiti samo osiguratelju. Za banku, odnosno drugu kreditnu instituciju, kao osiguranika pravni odnos osiguratelja i reosiguratelja predstavlja *res inter alios acta*.

Reosiguratelj samo je u pravnom odnosu sa osigurateljem i ostaje van pravnog odnosa zasnovanog ugovorom o osiguranju. Za reosiguratelja pravni odnos osiguratelja i banke (osiguranika) predstavlja *res inter alios acta*.

Osiguratelj i reosiguratelj imaju istovjetnu pravnu sudbinu, koja se sastoji u tome da postupci osiguratelja proizvode posljedice i za reosiguratelja, točnije reosiguratelj slijedi pravnu sudbinu i položaj osiguratelja. Principom istovjetnosti sudbina naglašavaju se jednakost i istovjetnost interesa reosiguratelja i osiguratelja. Ovo načelo, koje se samo izuzetno pojavljuje u građanskom pravu, proizlazi iz same prirode posla reosiguranja.³⁵ Reosiguratelj se može odreći prava istovjetnosti klauzulom u samom ugovoru. Međutim sve ove klauzule trebaju se usko tumačiti, preciznije reosiguratelj prati sudbinu osiguratelja samo u okviru onoga što je ugovoreno. Treba naglasiti da nesavjesni postupci ili namjerne greške osiguratelja ne proizvode dejstvo za reosiguratelja.

Vezano za subrogaciju u reosiguranju općeprihvaćeno pravilo je da isplatom naknade iz reosiguranja na reosigu-

³⁴⁾ Ugovor o osiguranju i ugovor o reosiguranju.

³⁵⁾ Npr. uobičajena klauzula kojom se izražava načelo istovjetnosti sudbine glasi: "Sve likvidacije šteta koje osiguratelj izvrši striktno prema uvjetima ugovora o osiguranju, poravnavanjem ili na drugi način, bez izuzetka obvezivati će reosiguratelja." Izvor: P. Šulejić, o. c., str. 515.

ratelja ne prelaze prava osiguratelja prema trećoj osobi odgovornoj za nastupanje osiguranog slučaja. Jedino se osiguratelj može obratiti trećoj osobi sa zahtjevom za iznos isplaćen osiguraniku, pa i za dio koji je primio od reosiguratelja. Navedeno se pravda razlozima cjelishodnosti, jer bi u protivnom, došlo do kompliciranja odnosa i povećanja troškova ako bi se u regresnom postupku pojavili istovremeno i osiguratelj i reosiguratelj.³⁶ Osiguratelj koji je uspio s regresnim zahtjevom ne može zadržati cijeli iznos za sebe, jer bi se tada neosnovano obogatio, stoga postoji obveza osiguratelja da srazmjernan dio naplaćene sume vrati reosiguratelju.

4. Likvidacija šteta

4.1. Likvidacija štete kod osiguranja prijevoza novca

Likvidacija štete izvršavanje je osnovne obveze osiguratelja iz ugovora o osiguranju, ako je nastupio određeni uvjet (rizik i šteta) predviđen ugovorom o osiguranju. Sastoji se iz utvrđivanja postojanja štete, uzroka štete, uzročne veze između osiguranog rizika i štete, visine štete, visine osigurnine, prava na regres kao i isplate osigurnine.

Postupak likvidacije štete sastoji se u prijavi o nastanku osiguranog slučaja, utvrđivanju postojanja obveze, procjenjivanju štete i visine odštete, utvrđivanju visine obveze iz osiguranja, isplati odštete ili naknade i subrogaciji.³⁷

Likvidacija štete kod transportnih osiguranja vrši se na osnovu dokumenata priloženih uz odštetni zahtjev. Osiguratelj vrši identifikaciju osiguranog predmeta, utvrđuje datum nastanka štete i važenje osiguranja u momentu nastanka štete, utvrđuje da li je nastala šteta pokrivena osiguranjem, a kad utvrdi osnovu za naknadu štete sačinjava obračun štete i vrši isplatu naknade. Ukoliko otkloni svoju obvezu naknade štete, uz pismeno obrazloženje vraća osiguraniku dokumente koji su bili priloženi uz odštetni zahtjev.

4.2. Likvidacija štete kod osiguranja prijevoza novca

U ugovorima o osiguranju prijevoza novca od izuzetnog značaja su klauzule o isključenju pojedinih rizika, te odredbe kojima je propisan način prijevoza novca. U pravilu iz osiguranja su isključeni ratni rizici³⁸ i rizici štrajka,³⁹ ukoliko ugovori izričito ne sadrže klauzule o osiguranim ratnim rizicima i osiguranom riziku štrajka. Ukoliko se utvrdi da do gubitka novca kod prijevoza nije došlo iz razloga propisanih klauzulama o isključenju rizika,

te da su zadovoljeni propisani uvjeti prijevoza novca stvorene su pretpostavke za plaćanje osigurnine, naravno ukoliko su zadovoljeni i ostali ugovoreni uvjeti.

Zaključak

Osiguranje prijevoza novca vrsta je transportnog osiguranja, točnije osiguranja robe u prijevozu, a kao grupa imovinskih osiguranja ima odštetno obilježje. Najčešće se radi o tipskim ugovorima čiji sadržaj se ne razlikuje mnogo u odnosu na različite osiguratelje. Specifičnosti ugovora o osiguranju prijevoza novca vežu se za prijevoz novca banaka, odnosno drugih kreditnih institucija, iako bi se kod osiguranja prijevoza novca moglo govoriti i o drugim slučajevima osiguranja prijevoza novca. Ugovorne strane su osiguratelj i osiguranik, koji je po pravilu ugovaratelj osiguranja. Osiguranik je najčešće banka, odnosno druga kreditna institucija. Nije zabranjena mogućnost gdje bi ugovaratelj osiguranja bila zaštitarska agencija koja prevozi novac, a osiguranik, odnosno korisnik osiguranja bila banka ili kreditna institucija čiji se novac prevozi, ali s obzirom na specifičnost ugovora o osiguranju prijevoza novca u praksi se ne ugovaraju takva osiguranja.

Osigurani slučaj gubitak je novca tokom prijevoza, a osigurani rizik najčešće je pljačka, odnosno bilo koji drugi razlog gubitka novca. Ugovor o osiguranju prijevoza novca sadrži klauzule o izuzeću, tj. slučajeve koji nisu pokriveni osiguranjem.

Kod ovog osiguranja u pravilu radi se o velikim osiguranim iznosima, te o velikom riziku i za osiguratelja i za osiguranika. O kakvom riziku se radi govori i podatak da je u Bosni i Hercegovini od 2002. godine do kraja 2009. godine u prosijeku bilo 34 prepada godišnje. Ukrađeno je ili je pokušana krađa 27 milijuna KM (oko 13,5 milijuna eura), s tim da oko 2 milijuna KM spada u neuspjele pokušaje krađe. Najveći dio se odnosio upravo na krađu za vrijeme prijevoza novca. Ovdje navodimo i kao primjer tešku pljačku kojom je prouzročena značajna šteta u prijevozu novca jedne banke 2010. godine kojoj je prilikom pljačke otuđeno, prema pisanju dnevnih novina *Oslobođenje*, po procjenama 5,5 milijuna eura.

Za osiguratelja nastaje veliki rizik u slučaju nastupanja osiguranog slučaja i isplate osigurnine, dok za osiguranika postoji rizik ukoliko dođe do osiguranog slučaja da zbog nekih propusta osiguranika ili zaštitarske agencije osiguratelj nije u obvezi isplatiti osigurninu. Osiguratelj, u pravilu, da bi se zaštitio od rizika sklapa ugovore o reosiguranju. Također, osiguratelj pored zakonski propisanih sigurnosnih mjera zaštite prilikom prijevoza novca može tražiti i dodatne mjere. Tako kao efikasan način zaštite, pored prijevoza novca oklopnim vozilima propisanih karakteristika, te potrebne pratnje, može biti i transport novca u kovčezima koji bojom ili na drugi način uništavaju novčanice. Što se tiče osiguranika njegova zaštita postiže se striktnim poštivanjem ugovornih odredbi, kao i zakonskih odredbi koje se tiču načina prijevoza novca. Kod nastupanja osiguranog

³⁶⁾ I. Jankovec, O nekim pravnim karakteristikama ugovora o reosiguranju, 2001., str. 65.

³⁷⁾ Izvor HANFA, prof. dr. sc. Drago Jakovčević.

³⁸⁾ Izvor HANFA, prof. dr. sc. Drago Jakovčević.

³⁹⁾ Gubitak, oštećenje ili troškove koje su prouzrokovali štrajkači, radnici otpušteni s posla, ili osobe koje: sudjeluju u radničkim nemirima, nasiljima ili građanskim nemirima; koji su posljedica štrajkova, otpuštanja s posla, radničkih nemira, nasilja ili građanskih nemira; uzrokovane od terorista ili bilo koje osobe koja djeluje s političkim pobudama.

slučaja, vezano za osiguranje prijevoza novca, pored uobičajenih obveza vezanih za prijavu osiguranog slučaja i podnošenje potrebnih dokumenata i isprava, prvo se mora utvrditi da se ne radi o slučajevima koji su isključeni iz osiguranja temeljem klauzula o isključenju, te na koji način je vršen prijevoz novca, točnije da li su ispoštovani propisi vezani za prijevoz novca. Navedeno ukazuje na značaj i specifičnost osiguranja prijevoza novca, osobito u Bosni i Hercegovini s obzirom na učestalost oružanih pljački. Može se reći da pitanje osiguranja prijevoza novca nije samo pitanje osiguravajućih društava, nego ovo pitanje je od značaja i za banke, odnosno druge kreditne institucije, kao i za sigurnosti i funkcioniranja društva u cjelini.

Mag. sci. Nataša Laličević

Mag. sci. Goran Bilandžija

Die Versicherung von Geldtransporten

(Zusammenfassung)

Der Beitrag behandelt Rechtsfragen der Versicherung von Geldtransporten. Im Rahmen einer historischen Einführung wird u.a. darauf hingewiesen, daß die ersten Formen einer Transportversicherung bereits 3000 v. Chr. in China festgestellt werden konnten. Die erste bekannte gesetzliche Regelung erfolgte 1568 im Versicherungsgesetz der Stadtrepublik Dubrovnik. Heute ist der Versicherungsvertrag in der Föderation Bosnien und Herzegowina in Artikel 987 des Schuldrechtsgesetzes aus dem Jahr 1978 geregelt. Näher dargestellt wird auch die Bankers Blanket Policy, einer Sammlung von Vertragsklauseln, die in der englischen Praxis häufig verwendet wird. Die praktische Bedeutung des Themas zeigt die Tatsache, dass in Bosnien und Herzegowina im Zeitraum von 2002 bis 2009 15,5 Millionen Euro bei Raubüberfällen gestohlen wurden, wobei die meisten dieser Überfälle auf Geldtransporte durchgeführt wurden.

Schlüsselwörter: *Versicherung von Geldtransporten, Schaden, Transportversicherungsvertrag, Transportversicherungspolice*

Aktuelnosti iz bh. zakonodavstva i pravne prakse

Novo uređenje oblasti autorskih i srodnih prava i njihovog kolektivnog ostvarivanja u Bosni i Hercegovini

Mag. sci. Iza Razija Mešević

Prvi samostalni Zakon o autorskom pravu i srodnim pravima Bosne i Hercegovine donesen je 2002. godine¹ i kao takav, predstavljao je tek početnu etapu na putu stvaranja sistema autorskopravne zaštite u BiH. S obzirom na kratak rok koji je radnoj grupi za njegovu izradu stajao na raspolaganju, nisu bile moguće temeljne konceptualne izmjene u ovoj oblasti u odnosu na sadržaj Zakona o autorskom pravu bivše SFRJ, koji je do 2002. godine bio na snazi. Donošenjem Zakona o autorskim pravima 2002. izvršeno je proširivanje obima zaštite autorskih prava i prilagođavanje zahtjevima TRIPS-a (Sporazum o trgovinskim aspektima prava intelektualnog vlasništva) i pojedinim rješenjima iz *acquis communautaire*.²

Tek donošenjem Zakona o autorskom pravu i srodnim pravima (ZASP) i posebnog Zakona o kolektivnom ostvarivanju autorskih i srodnih prava (ZKOP)³ 13. jula 2010. godine, načinjena je suštinska reforma oblasti autorskih i srodnih prava u BiH, čije će elementarne značajke u kratkim crtama biti izložene.

1. ZASP

Cilj bh. zakonodavca prilikom donošenja novog ZASP-a predstavljalo je dovođenje oblasti autorskih i srodnih prava u sklad sa zahtjevima *acquis communautaire* i sadržajem relevantnih međunarodnih sporazuma (TRIPS, WCT, WPPT itd.), te njenog uređenja koje bi bilo na nivou nomotehnike modernih evropskih zakona u ovoj oblasti. Pri tome, novi ZASP nije trebao biti lišen tipičnih nacionalnih, jezičkih i stilističkih karakteristika, koji odlikuju jedan domaći propis i reflektuju bh. pravnu tradiciju.⁴

U poređenju sa Zakonom iz 2002. godine, ZASP se na puno jasniji način priklonio autorskopravnom monizmu, određujući u članu 15. jedinstvo autorskog prava, u članu 55. jedinstven rok trajanja autorskog prava (70 godina *post*

mortem auctoris), sa izuzetkom prava pokajanja (član 61.) i naglašavajući u članu 64. stav 1. neprenosivost autorskog prava kao cjeline. Sadržaj autorskog prava (član 15.) čine moralna prava autora, imovinska prava autora i druga prava autora, u koja zakonodavac ubraja pravo na naknadu za davanje na posluđu (član 34. stav 1.), pravo slijeđenja (član 35. stav 1.), pravo na naknadu za privatnu i drugu ličnu upotrebu (član 36. stav 1.) i pravo na pristup i predaju djela u svrhu izlaganja (član 39. stav 1. i 2.).

Uvodnu odredbu zakonskog uređenja sadržajnih ograničenja u novom ZASP-u čini generalna klauzula ograničenja prava (član 40. stav 1.). Za razliku od Nacrta ZASP-a, u okviru kojeg je ista sadržavala tzv. "trostepenski test" ("Three-step test") iz člana 9. stav 2. Bernske konvencije za zaštitu književnih i umjetničkih djela, koji je bio proširen zahtjevima iz člana 10. stav 1. i 2. ovog međunarodnog dokumenta,⁵ tekst ZASP-a koji je na snazi izostavlja iz generalne klauzule uslove uticaja ograničenja na uobičajeno iskorištavanje djela i oštećivanja u nerazumnoj mjeri zakonitih interesa autora. Sistematika sadržajnih ograničenja je preuzeta iz zakona iz 2002. godine, tako da su ista sadržajno usklađena s *acquis communautaire*, ali još uvijek podvedena pod kategoriju zakonskih licenci (član 41.) ili slobodnog korištenja (član 42.–54.).

ZASP također sadržava posebna poglavlja o kompjuterskim programima (članovi 102. do 108.), u čijem okviru je ostvarena cjelovita harmonizacija sa zahtjevima Direktive o kompjuterskim programima,⁶ te odredbe o kategoriji audiovizuelnih djela (član 109–115.), kao i o uređenju odnosa između autorskog prava i prava vlasništva (član 67–72.).

Uređenje zaštite tri "klasična" srodna prava (pravo umjetnika izvođača, pravo proizvođača fonograma i pravo radiodifuznih ustanova) je u okviru ZASP-a prošireno i precizirano. Pored toga, uvedena je zakonska zaštita tri nove kategorije srodnih prava i to: prava filmskih producenata (član 131. i dalje), pravo izdavača (član 138. i dalje) i pravo proizvođača baza podataka (član 141. i dalje). Konkretno, uvođenje zaštite proizvođača baza podataka u ZASP predstavlja implementaciju Direktive o zaštiti baza podataka⁷ u pravni poredak Bosne i Hercegovine.⁸

Odredbe o zaštiti, odnosno sprovođenju prava, obuhvataju po prvi put u autorskom pravu BiH uređenje tehničkih mjera zaštite (član 152.) i zaštite podataka o upravljanju pravima (član 153.). Predmetne odredbe su u saglasnosti s članom 6., odnosno članom 7. Direktive o

¹) Službeni glasnik BiH 7/2002, 32/2002 i 76/2006.

²) Dietz, *GRUR Int* (2006), 809, 810; Krneta, *GRUR Int* (2001) 969, 969; *Id. Pravna misao* (2002), 3, 3; *Id. Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu* Nr. XLV (2002) 257, 263; *Id.*, Bosnien und Herzegowina – Neue Gesetze zum geistigen Eigentum, *GRUR Int* (2003) 54, 54.

³) Oba zakonska teksta su objavljena u Službenom glasniku BiH br. 63/2010.

⁴) Obrazloženje Nacrta ZASP-a, Uvod (dalje u tekstu: Obrazloženje ZASP).

⁵) Obrazloženje ZASP, str. 9.

⁶) Direktiva 2009/24/EC.

⁷) Direktiva 1996/9/EC.

⁸) Obrazloženje ZASP, str. 23. i dalje.

informacionom društvu,⁹ članom 11., odnosno članom 12. WCT (Ugovor o autorskom pravu) i članom 18., odnosno članom 19. WPPT (Ugovor o izvedbama i fonogramima).¹⁰ Uređenje zaštite prava u novom ZASP je između ostalog imalo za cilj, da u pravni poredak BiH također implementira i Direktivu o sprovođenju prava.¹¹ Ova namjera zakonodavca u BiH posebno dolazi do izražaja u okviru odredaba o osiguranju dokaza (član 161.), obavezi obavještanja (član 162.) i izvođenju dokaza (član 163.).¹²

2. ZKOP

Razlozi koji su opredijelili zakonodavca u BiH da oblast kolektivnog ostvarivanja prava uredi u okviru jednog *lex specialis* nalazimo u činjenici da je ista na međunarodnom i EU nivou regulisana u veoma skromnom obimu i na fragmentiran način, ako uopšte, što je dovelo do posljedice da su u okviru reforme ove oblasti legislativni uzori traženi u najboljim zakonskim rješenjima i iskustvima iz prakse država s dugom tradicijom kolektivnog ostvarivanja autorskih i srodnih prava.¹³ S druge strane, poseban zakon u ovoj oblasti omogućava njeno veoma detaljno uređenje, koje bi inače očigledno "opteretilo" tekst ZASP-a.¹⁴

Predmet uređenja ZKOP-a (član 1.) obuhvata sadržaj i metode kolektivnog ostvarivanja prava, organizacije za kolektivno ostvarivanje prava, dodjelu dozvole za obavljanje djelatnosti kolektivnog ostvarivanja, tarife, nadzor državnog organa i aktivnost Vijeća za autorsko pravo. Pored toga, ZKOP također sadrži i katalog prava koja su podvrgnuta obaveznom kolektivnom ostvarivanju (član 4. stav 2.).

Pojam organizacije za kolektivno ostvarivanje prava, koja ima pravni oblik udruženja na nivou BiH (član 8. stav 1.) i uživa zakonski monopol u okviru svoje specijalizacije (član 6. stav 3.), je određen članom 6. stav 1. Monopolska pozicija organizacije se objašnjava time da paralelna egzistencija više organizacija za istu kategoriju djela u okviru jedne male države nije racionalna, te da je u suprotnosti s idejom kolektivnog ostvarivanja.¹⁵

ZKOP također uređuje odnos između organizacije za kolektivno ostvarivanje i autora (nosilaca prava) (član 15-22.) i određuje, između ostalog, obavezu organizacije da prihvati

kolektivno ostvarivanje prava u okviru svoje specijalizacije (član 15.) i opštu pretpostavku kolektivnog ostvarivanja u korist organizacije, također u okviru njene specijalizacije (član 18.).

Uređenje odnosa između organizacije i korisnika (član 23.-31.) sadržava detaljne odredbe o određivanju tarifa i zaključenju kolektivnih ugovora (član 23. i dalje), kao i obavezu organizacije da zaključuje ugovore s korisnicima (član 26. stav 1. u vezi s članom 29.).

U svrhu rješavanja sporova o tarifama ZKOP-om se osniva Vijeće za autorsko pravo (član 32. i dalje), u čiju nadležnost spada određenje primjerene tarife i provjera kolektivnih ugovora. Pri tome se ne radi o samostalnom organu uprave, pravosudnom organu, ili arbitraži, već o instanci, koja je specijalizirana samo za navedena pitanja.¹⁶ Neovisno od toga, organizacije i korisnici imaju mogućnost prilikom zaključenja kolektivnog ugovora o pravu kablovske retransmisije involvirati posebnog medijatora prema čl. 40 ZKOP.

Mag. sci. Iza Razija Mešević

Neue Regelungen im Bereich des Urheberrechts und verwandter Schutzrechte und der kollektiven Wahrnehmung dieser Rechte in Bosnien und Herzegowina

(Zusammenfassung)

Die Verfasserin behandelt in ihrem Beitrag den Inhalt der neuen, im Jahr 2010 verabschiedeten Gesetze im Bereich des Urheberrechts und verwandter Schutzrechte und der kollektiven Wahrnehmung dieser Rechte in Bosnien und Herzegowina.. Dabei stellt sie die prägnantesten Regelungsmerkmale des neuen Gesetzes über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, das, das bosnische-herzegowinische Urheberrecht in Einklang mit dem acquis communautaire und den internationalen Abkommen auf diesem Gebiet gebracht hat, dar. Ebenso behandelt sie punktuell die detaillierte Regelung des ersten bosnisch-herzegowinischen lex specialis auf dem Gebiet der kollektiven Rechtewahrnehmung.

Schlüsselbegriffe: *Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, kollektive Rechtewahrnehmung, lex specialis*

⁹⁾ Direktiva 2001/29/EC.

¹⁰⁾ Obrazloženje ZASP, str. 25.

¹¹⁾ Direktiva 2004/48/EC.

¹²⁾ Obrazloženje ZASP, str. 26. i dalje.

¹³⁾ Obrazloženje Nacrta ZKOP (dalje u tekstu: Obrazloženje ZKOP), str. 2.

¹⁴⁾ Obrazloženje ZKOP, str. 2.

¹⁵⁾ Obrazloženje ZKOP, str. 6.

¹⁶⁾ Obrazloženje ZKOP, str. 14.

Aktuelnosti iz evropskog prava

Uredba (EU) br. 1259/2010 o provođenju pojačane suradnje u oblasti izbora mjerodavnog prava za razvod i rastavu braka i mehanizam pojačane suradnje

Dr. Anita Duraković

1. Uvod

Prvi put u historiji Europske unije, države članice iskoristile su mehanizam pojačane suradnje u oblasti pravosudne suradnje u građanskim predmetima kako bi postigle sporazum o unificiranim kolizionim normama. Radi se o Uredbi (EU) br. 1259/2010 od 20. 12. 2010. o provođenju pojačane suradnje u oblasti izbora mjerodavnog prava za razvod i rastavu braka¹ (u daljem tekstu Uredba 1259/2010) koja bračnim partnerima različitog državljanstva daje mogućnost izbora mjerodavnog prava za njihov razvod braka.

Proces koji je prethodio donošenju Uredbe 1259/2010, kao i sam postupak pojačane suradnje iznimno su interesantni i zahtijevaju posebnu pažnju. Stoga ćemo se posebno osvrnuti, prvo na mehanizam pojačane suradnje kao temelj donošenja Uredbe 1259/2010, a zatim i na samu Uredbu 1259/2010.

2. Postupak "pojačane suradnje"

Postupak pojačane suradnje omogućava državama članicama, koje to žele, da otpočnu zajedničku aktivnost u određenoj oblasti, ali ostavlja otvorena vrata i onima, koji bi im se htjeli pridružiti kasnije, da to učine. Mehanizam pojačane suradnje je prvi put uveden 1997. godine Ugovorom iz Amsterdama kada je postalo jasno da, uslijed povećanja broja država članica i razlika među njima, kako u pogledu stepena razvoja, tako i u pogledu želje da učestvuju u razvoju određenih politika, one nisu u mogućnosti da ujednačeno napreduju, odnosno da produbljuju integraciju istim ritmom. Na ovaj način omogućeno je proširenje Europske unije, s jedne strane, i produbljivanje integracije i razvijanje suradnje u novim oblastima između pojedinih država članica, s druge strane. Stoga se mehanizam poja-

čane suradnje treba promatrati kao neophodan instrument za daljnji razvoj Europske unije², kao značajan korak u pravcu prihvatanja Europske unije kao zajednice koja "politiku oblikuje za svoje građane",³ kao motor integracionih procesa unutar Europske unije.

2.1. Postupak pojačane suradnje prema Ugovoru iz Amsterdama

Proširenje Europske unije zahtijevalo je određene izmjene u načinu rada njenih organa. Pristup novih država članica imao je za posljedicu mnoštvo različitih stavova, ciljeva i prioriteta. Iako ove različitosti obogaćuju Europsku uniju, one mogu predstavljati i smetnju, s obzirom na to da "najsporija država članica ustvari određuje brzinu razvoja i integracija Europske unije".⁴

Upravo zbog toga je Ugovorom iz Amsterdama⁵ uvedena značajna novina kojom se koncept diferencirane (fleksibilne)⁶ integracije unosi u Ugovor o Europskoj uniji. Konkretno Ugovor o Europskoj uniji dobiva tri nova člana – članove 43, 44 i 45 – na temelju kojih države članice, koje između sebe namjeravaju osnovati pojačanu suradnju, mogu za to iskoristiti organe, postupak i mehanizme predviđene Ugovorom o Europskoj uniji i Ugovorom o osnivanju Europske zajednice. Mehanizam pojačane suradnje omogućava državama članicama, koje se smatraju spremnim za idući korak u procesu europskih integracija, da se međusobno povežu i unaprijede suradnju u nekoj od politika Europske unije.

Ugovorom iz Amsterdama je osnivanje pojačane suradnje uvjetovano nizom općih uvjeta. Time se željelo spriječiti da jedna ovakva inicijativa ugrožava funkcioniranje unutarnjeg tržišta, odnosno pravna stečevina Europske zajednice bi morala, u svakom slučaju, biti očuvana. Stoga je osnivanje pojačane suradnje moguće samo ako se time

¹) VERORDNUNG (EU) Nr. 1259/2010 DES RATES vom 20. Dezember 2010 zur Durchführung einer verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts, Amtsblatt der Europäischen Union L 343/10 vom 29. 12. 2010., <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:343:0010:0016:DE:PDF>. (4. 1. 2011.)

²) J. Čerenić, "Mehanizam bliže saradnje – od Ugovora iz Amsterdama do Ugovora iz Lisabona", *Pravni život* br. 12 (2010) str. 501 na str. 503.

³) Verstärkte Zusammenarbeit in der EU hat Premiere: Mehr Rechtssicherheit für Ehepaare unterschiedlicher Staatsangehörigkeit, <http://europa.eu/pressReleasesAction.do?reference=IP/10/1035&format=HTML> (26. 1. 2011).

⁴) Verstärkte Zusammenarbeit, http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/amsterdam_treaty (27. 1. 2011.).

⁵) Ugovor iz Amsterdama potpisan je 2. 10. 1997. godine, a stupio je na snagu 1. 5. 1999. godine. Njegov puni naziv glasi: Ugovor iz Amsterdama o izmjenama Ugovora o Europskoj uniji, Ugovora o osnivanju Europske zajednice kao i s njima povezanih pravnih akata.

⁶) Pod fleksibilnošću komunitarnog prava podrazumijeva se mogućnost da se države članice nalaze u različitom položaju u pogledu opsega prava i obaveza u okviru određenih politika Europske unije.

štite interesi Europske unije i potiče ostvarivanje njenih ciljeva, vodi računa o temeljnim načelima osnivačkih ugovora i jedinstvenom institucionalnom okviru. Ovim postupkom, koji podrazumijeva većinu država članica, ne smiju se ni na koji način ugroziti nadležnosti, prava, obaveze i interesi država koje nisu uključene. Međutim, ovim država treba biti omogućeno da postanu dio ovog mehanizma i to ukoliko ispune određene objektivne uvjete propisane ugovorom o osnivanju pojačana suradnje. Pored toga, osnivanju pojačane suradnje može se pristupiti samo kao “posljednjem sredstvu”, odnosno kada se primjenom postupaka predviđenim Ugovorima ne mogu ostvariti ciljevi Europske unije.

Pored ovih općih uvjeta propisanih u članu 43. Ugovora o Europskoj uniji, osnivanje pojačane suradnje zavisi i od niza posebnih uvjeta karakterističnih za prvi, odnosno treći stup. S obzirom na to da je Amsterdamskim ugovorom dopunjen Ugovor o osnivanju Europske zajednice koji je dobio novu glavu IV – Viza, azil, useljavanje i druge politike koje se odnose na slobodno kretanje ljudi – kojom se uređuje “pravosudna suradnja u građanskim predmetima” (članovima 61.–69.), te je na taj način navedena materija iz trećeg stupa prešla u prvi stup, posebni uvjeti odnosili su se, na očuvanje nadležnosti Europske zajednice u ovoj oblasti i brže ostvarivanje cilja Europske unije – stvaranje prostora slobode, sigurnosti i pravde.

Postupak osnivanja pojačane suradnje propisan je članovima 11. i 11a. Ugovora o osnivanju Europske zajednice. Prema ovim članovima Europska komisija pokreće postupak pojačane suradnje na prijedlog zainteresiranih država članica. Vijeće Europske unije odlučuje, nakon saslušanja Europskog parlamenta, s kvalificiranom većinom o osnivanju pojačane suradnje.⁷ Međutim, svaka država članica može, na temelju zaštitne klauzule, spriječiti donošenje odluke ako postoje “važni razlozi nacionalne politike”. U ovom slučaju, određenu ulogu ima i Europski sud pravde koji može biti pozvan da zauzme stav o tome da li su razlozi nacionalne politike koje navodi jedna od država članica opravdani. Na ovaj način se želi spriječiti zloupotreba zaštitne klauzule.

2.2. Pojačana suradnja prema Ugovoru iz Nice

Ugovorom iz Amsterdama dana je izričito mogućnost državama članicama da osnuju pojačanu suradnju. Iako države članice nisu iskoristile propisane odredbe, Vijeće Europske unije smatralo je potrebnim izvršiti određenu reformu u ovoj oblasti kako bi postupak pojačane suradnje, s obzirom na sukcesivno proširenje Europske unije, bio manje restriktivan.

Ugovorom iz Nice osnivanje pojačane suradnje značajno je olakšano: mogućnost veta na osnivanje poja-

čane suradnje država članica je ukinuto (izuzev u oblasti vanjske politike), broj država članica koje mogu pokrenuti postupak pojačane suradnje – do tada većina – sveden je na osam, a područje primjene prošireno je i na zajedničku vanjsku i sigurnosnu politiku.⁸

Ugovor iz Nice uvodi značajne novine u Poglavlje VII Ugovora o Europskoj uniji, ali zadržava postojeću strukturu. Tako se općim uvjetima propisanim u članu 43. dodaju novi: osnivanje pojačane suradnje mora poticati procese europskih integracija i ne smije štetiti unutarnjem tržištu ili ekonomskom, socijalnom i teritorijalnom jedinstvu Europske unije. Pored toga, osnivanje ne smije predstavljati prepreku ni diskriminaciju u trgovini među državama članicama, ni narušiti tržišno natjecanje među njima. Uvodi se novi član 43a. koji, u izvjesnoj mjeri, redefinira uvjet “posljednje sredstvo”: jasno se određuje da se pojačana suradnja može iskoristiti kao posljednje sredstvo, kada je Vijeće Europske unije došlo do zaključka da ciljevi takve suradnje ne mogu biti realizirani, u razumnom vremenskom roku, primjenom odgovarajućih odredbi Ugovora. Novim članom 43b. propisuje se da osnivanje pojačane suradnje ostaje otvoreno za sve države članice koje žele pristupiti, pod uvjetom ispunjenja određenih objektivnih uvjeta.

2.3. Pojačana suradnja prema Ugovoru iz Lisabona

Ugovorom iz Lisabona⁹ izmijenjene su i dopunjene odredbe o pojačanoj suradnji predviđene Ugovorom iz Nice. Ova reforma, koja je imala za cilj pojednostavljenje mehanizma pojačane suradnje, bila je neophodna s obzirom na to da sam mehanizam nije odgovarao novonastaloj situaciji u Europskoj uniji – povećanju broja država članica, s jedne strane, i izuzetno strogim uvjetima za njegovo pokretanje, s druge strane.

Pored toga, bilo je potrebno učiniti i određene strukturne izmjene. Naime, odredbe o pojačanoj suradnji nisu bile grupirane na jednom mjestu, već su se nalazile u različitim dijelovima Ugovora, što je umanjivalo transparentnost uvjeta za pokretanje suradnje i usložnjavalo pokretanje, ionako kompleksnog, mehanizma. Ugovorom iz Lisabona odredbe o pojačanoj suradnji, koje se odnose na njeno osnivanje u oblasti “pravosudne suradnje u građanskim predmetima”, sadržane su u članu 20. Ugovora o Europskoj uniji i članovima 326. – 334. Ugovora o funkcioniranju Europske unije.

Na osnovu Ugovora iz Lisabona odluku o osnivanju pojačane suradnje donosi Vijeće Europske unije kao posljednje sredstvo, nakon što utvrdi da ciljeve takve suradnje Europska unija kao cjelina ne može postići u razumnom

⁷⁾ Određene posebnosti predviđene su novim čl. 40. Ugovora o Europskoj uniji za oblast policijske i pravosudne suradnje u krivičnim predmetima.

⁸⁾ Verstärkte Zusammenarbeit, http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/nice_treaty (27. 1. 2011.)

⁹⁾ Ugovor iz Lisabona potpisan je 13. 12. 2007. godine, a stupio je na snagu 1. 12. 2009. godine. Njime je izmijenjen naziv Ugovora o osnivanju Europske zajednice u Ugovor o funkcioniranju Europske unije.

roku i pod uvjetom da u njoj sudjeluje najmanje devet država članica.¹⁰ Dvije su značajne izmjene u odnosu na Ugovor iz Nice. Prva se tiče broja država članica neophodnih za pokretanje postupka pojačane suradnje, a druga se odnosi na uvjet "posljednje sredstvo". Naime, Ugovorom iz Lisabona predviđeno je da najmanje devet država članica mora učestvovati u postupku pojačane suradnje, što, s obzirom na to da dvadeset i sedam država članica ulaze u sastav Europske unije, predstavlja samo jednu trećinu članstva.¹¹ S druge strane, uvjet "posljednje sredstvo" značajno je ublažen, te je dovoljno da Vijeće Europske unije, kao posljednja instanca, utvrdi da se ciljevi postavljeni u okviru pojačane suradnje ne mogu, u razumnom roku, ostvariti unutar Europske unije kao cjeline.

Države članice koje žele uspostaviti međusobnu pojačanu suradnju, u nekoj od oblasti koje su u nadležnosti Europske unije (uz iznimku područja isključive nadležnosti i zajedničke vanjske i sigurnosne politike), upućuju Europskoj komisiji zahtjev u kojem navode područje primjene i ciljeve predložene pojačane suradnje. Europska komisija može, u vezi s tim, Vijeću Europske unije podnijeti prijedlog.¹² Odobrenje za pojačanu suradnju daje Vijeće Europske unije na prijedlog Europske komisije i nakon dobivanja suglasnosti Europskog parlamenta. Nakon uspostave pojačane suradnje, u nju se mogu uključiti sve države članice, u svakom drugom trenutku, i to ako ispunjavaju uvjete sudjelovanja utvrđene odlukom o odobrenju i poštuju akte koji su doneseni u tom okviru.¹³

Akti doneseni u okviru pojačane suradnje, pa tako i Uredba 1259/2010, obavezuju samo države članice koje u njoj sudjeluju. Ti akti ne smatraju se dijelom pravne stečevine koju države kandidatkinje moraju prihvatiti za pristupanje Europskoj uniji.¹⁴

3. Uredba 1259/2010 – proces njenog donošenja

Prvi korak u procesu donošenja Uredbe 1259/2010 o provođenju pojačane suradnje u oblasti izbora mjerodavnog prava za razvod i rastavu braka bio je inicijativa devet država članica,¹⁵ i to u trenutku kada je postalo izvjesno da dvadeset i sedam država članica neće uspjeti donijeti jednoglasnu odluku o prihvaćanju Prijedloga Uredbe Rim III o izmjenama Uredbe 2201/2003 u odnosu na nadležnost u bračnim predmetima i uvođenje pravila o izboru mjerodavnog prava u ovoj oblasti¹⁶ (u daljem tekstu Prijedlog Uredbe

Rim III), koja se zahtijeva kada su u pitanju porodičnopravni odnosi.¹⁷ Naime, Švedska se dvije godine opirala donošenju jedinstvenih pravila o pravu mjerodavnom za razvod braka s međunarodnim obilježjem, pribojavajući se da bi tada švedski sudovi bili u situaciji da moraju primijeniti strano pravo, koje kao npr. pravo Malte ograničava pravo na razvod braka kao temeljno pravo ili kao npr. pravo Irana, koje izražava diskriminaciju spolova.¹⁸

Uviđajući koji praktični značaj odredbe Prijedloga Uredbe Rim III imaju za običnog građanina, ova "pionirska grupa", kako je nazivaju u diplomatskim krugovima, podnijela je u julu i augustu 2008. godine zahtjev za pojačanu suradnju Europskoj komisiji, koja je pozitivno ocijenila ovaj pokušaj.¹⁹ Međutim, dalji koraci podrazumijevali su prijedlog Europske komisije koja očigledno nije bila spremna na to, s obzirom na činjenicu da je Švedska predsjedavala Europskom unijom (druga polovica 2009. godine).²⁰ Već početkom 2010. godine, tačnije 24. 3. 2010. godine Europska komisija podnijela je Prijedlog za osnivanje pojačane suradnje u oblasti izbora mjerodavnog prava za razvod i rastavu braka.²¹ Donošenje ovoga prijedloga uslijedilo je nakon što je Vijeće Europske unije na zasjedanju održanom 5. i 6. 6. 2008. godine utvrdilo da, uslijed nepremostivih teškoća, ne postoji mogućnost da se u razumnom vremenu prihvati Prijedlog Uredbe Rim III. Ovakav zaključak Vijeća

Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 im Hinblick auf die Zuständigkeit in Ehesachen und zur Einführung von Vorschriften betreffend das anwendbare Recht in diesem Bereich. KOM (2006) 399 endgültig, http://ec.europa.eu/justice/doc_centre/civil/doc/com_2006_399_de.pdf. (24. 2. 2008.).

¹⁷⁾ Donošenje Uredbe Rim III nije uspjelo ni na zasjedanju Vijeća 25/26. 1. 2008, kao ni 25. 6. 2008. u Luksemburgu. Keine Einigung bei Verordnung zum Scheidungsrecht (Rom III), EU KOMP@KT AKTUEL, str. 5–6. http://www.thueringen.de/imperia/md/content/tskxbl/newletter_2008/eu-kompakt-02-2008.pdf (29. 8. 2008.); Der diskret Charme der UninbüFrankfurter Allgemeine Zeitung – 10. Jun. 2008., <http://www.alainlamassoure.eu/liens/791.doc>. (29. 8. 2008.).

¹⁸⁾ Razloge za ovakav stav Švedske treba tražiti u činjenici da njeno zakonodavstvo, s jedne strane, sadrži izuzetno liberalna pravila za razvod braka, a s druge strane predviđa isključivo primjenu domaćeg, švedskog prava u svim situacijama kada je za razvod braka nadležan švedski sud.

¹⁹⁾ Pioniergruppe zu Scheidungsrecht, str. 1–2, <http://volksgruppen.orf.at/kroatenungern/aktuell/stories/87363/>. (29. 8. 2008.).

²⁰⁾ Kohler, C., Pintens, W., Entwicklungen im europäischen Familien- und Erbrecht 2008–2009., FamRZ 18, 2009, str. 1532.

²¹⁾ Vorschlag für eine Verordnung (EU) des Rates zur Begründung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts KOM (2010) 105 end. <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=510462:cs&lang=de&list=510462:cs,510358:cs,&pos=1&page=1&nbl=2&pgs=10&hwords=&checktexte=checkbox&visu=#texte>. (20. 9. 2010.).

¹⁰⁾ Čl. 20. st. 2. Ugovora o Europskoj uniji.

¹¹⁾ Ugovorom iz Nice bilo je predviđeno minimalno osam država članica, što je, ako se uzme da je u vrijeme kada je Ugovor iz Nice stupio na snagu, Europska unija brojala 15 država članica u svom sastavu, predstavljalo više od polovine.

¹²⁾ Čl. 329. st. 1. Ugovora o funkcioniranju Europske unije.

¹³⁾ Čl. 328. st. 1. Ugovora o funkcioniranju Europske unije.

¹⁴⁾ Čl. 20. st. 4. Ugovora o Europskoj uniji.

¹⁵⁾ Austrija, Francuska, Italija, Španjolska, Luksemburg, Slovenija, Mađarska, Grčka i Rumunjska.

¹⁶⁾ Vorschlag für eine VERORDNUNG DES RATES zur

bio je preduvjet za otpočinjanje aktivnosti vezanih za pojačanu suradnju.

Europski parlament je 10. 6. 2010. godine donio Preporuku²², a 16. 6. 2010. Odluku za izradu Nacrta odluke Vijeća o ovlaštenju za pojačanu suradnju u oblasti mjerodavnog prava za razvod i rastavu braka.²³ U ovoj odluci Europski parlament naveo je više razloga u prilog prihvatanja Prijedloga Uredbe za osnivanje pojačane suradnje u oblasti izbora mjerodavnog prava za razvod i rastavu braka. Navest ćemo samo neke od njih. Već 2008. godine postalo je jasno da izvjesne zemlje članice neće prihvatiti Prijedlog Uredbe Rim III. S druge strane, 14 zemalja članica²⁴ izrazilo je do marta 2010. godine svoju namjeru da pristupe procesu pojačane suradnje u oblasti mjerodavnog prava za razvod braka. Značajno je da su dvije od 14 zemalja članica zemlja, Njemačka i Francuska, u kojima je najveći postotak razvoda braka s međunarodnim obilježjem.²⁵ Uzimajući u obzir naprijed rečeno, kao i činjenicu da danas u Europskoj uniji egzistira dvadeset i šest različitih materijalnih normi za razvod braka te da bi se ovaj broj, osnivanjem pojačane suradnje u ovoj oblasti, smanjio na trinaest, što bi značajno doprinijelo harmonizaciji kolizionih normi, olakšalo postupak uzajamnog priznanja stranih odluka te ojačalo procese integracija, Europski parlament odobrava izradu Nacrta odluke Vijeća i poziva Vijeće da o Prijedlogu Uredbe za osnivanje pojačane suradnje u oblasti izbora mjerodavnog prava za razvod i rastavu braka odlučuje u redovnom zakonodavnom postupku.

Vijeće Europske unije je 12. 6. 2010. godine donijelo Odluku o ovlaštenju za osnivanje pojačane suradnje u oblasti izbora mjerodavnog prava za razvod i rastavu braka (2010/405/EU).²⁶ U ovoj Odluci, koju neki političari nazivaju "istorijskom",²⁷ Vijeće Europske unije, pozivajući se na

Ugovor o funkcioniranju Europske unije, posebno član 329. stav 1., na Prijedlog Europske komisije i na pristanak Europskog parlamenta, navodi razloge u prilog osnivanju pojačane suradnje. Poziva se na cilj Europske unije, stvaranje prostora slobode, sigurnosti i pravde u kojem će biti garantirano slobodno kretanje ljudi, a koji je moguće ostvariti samo ukoliko Europska unija usvaja mjere u oblasti pravosudne suradnje u građanskim predmetima s međunarodnim obilježje.²⁸ Ove mjere, shodno članu 81. Ugovora o funkcioniranju Europske unije odnose se, između ostalog, i na poticanje usklađenosti kolizionih normi.²⁹ Osnivanje pojačane suradnje u ovoj oblasti doprinijelo bi razvoju pravosudne suradnje u građanskim predmetima s međunarodnim obilježjem koja se temelji na principu uzajamnog priznanja stranih sudskih i vansudskih odluka. Time se ostvaruje cilj Europske unije, štite njeni interesi i jačaju procesi integracija u smislu člana 20. stav 1. Ugovora o Europskoj uniji.³⁰ Također, povećava se nivo pravne sigurnosti građana, nude im se rješenja koja su istovremeno i pravična i predvidiva, te sprječava "žurenje na sud".³¹

Proces donošenja unificiranih kolizionih normi za razvod braka putem mehanizma pojačane suradnje okončan je donošenjem Uredbe (EU) br. 1259/2010 od 20. 12. 2010. o provođenju pojačane suradnje u oblasti izbora mjerodavnog prava za razvod i rastavu braka.³² Ova Uredba počinje važiti od 21. 6. 2012. godine, a do tada bi se, za pretpostaviti je, ovoj inicijativi moglo pridružiti još četiri ili pet država članica.³³

4. Sadržaj Uredbe 1259/2010

Uredba 1259/2010 polazi od Prijedloga Uredbe Rim III, ali za razliku od njega regulira samo pitanje mjerodavnog prava, a ne i međunarodne nadležnosti. Njome su obuhvaćene sljedeće države članice: Belgija, Bugarska, Njemačka, Grčka (povukla zahtjev 3. 3. 2010.), Španjolska, Francuska, Italija, Letonija, Luksemburg, Mađarska, Malta, Austrija, Portugal, Rumunjska i Slovenija – preambula 6. Bračni partneri mogu izabrati kao mjerodavno za razvod braka

nennte die Einigung "historisch". EU schafft bei Scheidung mehr Gleichberechtigung, <http://www.focus.de/finanzen/recht/binationale-ehen-eu-schafft-bei-scheidung-mehr-gleichberechtigung> (27.1. 2011).

²⁸) Erwägungsgrund 1.

²⁹) Erwägungsgrund 2.

³⁰) Erwägungsgrund 10.

³¹) Erwägungsgrund 6.

³²) VERORDNUNG (EU) Nr. 1259/2010 DES RATES vom 20. Dezember 2010 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts, Amtsblatt der Europäischen Union L 343/10 vom 29. 12. 2010., <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:343:0010:0016:DE:PDF>. (4. 1. 2011.)

³³) EU-Staaten planen verstärkten Zusammenarbeit bei Scheidung, <http://focus.de/politik/weitere-meldungen/scheidungen-eu-staaten-planen-verstaerkten-zusammenarbeit-bei-scheidung> (27. 1. 2011.)

²²) Empfehlung zu dem Entwurf eines Beschlusses des Rates über die Ermächtigung zu einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2010-0194+0+DOC+XML+V0//DE>. (20. 9. 2010.).

²³) Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 16. Juni 2010 zu dem Entwurf eines Beschlusses des Rates über die Ermächtigung zu einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2010-0216&language=DE>. (20. 9. 2010.).

²⁴) Belgija, Bugarska, Njemačka, Španjolska, Francuska, Italija, Latvija, Luksemburg, Mađarska, Malta, Austrija, Portugal, Rumunjska i Slovenija. Erwägungsgrund G.

²⁵) Erwägungsgrund I.

²⁶) Beschluss des Rates vom 12. Juli 2010 über die Ermächtigung zu einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts, Amtsblatt Nr. L 189 vom 22. 7. 2010, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010> (23. 12. 2010).

²⁷) Bundesjustizministerin Sabine Leutheusser-Schnarrenberger

pravo država članica potpisnica ove uredbe, pravo države članice koja nije potpisnica ove uredbe ili pravo države nečlanice – preambula 12. Kako bi se spriječilo da se na razvod braka primijeni pravo koje nije u skladu sa zajedničkim vrijednostima Europske unije, uvedena je zaštitna klauzula. Tako, izabrano pravo treba biti u skladu s temeljnim pravima propisanim Ugovorima, kao i pravilima Povelje Europske unije o osnovnim ljudskim pravima – preambula 16. Bračni partneri mogu birati između sljedećih alternativa (član 5.):

- prava države u kojoj su bračni partneri, u momentu izbora mjerodavnog prava, imali zajedničko redovno boravište, ili
- prava države u kojoj su bračni partneri imali posljednje zajedničko redovno boravište, ukoliko jedan od njih, u momentu izbora mjerodavnog prava, još uvijek tu ima redovno boravište, ili
- prava države čije državljanstvo posjeduje jedan od bračnih partnera u momentu izbora mjerodavnog prava, ili
- prava države suda.

Međutim, kako bi zakonodavac bio siguran da su bračni partneri svjesni posljedica svoje odluke o izboru mjerodavnog prava i kako bi se zaštitila slabija strana u postupku, uvedena su određena pravila koja se tiču forme sporazuma – preambula 19. Sporazum bračnih partnera mora biti u pismenoj formi, datiran, potpisan te zaključen najkasnije do početka postupka – član 5. stav 2. i član 7. stav 1. Ukoliko pravo države u kojoj bračni partneri imaju redovno boravište u momentu zaključenja sporazuma sadrži dodatna pravila u pogledu forme sporazuma, ova pravila moraju se poštivati – član 7. stav 2. Sporazum bračnih partnera koji imaju redovno boravište u različitim državama, biti će formalno valjan, ako zadovoljava uvjete propisane pravilima jedne od tih država – član 7. stav 3. Također, sporazum o mjerodavnom pravu može se postići i u toku postupka, ako pravo države suda predviđa tu mogućnost – član 5. stav 3. Ukoliko bračni partneri nisu postigli sporazum, za razvod ili rastavu braka bit će mjerodavno jedno od sljedećih prava:

- pravo zajedničkog redovnog boravišta bračnih partnera u momentu pokretanja postupka,
- pravo posljednjeg zajedničkog redovnog boravišta bračnih partnera, ukoliko ono nije prestalo godinu dana od početka postupka i jedan od bračnih partnera još uvijek tu ima redovno boravište,
- pravo zajedničkog državljanstva bračnih partnera u momentu pokretanja postupka,
- pravo države suda.

Ukoliko mjerodavno pravo ne predviđa razvod braka ili bračnom partneru, s obzirom na njegovu ili njenu spolnu pripadnost, ne omogućava pristup razvodu ili rastavi, kao mjerodavno primijenit će se pravo države suda – član 10. Na ovaj način želi se spriječiti neravnopravan tretman bračnih partnera. Pravo mjerodavno prema odredbama ove uredbe neće se primijeniti ako je u očiglednoj suprotnosti s

domaćim javnim poretkom – član 12. Izrazom “u očiglednoj suprotnosti” želi se naglasiti da će se odstupanje od mjerodavnog prava pozivom na institut javnog poretka koristiti samo izuzetno. Pored opće klauzule Uredba sadrži i specijalnu klauzulu javnog poretka – član 13. Njome se sudovi države, čije pravo ne poznaje institut razvoda braka, ne obavezuju da izreknu razvod braka.

5. Zaključak

Mehanizam pojačane suradnje uveden Ugovorom iz Amsterdama, pojednostavljen Ugovorima iz Nice i Lisabona, omogućava istovremeno i proširenje Europske unije i produbljenje integracija i razvijanje suradnje u novim oblastima. Na taj način uzima se u obzir sva heterogenost interesa u okviru Europske unije uz očuvanje njenog institucionalnog jedinstva. Ovaj mehanizam omogućuje državama koje to žele, da otpočnu zajedničku aktivnost u određenoj oblasti, ali ostavlja otvorena vrata i onima koji bi im se htjeli pridružiti kasnije, da to učine.

Uredba 1259/2010 o provođenju pojačane suradnje u oblasti izbora mjerodavnog prava za razvod i rastavu braka donesena na temelju mehanizma pojačane suradnje predstavlja dobar primjer kako pomiriti antagonizam između proširenja Europske unije i produbljenja suradnje. Ovom uredbom je četrnaest država članica ujednačilo svoje odredbe u jednoj izuzetno kompleksnoj i važnoj oblasti. Time je učinjen značajan korak u pravcu unaprjeđenja suradnje među njima. Najviše koristi, naravno, imaju obični građani – bračni partneri koji će, zahvaljujući mogućnosti izabra mjerodavno pravo za razvod i rastavu braka, ostvariti rješenja koja su u skladu s njihovim interesima i predviđanjima.

U kojoj mjeri će mehanizam pojačane suradnje biti dalje prihvaćen od strane država članica, ostaje da se vidi.

Dr. Anita Duraković

VERORDNUNG (EU) Nr. 1259/2010 DES RATES vom 20. Dezember 2010 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts

(Zusammenfassung)

Der Beitrag stellt die genannte Verordnung, ihre Entstehung und ihre europarechtlichen Hintergründe vor. Durch die Verordnung werden die im Falle einer Scheidung anwendbaren Kollisionsnormen in vierzehn Mitgliedsstaaten der EU vereinheitlicht und es den Ehepartnern ermöglicht, selbst eine Rechtswahl zu treffen.

Njemačko-francuski izborni imovinski bračni režim u pripremi

Dr. Stefan Pürner

Evropska integracija napreduje u svim oblastima prava. Osim napora same Evropske Unije postoje i znatni bilateralni naponi država članica za pojednostavljenjem pravnog prometa koji se odvija između njihovih državljana. Ovo se već dugo ne odnosi samo na privrednu sferu, koja je prije bila najvažniji predmet pravnog usklađivanja, već se u međuvremenu odnosi i na porodično pravo. Dobar primjer ovoga predstavljaju bilateralne težnje za stvaranjem njemačko-francuskog izbornog imovinskog bračnog režima, koji bi otklonio postojeće imovinsko-pravne probleme u njemačko-francuskim brakovima.

Bliže informacije o navedenom sadržane su u izjavi za javnost Saveznog ministarstva pravde, iz koje NPR uz ljubazno odobrenje Ministarstva citira:

“...u svakom prekogranično sklopljenom braku postavlja se pitanje koja pravila važe za imovinu bračnih drugova. U Njemačkoj imovina muškarca i žene obično ostaje odvojena za vrijeme braka, a tek se na kraju braka izjednačava dobit (povećanje imovine do kojeg je došlo u toku trajanja braka – napomena redakcije). U Francuskoj imovina, koja se stiče za vrijeme trajanja braka, pripada od početka i jednom i drugom bračnom drugu. Ove razlike dovode do problema u praksi, jer su u Njemačkoj francuska pravila nepoznata i obratno. U budućnosti će se parovi moći odlučiti za jedan novi imovinski režim bračne imovine koji je orijentiran prema osnovnom njemačkom modelu, ali koji u sebe uključuje i posebnosti francuskog modela. Pravni problemi, kao što su zajednička kupovina nekretnine u Njemačkoj će u budućnosti biti otklonjeni. Također je izbor novog imovinskog režima otvoren i za istospolne parove.”
...“U 2009. godini je 13% od ukupnog broja bračnih parova, otpadalo na brakove u kojima je barem jedan partner imao inostrano državljanstvo.

Njemačko-francuski izborni imovinski bračni režim polazi novim putem usklađivanja porodičnog prava. Međutim, i nadalje je bračno pravo u državama članicama Evropske unije veoma različito oblikovano. Na evropskom nivou se trenutno traga samo za odgovorom na pitanje koje nacionalno pravo treba biti primijenjeno za brakove sa elementom inostranosti, npr., da li kod jednog njemačko-francuskog braka treba primijeniti njemačko ili francusko bračno prvo; harmonizacija porodičnog prava među državama članicama ne stoji u agendi. U ovom kontekstu preporučuje se prvo bilateralni pristup, pri tome zajednički pronađene modele ponuditi i drugim zemljama članicama i na taj način pripremiti put za dalju harmonizaciju u Evropi.

Njemačko-francuski izborni imovinski bračni režim čini prvi korak u sadržajnoj harmonizaciji njemačkog i

francuskog porodičnog prava. Do sada su pravne posljedice braka bile određene prema državljanstvu, tako da se na primjer za jedan par koji živi u Njemačkoj može primijeniti francusko pravo:

- U Njemačkoj je na osnovu zakona uobičajena zajednica povećane imovine. Imovina bračnih drugova ostaje odvojena i tek se okončanjem braka, recimo zbog razvoda, izjednačava dobit koja je stečena za vrijeme trajanja braka.
- U Francuskoj je zakonski uobičajena zajednica zajedničke stečevine. Imovina stečena za vrijeme braka ulazi u zajedničku imovinu bračnih drugova.

U praksi je često nastajao problem kada je za pravne posljedice braka vrijedilo porodično pravo druge države članice, koje je učesnicima u pravnom prometu bilo nepoznato.

Primjer:

Kada je određeni njemačko-francuski bračni par u Njemačkoj živio prema pravilima francuske imovinske zajednice u obliku zajedničke stečevine, često bi dolazilo do poteškoća pri kupovini nekretnina. Pošto je francuska zajednička stečevina u Njemačkoj prilično nepoznata, treća su lica na osnovu izvršenog upisa u zemljišnu knjigu teško mogla procijeniti koliki je bio udio pojedinog bračnog partnera u pravu na nekretninu. Upravo je njemačkim bankama pri kreditiranju kupovine nekretnine često ostajalo nejasno na koji način dug jednog bračnog partnera može djelovati na zajednički kupljenu nekretninu. Problem se često rješavao tako što bi se bračni partneri zbog kupovine nekretnine odlučivali za njemački imovinski režim, iako su oni po sebi živjeli prema francuskoj zajednici zajedničke stečevine. Međutim, ovo je dovodilo do podvojenosti imovinskog režima (unutar jedne bračne zajednice – napomena redakcije), koji bi kao takav dovodio do poteškoća pri obračunu imovine prilikom razvoda. U buduću će bračni partneri moći birati njemačko-francuski imovinski režim, koji se orijentira prema njemačkom modelu zajednice povećane imovine i koji otklanja prikazane probleme.

Njemačko-francuski imovinski režim redovno može biti izabran kada:

- Njemački bračni partneri žive u Francuskoj ili kada francuski bračni partneri žive u Njemačkoj
- Njemačko-francuski bračni partneri žive ili u Francuskoj ili u Njemačkoj
- Inostrani bračni partneri imaju svoje redovno borište u Njemačkoj ili Francuskoj.

Pod istim uvjetima mogu i registrirani životni suputnici (istospolni životni suputnici, koji su ušli u formalnu vezu koja je slična braku – napomena redakcije) izabrati novi imovinski režim. Budući da nije nužan odnos sa elementom inostranosti, moguće je da čak dva njemačka državljanina u Njemačkoj ili dva francuska državljanina u Francuskoj izaberu novi imovinski režim.

Odluče li se bračni partneri ili registrirani životni suputnici za njemačko-francuski imovinski režim, zadržavaju za

vrijeme trajanja braka svaki svoju posebnu imovinu, što je odlika njemačke zajednice povećane imovine. Tek pri okončanju braka se stečena dobit izjednačava među njima. Unatoč sadržajnoj sličnosti sa njemačkom zajednicom povećane imovine, kod ovog imovinskog režima postoji i niz izraženih francuskih posebnosti. Tako se npr. odšteta za pretrpljenu bol ili slučajni porast vrijednosti nekretnine (npr. zbog proglašenja građevinskim zemljištem) ne uvažava pri izjednačavanju povećane imovine.”

Toliko o izvodu iz odgovarajuće izjave za javnost iz njemačkog Saveznog ministarstva pravde. Sklapanje brakova, a prije svega razvodi, između njemačkih i francuskih partnera će u budućnosti biti jednostavniji. Ono što je značajno kod ovog razvoja je to što se on tiče i odnosa Njemačke i Francuske. Jer ovo su ipak dvije države, koje su se dugo vremena u historiji međusobno smatrale tradicionalnim neprijateljima, a danas predstavljaju “motor u evropskom procesu saglašavanja”. Što dalje dokazuje da evropsko jedinstvo, a sa tim povezani relativna dobrobit i mir, koji vladaju u EU, postoji samo kada postoji spremnost da se iz konflikta prošlosti uči i da se pristupa jedan drugom.

Dr. Stefan Pürner

Deutsch-französischer Wahlgüterstand in Vorbereitung

(Zusammenfassung)

Dieser Beitrag stellt den geplanten Deutsch-französischen Wahlgüterstand dar. Im Zusammenhang damit wird betont, dass diese ein Beispiel für die bilaterale Anstrengungen der Mitgliedstaaten ist, den Rechtsverkehr zwischen ihren Staatsangehörigen einfacher zu machen. Diese Bemühungen betreffen längst nicht mehr nur den wirtschaftlichen Bereich, der früher das wesentliche Gebiet der Rechtsharmonisierung war, sondern reicht zwischenzeitlich bis in das Familienrecht. Als Beleg hierfür wird der geplante deutsch-französischen Wahlgüterstand, der bisher bestehende vermögensrechtliche Probleme im deutsch-französisch Ehen beseitigen möchte, dargestellt. Hierbei wird, u.a., mit freundlicher Genehmigung desselben, aus einer Pressemitteilung des deutschen Bundesministeriums der Justiz zitiert. Abschließend wird festgestellt, dass an dieser Entwicklung bemerkenswert ist, dass diese das Verhältnis zwischen Deutschland und Frankreich, zwei Staaten, die sich lange Zeit in der Geschichte gegenseitig als “Erbfeinde” angesehen haben, heute aber der “Motor des europäischen Einigungsprozesses” sind, betrifft. Dies belegt, dass es europäische Einigung, und damit verbunden, den relativen Wohlstand und den Frieden, die in der EU herrschen, nur gibt, wenn man bereit ist, aus den Konflikten der Vergangenheit zu lernen und aufeinander zu zu gehen.

Ex officio kontrola nepoštenosti ugovornih klauzula

– Presuda Evropskog suda od 4. juna 2008. godine u pravnoj stvari C-243/08 – prethodni postupak prema čl. 234 TFEU, pokrenut od strane mađarskog suda Budaörsi Városi Bíróság, odlukom od 22. maja 2008. godine, u postupku **Pannon GSM Zrt.** protiv **Erzsébet Sustikné Győrfi**¹ (dalje: Presuda)

Mag. sci. Almedina Šabić

Uvod

Shodno odredbi čl. 6 (1) Smjernice 13/93/EEZ o nepoštenim klauzulama u potrošačkim ugovorima², države članice su obavezne predvidjeti da nepoštene klauzule koje se koriste u ugovorima koje potrošači zaključuju s poduzetnicima neće obavezivati potrošača, a ugovor će nastaviti da važi na istoj osnovi, ukoliko naravno može nastaviti postojati bez nepoštenih klauzula. Posljedica je nepoštenosti ugovornih klauzula, koje su uprkos takvom svom karakteru unesene u tekst ugovora, u skladu s odredbom čl. 6 (1) njihova neobaveznost za potrošača.³ Neobaveznost se pritom ograničava na nepoštene klauzule, dok preostali dio ugovora nastavlja postojati, ukoliko je to bez nepoštenih klauzula moguće.

Neobaveznost konkretne ugovorne klauzule podrazumijeva zabranu nastupanja njezinih posljedica prema potrošaču, odnosno nemogućnost njezine provedbe u pravnom prometu.⁴ U pogledu pitanja na koji način treba izvršiti transpoziciju rješenja iz čl. 6 (1) u zakonodavstva država članica, odnosno da li je ugovorne klauzule neophodno oglasiti ništavima, lišenim pravnog dejstva ili jednostavno neobavezujućima, Smjernica ne daje odgovor. Odrediti ugovorne klauzule koje su nepoštene *pobojnima*, u smislu da bi oglašenje njihove neobaveznosti ovisilo o inicijativi potrošača, ne smatra se, međutim, dovoljnim, naprosto iz razloga što takva potrošačeva inicijativa može izostati usljed različitih okolnosti, kakve su primjerice nedovoljno poznavanje prava od strane potrošača, njegov ekonomski položaj usljed kojeg je prisiljen zaključiti ugovor s poduzetnikom ili također njegova nespremnost na snošenje troškova postupka.

Mogućnost ispitivanja nepoštenosti unaprijed formuliranih ugovornih klauzula u ugovorima između potrošača i poduzetnika problematizirana je pred Evropskim sudom

¹) <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62008J0243:EN:HTML>

²) Council Directive 93/13/EEC of 5 April on unfair terms in consumer contracts, OJ No L 95/29, 21. 04. 1993.

³) Neobaveznost postoji *ipso iure* i nije ovisna o odluci suda; sud će samo konstatirati da nepoštene klauzule ne mogu obavezivati potrošača.

⁴) Nobbis, Steffi, Missbräuchliche Vertragsklauseln in Deutschland und Frankreich, Zur Umsetzung der Klauselrichtlinie 93/13/EWG des Rates, Tübingen, 2004, str. 407.

(dalje i: Sud) u prethodnom postupku nekoliko puta. U predstojećem će izlaganju biti predstavljena odluka Suda u pravnoj stvari C-243/08, uz pozivanje na presude u kojima je ranije odlučeno o sličnim pitanjima.

Činjenično stanje

Dana 12. decembra 2004. godine gospođa Sustikné Gyórfi je zaključila ugovor o pružanju usluga mobilne telefonije s mobilnim operaterom Pannon. Pri zaključenju ugovora je korišten od strane Pannona unaprijed pripremljen obrazac ugovora, u kojem je predviđeno da gospođa Sustikné Gyórfi potpisom ugovora prima k znanju i prihvata opće uvjete poslovanja, koji su u ugovoru sadržani i koji se smatraju njegovim neodvojivim dijelom.

Shodno općim uvjetima poslovanja sadržanima u ugovoru ugovorne strane su za slučaj spora iz zaključenog ugovora dogovorile nadležnost suda prema mjestu sjedišta poduzeća Pannon; klauzula o mjesnoj nadležnosti nije bila individualno dogovorena između ugovornih strana.

S obzirom na to da prema mišljenju Panonna gospođa Sustikné Gyórfi nije ispunjavala svoje obaveze iz ugovora, Pannon je kod suda prema mjestu njegovog sjedišta, Budaörsi Városi Bíróság (dalje i: mađarski sud), pokrenuo postupak namirenja svojih potraživanja.⁵ Ovaj je sud donio odluku kojom je namirenje dopustio, čemu je gospođa Sustikné Gyórfi prigovorila, usljed čega je kratki postupak namirenja prerastao u parnicu. Mađarski sud je našao kako se prebivalište tužene ne nalazi u oblasti njegove nadležnosti, već u mjestu koje je 250 km udaljeno od mjesta sjedišta postupajućeg suda, te da su saobraćajne komunikacije između mjesta prebivališta tužene i sjedišta postupajućeg suda veoma ograničene. Shodno odredbama u to vrijeme važećeg mađarskog Zakona o parničnom postupku sud je bio dužan svoju mjesnu nadležnost ispitati po službenoj dužnosti. S obzirom na to da se, međutim, ne radi o isključivoj nadležnosti, ovo se pitanje u pravilu ne razmatra nakon prvog upuštanja tuženog u postupak. U ovakvom bi slučaju sud pitanja koja se tiču njegove mjesne nadležnosti ispitao isključivo onda kad njegova mjesna nadležnost u konkretnoj stvari proturječi općepoznatim ili sudu zvanično poznatim činjenicama ili ondje gdje bi takva mjesna nadležnost bila malo vjerovatna ili osporena od strane tuženog.⁶

Imajući u vidu rečeno, mađarski je sud Evropskom sudu uputio sljedeća pitanja o kojima je trebalo biti odlučeno u prethodnom postupku:

Da li je odredbu čl. 6 (1) Smjernice 13/93/EEZ, shodno kojoj države članice imaju predvidjeti da su nepoštena klauzule u potrošačkim ugovorima neobavezujuće za potrošača,

moguće tumačiti na način da se smatra kako nepoštena ugovorna klauzula upotrijebljena od strane poduzetnika za potrošača ne može biti neobavezujuća *ipso iure*, već samo u slučaju uspješnog pobijanja takve odredbe od strane potrošača?

Da li koncept zaštite potrošača predviđen Smjernicom 13/93/EEZ podrazumijeva obavezu nacionalnih sudova da po službenoj dužnosti, dakle bez isticanja zahtjeva kojim se ide za pobijanjem određene ugovorne odredbe i neovisno o prirodi postupka, ispita predočenu mu klauzulu, čak i prilikom ispitivanja njegove vlastite mjesne nadležnosti?

Za slučaj potvrdnog odgovora na drugo pitanje: koje okolnosti je nacionalni sud prilikom ispitivanja nepoštenosti određene ugovorne klauzule dužan uzeti u obzir odnosno cijeliti?

Pravni okvir

Kad je riječ o komunitarnom pravu, Sud je u obzir uzeo sljedeće odredbe Smjernice:

- čl. 1 (1): "...cilj je Smjernice usklađivanje pravnih i upravnih propisa država članica o nepoštenim klauzulama u ugovorima između poduzetnika i potrošača...";
- čl. 3 (1), prema kojem se ugovorna klauzula o kojoj nije pojedinačno pregovarano smatra nepoštenom kad protivno načelu savjesnosti i poštenja uzrokuje značajan nesklad između prava i obaveza ugovornih strana na štetu potrošača, čl. 3 (2) u skladu s kojim se klauzulama koje nisu pojedinačno ugovorene smatraju klauzule koje su formulirane unaprijed i potrošač stoga, osobito u okvirima unaprijed formuliranog standardnog ugovora, nije bio u mogućnosti da utiče na njihov sadržaj i čl. 3 (3), koji ukazuje na to da Aneks klauzula uz Smjernicu sadrži otvorenu i indikativnu listu klauzula koje se mogu smatrati nepoštenima;
- odredbu br. 1 slovo q Aneksa, u kojoj se pominju klauzule koje vode ka tome ili za posljedicu imaju oduzimanje ili otežavanje potrošaču mogućnosti ostvarenja njegovih prava pred sudovima;
- čl. 4 (1), shodno kojem će se, ne dirajući u odredbe čl. 7 Smjernice, nepoštenost ugovorne klauzule procjenjivati uzimajući u obzir prirodu roba ili usluga u vezi s kojima je ugovor zaključen, kao i okolnosti postojeće u vrijeme zaključenja ugovora, koje su ovo zaključenje pratile, te ostale odredbe istog ili nekog drugog ugovora o kojima konkretna odredba čiju se nepoštenost ispituje ovisi;
- čl. 6 (1), u kojem se ističe kako će države članice predvidjeti da nepoštena klauzule koje se koriste u ugovorima zaključenim između poduzetnika i potrošača, kako je predviđeno njihovim domaćim pravom, neće obavezivati potrošača, a ugovor će nastaviti da važi za ugovorne strane na istim osnovama, ukoliko može nastaviti postojati bez nepoštenih odredaba;
- čl. 7 (1), koji obavezuje države članice da u interesu potrošača i konkurentnog poslovanja obezbijede

⁵) Riječ je o skraćenom postupku naplate dospjelih novčanih potraživanja, postojanje kojih se dokazuje vjerodostojnim ispravama, a koji postupak u najvećoj mjeri podsjeća na postupak po platnom nalogu, odredbe o kojem nisu našle mjesto u noveliranom Zakonu o parničnom postupku FBiH i ZPP Republike Srbije.

⁶) Paragraf (rubni broj) 18 teksta Presude.

postojanje odgovarajućih i efikasnih sredstava kojima će onemogućiti primjenu nepoštenih klauzula u potrošačkim ugovorima, te čl. 7 (2), shodno kojem sredstva o kojima je riječ u odredbi čl. 7 (1) obuhvaćaju odredbe kojima osobe ili organizacije, u domaćem pravu legitimno ovlaštene u pogledu zaštite potrošača, mogu da pokrenu tužbu shodno mjero-davnom domaćem pravu pred sudovima ili organima uprave, a radi donošenja odluke o tome da li su ugovorne odredbe formulirane za opću upotrebu nepoštena i sprječavanja njihove upotrebe.

U obzir su, pored komunitarnih rješenja, uzeta i rješenja važeća u mađarskom pravu u vremenu vođenja postupka pred nacionalnim sudom koji će kasnije inicirati prethodni postupak. Tako su u obzir uzete odredbe Građanskog zakonika shodno kojima ugovorne strane mogu pobijati opće uvjete ugovora koji se smatraju nepoštenim (§ 209 st. 1), odredbe u kojima se navodi koje se klauzule u potrošačkim ugovorima imaju smatrati nepoštenima (§ 209/B st. 4), odredbe shodno kojima se konkretni ugovor usljed pobijanja njegovih odredaba ima smatrati nevažećim u trenutku njegovog zaključenja (§ 235 st. 1) i odredbe temeljem kojih druga ugovorna strana s činjenicom pobijanja mora biti pismeno upoznata u jednogodišnjem roku (§ 236 st. 1). Sud je pored odredaba Građanskog zakonika konsultirao i Vladinu Uredbu br. 18/1999 o nepoštenim klauzulama u potrošačkim ugovorima u njezinom za ovaj slučaj važećem tekstu. Shodno ovoj Uredbi, ugovorne su klauzule podijeljene u dvije kategorije, prvu u kojoj se nalaze odredbe čija je primjena u potrošačkim ugovorima zabranjena i koje se imaju smatrati ništavima i drugu, u kojoj se susreće klauzule koje se prije nego bude dokazano suprotno imaju smatrati nepoštenima, pri čemu ugovorna strana koja takve klauzule koristi ima pravo obarati ovu pretpostavku.

Iz obrazloženja presude

U okviru koncepta zaštite potrošača zastupljenog u Smjernici 13/93/EEZ se polazi od toga da se potrošač u odnosu na poduzetnika nalazi u slabijem, poduzetniku podređenom položaju, te da je u načelu slabije informiran u odnosu na poduzetnika, što redovno vodi tome da pristaje na ponuđene mu ugovorne uvjete, bez da ima stvarnu mogućnost utjecaja na njihovu sadržinu.⁷ Sud zastupa shvaćanje prema kojem cilj odredaba čl. 6 Smjernice ne može biti ostvaren na način da potrošač sam ima obavezu pozivati se na nepoštenost konkretne ugovorne klauzule, te da efektivna zaštita potrošača može biti postignuta samo onda kad nacionalni sudovi imaju mogućnost da po službenoj dužnosti ispitaju nepoštenost određene ugovorne klauzule.⁸ U tom je smislu isključena mogućnost takvog tumačenja odredbe čl. 6 (1), shodno kojem bi nepoštena ugovorne

klauzule za potrošača neobavezujuće bile samo kad on postavi odgovarajući izričit zahtjev u tom pravcu, te tom zahtjevu bude udovoljeno. Komunitarni je zakonodavac usljed značaja zaštite potrošača u odredbi čl. 6 (1) predvidio kako se nepoštena ugovorne klauzule u ugovorima između poduzetnika i potrošača ima smatrati neobavezujućima. Riječ je prinudnom propisu, kojim se, usljed nejednakih pozicija u kojima se nalaze ugovorne strane, formalnu usklađenost prava i obaveza ugovornih strana nastoji zamijeniti materijalnom usklađenošću i time uspostaviti jednakost preuzetih prava i obaveza.⁹

Odgovarajući na drugo pitanje, Sud je podsjetio na svoju presudu od 21. novembra 2002. godine, u slučaju *Cofidis*.¹⁰ Shodno odluci u ovom slučaju, pravna zaštita koju potrošačima obezbjeđuje Smjernica proteže se na sve slučajeve u kojima se potrošač, koji zaključuje ugovor s poduzetnikom, na nepoštenost u ugovoru sadržane klauzule ne poziva ili zbog toga što ne poznaje svoja prava ili usljed straha od visokih troškova postupka. U presudi je u slučaju *Mostaza Claro* Sud pored toga našao kako vrsta i značaj javnog interesa, na kojem počiva zaštita potrošača osigurana Smjernicom, nacionalne sudove obavezuje da po službenoj dužnosti ispitaju nepoštenost određene ugovorne klauzule i time doprinesu otklanjanju neravnoteže u odnosima između poduzetnika i potrošača. Iznimno će nacionalni sud dopustiti primjenu konkretne nepoštena klauzule ondje gdje se ustanovi da potrošač želi biti obavezan takvom klauzulom.¹¹ Potrebno je ukazati na to da je Sud naglasio kako specifičnosti sudskog postupka vođenog između poduzetnika i potrošača u skladu s nacionalnim pravom ne smiju biti od utjecaja na pravnu zaštitu koju potrošaču osigurava Smjernica.

U okviru se trećeg pitanja mađarski sud interesirao za to koje okolnosti (kriterije) bi pri ocjeni nepoštenosti ugovornih klauzula trebao uzeti u obzir. U tom je smislu moguće istaći kako načelo savjesnosti i poštenja i značajan nesklad između prava i obaveza ugovornih strana, kao sastavni dijelovi generalne klauzule iz čl. 3 Smjernice, jesu apstraktni kriteriji koji jednoj ugovornoj klauzuli o kojoj nije pojedinačno pregovarano mogu dati karakter nepoštenosti. Konkretizaciji generalne klauzule trebao bi poslužiti Aneks klauzula uz Smjernicu i odredbe čl. 4 Smjernice. Pored toga, potrebno je ukazati na činjenicu da je Sud u predmetu *Océano Grupo Editorial i Salvat Editores* odlučio kako ugovorna klauzula koja je od strane poduzetnika unaprijed formulirana i postala dijelom ugovora između

⁷⁾ Presuda Evropskog suda u pravnim stvarima C-240/98 do C-244/98, *Océano Grupo Editorial i Salvat Editores*, [2000] ECR I-4941, paragraf (rubni broj) 25.

⁸⁾ Op. cit., paragraf (rubni broj) 26.

⁹⁾ Presuda Evropskog suda od 26. oktobra 2006. godine, u pravnoj stvari C-168/05, *Mostaza Claro*, [2006] ECR I-10421, paragraf 36.

¹⁰⁾ Presuda Evropskog suda od 21. novembra 2002. godine, u pravnoj stvari C-473/00, *Cofidis*, [2002] ECR I-10875, paragraf 34.

¹¹⁾ Presuda Evropskog suda od 26. oktobra 2006. godine, u pravnoj stvari C-168/05, *Mostaza Claro*, [2006] ECR I-10421, paragraf 38.

poduzetnika i potrošača bez da je o njoj pojedinačno pregovarano, a kojom se klauzulom utvrđuje kako će za sporove proizašle iz konkretnog ugovora nadležan biti sud prema sjedištu poduzetnika, ispunjava sve kriterije da u smislu Smjernice bude određena kao nepoštena.¹² Sud je u svojoj odluci u predmetu *Océano Grupo Editorial i Salvate Editores* pored toga istakao kako ovakva jedna klauzula o mjesnoj nadležnosti potrošača prisiljava na saglašavanje s nadležnošću suda u mjestu koje je od njegovog mjesta prebivališta često veoma udaljeno. Tako u sporovima male vrijednosti troškovi pojavljivanja potrošača pred sudom mogu odvrati potrošača od njegovog upuštanja u spor.¹³

Sud se nije upustio u pitanje primjene općih kriterija nepoštenosti na određenu ugovornu klauzulu, koju je u konkretnom slučaju neophodno podvrgnuti sadržajnoj kontroli, već je istakao kako je zadatak nacionalnog, u ovom slučaju mađarskog suda da ustanovi da li je konkretna klauzula nepoštena u svjetlu odredbe čl. 3 (1) Smjernice.¹⁴ (...)

Iz dispozitiva presude

Odredbu je čl. 6 (1) Smjernice, shodno odgovoru Suda na prvo postavljeno pitanje, potrebno tumačiti u smislu da nepoštene ugovorne klauzule nisu obavezujuće za potrošača, te da uspješno pobijanje nepoštenih klauzula od strane potrošača ne može biti promatrano kao preduvjet neobavezujućeg karaktera nepoštenih klauzula.

U okviru je odgovora na drugo postavljeno pitanje Sud zauzeo stanovište shodno kojem je nacionalni sud obavezan da po službenoj dužnosti ispita nepoštenost ugovornih klauzula onda kad raspolaže odgovarajućim pravnim i činjeničnim osnovama koje mu to omogućuju. Nađe li pri tom da je konkretna ugovorna klauzula zaista nepoštena, njezinu će primjenu onemogućiti, pod uvjetom da potrošač tome ne proturječi. Ovakvu obavezu nacionalni sud ima i pri ispitivanju njegove vlastite mjesne nadležnosti.

Na kraju, Sud je, odgovarajući na treće postavljeno pitanje, zaključio kako je zadaća nacionalnog suda da ustanovi da li je određena ugovorna klauzula nepoštena u smislu odredbe čl. 3 (1) Smjernice. Pri tom nacionalnom sudu u ovom konkretnom slučaju pomoć predstavlja postojeća praksa Evropskog suda shodno kojoj klauzula koja je unijeta u potrošački ugovor bez da je o njoj pojedinačno pregovarano, a kojom se ugovara isključiva nadležnost suda prema mjestu sjedišta poduzetnika, može biti smatrana nepoštenom.

U presudi je, još jednom nakon odluka u slučajevima *Cofidis*, *Océano Grupo Editoriale i Salvato Editores*, te *Mostaza Claro* razjašnjeno za praksu iznimno relevantno pitanje vezano za ovlaštenja nacionalnih sudova da po službenoj dužnosti ispituju nepoštenost određenih ugovornih klauzula. Jasno je kako je u osnovi ovog pitanja problem reguliranja pravnih posljedica nepoštenih ugovornih klauzula, kojom je, s obzirom na nedorečenost odredbe čl. 6 (1)

Smjernice, u različitim nacionalnim zakonodavstvima pristupljeno na različite načine, od prihvatanja koncepta apsolutne ništavosti¹⁵, preko koncepta nepoštenih odredaba kao *nepostojećih*¹⁶ i koncepta poboynosti¹⁷ do rješenja koja ne slijede jasnu ideju bilo apsolutne bilo relativne ništavosti nepoštenih ugovornih klauzula.¹⁸ Prihvatanje rješenja shodno kojem bi se nepoštene ugovorne klauzule smatralo poboynima, te time njihovo oglašavanje neobavezujućima automatski vezalo za inicijativu potrošača, ne smatra se ispravnim izborom u postupku usklađivanja nacionalnih s rješenjima Smjernice 13/93/EEZ. S obzirom na veliku vjerovatnoću izostanka takve inicijative usljed nepoznavanja prava od strane potrošača ili usljed njegove nesprenosti da preuzme troškove postupka u velikom bi broju slučajeva izostala i sama zaštita koju se Smjernicom nastoji osigurati potrošaču u ugovorima koje zaključuje s poduzetnicima. Nacionalni su sudovi u skladu sa izriječkom i obrazloženjima iznesenim u naprijed komentiranoj i presudama koje su joj prethodile izričito ovlašteni da ex offio utvrđuju nepoštenost ugovornih klauzula.

Mag. sci. Almedina Šabić

Die Kontrolle missbräuchlicher Klauseln in Verbraucherverträgen von Amts wegen

(Zusammenfassung)

Der Beitrag behandelt die Richtlinie 13/93 EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen und insbesondere die Auslegung des Art 6 (1), der Mitgliedsstaaten dazu verpflichtet, missbräuchliche Klauseln in Verträgen, die ein Gewerbetreibender mit einem Verbraucher geschlossen hat, als unverbindlich zu erklären und die Bedingungen dafür in den innerstaatlichen Rechtsvorschriften festzulegen. In diesem Zusammenhang ist das Urteil des Gerichtshofs (Vierte Kammer) vom 4. Juni 2009 (Vorabentscheidungsersuchen des Budaörsi Városi Bíróság - Ungarn) - Pannon GSM Zrt./ Erzsébet Sustikné Györfi in der Rechtssache C-243/08 besonders relevant und wird von der Autorin detailliert vorgestellt und kommentiert. Aus dem Urteil folgt, dass Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen dahin auszulegen ist, dass eine missbräuchliche Vertragsklausel für den Verbraucher nicht verbindlich ist, und dass es hierzu nicht erforderlich ist, dass der Verbraucher sie vorher erfolgreich angefochten hat. Das nationale Gericht ist verpflichtet, die Missbräuchlichkeit einer Vertragsklausel von Amts wegen zu prüfen, sobald es über die hierzu erforderlichen rechtlichen und tatsächlichen Grundlagen verfügt. Es ist Sache des nationalen Gerichts, festzustellen, ob eine Vertragsklausel wie die, die den Gegenstand des Ausgangsverfahrens bildete, die Kriterien erfüllt, um als missbräuchlich im Sinne von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 93/13 qualifiziert zu werden.

¹² Presuda Evropskog suda u pravnim stvarima C-240/98 do C-244/98, *Océano Grupo Editorial i Salvate Editores*, [2000] ECR I-4941, paragraf 21 do 24.

¹³ Op. cit., paragraf 22.

¹⁴ Paragraf 42 do 44 Presude.

¹⁵ Koncept prihvaćen u Bugarskoj, Estoniji, Njemačkoj Irskoj, Portugalu, Rumuniji, Slovačkoj, Sloveniji i Španiji.

¹⁶ Francuska, Luxemburg, Malta.

¹⁷ Češka, Latvija, Holandija.

¹⁸ Austrija, Belgija, Grčka, Italija, Kipar, Mađarska, Poljska.

Aktuelni pojmovi evropskog prava

**Aktuelni evropskopравни
pojam: "soft law"**

Dr. Stefan Pürner

Za pravnik koji obraća veliku pažnju na jezik (a to bi trebao činiti svaki pravnik), pojam "soft law" ustvari i nema velikog smisla. Jer u principu, osim građanskopravnog razlikovanja između kogentnog i dispozitivnog prava, ne bi trebalo postojati nikakvo "meko" pravo. Donekle razumljivijim ovaj pojam čini spoznaja, da pojam "soft law" potiče prvenstveno iz oblasti međunarodnog javnog prava i prava međunarodnih organizacija. U oblasti međunarodnog javnog prava ovaj pojam ukazuje na činjenicu da međunarodno javno pravo nije "izvršno", s obzirom na to da za ovo pravo ne postoje "sudski izvršitelji". O "soft law" se govori i u oblasti korporativnog upravljanja, npr. kada se jedno preduzeće obaveže da će se prilikom svoje poslovne djelat-

nosti pridržavati određenih pravila. Povreda ovakvih obaveza koje u principu nemaju pravno-obavezujući karakter, međutim, ne povlači automatski pravne posljedice. U tom smislu je i to pravo "meko", tj. soft.

Oblast u kojoj se najčešće susreće pojam "soft law" je, međutim, evropsko pravo. Tamo ovaj pojam služi kao skupni pojam za različite vrste dokumenata koji su izrađeni tokom decenija, a u svrhu pripreme zakonodavnih i političkih inicijativa. Stoga, primjera radi, zelene i bijele knjige (o ovim pojmovima vidi NPR, 1–2/2010) potpadaju pod pojam "soft law". Tu pripadaju i programi i planovi djelovanja, strateški papiri, saopštenja Evropske komisije, preporuke i mišljenja, rezolucije i pojašnjenja.

Dr. Stefan Pürner

Aktueller europarechtlicher Begriff: "soft law"**(Zusammenfassung)**

In dieser Rubrik werden wichtige Rechtsinstitute und Begriffe des Europäischen Rechts vorgestellt und erläutert, insbesondere diejenigen, die in der Rubrik "Aktuelles aus dem EU Recht" vorkommen. In dieser Ausgabe wird der Begriff "soft law" erklärt.

Aktuelnosti iz njemačkog prava

**Savezna Republika Njemačka
reagira Zakonom o terapeutskom
zbrinjavanju na odluku Evropskog
suda za ljudska prava**

Dr. Stefan Pürner

Evropski sud za ljudska prava je 17. decembra 2009.¹ osudio Saveznu Republiku Njemačku zbog prijašnjeg uređenja koje se odnosilo na zbrinjavanje opasnih počinitelja krivičnih djela nakon izvršenja kazne zatvora (upor. NPR 1–2/2010, S. 44f.). Prema mišljenju suda prijašnje se tzv. sigurnosno oduzimanje slobode (*Sicherheitsverwahrung*) kosi s Evropskom konvencijom o zaštiti ljudskih prava, zato što ono, između ostalog, predstavlja duplo kažnjavanje. Na tu presudu je Savezna Republika Njemačka reagirala oslobađanjem 20 počinitelja krivičnih djela, koji su, na primjer, bili osuđeni zbog seksualnih delikata, a nakon izvršenja svoje kazne bili su podvrgnuti sigurnosnom oduzimanju slobode. Potom je SR Njemačka reagirala na

presudu i donošenjem "Zakona o terapeutskom zbrinjavanju". Ovaj zakon regulira zbrinjavanje osuđenih počinitelja krivičnih djela, koji zbog ove odluke Evropskog suda ne mogu biti više podvrgnuti sigurnosnom oduzimanju slobode jer se ova mjera izricala tek poslije pravosnažne osuđujuće presude. Zbrinjavanje se sada odvija u zatvorenim ustanovama, koje prostorno i organizaciono moraju biti odvojene od ustanova u kojima se odvija izvršavanje kazni. Prema ovom zakonu osoba se nakon izvršenja kazne zatvora može prinudno zbrinuti u ustanovi za liječenje ako ona pati od psihičkog poremećaja koje dovodi do toga da ta osoba "sa velikom vjerovatnoćom može ugroziti život, tjelesni integritet, ličnu slobodu ili seksualno samoodređenje određene druge osobe" zbog čega je ovakvo zbrinjavanje nužno za održanje sigurnosti cjelokupnog stanovništva.

U Njemačkoj je prijeporno da li ovaj zakon zadovoljava zahtjeve Evropskog suda za ljudska prava. Osim toga, diskutira se da li ovaj savezni zakon krši odredbe o nadležnosti iz Ustava SR Njemačke, prema kojima su savezne države nadležne za pitanja bezbjednosti. S tim u vezi se argumentira da se ovaj zakon, unatoč svom imenu, manje bavi terapijom za počinitelje krivičnih djela u odnosu na bezbjednost cjelokupnog stanovništva od tih počinitelja. Ipak su za pitanja bezbjednosti, prema Ustavu, nadležne savezne države, a ne Savezni parlament, koji je donio ovaj

¹⁾ Rechtssache M. gegen Deutschland (Individualbeschwerde Nr. 19359/04).

zakon. Tema “sigurnosnog oduzimanja slobode” odnosno, pod sadašnjim nazivom poznata kao “zbrinjavanje u terapeutske svrhe” (nakon izvršenja kazne zatvora) će javnost i medije u Njemačkoj i dalje zaokupljati. Neovisno od toga, ovaj primjer pokazuje kako se ozbiljno shvaćaju presude Suda za ljudska prava i koliko se brzo nastoji reagirati na njegovu presudu.

Dr. Stefan Pürner

Bundesrepublik reagiert mit Therapieunterbringungsgesetz auf Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte

(Zusammenfassung)

Dieser Beitrag stellt dar, wie die Bundesrepublik mit dem Therapieunterbringungsgesetz auf die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zur Sicherungsverwahrung (über die schon in der NPR 1-2/2010, S. 44f berichtet wurde) durch Erlass des “Therapieunterbringungsgesetzes”, reagiert hat. Außerdem wird berichtet, dass in Deutschland umstritten ist, ob dieses Gesetz den Anforderungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und den Zuständigkeitsvorschriften des Grundgesetzes genügt. Abschließend wird festgestellt, dass dieses Beispiel zeigt, wie ernst die Urteile des Gerichtshofes für Menschenrechte genommen werden und wie schnell man versucht, auf dessen Urteile zu reagieren.

Iz sudske prakse njemačkog Saveznog suda

O ovoj rubrici

U rubrici “Aktuelnosti iz njemačkog prava: Iz sudske prakse njemačkog Saveznog suda” predstaviti ćemo presude njemačkog Saveznog suda (na njemačkom: Bundesgerichtshof, skraćeno na njemačkom: BGH). To mogu biti aktuelne presude, ali i značajne presude iz prošlosti. Ove presude će po prirodi biti predstavljene u skraćenom obliku. Za detaljno obrazloženje se upućuje na odluku u njemačkoj originalnoj verziji. One se kod aktuelnih odluka mogu naći (na njemačkom jeziku) na internet stranici BGH <http://juris.bundesgerichtshof.de>.

Presude će u ovoj rubrici biti prikazane ili u formi komentiranih sažetaka određene odluke ili kroz izvode iz sudskih saopćenja za javnost.

Komentirana odluka njemačkog Saveznog suda: BGH odlučuje o porotnicima koji ne govore njemački jezik

– Napomene o odluci 2. Senata za krivično pravo Saveznog suda od 26. 1. 2011. (2StR 338/10)

Dr. Stefan Pürner

U Njemačkoj se sve više diskutira o upotrebi stranih jezika u sudskom postupku. S jedne strane postoje nastojanja da se omogući da se pred njemačkim sudom raspravlja na engleskom jeziku, kao npr. kod sporova u međunarodnim privrednim transakcijama. Ovdje je, međutim, sporno da li se na taj način čini povreda načela javnosti. O opravdanosti ovih razmišljanja svjedoče novinski članci o prvim sudskim sporovima na engleskom jeziku. U novinama “Kölnische Rundschau” od 15. 5. 2010. se, primjera radi, govori o postupku između dva privredna društva koji je vođen na engleskom jeziku pred Pokrajinskim sudom u Bonu: o čemu se detaljno radilo ostalo je skriveno za prisutne koji nisu bili vješti u engleskoj pravničkoj terminologiji iz oblasti privrednog prava. S druge strane se postavljaju brojna pitanja o uključivanju prevodilaca, tumača i dokaznih sredstava na stranom jeziku u postupak. Savezni sud je nedavno odlučio o jednom, možda iznenađujućem, problemu kada je morao riješiti pitanje pravnih posljedica u slučaju kada porotnik ne poznaje jezik suda i kada mu je potreban prevodilac.

Početna pozicija

U Saveznoj Republici Njemačkoj su sudovi u određenim postupcima sastavljeni od porotnika tj. sudija laika. Njemački državljani imaju obavezu da prihvate funkciju porotnika. S druge strane, u Republici Njemačkoj postoji određen broj njenih državljana koji iz različitih razloga ne poznaju dovoljno dobro njemački jezik da bi mogli pratiti suđenje. Ovo se posebno odnosi na pripadnike njemačke etničke grupe koji u SSSR-u nisu imali mogućnost njegovati jezik i koji su se tek posljednjih godina mogli iseliti (tzv. "ruski Nijemci"). Iz tog razloga je Savezni sud stajao pred zanimljivim problemom. Pred sud je došao sljedeći slučaj:

Tri muškarca su osuđena zbog razbojništva u jednom supermarketu u Kelnu. Oni su protiv ove presude uložili zahtjev za reviziju Saveznom sudu. Pritom su se pozivali na brojne povrede prava. Pored pogrešne primjene materijalnog prava, pozivali su se i na povredu procesnog prava od strane Pokrajinskog suda u Kelnu. Naime, krivično vijeće Pokrajinskog suda u Kelnu koje je osudilo razbojnika je, između ostalog, bilo sačinjeno i od porotnice koja je govorila ruski jezik i koja pored njemačkog državljanstva nije dobro poznavala njemački jezik. Iz tog razloga joj je dodijeljen prevodilac koji je za nju prevodio kako na ročištu, tako i tokom vijećanja suda.

Osuđenici (odnosno njihovi branioci, jer je za postupak pred BGH obavezno zastupanje od strane branioca koji za to ima posebno odobrenje) su naveli da se radi učešća ove porotnice (i prisustva prevodioca tokom sudskog vijećanja) presuda mora ukinuti iz formalnopravnih razloga, jer time krivično vijeće nije bilo propisno sastavljeno. Pored toga su naveli da je zbog prisustva prevodioca tokom vijećanja suda došlo do povrede §1 93 Zakona o sudovima prema kojem isključivo suci, dakle profesionalni suci kao i suci laici, mogu prisustvovati zatvorenom vijećanju suda.

Presuda Saveznog suda

Savezni sud je usvojio reviziju u dijelu u kojem se ona zasnivala na tome da se porotnica, koja nije govorila njemački jezik, oslanjala na prevodioca tokom sudskog postupka. Time je povrijeđeno pravo na zakonitog suca, koje u Njemačkoj proizlazi iz čl. 100. st. 1. rečenica 2. Ustava. Prema § 184 Zakona o sudovima njemački jezik je jezik suda. Sud dalje argumentira da je obaveza suca (a time i suca laika) da na glavnoj raspravi/ročištu neposredno sam stvori sliku o krivnji ili nevinosti optuženog. Shodno tome, mora biti u mogućnosti da glavnu raspravu/ročište prati samostalno i neposredno "svim čulima". Prema mišljenju suda, sudac koji ne poznaje jezik ne može samostalno stvoriti neposrednu sliku o toku suđenja. To nije moguće ni uz pomoć prevodioca, posebno iz razloga što se ne može isključiti mogućnost filtriranja i manipulacije informacijama. Iz tih razloga učešće ovakvog suca ima iste posljedice kao učešće slijepog ili gluhog suca.

Prema tome, BGH je odlučio da postoji apsolutni razlog za reviziju prema § 338. st. 1. Zakona o krivičnom postupku

(StPO), jer sud nije bio propisno sastavljen. S obzirom na to da se radi o apsolutnom razlogu za reviziju, nebitno je da li je ova formalna greška imala stvarni utjecaj na presudu. Radi toga se presuda ukida.

Sud je drugačije odlučio u pogledu utjecaja koji je prisustvo prevodioca imalo tokom vijećanja suda. U ovom slučaju §193. Zakona o sudovima propisuje da su načelno samo suci ovlašteni da prisustvuju vijećanju. I to iz razloga što se samo zatvorenim vijećanjem osigurava nezavisnost sudstva koje je u Njemačkoj garantirano čl. 97. st. 1. Ustava. S druge strane, i sam zakon predviđa neke izuzetke od ovog pravila. Tako se može dozvoliti prisustvo drugih osoba u svrhu edukacije. Pored toga, povreda §193. Zakona o sudovima predstavlja samo relativni razlog za reviziju. Tako da bi revizija bila uspješna samo ukoliko se ne bi moglo isključiti da je konkretna odluka posljedica prisustva upravo te treće osobe, u ovom slučaju prevodioca. To u konkretnom slučaju ipak nije vjerovatno, s obzirom na to da je prevodilac isključivo pružao prevodilačke usluge. Iz navedenih razloga revizija u ovom dijelu nije usvojena.

Napomena uz presudu:

Slučajevi poput izloženog o kojem je Savezni sud morao odlučivati, ne bi se u budućnosti smjeli pojavljivati u Njemačkoj, jer je zakonodavac u međuvremenu reagirao. Naime, Zakon o sudovima je dopunjen odredbom prema kojoj "osobe koje zbog nedovoljnog poznavanja njemačkog jezika nisu sposobne za obavljanje sudske funkcije, ne mogu biti izabrane za porotnika" (§ 33. noveliranog Zakona o sudovima). Neovisno od toga, presuda i njeno obrazloženje otvaraju određena pitanja. Ipak se danas u Njemačkoj svakodnevno koriste prevodioci u krivičnom postupku. Konačno, čl. 6. st. 3. lit. e) Evropske konvencije o ljudskim pravima i temeljnim slobodama predviđa da se optuženima koji ne poznaju jezik suda mora staviti na raspolaganje prevodilac. Pored toga, presuda otvara pitanje koje se u vremenu internacionalizacije i globalizacije sve češće postavlja. Treba se složiti sa stavom suda u pogledu prisustva prevodioca na sudskom vijećanju. I to posebno iz razloga što u mnogim pravnim sistemima (npr. u onim u kojima suci jednog suda ne moraju govoriti isti jezik) postoji praktična potreba za prisustvom prevodioca tokom vijećanja. Osim toga što je u takvim zemljama, za razliku od Njemačke, zakonom dopušteno prisustvo prevodioca: prevodilac ipak ima manju mogućnost da utječe na sadržaj presude nego primjera radi pripravnika, koji u svrhu obrazovanja može učestvovati tokom vijećanja. Međutim, prisustvo pripravnika tokom vijećanja se generalno smatra dopuštenim.

Nadalje, presuda otvara pitanja u dijelu u kojem se prisustvo prevodioca radi komunikacije suca laika tokom glavne rasprave smatra razlogom za reviziju. Pitanje je u čemu je suštinska razlika u odnosu na situaciju kada je prevodilac potreban kako bi **cijeli sud** razumio optuženog. Niko ko je već jednom branio optuženog čiji maternji jezik

razumije, ali koji sa sudom komunicira preko prevodioca, neće osporiti da je u takvim slučajevima komunikacija otežana iz mnogobrojnih razloga. Posebno postoji opasnost da prevodilac dotičnom stavi riječi u usta koje ovaj nije rekao ili, jednako loše, da dijelove rečenog ne prevede. Da ne govorimo o greškama usljed propusta. Ako se presuda Saveznog suda konsekvantno tumači, onda bi u svim slučajevima u kojima ne samo jedan član sudskog vijeća, nego svi (i ostali sudionici u postupku) trebaju prevodioca kako bi mogli komunicirati s optuženim, načelo neposrednosti glavne rasprave bilo još teže povrijeđeno nego u ovom opisanom slučaju.

Dosljedno tome bi se moralo doći do zaključka da jezičko posredovanje putem prevodioca uvijek povrjeđuje načelo neposrednosti. Ali tada se u višejezičnom svijetu s brojnim prekograničnim kontaktima, kakva je Evropa u 21. stoljeću, više ne bi mogao voditi postupak uz sudjelovanje lica koja ne poznaju jezik suda, a da se time ne povrijedi načelo neposrednosti. Ovdje ne pomaže ni činjenica da zakonodavac – ali i Evropska konvencija o ljudskim pravima i temeljnim slobodama – u takvim slučajevima izričito (i to s dobrim razlogom!) predviđa korištenje prevodioca. Ipak se kod pitanja neposrednosti radi o problemu komunikacije, a ne o izričitoj dopuštenosti upotrebe prevodioca. Naime, prema pravilima logike je neposrednost teže povrijeđena kada **svi** članovi suda trebaju prevodioca kako bi razumjeli optuženog nego u slučaju kada samo **jedan** član suda treba pomoć prevodioca. Ovaj zaključak ne mijenja ni činjenica da se u prvom slučaju radi o uobičajenoj situaciji u kojoj je optuženi stranac i kada je korištenje prevodioca predviđeno i čak propisano zakonom i Evropskom konvencijom, dok je drugi slučaj zabranjen zakonom. Situacija je paradoksalna: i osobe koje ne poznaju jezik suda se moraju procesuirati. I u takvoj situaciji im niko ne želi zabraniti pomoć prevodioca. S druge strane se ne može osporiti stav Saveznog suda prema kojem procjena jedne izjave koju je preveo prevodilac nema isti stepen neposrednosti kao kada svi učesnici u postupku govore isti jezik.

Možda je zbog toga presuda Saveznog suda pogrešna? Jer se jednostavnim argumentom *a maiore ad minus* može doći do suprotnog rezultata. Dakle, do rezultata da je neposrednost otežana, ali ne u tolikoj mjeri da je zaista došlo do njene povrede. Ipak ne smeta ni njemačkom zakonodavcu ni Evropskoj konvenciji kada je **cijelom** sudu neophodan prevodilac. Zašto bi onda trebalo smetati ako je to slučaj samo za **jednog** člana sudskog vijeća?

Ovakva argumentacija ima izvjesnu logiku. U jednom strogom prirodno-naučnom smislu je ona tačna. Međutim, ona nije predvidjela jednu suštinsku okolnost koja se u krivičnom postupku ne smije zaboraviti: u krivičnom postupku se uvijek radi o aktu države prema pojedincu koji je u podređenoj poziciji. Zbog toga bi uloga države, bar u evropsko-kontinentalnom sistemu, trebala uvijek uključivati i izvjesnu brigu o optuženom. I ovdje se vidi suštinska razlika između korištenja prevodioca prema čl. 6. Evropske konvencije radi potpore cijelom sudu i izloženog slučaja iz Njemačke. U prvom slučaju se korištenje prevodioca jednostavno ne može izbjeći, jer niko neće zahtijevati da se osobe koje ne razumiju jezik suda isključe iz krivičnog gonjenja. Također se ne može zahtijevati da države imaju dovoljno sudskog osoblja u rezervi kako bi se postupci mogli voditi i na drugim jezicima, što bi bilo i protivno načelu javnosti, jer javnost ne bi mogla pratiti suđenja na jezicima koje ne razumije. Zato se u slučaju optuženih koji ne razumiju jezik suda postupak mora voditi pomoću prevodioca. To se ne može izbjeći i posljedica je okolnosti da optuženi ne razumije jezik suda. Pritom se mora prihvatiti umanjeње neposrednosti koje se javlja kao posljedica. Međutim, u drugom slučaju se radi o tome da dio sudskog vijeća ne razumije jezik suda. U tom slučaju država može spriječiti umanjeње neposrednosti tako što će osobe koje ne razumiju jezik suda isključiti iz funkcije porotnika. Zato se u konačnici moramo složiti s presudom. Međutim, navedena razmišljanja pokazuju da moramo biti svjesni, da svaki put kada u sudnici djeluju prevodioci, postoji opasnost od povrede bitnih procesnih prava. Zato su i sud i prevodilac u ovim slučajevima obavezni da postupaju s povećanom pažnjom.

Dr. Stefan Pürner

Aus der Rechtsprechung des deutschen Bundesgerichtshofs

(Zusammenfassung)

In der Rubrik "Aktuelles aus dem deutschen Recht: Aus der Rechtsprechung des deutschen Bundesgerichtshofs" werden Urteile des deutschen Bundesgerichtshofs vorgestellt. Dies können aktuelle Urteile, aber auch bedeutende Urteile aus der Vergangenheit sein. In der vorliegenden Ausgabe wird die Entscheidung des BGH vom 26. 1. 2001 (2 StR 338/10) zu Schöffen, die nicht in ausreichendem Maß der Gerichtssprache mächtig sind und deshalb einen Dolmetscher benötigen, vorgestellt und kommentiert.

Propisi i materijali

Sprečavanje i suzbijanje seksualnog iskorištavanja djece i dječije pornografije

Dr. Hajrija Sijerčić-Čolić, redovni profesor

Uvod

Kriminološka, krivičnopravna, sociološka i druga istraživanja kriminaliteta, njegovih pojavnih oblika, strukture ili dinamike pokazuju da zloupotrebe djece i maloljetnika, naročito kroz oblike seksualnog iskorištavanja i dječije pornografije, poprimaju zabrinjavajuće razmjere. Taj trend, zabilježen svuda po svijetu, podstiče razvoj informatike, internetskih i drugih oblika multimedijalnog komuniciranja, kao i teškoće u otkrivanju i dokazivanju tih krivičnih djela. Gledano iz nacionalne perspektive, krivična zakonodavstva seksualno iskorištavanje djece i maloljetnika i dječiju pornografiju predviđaju kao krivična djela. Međutim, to ne omogućava adekvatno suzbijanje tih kriminalnih aktivnosti s obzirom na to da seksualno iskorištavanje djece i dječija pornografija poprimaju transnacionalne razmjere, a korištenjem interneta za te kriminalne aktivnosti otvaraju se neslućene mogućnosti. Gledano iz međunarodne perspektive, aktivnosti na zaštiti djece i maloljetnika, sprečavanju, otkrivanju i dokazivanju njihovog seksualnog iskorištavanja su dobro razvijene. Tako, npr., prema članu 34. Konvencije UN o pravima djeteta (1989), od država ugovornica se traži da zaštite djecu od svih oblika seksualnog iskorištavanja i seksualne zloupotrebe, uključujući i učestvovanje djeteta u nezakonitim seksualnim aktivnostima, te eksploatorsko korištenje djece u pornografskim predstavama i materijalima. Ove zahtjeve pojačava i Fakultativni protokol uz Konvenciju UN o pravima djeteta o prodaji djece, dječijoj pornografiji i dječijoj prostituciji (2000).

Sprečavanje i suzbijanje seksualnog iskorištavanja djece i dječije pornografije jedna je od ključnih tema evropskog krivičnog prava zadnjih desetljeća s kojom su se suočila ne samo krivičnopravna zakonodavstva, nego i pravni poredak Vijeća Evrope i Evropske unije. Razlozi su višestruki i ogledaju se u kriminalnopolitičkim potrebama, zaštiti djece i maloljetnika, razvoju međunarodnog i evropskog krivičnog prava. Zbog toga, pravni akti doneseni na nivou UN, Vijeća Evrope i Evropske unije pokazuju da na međunarodnom i evropskom nivou postoji svijest o pogibljenosti seksualnog iskorištavanja djece i dječije pornografije.

Okvirna odluka Vijeća Evropske unije 2004/68/PUP od 22. decembra 2003. godine o sprečavanju seksualnog iskorištavanja djece i dječije pornografije

Okvirna odluka Vijeća Evropske unije 2004/68/PUP od 22. decembra 2003. godine o sprečavanju seksualnog iskorištavanja djece i dječije pornografije rezultat je brojnih aktivnosti koje su na nivou Evropske unije preduzimate u suzbijanju seksualnog iskorištavanja djece i dječije pornografije. U tom smislu ova bi Okvirna odluka trebala pridonijeti sprečavanju seksualnog iskorištavanja djece i dječije pornografije nadopunom instrumenata usvojenih od strane Vijeća Evropske unije kao što su npr.: Zajednička akcija Vijeća Evropske unije iz 1996. godine o uspostavljanju programa razmjene za osobe koje su odgovorne za sprečavanje trgovine ljudima i seksualnog iskorištavanja djece, Zajednička akcija Vijeća Evropske unije iz 1998. godine o uspostavljanju Evropske pravosudne mreže, Zajednička akcija Vijeća Evropske unije iz 1998. godine o dobroj praksi u međusobnom pružanju pravne pomoći u krivičnim predmetima, Akcijski plan Zajednici o promociji sigurnijeg korištenja interneta u sprečavanju nezakonitih i štetnih sadržaja na globalnim mrežama (1999), Program djelovanja zajednice (program Daphne, 2000–2003) o preventivnim mjerama u borbi protiv nasilja nad djecom, mladima i ženama, Zaključak Evropskog vijeća iz Tamperea i Rezolucija Evropskog parlamenta od 11. 4. 2000. koji nalažu ili sadrže zakonodavne aktivnosti protiv seksualnog iskorištavanja djece i dječije pornografije, uključujući i utvrđivanje zajedničkih definicija, elemenata krivičnih djela i sankcija, Zajednička akcija Vijeća Evropske unije iz 1997. godine o sprečavanju trgovine ljudima i seksualnog iskorištavanja djece ili Odluka Vijeća od 29. 5. 2000. o sprečavanju dječije pornografije na internetu. Pomenute aktivnosti, ali i druge koje su povezane s njima, upućuju na daljnje zakonodavne mjere koje će doprinijeti tome da se smanje razlike u pravnim koncepcijama država članica i da se uspostavi efikasnost u saradnji pravosudnih tijela, krivičnom gonjenju i sprečavanju seksualnog iskorištavanja djece i dječije pornografije.

Osnovni sadržaji Okvirne odluke

Polazeći od toga da seksualno iskorištavanje djece i dječija pornografija predstavlja ozbiljno kršenje ljudskih prava i osnovnih prava djeteta na skladan odgoj i razvoj i da ta posebno teška krivična djela moraju biti obuhvaćena mjerama sveobuhvatnih i efikasnih nacionalnih aktivnosti, osnovni sadržaji ove okvirne odluke odnose se na definiciju osnovnih elemenata krivičnog prava, zajedničke svim drža-

vama članicama, uključujući efikasne, srazmjerne i odgovarajuće sankcije, zajedno s najširim mogućom pravosuđnom saradnjom. Osnovne odredbe o krivičnim djelima seksualnog iskorištavanja omogućavaju da svaka država članica preduzme odgovarajuće mjere kako bi osigurala da sljedeća namjerna ponašanja budu kažnjiva: prisiljavanje djece na prostituciju, iskorištavanje djece u tu svrhu, ostvarivanje dobitka od toga, vrbovanje djece radi prostitucije ili učestvovanje u pornografskim sadržajima, učestvovanje u seksualnim aktivnostima s djecom (korištenjem sile, prijetnje, davanjem novca ili drugog oblika naknade, zloupotrebom odnosa povjerenja). Također, Okvirna odluka „pokriva“ i elemente krivičnog djela dječije pornografije, kako bi države članice mogle preduzeti mjere kažnjavanja proizvodnje dječije pornografije, distribucije, širenja ili emitiranja dječije pornografije, ponude ili stavljanja dječije pornografije na raspolaganje ili sticanja i posjedovanja dječije pornografije. Važni sadržaji Okvirne odluke odnose se na kazne, jer se države obavezuju da za odgovarajuće oblike krivičnih djela seksualnog iskorištavanja djece i dječije pornografije kazne budu zapriječene u odgovarajućim okvirima (od najmanje jedne do tri godine, odnosno od najmanje pet do deset godina, u zavisnosti od težine krivičnog djela), kao i da se predvide druge krivične sankcije (npr., privremeno ili trajno zabraniti bavljenje određenom profesijom koja je povezana s nadzorom djece), uključujući i sankcije ili mjere koje nisu krivičnopravne prirode. Radi potpunijeg osvrt na sadržaje ove odluke treba naglasiti da ona predviđa i krivičnu odgovornost pravnih osoba, zaštitu i pomoć žrtvama, uspostavljanje nadležnosti nacionalnih pravosuđnih tijela, te rok do kojeg države članice moraju preduzeti mjere kako bi svoje zakonodavstvo uskladile s ovom okvirnom odlukom (najkasnije do 20. 1. 2006. godine).

Informacije u vezi s njemačkim pravnim poretkom

Uvodno je istaknuto da nacionalna krivična zakonodavstva predviđaju krivična djela kojima se obuhvata seksualno iskorištavanje djece i dječija pornografija. Zanimljivo je iskustvo koje nudi njemački zakonodavac kroz dva teksta: Krivični zakonik i Zakon o suzbijanju dječije pornografije u komunikacijskim mrežama (2010).

Krivični zakonik predviđa više krivičnih djela koja se odnose na seksualno iskorištavanje djece i dječiju pornografiju. Riječ je o sljedećim krivičnim djelima: seksualno zlostavljanje štićenika (čl. 174), seksualno zlostavljanje djece (čl. 176), teško seksualno zlostavljanje djece (čl. 176a), seksualno zlostavljanje djece sa smrtnom posljedicom (čl. 176b), seksualna prisila, silovanje (čl. 177), seksualno zlostavljanje nemoćnih osoba (čl. 179), poticanje seksualnih radnji maloljetnika (čl. 180), seksualno zlostavljanje maloljetnika (čl. 182), širenje pornografskih materijala (čl. 184), širenje, sticanje i posjed pisanog sadržaja koji se odnosi na dječiju pornografiju (čl. 184b), širenje, sticanje i posjed pisanih materijala maloljetničke pornografije (čl. 184c). Iz

ovog popisa inkriminacija može se zaključiti da je njemački zakonodavac realizovao mjere koje doprinose tendenciji širenja granica zaštite djece i maloljetnika od raznovrsnih oblika seksualnog iskorištavanja i pornografije. Kažnjavaju se, dakle, različiti oblici seksualnog iskorištavanja djece i maloljetnika, te dječija i maloljetnička pornografija, što odgovara zahtjevima pooštavanja kažnjavanja za ova krivična djela, jačanja zaštite djece i maloljetnika i podizanja dobne granice objekta zaštite kod nabrojanih krivičnih djela. U zavisnosti od težine krivičnog djela i stepena ugroženosti zaštitnog objekta, krivične sankcije odgovaraju tim zahtjevima. Rasponi kazne lišenja slobode se također prilagođavaju tendencijama u ovom domenu suzbijanja kriminalnih aktivnosti i zahtjevima koji su iz aktivnosti Evropske unije zabilježeni na ovom području. Uočava se da težina krivičnog djela uslovljava i težinu kazne lišenja slobode (npr., od jedne do deset godina, najmanje dvije godine, najmanje pet godina; ili pak lakši oblici: kazna zatvora do tri godine i novčana kazna, kazna zatvora od tri mjeseca do pet godina).

Zakon o suzbijanju dječije pornografije u komunikacijskim mrežama (2010) je tekst o otežavanju pristupa sadržajima dječije pornografije u komunikacijskim mrežama, te o korištenju telekomunikacija u nedozvoljene svrhe. U procesu realizovanja aktivnosti na suzbijanju i sprečavanju seksualnog iskorištavanja djece i dječije pornografije, njemački Savezni kriminalistički ured (BKA) vodi popis s punim nazivom domena, adresa internetskih protokola i ciljanih adresa telemedijskih ponuda koje sadrže dječiju pornografiju prema članu 184.b Krivičnog zakonika ili čija je svrha upućivati na takve ponude. Ovaj ured svakodnevno u unaprijed dogovoreno vrijeme na raspolaganje stavlja aktuelni popis blokiranih stanica onima koji su ovlašteni za prijem takvog popisa. Pomenuti subjekti (u ovom zakonu označeni kao “davatelji usluga”) moraju preduzeti odgovarajuće mjere kako bi otežali pristup telemedijskim ponudama koje se nalaze na popisu za blokiranje. Ta obaveza se mora realizovati odmah, a najkasnije u roku od šest sati od primanja aktuelnog popisa za blokiranje od strane Saveznog kriminalističkog ureda. Također, “davatelji usluga” moraju Saveznom kriminalističkom uredu dostaviti sedmični anonimni izvještaj o broju pokušaja pristupa po satu telemedijskim ponudama koje se nalaze na popisu za blokiranje. Podaci o prometu i korištenju dobiveni na osnovu otežavanja pristupa prilikom preusmjeravanja na obavijest o obustavi ne mogu se koristiti u svrhu krivičnog gonjenja.

Zaključak

Specifičnosti sprečavanja, otkrivanja i dokazivanja seksualnog iskorištavanja djece i dječije pornografije podstiču države i međunarodne organizacije (na univerzalnom i regionalnom nivou) da učestvuju u kreiranju pravnih normi kojima će se predvidjeti efikasne i proporcionalne mjere u suzbijanju ovih kriminalnih aktivnosti. U prethodnim izlaganjima nastojalo se ukazati na takve aktivnosti u Evropskoj uniji i Njemačkoj sa ciljem da se potvrdi stav da je potrebno teška krivična djela kao što su seksualno isko-

rištavanje djece i dječija pornografija rješavati sveobuhvatnim pristupom, međusobnom suradnjom pravosudnih organa i primjenom adekvatnih mjera u postupcima njihovog otkrivanja i dokazivanja.

Prof. dr. Hajrija Sijerčić-Čolić

Die Bekämpfung sexueller Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornographie

(Zusammenfassung)

Der von Prof. dr. Sijerčić-Čolić verfasste Text stellt die Einleitung in die Rubrik Vorschriften und Dokumente dar, in welcher in dieser Ausgabe die Übersetzungen des Rahmenbeschlusses des Rates 2004/68/PUP zur Bekämpfung sexueller Ausbeutung von Kindern und Kinderpornographie, sowie des deutschen Gesetzes zur Bekämpfung der Kinderpornographie in Kommunikationsnetzen vom 17. 2. 2010 (BGBl. I S. 78) in eine der Amtsprachen Bosnien und Herzegowinas abgedruckt werden.

(Pravni akt donesen sukladno glavi VI.
Ugovora o Europskoj uniji)

OKVIRNA ODLUKA VIJEĆA 2004/68/PUP od 22. prosinca 2003. godine o sprječavanju seksualnog iskorištavanja djece i dječje pornografije

VIJEĆE EUROPSKE UNIJE,

uzimajući u obzir Ugovor o Europskoj uniji, a posebice njegov članak 29., članak 31. točka (e) i članak 34. stavak 2. točka b),

na prijedlog Komisije⁽¹⁾,

na temelju mišljenja Europskoga parlamenta⁽²⁾ te

uzimajući u obzir sljedeće razloge:

- (1) Akcijski plan Vijeća i Komisije o tome kako najbolje primijeniti odredbe Amsterdamskog ugovora o području slobode, sigurnosti i prava⁽³⁾, zaključaka Europskoga vijeća iz Tamperea i Rezolucije Europskoga parlamenta od 11. travnja 2000. godine sadrže ili nalažu zakonodavne mjere protiv seksualnog iskorištavanja djece i dječje pornografije, uključujući i utvrđivanje zajedničkih definicija, elemenata kaznenih djela i sankcija.
- (2) Zajedničku akciju Vijeća 97/154/PUP od 24. veljače 1997. o sprječavanju trgovanja ljudima i seksualnog iskorištavanja djece⁽⁴⁾ i Odluku Vijeća

2000/375/PUP od 29. svibnja 2000. godine o sprječavanju dječje pornografije na internetu⁽⁵⁾ treba popratiti daljnjim zakonodavnim mjerama koje će doprinijeti tome da se smanje razlike u pravnim koncepcijama država članica te da se uspostavi učinkovita suradnja pravosudnih tijela i tijela za kazneni progon kod sprječavanja seksualnog iskorištavanja djece i dječje pornografije.

- (3) Europski parlament u svojoj Rezoluciji od 30. ožujka 2000. o Priopćenju Komisije u vezi s primjenom mjera u sprječavanju dječjeg seks turizma, iznova potvrđuje da je dječji seks turizam kazneno djelo usko povezano sa seksualnim iskorištavanjem djece i dječjom pornografijom i zahtijeva od Komisije da podnese Vijeću prijedlog za Okvirnu odluku koja utvrđuje minimalna pravila koja se odnose na elemente tih kaznenih djela.
- (4) Seksualno iskorištavanje djece i dječja pornografija predstavljaju ozbiljno kršenje ljudskih prava i temeljnih prava djeteta na skladan odgoj i razvoj.
- (5) Dječja pornografija, osobito težak oblik seksualnog iskorištavanja djece, raste i širi se kroz uporabu novih tehnologija i interneta.
- (6) Važan posao koji obavljaju međunarodne organizacije, posebice Ujedinjeni narodi, mora se nadopuniti onim Europske unije.
- (7) Potrebno je da se teška kaznena djela kao što su seksualno iskorištavanje djece i dječja pornografija rješavaju sveobuhvatnim pristupom u kojem integralni dio čini definicija temeljnih elemenata kaznenog prava, zajednička svim državama članicama, uključujući učinkovite, razmjerne i odvraćajuće sankcije, zajedno s najširoom mogućom pravosudnom suradnjom.
- (8) U skladu s načelima supsidijarnosti i razmjernosti, ova se Okvirna odluka ograničava na minimum potreban za ostvarenje tih ciljeva na europskoj razini i ne prelazi ono što je potrebno u tu svrhu.
- (9) Potrebno je predvidjeti dovoljno oštre sankcije za počinitelje kako bi seksualno iskorištavanje djece i dječja pornografija bili uključeni u područje primjene instrumenata koji su već usvojeni u svrhu suzbijanja organiziranog kriminala, kao što su Zajednička akcija Vijeća 98/699/PUP od 3. prosinca 1998. godine o pranju novca, identifikaciji, praćenju, blokiranju, zapljeni i oduzimanju sredstava i prihoda od kaznenog djela⁽⁶⁾ i Zajednička akcija Vijeća 98/733/PUP od 21. prosinca 1998. godine o kažn-

¹ SL C 62 E, 27. 2. 2001, str. 327.

² SL C 35 E, 28. 2. 2002, str. 108.

³ SL C 19, 23. 1. 1999, str. 1.

⁴ SL L 63, 4. 3. 1997, str. 2.

⁵ SL L 138, 9. 6. 2000, str. 1.

⁶ SL L 333, 9. 12. 1998, str. 1. Zajednička akcija kako je posljednji put izmijenjena i dopunjena Okvirnom odlukom 2001/500/PUP (SL L 182, 5. 7. 2001, str. 1.)

jivosti sudjelovanja u zločinačkoj organizaciji u državama članicama Europske unije⁽⁷⁾.

- (10) Specifične karakteristike sprječavanja seksualnog iskorištavanja djece moraju potaknuti države članice da predvide učinkovite, razmjerne i odvraćajuće sankcije u nacionalnom zakonodavstvu. Takve se sankcije nadalje moraju prilagoditi djelatnostima kojima se bave pravne osobe.
- (11) Djeca koja su bila žrtve moraju se ispitivati u skladu s njihovom dobi i stupnjem razvoja u svrhu istraživanja i progona kaznenih djela koja potpadaju pod ovu Okvirnu odluku.
- (12) Ova Okvirna odluka ne dovodi u pitanje nadležnosti Zajednice.
- (13) Ova bi Okvirna odluka trebala pridonijeti sprječavanju seksualnog iskorištavanja djece i dječje pornografije nadopunom instrumenata usvojenih od strane Vijeća, kao što su Zajednička akcija Vijeća 96/700/PUP od 29. studenoga 1996. godine o uspostavi programa poticanja i razmjene za osobe koje su odgovorne za sprječavanje trgovanja ljudima i seksualnog iskorištavanja djece (STOP)⁽⁸⁾, Zajednička akcija Vijeća 96/748/PUP od 16. prosinca 1996. godine o proširenju mandata Europolova odjela za narkotike⁽⁹⁾, Zajednička akcija Vijeća 98/428/PUP od 29. lipnja 1998. godine o uspostavi Europske pravosudne mreže⁽¹⁰⁾, Zajednička akcija Vijeća 96/277/PUP od 22. travnja 1996. godine o okviru razmjene sudaca kako bi se poboljšala pravosudna suradnja između država članica Europske unije⁽¹¹⁾ i Zajednička akcija Vijeća 98/427/PUP od 29. lipnja 1998. godine o dobroj praksi u međusobnom pružanju pravne pomoći kod kaznenih predmeta⁽¹²⁾, i akti koje je usvojilo Europsko vijeće i Vijeće kao što je Odluka br. 276/1999/EZ Europskoga parlamenta i Vijeća od 25. siječnja 1999. godine kojom se usvaja višegodišnji Akcijski plan Zajednice o promoviranju sigurnijeg korištenja interneta u sprječavanju nezakonitih i štetnih sadržaja na globalnim mrežama⁽¹³⁾ i Odluka br. 293/2000/EZ Europskoga parlamenta i Vijeća od 24. siječnja 2000. godine o donošenju programa djelovanja Zajednice (program Daphne) (od 2000. do 2003. godine) o preventivnim mjerama u borbi protiv nasilja nad djecom, mladima i ženama⁽¹⁴⁾ –

DONIJELO JE SLJEDEĆU OKVIRNU ODLUKU:

Članak 1. Definicije

U smislu ove Okvirne odluke:

- (a) “dijete” je svaka osoba mlađa od 18 godina;
- (b) “dječja pornografija” je pornografski materijal sa slikama
- (i) stvarne djece koja su uključena ili sudjeluju u eksplicitnom seksualnom ponašanju, uključujući lascivno pokazivanje genitalija ili pubičnih dijelova djece, ili
- (ii) stvarne osobe koje izgledaju kao djeca i koje aktivno ili pasivno sudjeluju u navedenom ponašanju, ili
- (iii) realistične slike djece koja nisu stvarna, a koja aktivno ili pasivno sudjeluju u navedenom ponašanju;
- (c) “računalni sustav” je uređaj ili skupina međusobno povezanih ili pripadajućih uređaja, od kojih jedan ili više njih, sukladno programu, provodi automatsku obradu podataka;
- (d) “pravna osoba” je bilo koji pravni subjekt koji ima takav status prema važećim propisima, izuzev država ili drugih javnih tijela u izvršavanju državne vlasti i javnopravnih međunarodnih organizacija.

Članak 2.

Kaznena djela seksualnog iskorištavanja djece

Svaka će država članica poduzeti potrebne mjere kako bi osigurala da sljedeće namjerno ponašanje bude kažnjivo:

- (a) prisiljavanje djece na prostituciju ili na sudjelovanje u pornografskim izvedbama, ili ostvarivanje dobitka od toga ili na drugi način iskorištavanje djece u te svrhe;
- (b) vrbovanje djece radi prostitucije ili sudjelovanja u pornografskim izvedbama;
- (c) sudjelovanje u seksualnim aktivnostima s djecom kada se
- (i) koristi prisila, sila ili prijetnje,
- (ii) daje novac ili neki drugi oblici naknade u zamjenu za sudjelovanje djeteta u seksualnim aktivnostima, ili
- (iii) zlopotrijebi uspostavljen odnos povjerenja, ovlasti ili utjecaja nad djetetom.

Članak 3.

Elementi kaznenog djela dječje pornografije

- (1) Svaka država članica poduzima potrebne mjere kako bi osigurala da sljedeće namjerno ponašanje, neovisno o tome koristi li se računalni sustav ili ne, kada se provodi bez odgovarajućeg ovlaštenja, bude kažnjivo:
- (a) proizvodnja dječje pornografije ili
- (b) distribucija, širenje ili emitiranje dječje pornografije ili

⁷ SL L 351, 29. 12. 1998, str. 1.

⁸ SL L 322, 12. 12. 1996, str. 7.

⁹ SL L 342, 31. 12. 1996, str. 4.

¹⁰ SL L 191, 7. 7. 1998, str. 4.

¹¹ SL L 105, 27. 4. 1996, str. 1.

¹² SL L 191, 7. 7. 1998, str. 1.

¹³ SL L 33, 6. 2. 1999, str. 1.

¹⁴ SL L 34, 9. 2. 2000, str. 1.

- (c) ponuda ili stavljanje dječje pornografije na raspolaganje ili
 - (d) stjecanje ili posjedovanje dječje pornografije.
- (2) Država članica može iz kaznene odgovornosti isključiti niže navedene postupke u vezi s dječjom pornografijom:
- (a) postupke iz članka 1. točke b) alineje ii) kada je stvarna osoba koja izgleda kao dijete u stvari osoba stara 18 godina ili više u trenutku prikazivanja;
 - (b) postupke iz članka 1. točke b) alineje i) i ii), kada su, u slučaju proizvodnje i posjedovanja, slike djece koja su navršila dob seksualne punoljetnosti izrađene i dane u posjed uz njihov pristanak i isključivo za njihovu osobnu uporabu. Unatoč tome što je negdje utvrđen pristanak, neće se smatrati valjanim, ako se na primjer zloupotrijebila starija dob, zrelost, položaj, status, iskustvo ili ovisnost žrtve o počinitelju u svrhu dobivanja pristanka;
 - (c) postupke iz članka 1. točke b) alineje iii) u slučajevima kada je utvrđeno da je osoba pornografski materijal proizvela isključivo za osobnu uporabu te se materijal isključivo u tu svrhu nalazi u posjedu te osobe, ako za proizvodnju tog materijala nije korišten pornografski materijal iz članka 1. točke b), alineje i) i ii) i uz uvjet da takva radnja ne uključuje rizik od distribucije materijala.

Članak 4.

Poticanje, pomoć u počinjenju kaznenog djela i pokušaj

- (1) Svaka će država članica poduzeti potrebne mjere kako bi osigurala da poticanje, pomoć u počinjenju kaznenog djela ili pokušaj počinjenja kaznenog djela iz članka 2. i 3. bude kažnjivo.
- (2) Svaka će država članica poduzeti potrebne mjere kako bi osigurala da pokušaj djela iz članka 2. i članka 3. stavka 1. točke a) i b) bude kažnjiv.

Članak 5.

Kazne i otegotne okolnosti

- (1) Uz pridržaj sukladno stavku 4. ovoga članka svaka će država članica poduzeti potrebne mjere kako bi osigurala da je za kaznena djela iz članka 2., 3. i 4. zapriječena kazna zatvora u trajanju od najmanje jedne do tri godine.
- (2) Uz pridržaj sukladno stavku 4. ovoga članka svaka će država članica poduzeti potrebne mjere kako bi osigurala da je za sljedeća kaznena djela zapriječena kazna zatvora u trajanju od najmanje pet do deset godina:
 - (a) kaznena djela iz članka 2. točka a) koja se sastoje od “prisiljavanja djece na prostituciju ili na sudjelovanje u pornografskim izvedbama” te kaznena djela sukladno članku 2. točki c) alineji i);
 - (b) kaznena djela iz članka 2. točka a) koja se sastoje od “ostvarivanja dobiti ili iskorištavanja djeteta u te svrhe na kakav drugi način” i kaznena djela navedena u članku 2. točki b), u oba slučaja kada se odnose na prostituciju, kada postoji neka od sljedećih okolnosti:

- žrtva je dijete koje prema nacionalnom zakonodavstvu nije napunilo godine starosti potrebne da bi moglo pristati na seksualni odnos.
 - počinitelj je namjerno ili bezobzirno ugrozio život djeteta.
 - kazneno djelo uključuje teško nasilje ili je djetetu kaznenim djelom učinjena velika šteta.
 - kazneno djelo počinjeno u okviru kriminalne organizacije u smislu Zajedničke akcije 98/733/PUP, bez obzira na tamo spomenutu visine kazne.
- (c) kaznena djela iz članka 2. točke a) koja se sastoje od “ostvarivanja imovinske koristi od ili iskorištavanja djeteta u te svrhe na neki drugi način” i kaznena djela iz članka 2. točka b), u oba slučaja ako se odnose na pornografske izvedbe, iz članka 2. točke c), alineje ii) i iii), članka 3. stavka 1. točke a), b) i c), ako se kod žrtve radi o djetetu koje prema nacionalnom zakonodavstvu još nije napunilo godine starosti potrebne da bi moglo pristati na seksualni odnos i ako eventualno postoji neka od okolnosti navedenih u prvoj, drugoj ili trećoj alineji točke b) ovoga stavka.

(3) Svaka će država članica poduzeti potrebne mjere kako bi osigurala da se fizičkoj osobi koja je osuđena za neko od kaznenih djela iz članka 2., 3. i 4., ako je to potrebno, može zabraniti privremeno ili trajno obavljanje profesionalne djelatnosti koja je povezana s nadzorom djece.

(4) Svaka država članica za radnje vezane uz dječju pornografiju iz članka 1. točke b) alineje iii) može predvidjeti druge i sankcije, uključujući i sankcije ili mjere koje nisu kaznenopravne prirode.

Članak 6.

Odgovornost pravnih osoba

- (1) Svaka će država članica poduzeti sve potrebne mjere kako bi osigurala da pravne osobe odgovaraju za kazneno djelo iz članaka 2, 3. i 4. koje je počinjeno u njihovu korist od osobe koja je djelovala samostalno ili kao dio nekog tijela te pravne osobe te koja ima vodeći položaj unutar te pravne osobe, a na temelju:
 - (a) ovlaštenja za zastupanje te pravne osobe ili
 - (b) ovlaštenja za donošenje odluka u ime te pravne osobe, ili
 - (c) ovlaštenja za provođenje nadzora unutar te pravne osobe.
- (2) Osim slučajeva iz stavka 1, svaka će država članica poduzeti potrebne mjere kako bi osigurala da pravne osobe odgovaraju za slučajeve kada je nedostatak nadzora ili kontrole osobe iz stavka 1. omogućio počinjenje kaznenog djela iz članka 2., 3. ili 4. u korist te pravne osobe od strane osobe koja je njoj podređena.
- (3) Odgovornost pravnih osoba sukladno stavku 1. i 2. ne isključuje kaznene postupke protiv fizičkih osoba koje su počinitelji, poticatelji ili supočinitelji kaznenog djela iz članaka 2., 3. ili 4.

Članak 7.

Sankcije protiv pravnih osoba

(1) Svaka će država članica poduzeti potrebne mjere kako bi osigurala da se na pravnu osobu, koja se smatra odgovornom sukladno članku 6. stavku 1. primijene učinkovite, razmjerne i odvratajuće sankcije, koje uključuju kaznenopravne i nekaznenopravne novčane kazne, a mogu uključivati i druge sankcije kao što su:

- (a) izuzeće od prava na državne subvencije ili potpore,
- (b) privremena ili trajna zabrana obavljanja gospodarskih djelatnosti,
- (c) uspostava sudskog nadzora,
- (d) sudski nalog za likvidaciju, ili
- (e) privremeno ili trajno zatvaranje poslovnih prostorija koje su korištene za počinjenje kaznenog djela.

(2) Svaka će država članica poduzeti potrebne mjere kako bi osigurala da se pravna osoba koja je odgovorna sukladno članku 6. stavku 2. kazni učinkovitim, razmjernim i odvratajućim sankcijama ili mjerama.

Članak 8.

Sud i kazneni progon

(1) Svaka će država članica poduzeti potrebne mjere kako bi uspostavila svoju nadležnost za kaznena djela iz članka 2., 3. i 4. kada je:

- (a) kazneno djelo počinjeno u cijelosti ili djelomično na njezinom području,
- (b) počinitelj je njezin državljanin, ili
- (c) kazneno djelo je počinjeno u korist pravne osobe sa sjedištem na području te države članice.

(2) Država članica može odlučiti da ne primjenjuje, ili primjenjuje samo u posebnim slučajevima ili okolnostima, pravila o nadležnosti iz stavka 1. točke b) i točke c) ako je kazneno djelo počinjeno izvan njezinog teritorija.

(3) Država članica koja sukladno svojim propisima ne izručuje svoje državljane, dužna je poduzeti potrebne mjere kako bi utvrdila svoju sudsku nadležnost odnosno pokrenula kazneni progon za kazneno djelo iz članka 2., 3. ili 4. ako ga počini njezin državljanin izvan njenog teritorija.

(4) Države će članice obavijestiti Glavno tajništvo Vijeća i Komisiju o tome u kojim su slučajevima odlučile primjenjivati stavak 2., pri čemu po potrebi navode na koje se posebne činjenice ili okolnosti odluka odnosi.

(5) Svaka će država članica poduzeti potrebne mjere kao bi utvrdila svoju nadležnost u slučajevima u kojima je kazneno djelo prema članku 3. i, u onoj mjeri u kojoj je potrebno, prema članku 4. počinjeno putem računalnog sustava kojemu je pristupljeno s njezinog teritorija, neovisno o tome je li računalni sustav na njezinom teritoriju.

(6) Svaka će država članica poduzeti potrebne mjere kako bi omogućila kazneni progon, sukladno nacionalnom pravu, u svakom slučaju za najteža kaznena djela navedena u članku 2. nakon punoljetnosti žrtve.

Članak 9.

Zaštita i pomoć žrtvama

(1) Države članice utvrđuju da kaznenopravna istraga ili progon kaznenih djela koje obuhvaća ova Okvirna odluka ne ovise o prijavi ili optužbi žrtve kaznenog djela, barem u slučajevima u kojima se primjenjuje članak 8. stavak 1. točka a).

(2) Žrtve kaznenog djela iz članka 2. smatraju se posebno bespomoćnim žrtvama sukladno članku 2. stavku 2, članku 8. stavku 4. i članku 14. stavku 1. Okvirne odluke Vijeća 2001/220/PUP od 15. ožujka 2001. godine o položaju žrtava u kaznenom postupku¹⁵).

(3) Svaka će država članica poduzeti sve potrebne mjere kako bi osigurala odgovarajuću pomoć obitelji žrtve. Posebice će svaka država članica, kada je to primjereno i moguće, primijeniti članak 4. gore navedene Okvirne odluke na prethodno navedene obitelji.

Članak 10.

Teritorijalno područje primjene

Ova se Okvirna odluka primjenjuje na Gibraltar.

Članak 11.

Opoziv Zajedničke akcije 97/154/PUP

Ovime se opoziva Zajednička akcija 97/174/PUP.

Članak 12.

Provedba

(1) Države članice će poduzeti potrebne mjere kako bi se uskladile s ovom Okvirnom odlukom najkasnije do 20. siječnja 2006. godine.

(2) Države članice će do 20. siječnja 2006. godine Glavnom tajništvu Vijeća i Komisiji poslati tekst odredaba kojima prenose u svoje nacionalno pravo obveze koje im nameće ova Okvirna odluka. Najkasnije do 20. siječnja 2008. godine temeljem izvješća utvrđenog na temelju tih informacija i pismenog izvješća Komisije, Vijeće procjenjuje u kojoj su mjeri države članice poduzele potrebne mjere za usklađivanje s ovom Okvirnom odlukom.

Članak 13.

Stupanje na snagu

Ova Okvirna odluka stupa na snagu na dan njezine objave u Službenom listu Europske unije.

Sastavljeno u Bruxellesu 22. prosinca 2003. godine

*Za Vijeće
Predsjednik*

A. MATTEOLI

¹⁵ SL L 82, 22. 3. 2001, str. 1.

Savezni službeni list “Bundesgesetzblatt”, 2010. godina,
Dio I, br. 6., Bonn, 22. veljače 2010.

**Zakon
o suzbijanju dječje pornografije u
komunikacijskim mrežama
od 17. veljače 2010. godine**

Njemački Savezni parlament donosi sljedeći zakon:

Članak 1.

**Zakon o otežavanju pristupa sadržajima dječje
pornografije u komunikacijskim mrežama
(Zakon o otežavanju pristupa – ZugErschwG)**

Paragraf 1.

Popis blokiranih stranica

- (1) Njemački Savezni kriminalistički ured (BKA) vodi popis s punim nazivom domena, adresa internetskih protokola i ciljanih adresa telemedijskih ponuda koje sadrže dječju pornografiju prema čl. 184.b Kaznenog zakonika ili čija je svrha upućivati na takve ponude (popis stranica za blokiranje). Kriminalistički ured davateljima usluga u smislu čl. 2 ovoga zakona svakodnevno u unaprijed dogovoreno vrijeme na raspolaganje stavlja aktualni popis blokiranih stranica.
- (2) Adrese se stavljaju na popis stranica za blokiranje samo ukoliko dopuštene mjere čija je svrha gašenje telemedijske ponude ne obećavaju uspjeh ili takav uspjeh nije moguć u primjerenom roku. Prije stavljanja na popis telemedijske ponude davatelja usluga koji ima poslovno sjedište u nekoj drugoj zemlji u području primjene Direktive 2000/31/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 8. lipnja 2000. godine o određenim pravnim aspektima usluga informatičkog društva na unutarnjem tržištu, posebice elektroničke trgovine (“Direktiva o elektroničkoj trgovini, Službeni list EU L 178 od 17. 7. 2000., str. 1), treba provesti postupak sukladno čl. 3. st. 5 rečenica 2. Zakona o elektronskim informacijskim i komunikacijskim medijima (telemedijima). U zemljama izvan područja primjene ove direktive telemedijska ponuda se može odmah staviti na popis za blokiranje ako prema ocjeni Saveznog kriminalističkog ureda treba očekivati da u dotičnoj zemlji druge mjere, osobito obavještavanje tijela nadležnih za policijsku razmjenu informacija, neće dovesti do gašenja telemedijske ponude ili takvo gašenje neće biti provedeno u primjerenom roku.
- (3) Kada se neka telekomunikacijska ponuda po prvi put ili iznova stavlja na popis za blokiranje, Savezni kriminalistički ured u pravilu o stavljanju na popis i razlozima za to mora obavijestiti davatelja usluga koji takvu telemedijsku ponudu stavlja na raspolaganje korisnicima kao vlastite informacije u smislu čl. 7. st. 1. Zakona o telemedijima te davatelja usluga koji takvu telemedijsku ponudu pohranjuje za određenog korisnika sukladno čl. 10. Zakona o telemedijima, ukoliko se davatelj usluga može otkriti uz razumne napore. Ako takav davatelj usluga ima sjedište izvan teritorija Savezne Republike Njemačke, Savezni kriminalistički ured

će obavijestiti tijelo nadležno za policijsku razmjenu informacija s drugim zemljama u dotičnoj zemlji, ukoliko obavijest nije već dostavljena sukladno stavku 2. ovoga članka.

Paragraf 2.

Otežavanje pristupa

- (1) Davatelji usluga sukladno čl. 8. Zakona o telemedijima, koji omogućuju pristup za korištenje informacija preko komunikacijske mreže za najmanje 10 000 sudionika ili drugih korisnika, moraju poduzeti prikladne i razumne tehničke mjere kako bi otežali pristup telemedijskim ponudama koje se nalaze na popisu za blokiranje. Spomenuto ne vrijedi u slučaju kada davatelji usluga nude isključivo takve pristupe kod kojih su mjere sukladno rečenici 1. već proveli drugi ponuđači ili ako davatelji usluga koji ne nude pristup internetu za javnost sami primijene jednako učinkovite mjere blokiranja.
- (2) Za blokadu se mogu koristiti puni nazivi domene, adrese internetskih protokola i ciljane adrese telemedijskih ponuda. Blokada se mora provesti najmanje na razini punih naziva domena koji nisu raščlanjeni na pripadajuće adrese internetskih protokola.
- (3) Davatelji usluga moraju odmah poduzeti navedene mjere, a najkasnije u roku od šest sati od primitka aktualnog popisa za blokiranje od strane Saveznog kriminalističkog ureda.

Paragraf 3.

Osiguravanje popisa za blokiranja

Davatelji usluga sukladno paragrafu 2. odgovarajućim mjerama moraju osigurati popis za blokiranje od pristupa trećih strana koje nisu uključene u provedbu blokade.

Paragraf 4.

Obavijest o obustavi

Davatelji usluga sukladno paragrafu 2. korisničke upite kojima se pozivaju telemedijske ponude koje se nalaze na popisu za blokiranje moraju preusmjeriti na vlastitu telemedijsku ponudu (obavijest o obustavi) koja korisnike obavještava o razlozima blokade te o mogućnosti kontaktiranja Saveznog kriminalističkog ureda. Oblik određuje Savezni kriminalistički ured.

Paragraf 5.

Podaci o prometu i korištenju

Podaci o prometu i korištenju dobiveni na temelju otežavanja pristupa prilikom preusmjeravanja na obavijest o obustavi ne smiju se koristiti u svrhu kaznenog progona.

Paragraf 6.

Izvjestaj

Davatelji usluga sukladno paragrafu 2. Saveznom kriminalističkom uredu moraju dostaviti tjedni anonimizirani izvještaj o broju pokušaja pristupa po satu telemedijskim ponudama koje se nalaze na popisu za blokiranje.

Paragraf 7.

Prava prema Građanskom zakoniku

- (1) Davatelji usluga sukladno paragrafu 2. odgovaraju samo ako vlastitom krivnjom ne provedu uredno popis

za blokiranje pomoću mjera sukladno članku 2. do 4.

- (2) Isključeni su građanskopravni zahtjevi prema davateljima usluga iz paragrafa 2. da provedu blokade pomoću tehničkih mjera prevencije donesenih u svrhu provedbe ovog zakona.

Paragraf 8.

Obveze dokumentiranja i obavještanja Saveznog kriminalističkog ureda

- (1) Savezni kriminalistički ured je obvezan predložiti dokumentaciju kojom se može dokazati da su podaci uneseni u popis za blokiranje u trenutku njihova ocjenjivanja od strane Saveznog kriminalističkog ureda ispunjavali preduvjete sukladno paragrafu 1.
- (2) Savezni kriminalistički ured davateljima usluga u smislu Zakona o telemedijima, koji pokažu opravdani interes, na njihov upit mora dati obavijest o tome nalazi li se i u kojem razdoblju određena telemedijska ponuda na popisu za blokiranje ili se nalazila na popisu.

Paragraf 9.

Stručno vijeće

U uredu saveznog povjerenika za zaštitu podataka i slobodu informiranja osnovat će se neovisno stručno vijeće sastavljeno od pet članova. Članove imenuje savezni povjerenik za zaštitu podataka i slobodu informiranja do 21. prosinca 2012. Većina članova mora biti kvalificirana za obnašanje sudačke funkcije. Članovi su ovlašteni u bilo kojem trenutku provesti uvid u popis za blokiranje koji se nalazi u Saveznom kriminalističkom uredu. Stručno vijeće će najmanje jednom tromjesečno na temelju relevantnog broja slučajnih uzoraka provjeravati ispunjavaju li adrese unesene u popis za blokiranje preduvjete iz paragrafa 1. stavka 1. ovoga zakona. Utvrdili li stručno vijeće većinom da određena telemedijska ponuda ne ispunjava preduvjete iz paragrafa 1. stavak 1. ovoga zakona, Savezni kriminalistički ured tu telemedijsku ponudu mora ukloniti s popisa za blokiranje prilikom sljedećeg ažuriranja.

Paragraf 10.

Tehničke smjernice

U kojem će se obliku i prema kojem postupku popis za blokiranje i izvješće iz paragrafa 6. ovoga zakona stavljati na raspolaganje odredit će Savezni kriminalistički ured u suradnji s davateljima usluga u obliku tehničke smjernice.

Paragraf 11.

Ograničavanje temeljnih prava

Temeljno pravo tajnosti telekomunikacije (članak 10. Ustava) ograničava se paragrafom 2. i paragrafom 4. ovoga zakona. Ovim su ograničenjem obuhvaćeni telekomunikacijski postupci u smislu čl. 88. st. 3 reč. 3. Zakona o telekomunikacijama.

Paragraf 12.

Upravni pravni put

U slučaju sporova s obzirom na stavljanje određene telemedijske ponude na popis za blokiranje postoji mogućnost upravnog pravnog puta.

Paragraf 13.

Novčane kazne

- (1) Smatrat će se da je prekršaj počinila osoba koja namjerno ili iz nemara
1. suprotno paragrafu 2. stavak 1. rečenica 1. ili stavku 3. ovoga zakona ne poduzme ili ne poduzme pravodobno određenu mjeru ili
 2. suprotno paragrafu 3. ovoga zakona popis za blokiranje ne osigura ispravno ili u potpunosti.
- (2) Prekršaj se može kazniti novčanom kaznom do pedeset tisuća eura.

Članak 2.

Izmjena zakona o telekomunikacijama

Zakon o telekomunikacijama od 22. lipnja 2004. godine (BGBl. I str. 1190), posljednji put izmijenjen člankom 2. Zakona od 14. kolovoza 2009. (BGBl. I str. 2821) mijenja se kako slijedi:

1. Članak 96. se mijenja kako slijedi:
 - a) Stavak 1. se mijenja kako slijedi:
 - aa) Brišu se riječi "i koristiti" i nakon riječi "odlomku" dodaju se riječi "ili u čl. 2. ili čl. 4. Zakona o otežavanju pristupa".
 - bb) Dodaju se sljedeće rečenice:

"Navedeni se podaci o prometu smiju koristiti samo ukoliko je to potrebno za svrhe spomenute u rečenici 1. ili druge zakonskim propisima predviđene svrhe ili za uspostavljanje dodatnih veza. Uostalom je davatelj usluga obvezan odmah izbrisati podatke o prometu nakon završetka veze."
 - b) Stavak 2. glasi kako slijedi:

"Zabranjeno je svako prikupljanje ili korištenje podataka o prometu u svrhe koje nisu propisane stavkom 1."
2. Članak 149. stavak 1 se mijenja kako slijedi:
 - a) Pod brojem 16 se brišu riječi "rečenica 1." nakon "čl. 96. st. 2." te se ispred riječi "koristiti" dodaju riječi "prikupljanje ili"
 - b) Pod brojem 17 riječi "čl. 96. st. 2. reč. 2." zamjenjuju se riječima "čl. 96. st. 1. reč. 3."

Članak 3.

Evaluacija

Vlada Savezne Republike Njemačke će Saveznom parlamentu u roku od dvije godine od stupanja na snagu ovog zakona dostaviti izvješće o primjeni zakona. Pritom se moraju u obzir uzeti iskustva stručnog vijeća iz paragrafa 9. Zakona o otežavanju pristupa.

Članak 4.

Stupanje na snagu, prestanak važenja

- (1) Ovaj zakon stupa na snagu na dan njegova proglašenja uz primjenu ograničenja iz stavka 2.
- (2) Članak 1. paragraf 13. ovoga zakona stupa na snagu šest mjeseci nakon stupanja na snagu ovog zakona.
- (3) Članak 1. ovog zakona prestaje važiti s istekom 31. prosinca 2012. godine.

Prikazi knjige

Mag. sci. Lejla Balić

O Komentaru Ustava Bosne i Hercegovine

Christian Steiner i Nedim Ademović,
Komentar Ustava Bosne i Hercegovine,
izd. Fondacija Konrad Adenauer, Sarajevo, 2010.

Za Ustav Bosne i Hercegovine može se reći da je jedinstven u svijetu i kao takav već preko 15 godina predmet je različitih analiza i rasprava. U žiži interesovanja, prije svega je činjenica da je Ustav Bosne i Hercegovine¹ zapravo Aneks IV Međunarodnog mirovnog sporazuma parafiranog u Dejtonu² 1995. godine, te samim tim predstavlja specifikum, a što otvara mnoga pitanja vezano za njegovu primjenu, izmjene ili slučaj nepoštivanja odredbi. Primarni cilj Dejtonskog sporazuma bio je zaustavljanje ratnih dejstava na području Bosne i Hercegovine, a Ustav je trebao da predstavlja kompromis između tri zaraćene strane, te osnovu za stabilizaciju odnosa i izgradnju novog državnog poretka. Ono što se danas sa sigurnošću može reći i oko čega će se složiti i najžešći politički protivnici je da je Bosna i Hercegovina nefunkcionalna država. Međutim, argumenti kojima se objašnjava takvo stanje, kao i rješenja koja se nude dijametralno su suprotni. Dok jedni tvrde da je upravo u Ustavu srž problema jer su njim oslabljenje centralne institucije i država podijeljena na dva entiteta, drugi smatraju da je Ustav zadnja nit o kojoj visi državnost BiH, te da svaka izmjena Ustava, a posebno ona koja bi jačala državne institucije i ovlaštenja korak naprijed ka raspadu države. Dok jedni izlaz iz političke krize vide u ukidanju entiteta, drugi smatraju da je neophodno uvesti i treći entitet, a sve češće mogu se čuti i oni koji tvrde da je rješenje u "mirnoj" dislocaciji države.

Iako se o Ustavu mnogo raspravljalo, ovaj Komentar Ustava Bosne i Hercegovine³ predstavlja prvi sveobuhvatni komentar, s detaljnom analizom Preambule, normativnog dijela Ustava, te prakse Ustavnog suda, kao i prakse bivših institucija Doma za ljudska prava i Komisije za ljudska prava. Kao takav Komentar će svakako biti neizostavna literatura prije svega za pravne praktičare, ali i za teoretičare ustavnog prava, te političke elite.

U izradi Komentara u izdanju Fondacije Konrad Adenauer učestvovali su: dr. iur. Christian Steiner, dr. iur. Nedim Ademović, prof. dr. Constance Grewe, prof. dr. Joseph Marko, prof. Jeremy McBride, mr. Mechtild Lauth,

mr. iur. Philippe Leroux-Martin, dr. iur. Ric Bainter, Edouard d Aoust, prof. dr. Ulrich Karpen, Peter Nicholl i Mark Campbell.

Komentar je iznesen na 983 strane, te opremljen originalnim tekstom Ustava Bosne i Hercegovine na engleskom jeziku, a nakon Uvoda, sadržaj Komentara slijedi ustavnu strukturu, analizirajući najdetaljnije Preambulu, te članove I, II, III i VI. Važno je spomenuti i indekse ključnih riječi i ključnih odluka, te bibliografiju, koji omogućavaju zainteresovanima lako snalaženje i olakšavaju detaljnije istraživanje. Prilikom analize ustavnih odredbi korišteno je ciljno, jezičko, sistematsko i istorijsko tumačenje.

U Uvodu autori daju kratak pregled međunarodnih mirovnih sporazuma koji su prethodili potpisivanju Dejtonskog sporazuma. Zatim je predstavljena struktura Dejtonskog mirovnog sporazuma i problemi u njegovoj implementaciji u poslijeratnom periodu. Iz ugla teoretičara ustavnog prava, može se dati primjedba da je u ovako obimnom radu veoma malo pažnje posvećeno pravnoj prirodi Ustava, posebno vezano za kriterije načina donošenja, odnosno donosioca Ustava. Tačnije, autori su veoma sažeto prikazali problem legitimiteta Ustava, koji je detaljno analizirao prof. dr. Edin Šarčević⁴, te može se reći, nespretno, pokušali osporiti primjedbe prof. Šarčevića, ne nudeći uvjerljivu argumentaciju. Također, u Uvodu je i sam proces raspada SFR Jugoslavije, odnosno pitanje referenduma i proglašenja nezavisnosti Bosne i Hercegovine izložen s malo relevantnih informacija, pa čak i dvosmisleno.

Detaljna analiza Preambule Ustava čijih 10 alineja, autori nazivaju "10 zapovjedi" za bosanskohercegovačku državu i njene građane neće ostati nezamijećena u teoriji ustavnog prava. Značaj ovog duhovitog poređenja slijedi iz činjenice da kroz analizu sudske prakse⁵ autori ukazuju da Preambula nije samo narativni, deklarativni tekst već i da ima normativni karakter, te da služi i kao mjerilo za ustave entiteta. Ovakav zaključak utemeljen je prije svega na detaljnom iznošenju i analizi Odluke o konstitutivnosti naroda Ustavnog suda Bosne i Hercegovine. Alineje Preambule komentarisane su u kontekstu istorijskih okolnosti u kojima je donesen Ustav, ali i ciljeva koji se žele postići. Da bi se naglasio značaj određenih vrijednosti deklariranih Preambulom iznesen je i njihov prikaz sa aspekta komparativnog prava.

Komentar člana I Ustava najviše pažnje posvećuje analizi pojmova: demokratija, pravna država, pravna sigurnost, te podjela vlasti, kao načela na kojima bi trebalo da

¹ U daljem tekstu Ustav Bosne i Hercegovine navodiće se kao Ustav.

² U daljem tekstu Dejtonski sporazum.

³ U daljem tekstu Komentar Ustava Bosne i Hercegovine navodiće se kao Komentar.

⁴ Vidi više kod E. Šarčević; Ustav iz nužde, Sarajevo, 2010.; Ustav i politika, Sarajevo, 1997.

⁵ Sudska praksa se odnosi ne samo na praksu Ustavnog suda, već i na praksu pred Domom i Komisijom za ljudska prava.

djeluju institucije svih nivoa vlasti. Međutim, ostalo je nedorečeno koliko su ustavna rješenja sprovedena u praksi.

Analiza člana II koji tretira pitanje garancije i zaštite ljudskih prava čini skoro polovinu teksta Komentara Ustava Bosne i Hercegovine. Stoga je Komentar najviše namijenjen upravo pravnim praktičarima, ali i različitim institucijama za zaštitu ljudskih prava. Svakako je za očekivati da Komentar postane i obavezan udžbenik na svim visokoškolskim ustanovama prilikom izvođenja praktičnog dijela nastave iz oblasti ustavnog prava. Članom II definisano je da se Evropska konvencija o ljudskim pravima direktno primjenjuje i ima prioritet nad svim zakonima, što je određuje kao ustav u materijalnom smislu. Stoga su autori zaista detaljno ukazali na značaj Evropske konvencije o ljudskim pravima, dijelom u teoretskom smislu, a zatim analizom sudskih odluka iscrpno predstavili i njenu praktičnu primjenu. Pregled sudskih odluka koje se odnose na zaštitu ljudskih prava sistematizovan je prema članovima Evropske konvencije o ljudskim pravima, te povredama člana II Ustava BiH. Dio analize čine i odluke koje su utemeljene na odredbama Međunarodnog pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, te Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima. Značajna je i analiza odredbi člana II/4, odnosno djelovanja sudskih organa u slučajevima diskriminacije, čija je zabrana jedna od temeljnih vrijednosti savremenih demokratskih država. Na kraju, važan dio Komentara člana II je prikaz djelovanja sudskih organa u vezi pitanja imovine, izbjeglica i raseljenih lica, kao i sprovođenje Aneksa 7 Dejtonskog mirovnog sporazuma.

Kada govorimo o značaju Komentara za aktuelnu političku situaciju u Bosni i Hercegovini, najvažniji je dio kojim se kroz odluke Ustavnog suda komentira član III. U trenutku dok je ovaj broj Nove pravne revije u pripremi, u Bosni i Hercegovini je na pomolu nova politička kriza vezano za poziciju Suda Bosne i Hercegovine, čije je osnivanje utemeljeno upravo na odredbama ovog člana. U vezi s tim, treba istaknuti mišljenje da nadležnosti Bosne i Hercegovine nisu isključivo određene članom III/1, već da se ovaj član mora čitati u vezi sa ostalim ustavnim odredbama koje sadrže pravila o podjeli nadležnosti. Važan je Komentar člana III/5(a), kojim se analiziraju dodatne nadležnosti, odnosno preuzimanje nadležnosti od strane državnih institucija koje su potrebne za očuvanje suvereniteta, teritorijalnog integriteta, političke nezavisnosti i međunarodnog subjektiviteta Bosne i Hercegovine. Naime, autori Komentara na osnovu odluka Ustavnog suda smatraju da su ovi postupci državnih institucija, bez obzira na saglasnost entiteta, ustavne radnje, odnosno u drugom slučaju da bi jednostrano povlačenje prenesenih nadležnosti od strane samo jednog entiteta bilo protuustavno.

Komentar člana VI Ustava (Ustavni sud Bosne i Herce-

govine), predstavlja značajan dio ovog teksta. Naime, detaljno kroz sudske odluke obrazložena su proceduralna pitanja i *ratione materiae*, te posebno apelacioni postupak. Svakako treba naglasiti i aktuelno-politički značaj Komentara koji se tiče postupanja Ustavnog suda vezano za pravne akte visokog predstavnika, odnosno stav da ovlaštenja visokog predstavnika nije moguće preispitivati pred sudom, ali jeste moguće vršiti kontrolu ustavnosti nametnutih zakona. Ukazano je i na negativne konotacije prakse da se izbor sudija u Ustavni sud vrši prema etničkom principu, koji nije predviđen Ustavom, što nužno dovodi u pitanje objektivnost Suda.

Značajno je spomenuti da je prilikom analize člana IV i člana V ukazano na presudu Evropskog suda za ljudska prava u slučaju Sejdić i Finci protiv Bosne i Hercegovine. Naime, odlukom Evropskog suda za ljudska prava utvrđeno je da je lišavanje pasivnog biračkog prava građana iz reda Ostalih prilikom izbora za Dom naroda Bosne i Hercegovine i Predsjedništvo Bosne i Hercegovine nerazumno i neopravdano, te je suprotno članu II Ustava, što obavezuje na izmjene spornih ustavnih odredbi. Autori Komentara su, ipak, propustili ukazati na moguća rješenja kojima bi se sprovele spomenute izmjene, te ukazati na posljedice u slučaju nepoštivanja ove odluke. U pogledu ostalih članova Ustava Komentar analizira njihove ciljeve, procedure i načela na kojima se temelje.

Mag. sci. Lejla Balić

Steiner/Ademović, Die Verfassung von Bosnien und Herzegowina, Kommentar,
Konrad Adenauer Stiftung (Hrsg.), Sarajevo 2010

(Zusammenfassung)

Der Beitrag stellt den ersten umfassenden Kommentar der Verfassung von Bosnien und Herzegowina vor, der im Rahmen des Rechtsstaatsprogramms Südosteuropa der Konrad Adenauer Stiftung ausgearbeitet wurde und 2010 in den lokalen Sprachen, sowie in Englisch und in Deutsch erschienen ist. An der Ausarbeitung des Kommentars waren mehrere in- und ausländische Experten (dr. iur. Christian Steiner, dr. iur. Nedim Ademović, prof. dr. Constance Grewe, prof. dr. Joseph Marko, prof. Jeremy McBride, mr. Mechtild Lauth, mr. iur. Philippe Leroux-Martin, dr. iur. Ric Bainter, Edouard d Aoust, prof. dr. Ulrich Karpen, Peter Nicholl, Mark Campbell) auf dem Gebiet des Verfassungs- und des Völkerrechts beteiligt. Die Autorin des Beitrags weist auf den grossen Wert und die Bedeutung dieses Kommentars hinsichtlich der äusserst spezifischen verfassungsrechtlichen Ordnung Bosniens und Herzegowinas hin, insbesondere da im Kommentar die Rechtsprechung des Verfassungsgerichts BuH umfassend berücksichtigt und dargestellt wurde.

Mag. sci. Dina Bajraktarević

Nevenko Misita, *Evropska unija – Osnivanje i razvoj*

Revicon, Sarajevo, 2010.

U oktobru 2010. godine objavljena je knjiga prof. dr. sc. Nevenka Misite pod naslovom “Evropska unija – Osnivanje i razvoj”. Gotovo četiri stotine stranica teksta posvećenog Evropskoj uniji rezultat su nastojanja da se pruži cjelovit prikaz evropskog integracionog procesa pri čemu je posebna pažnja posvećena analizi promjena koje je donio Lisabonski ugovor ili prema riječima samog autora “ovaj tekst je pokušaj da se minulih gotovo šest decenija integracije u okviru Evropske unije predstavi – generalno, i posebno u svjetlu Lisabonskog ugovora”.

Nova knjiga istaknutog bosanskohercegovačkog stručnjaka za evropsko pravo predstavlja važan doprinos ovoj oblasti budući da pruža kritički osvrt na najznačajnije izmjene u institucionalnoj i pravnoj strukturi Unije koje su se desile u posljednje dvije decenije integracionog procesa.

U sadržajnom smislu knjiga je podijeljena na pet dijelova koji su strukturirani u skladu s ciljem autora da što cjelovitije ukaže na evoluciju integracije u okviru Evropske unije.

Prvi dio knjige koji nosi naslov “Nastanak i razvoj Evropskih zajednica” usmjeren je na prva dva desetljeća postojanja Zajednica i obuhvaća tri poglavlja. U okviru prvog poglavlja nakon kratkog i zanimljivog osvrta na historijsku pozadinu evropskog integracionog procesa, autor pristupa razmatranju osnovnih karakteristika kako uspješno realiziranih projekata – Evropske zajednice za uglj i čelik, Evropske ekonomske zajednice i Evropske zajednice za atomsku energiju, tako i dva neuspjela pokušaja – Evropske odbrambene zajednice i Evropske političke zajednice. Drugo poglavlje je koncipirano kao sažet prikaz najvažnijih momenata u početnom periodu (poput institucionalnog objedinjavanja, budžetskog osamostaljivanja, neposrednih izbora za Evropski parlament, krize mehanizma odlučivanja itd.), a u trećem poglavlju autor objašnjava oživljavanje integracionog procesa kroz tumačenje najznačajnijih promjena koje su donijeli važni dokumenti iz tog perioda – Bijela knjiga i Jedinostveni evropski akt.

U drugom dijelu knjige pod naslovom “Konstituisanje Evropske unije i dogradnja ustavnog okvira” u okviru prva tri poglavlja autor se bavi karakteristikama Ugovora o Evropskoj uniji – Ugovora iz Mastrihta, a potom i karakteristikama Amsterdamskog ugovora i Ugovora iz Nice. U narednom, četvrtom poglavlju autor kroz prikaz institucija i komunitarnih pravnih akata oslikava osnovne segmente uspostavljenog pravnog sistema s ciljem da na taj način omogućiti “jasnije sagledavanje onog što je na tom planu stiglo sa Lisabonskim ugovorom”. Posljednje, peto poglavlje pruža kratak osvrt na rješenja sadržana u neuspjelom Evropskom ustavu i predstavlja svojevrsan “uvod” za tuma-

čenje promjena koje je donio Lisabonski ugovor budući da on preuzima značajan dio rješenja Ustava.

Ključni, treći dio knjige pod naslovom “Rekonstrukcija ustavnog okvira – Lisabonski ugovor” posvećen je u cijelosti Lisabonskom ugovoru u okviru kojeg prof. dr. sc. Nevenko Misita razmatra sva važna pitanja vezana za aktuelni institucionalni i pravni režim Evropske unije. U prvom poglavlju dat je pregled procesa izrade i usvajanja Lisabonskog ugovora koji je bio obilježen značajnom neizvjesnošću. U narednom poglavlju autor sažeto iznosi ključne novine koje je u postojeći pravni i institucionalni okvir unio Lisabonski ugovor: ojačan legitimitet Evropske unije, naglašen osnivačko-autonomni položaj država članica u integracionom procesu, izdizanje osnovnih ljudskih prava na rang osnovnih principa Unije, unapređenje efikasnosti rada institucija, uvođenje novih funkcija (predsjednika Evropskog savjeta i visokog predstavnika za vanjske poslove i bezbjednost), i preciziranje razgraničenja nadležnosti Unije i država članica. Potom autor pregledno i sistematično navodi izmjene u odnosu na Ugovor o Evropskoj uniji i Ugovor o Evropskoj zajednici. Posebno je važno treće poglavlje trećeg dijela u kojem se razmatraju osnovni segmenti postlisabonskog “ustavnog okvira” i to: ciljevi Unije, pravni subjektivitet, utemeljujuće vrijednosti, opći principi, mehanizam pojačane saradnje, nadležnost, prijem u članstvo i napuštanje Unije, reforma sistema odlučivanja, zakonodavni postupak i postupak izmjene i dopune Osnivačkih ugovora. Četvrto poglavlje je posvećeno analizi novouvedenih zajedničkih politika (energija, svemir, Ekonomsko-monetarna unija, klima, teritorijalna kohezija, usluge od opšteg interesa, sport i civilna zaštita) pri čemu autor slijedi “trodijelnu” strukturu: sektorske politike, politike horizontalnog karaktera i politike usmjerene ka građanima Unije. U fokusu petog poglavlja nalazi se postlisabonski izgled glavnih institucija Unije o čemu autor veoma detaljno piše. Nadalje, šesto poglavlje je posvećeno preciznijem razmatranju obilježja zakonodavnog postupka i strukture akata unijskog prava, odnosno njegovih izvora u formalnom smislu pri čemu je važno imati u vidu napomenu autora da ne postoji suglasnost o kriterijumima razvrstavanja i nazivima akata prisutnih u Lisabonskom ugovoru, a utoliko i o tome da li temeljna dioba podrazumijeva dvije ili tri vrste akata. Sam autor se opredijelio za trodijelnu strukturu unijskih pravnih akata i slijedeći kriterij *nivoa usvajanja* akta razlikuje zakonodavne akte u užem smislu (prvi nivo), zakonodavne akte u širem smislu (drugi nivo) i provedbene akte (treći nivo). Treći dio knjige se završava sedmim poglavljem u okviru kojeg se nastoji dati odgovor na pitanje kakvog je karaktera Lisabonski ugovor i u kojem se razmatra sudbina stubne strukture Evropske unije. Pored toga u ovom poglavlju je posebna pažnja posvećena i izmjenama i dopunama Osnivačkih ugovora koje su u dijelu doktrine označene kao “sporne”.

U četvrtom dijelu knjige pod naslovom “Širenje Evropske unije i sjedište institucija i tijela” u prvom poglavlju je prikazan proces proširenja Evropske zajednice i Evropske unije pri čemu je osobito zanimljiv tekst pod naslovom

“Peti krug?” u kojem se, između ostalog, razmatra i budućnost država zapadnog Balkana u procesu evropske integracije. U nastavku ovog dijela knjige autor razmatra pitanje sjedišta institucija, organa i tijela Evropske unije koje prema riječima autora predstavljaju ilustraciju nacionalnih viđenja političkih prioriteta, finansijskih interesa, prestiža i sl.

“Evropska unija kao integracioni proces i ustavna struktura” naslov je petog i ujedno posljednjeg dijela knjige u kojem se u prvom poglavlju razmatra Evropska unija kao integracioni proces, a u drugom i trećem njen nadnacionalni karakter i pravna priroda. Kritički prikaz integracionog procesa u okviru Evropske unije ne bi bio cjelovit bez prezentiranja različitih teorijskih pristupa putem kojih se, kako navodi autor, nastoji objasniti njen nastanak i funkcionisanje te predvidjeti moguće pravce razvoja. S tim ciljem u vidu, autor iznosi teorije koje se oslanjaju na doktrinu međunarodnih odnosa (*funkcionalistički pristup, neofunkcionalistički pristup, pristup liberalnog međuvladinstva*), zatim teorije koje imaju za izvoriste uporedne političke sisteme (*novi institucionalizam*) i teorije čije je izvoriste javnopolitički pristup. Kao što je već napomenuto, drugo poglavlje je posvećeno analizi specifične nadnacionalne strukture Zajednice, odnosno Unije, nezavisnosti pravnog poretka i njegovom ustavnom karakteru. Treće poglavlje je usmjereno na razmatranje pitanja pravne prirode Evropske unije koje prema mišljenju prof. dr. sc. Misite “ne prestaje biti zagonečka, čiji korijeni su po mnogo čemu vezani za tzv. *hibridni karakter* ove strukture”. Stoga, u nastavku teksta autor daje pregled mogućih pojmovnih određenja Unije i to prvenstveno njenog određenja kao međunarodne organizacije *sui generis* ne zanemarujući pri tome i ostale elemente određenja – konfederalnu i federalnu perspektivu i njeno određenje kao kompleksnog, višeslojnog sistema vlasti.

U ovom novom i važnom djelu za bosanskohercegovačku pravnu literaturu prof. dr. sc. Nevenko Misita kompetentno tumači promjene koje je donio Lisabonski ugovor pri čemu specifičnost njegovog kritičkog osvrta i jednostavnost i preciznost s kojom autor piše doprinose kvaliteti djela. Premda će stvarni značaj promjena koje je donio Lisabonski ugovor postati vidljiv tek u godinama koje predstoje jer prema riječima autora “materijalizacija temeljnih promjena koje su u institucionalnoj - pravnoj strukturi EU stigle sa Lisabonskim ugovorom, zavisi od niza političkih, ekonomskih i društvenih faktora, od kojih je dio u tzv. globalizovanom kontekstu očito izvan neposredne kontrole kako Evropske unije tako i njenih članica”, već sada se može reći da je u pitanju jedan od najznačajnijih trenutaka u dosadašnjem procesu integracije. Nema nikakve sumnje da će knjiga “Evropska unija – Osnivanje i razvoj” predstavljati važan orijentir svima onima koji se bave Evropskom unijom te se na kraju može zaključiti da je autor iznimno uspješno odgovorio na izazov u vidu Lisabonskog ugovora i tako još jednom potvrdio svoj položaj vodećeg autora u oblasti prava Evropske unije u Bosni i Hercegovini pa i šire.

Mag. sci. Dina Bajraktarević

Nevenko Misita, *Evropska unija – Osnivanje i razvoj*, Revicon, Sarajevo, 2010

(Zusammenfassung)

In dem Beitrag wird das Ende 2010 in Sarajevo erschienene Buch des prof. dr. Nevenko Misita “Die Europäische Union – Entstehung und Entwicklung” vorgestellt. Es handelt sich dabei um ein umfassendes Werk, das fünf Teile enthält, die entlang dem Ziel des Autors, die Evolution der europäischen Integration möglichst gut zu verdeutlichen, strukturiert sind. Besonderes Augenmerk wird auf die Veränderungen, die der Vertrag von Lissabon gebracht hat gerichtet, wobei diese sehr kompetent und in einem einfach verständlichen Stil vorgestellt und kritisch analysiert werden. Der Autor selbst erwähnt in seinem Vorwort “...dieser Text stellt einen Versuch dar, die beinahe sechs Jahrzehnte der europäischen Integration allgemein aber insbesondere im Licht des Vertrags von Lissabon darzustellen.” Das Buch dieses bosnisch-herzegowinischen Europarechtsexperten stellt einen wichtigen Beitrag zu diesem Rechtsgebiet in der einheimischen Literatur dar.

Dr. Stefan Pürner

Sead Bahtijarević, monografija “130 godina Kantonalnog suda u Sarajevu”,

100 stranica Sarajevo, 2011. god.

Ova monografija, koja više nego zavređuje da bude samo pročitana, sadrži sveobuhvatan presjek historije Kantonalnog suda u Sarajevu, pri čemu je u uvodu izvršen kratak osvrt na “raniju historiju”, tj. pravosuđe na teritoriji Bosne i Hercegovine za vrijeme Osmanskog carstva. Monografija je sačinjena na osnovu intenzivnog proučavanja brojnih historijskih izvora. Pri tome nisu izostavljene ni mračne strane u historiji suda, npr. doba narodnih sudova, za vrijeme kojih su, prema navodima historijskog dokumenta koji je citiran u ovoj knjizi, ranije pravne norme i zakoni smatrani kao dio “*dekadentne građanske sudske vlasti, koju treba odbaciti*”.

Stotine stranica je manje nego po jedna stranica godišnje od postojanja ovog suda. Iz tog razloga nije začuđujuće što postoji želja da o pojedinim temama pročita malo više. Gledano sa aspekta jednog stranog čitaoca, to se odnosi s jedne strane na sud, njegovu ulogu i jurisdikciju u toku socijalističkog doba, a s druge strane i na proces protiv atentatora od 1914. godine. Što se tiče obiju tema, ostaje nada da će autor rezultate svog istraživanja u pogledu tog poglavlja prikazati još opširnije u zasebnim izdanjima. Ponešto upečatljivo iz historije suda otkriva se čitaocu tek kada pogled usmjeri van granica Bosne i Hercegovine. To važi na primjer i za imenovanje žena kao predsjednica suda. U Štajerskoj je na primjer sa Ulrike Haberl-Schwarz bivšom

potpredsjednicom evropske Službe za krivično gonjenje Euro-Just, imenovana prva žena na funkciju predsjednika pokrajinskog suda tek 2007. godine (uporedi <http://steiermark.orf.at/stories/181332/>). U tom razdoblju je trenutna predsjednica Kantonalnog suda u Sarajevu Begzada Gavrankapetanović-Salihagić bila već četiri godine na toj funkciji. Uz to treba napomenuti: ona je već treća žena, koja predvodi ovaj sud poslije Azre Omeragić (od 1995. do 1998. godine) i Slavojke Todorović. Posljednja je već 1972. bila imenovana kao predsjednica KS u Sarajevu, dakle 35 godina prije nego što je u Štajerskoj postala prva žena predsjednica uporedivog suda.

Obiman prilog s informacijama i bibliografijom, koje upućuju dalje, omogućava zainteresovanim čitaocima da se uz pomoć tu ponuđenih informacija unesu dalje u historiju ne samo Kantonalnog suda, nego i u historiju prava Bosne i Hercegovine. U historiji Kantonalnog suda se konačno reflektuje i historija prava Bosne i Hercegovine. Na putu sveobuhvatnog prikaza historije prava ove mlade države kao takve i u toku pripadnosti Bosne i Hercegovine raznim ranijim državama, ova bi monografija mogla predstavljati prvi korak.

Autor je razvio idejno rješenje knjige, a vizuelni identitet je osmislio Davor Dizdarević, koji se potpisuje kao odgovorno lice za likovno oblikovanje. Tekst je dopunjen brojnim slikama, kartama i izvodima iz originalnih tekstova, koji su optički primamljivo uvršteni u tekst. Na taj način nastaje naučno potkrijepljena panorama, koja pruža mogućnost da se promjenljiva historija Suda shvati i čulima. Šteta je što ova knjiga nije dostupna i na engleskom jeziku. Tako bi poneki stranac, koji smatra da je uvođenje razvijenog pravosuđa u Bosni i Hercegovini počelo tek poslije rata s pojavom međunarodne zajednice, bio poučen suprotnom.

Dr. Stefan Pürner

Sead Bahtijarević, "130 godina Kantonalnog suda u Sarajevu", 100 S, Sarajevo, 2011

(Zusammenfassung)

Der Beitrag stellt die von Sead Bahtijarević verfasste Monografie zum 130. Jubiläum des Kantonsgerichts Sarajevo vor. Diese geht einleitend auch kurz auf die "Vorgeschichte", d.h. auf die Gerichtsbarkeit auf dem Gebiet Bosnien und Herzegowinas während der Zeit des Osmanischen Kaiserreichs ein. Auch die dunklen Seiten in der Geschichte des Gerichts werden nicht ausgespart, beispielsweise die Zeit der Volksgerichte. Bemerkenswert ist u.a., daß die erste Präsidentin des Kantonsgerichts Sarajevo bereits 1972 ernannt wurde, während in der Steiermark erst im Jahre 2007 die erste Frau zur Präsidentin eines Landgerichts ernannt wurde. Mancher Ausländer, der meint, dass in Bosnien und Herzegowina die Einführung einer entwickelten Justiz erst mit dem Auftreten der internationalen Gemeinschaft nach dem Krieg begonnen hat, würde durch dieses Buch, könnte er es lesen, eines besseren belehrt.

Razno

O djelatnosti IRZ fondacije u regiji i šire

Christian Hueck, Dr. Stefan Pürner¹

Opće novosti: 1. decembra 2010. godine, gospodin Dirk Mirow stupio je na mjesto dugogodišnjeg voditelja poslova IRZ fondacije, Mathiasa Weckerlinga. Dirk Mirow svoj profesionalni put započinje kao sudija, prije nego što je prešao u Savezno ministarstvo pravde, gdje je obnašao različite funkcije. Nakon Ministarstva je djelovao u Stalnom predstavništvu Njemačke pri EU u Briselu, gdje je vodio oblast pravne politike.

Aktivnosti IRZ fondacije u Srbiji u 2010. godini

U Srbiji IRZ fondacija djeluje, kao i u Bosni i Hercegovini i drugim zemljama Zapadnog Balkana, od 2000. godine, pomoću sredstava njemačkog Ministarstva vanjskih poslova, u okviru Pakta stabilnosti. Djelatnosti IRZ fondacije u Srbiji trenutno su usmjerene ka pružanju podrške srbijanskoj vladi, koja je formirana u julu 2008. godine, davanju prednosti članstvu Srbije u Evropskoj uniji, kao i napredovanju u reformskim procesima.

Djelatnosti IRZ fondacije u Srbiji trenutno su obilježene činjenicom da nova srbijanska vlada, koja je formirana u julu 2008. godine, svoje prioritete vidi u pristupanju Srbije Evropskoj uniji, kao i nastavku procesa reformi. Tako se u svojim bitnim dijelovima mogao sprovesti paket reforme pravosuđa. Pored toga je u decembru 2009. godine izvršeno opsežno imenovanje svih sudija i tužitelja, pri čemu trećina svih sudija nije reimenovana. Okolnosti ove "lustracije" trenutno provjerava srbijanski Ustavni sud. U januaru 2010. je došlo do smanjenja Vrhovnog suda, u korist novoformirane međuinstante apelacionih sudova, te je osnovan institucionalno samostalni Upravni sud u Beogradu, s dopunskim upravnim odjelima u drugim sudovima Republike. Reformski napori u oblasti krivičnog postupka su, međutim, i dalje sporni.

Intenzivna saradnja sa srbijanskim Ustavnim sudom je i u 2010. godini nastavljena. Pri tome je težište ležalo na izradi ustavnopravnih ekspertiza. U daljem toku godine je IRZ fondacija, slanjem jednog njemačkog stručnjaka, podržala informativno putovanje srbijanskog Ustavnog suda, koje je vodilo kroz različite gradove Srbije i na kojem su objašnjene mogućnosti individualne ustavne žalbe, kao i uloga ombudsmana. Nadalje je podržana planirana reforma

¹⁾ Christian Hueck je voditelj projekta i berlinskog ureda IRZ fondacije, dr. Stefan Pürner je voditelj projekta u centrali IRZ fondacije u Bonnu.

Zakona u ustavnom sudu, slanjem njemačkih stručnjaka, u saradnji sa srbijanskim Ministarstvom pravde.

U oblasti krivičnog prava je, na osnovu rezultata saradnje sa Specijalnim odjelom za borbu protiv korupcije Tužilaštva grada Neuruppin, od septembra 2009. godine planirana reorganizacija specijalnog Odjela za borbu protiv korupcije pri Osnovnom javnom tužilaštvu u Beogradu. K tome, IRZ fondacija podržava naročito u svjetlu predstojeće reforme Zakona o krivičnom postupku, važan pilotni preustroj tužilaštava, na primjeru Novog Sada.

U Ministarstvu ekonomije i regionalnog razvoja, radna grupa priprema reformu Zakona o trgovačkim društvima, a također su u pripremi dopunski zakoni Zakona o stečaju. Radi podrške ove namjere, IRZ fondacija je zajedno sa srbijanskom radnom grupom u martu 2010. održala radionicu s dva njemačka stručnjaka u Wustrau; nakon održane radionice jedan njemački ekspert je kao savjetnik učestvovalao na jednoj od sjednica zakonodavne grupe u Beogradu.

Kao posljedica reorganizacije upravnog sudstva početkom 2010. godine, potreba za edukacijom na ovom polju je prilično velika. U februaru 2010. godine, dvojica njemačkih stručnjaka su za sve srbijanske sudije upravnih sudova održali seminar "Uvod u upravno pravo" na Pravosudnoj akademiji (vidi dolje). U aprilu 2010. godine je predsjednici Upravnog suda Srbije stavljen na raspolaganje srpski prevod obrasca jednog akta Upravnog suda u Berlinu.

U maju 2010. izvršena je hospitacija dvojice srbijanskih upravnih sudija na Upravnom i Višem upravnom sudu u Berlinu, kao i na Saveznom upravnom sudu u Leipzigu (kao *train the trainer* komponenta). Pored toga, u 2010. organizovano je *moot court* izlaganje jednog upravnopravnog slučaja u Beogradu, kao i studijsko putovanje srbijanskih sudija upravnih sudova, na kojem su obišli različite upravnosudske instance u Njemačkoj.

Zbog novoformiranih apelacionih sudova u okviru pravosudne reforme u Srbiji, IRZ fondacija je u maju 2010. godine za predsjednicu Vrhovnog kasacionog suda, kao i za predsjednike četiri novoformirana apelaciona suda, organizovala stručne razgovore u Brandenburgu i Berlinu pod temom "Organizacija i menadžment apelacionih sudova". Na to se nadovezao stručni seminar za novoimеноvane sudije srbijanskih apelacionih sudova s njemačkim stručnjacima na Pravosudnoj akademiji u Beogradu.

Na Pravosudnoj akademiji, bivšem edukacionom centru pravosuđa, je IRZ fondacija, pored seminara o upravnom pravu i seminara za sudije apelacionih sudova, organizovala i seriju seminara za srbijanske sudije i tužitelje, gdje su podijeljena njemačka iskustva u praksi s različitih polja, kao što su računarski kriminal, građanski i izvršni postupak ili oduzimanje imovinske koristi pribavljene izvršenjem krivičnog djela.

Jedan daljnji projektni partner u Srbiji je i Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu na kojem su organizovani blok seminari na različite teme iz oblasti evropskog prava, a koje su držali stručnjaci IRZ fondacije. Pored toga IRZ fondacija

je, putem njemačkih eksperata kao i prošlih godina, podržala tradicionalnu Kopaoničku školu prirodnog prava.

Pored toga što radi pomoću sredstava Pakta stabilnosti, IRZ fondacija u Srbiji djeluje i u okviru projekata za koja su obezbijeđena eksterna sredstva. U toj oblasti je do decembra 2010. godine, pod konzorcijskim vodstvom IRZ fondacije, tekao projekat, financiran od strane Evropske unije, pod nazivom "Technical Assistance to the Commission for the Protection of Competition", s ciljem daljnjeg podupiranja srbijanske Komisije za zaštitu konkurencije finansijskim volumenom od 2 miliona eura. Godine 2009. donesen je novi Zakon o zaštiti konkurencije, te se, pored održavanja intenzivnih treninga, trenutno izrađuju i dopunski zakoni Zakonu o zaštiti konkurencije.

Aktivnosti IRZ fondacije u Bosni i Hercegovini

S obzirom na broj i strukturu učesnika, najuspješnija manifestacija Njemačke fondacije za međunarodnu pravnu saradnju (IRZ fondacija) u drugoj polovici 2010. godine u Bosni i Hercegovini, bila je "Drugi dan njemačkog prava u Bosni i Hercegovini", koja je održana u Sarajevu, 6. decembra. Manifestacija je organizovana zajedno s Pravnim fakultetom i Njemačko-bosanskohercegovačkim udruženjem pravnika (DBHJV). Na Danima njemačkog prava, koje Fondacija od 2009. godine organizuje u saradnji s jednim pravnim fakultetom u državi i DBHJV-om, obrađuju se aktuelne teme iz njemačkog i bosanskohercegovačkog prava, pri čemu težište leži u onim oblastima u kojima je njemačko (i evropsko) pravo imalo znatnog utjecaja na pravo Bosne i Hercegovine. Na zadnjoj manifestaciji je naglasak bio stavljen na teme iz oblasti obligacionog prava. Između ostalog je prof. dr. Walter Rolland, bivši predavaajući komisije za reformu njemačkog obligacionog prava, održao predavanje na temu "Koliko je još njemačko obligaciono pravo Njemačke? ili: Koliko je već evropsko?" (Na istoimenu temu je Rolland održao predavanje već dan prije, na okupljanju studenata postdiplomskog studija "Evropsko privatno pravo", uz diskusiju s učesnicima u nastavku, među kojima su bili i članovi novoformirane Radne grupe njemačkog prava Pravnog fakulteta od kojih većina govori njemački jezik). Tokom ovogodišnjeg Dana njemačkog prava, predstavljeno je i prvo izdanje pravnog časopisa "Nova pravna revija – časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo" ("Neue Juristische Umschau – Zeitschrift für einheimisches, deutsches und europäisches Recht"). Pored toga je prezentovana i druga publikacija nastala učešćem IRZ fondacije.

Radi se o preporukama, koje su u junu 2010. godine izradili učesnici radionice na temu "Pravne prepreke investicijama u BiH". Samu radionicu je organizovala IRZ fondacija, DBHJV i Udruženje za unapređenje njemačko-bosanskohercegovačkih privrednih odnosa, u koje su združena mnogobrojna njemačka poduzeća koja djeluju u Bosni i Hercegovini. Pomenute preporuke sadrže napomene u pogledu pravnih propisa i postupaka državnih organa, koji

su se u praksi tih poduzeća i prema mišljenju izlagača na radionici, pokazali kao smetnja u poslovanju. Povodom "Drugog dana njemačkog prava u Bosni i Hercegovini" održan je i prijem od strane njemačkog ambasadora, njegove ekscelencije Joachima Schmidta, koji je naročito istaknuo održivost i dalekovidnost IRZ fondacije u Bosni i Hercegovini. Vidni indikatori za to bi bila serija manifestacija, koja se kontinuirano održava već čitavo desetljeće, kao i novi časopis – Nova pravna revija.

Naročito mladi pravници s interesovanjem za njemačko pravo su jedna od ciljnih grupa daljnjih aktivnosti IRZ fondacije u Bosni Hercegovini. Među tim aktivnostima treba istaći dva kursa pravne terminologije, održana u Goethe institutu u Sarajevu tokom zime, uz podršku IRZ fondacije. Također je organizovan i podržan odlazak dva mlada bosanskohercegovačka univerzitetska asistenta na kurs pravne terminologije Goethe instituta u Bonnu. K tome je nastavljena saradnja s dugogodišnjim projektnim partnerima fondacije, u prvom redu s centrima za edukaciju sudija i tužitelja oba entiteta. S njima su organizovani seminari na teme "Aktuelna pitanja iz oblasti ugovornog prava i prava privrednih društava" (Bihać, u septembru 2010. godine), "Efektivno vođenje upravnih sporova" (Sarajevo, u oktobru 2010. godine), "Upravni sporovi" (Sarajevo, u februaru 2011. godine), kao i "Radno pravo" (Mrakovica, u februaru 2011. godine). S organizacijom za besplatnu pravnu pomoć, "Vaša prava", u decembru 2010. godine nastavljena je dugogodišnja saradnja u vidu seminara o pitanjima nadležnosti sudova u upravnim sporovima i značaju samih upravnih sporova pri pravnom savjetovanju i zastupanju lica koja koriste usluge besplatne pravne pomoći. Na ovom seminaru su učestvovali i pravnici crnogorske organizacije za besplatnu pravnu pomoć "Pravni centar". Također je saradnja s Ekspertnom grupom za izradu prijedloga za ubrzanje građanskog postupka pri Visokom sudskom i tužilačkom vijeću BiH, započeta u ljeto 2010. godine, nastavljena u vidu radionice na temu "Ustavnost prenosa poslova iz nadležnosti sudija na nesudije", u oktobru iste godine u Tesliću.

Treći dan njemačkog prava i početak "Edicije njemačkog prava"

IRZ fondacija je 25. maja 2011. godine zajedno s pravnim fakultetima Univerziteta "Džemal Bijedić" i Sveučilišta u Mostaru, kao i s Njemačko-bosanskohercegovačkim udruženjem pravnika (DBHJV) organizovala "Treći dan njemačkog prava u Bosni i Hercegovini". O ovoj manifestaciji izvještavali su razni radio-televizijski programi. Također je i bosanski program Neue Deutsche Welle objavio izvještaj u svom radijskom programu i na svojoj internet stranici (<http://www.dw-world.de/dw/article/0,,15104826,00.html>). Na manifestaciji su govorili:

Michael Wolski (sekretar udruženja za unapređenje njemačko-bosanskohercegovačkih privrednih odnosa), prof. dr. Hajrija Sijerčić-Čolić (šef Katedre za krivično pravo, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu), Asmir

Bačevac (student postdiplomskog studija na Katedri za krivično pravo, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu), prof. dr. dres. h. c. Friedrich-Christian Schroeder (Pravni fakultet Regensburg i direktor Instituta za istočno pravo München), mr. sc. Denis Pajić (viši asistent, Pravni fakultet Univerziteta "Džemal Bijedić" u Mostaru), doc. dr. Anita Duraković (Pravni fakultet Univerziteta "Džemal Bijedić" u Mostaru), mr. sc. Viktorija Haubrich (asistent Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru), doc. dr. Alena Huseinbegović (Pravni fakultet Univerziteta "Džemal Bijedić" u Mostaru), mr. sc. Ivona Šego-Marić (viši asistent na katedri Povijest prava i države, Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru).

Pored toga su na tom "Danu njemačkog prava u Bosni i Hercegovini" predstavljene dvije nove publikacije IRZ fondacije. Riječ je o dokumentaciji s konferencije "Pravne prepreke investicijama u Bosni i Hercegovini" koja sadrži predavanja, izvještaj o diskusiji sa istoimene manifestacije u 2010. godini, kao i preporuke izrađene na tome skupu. Suorganizator ove konferencije, na kojoj su naročito njemačka poduzeća izvještavala o problemima u poslovanju s kojima se susreću u Bosni i Hercegovini, bili su već pomenuti DBHJV kao i Udruženje za unapređenje njemačko-bosanskohercegovačkih privrednih odnosa.

Publikacija je objavljena na BHS jeziku i na njemačkom. Dostupna je kao besplatni pdf dokument na internet stranici IRZ fondacije (www.irz-stiftung.de). Pored toga je predstavljen prvi tom nove serije knjiga "IRZ-ova Edicija njemačkog prava" (IRZ-Edition Deutsches Recht). U ovoj seriji će ubuduće biti predstavljeni prevodi važnih njemačkih zakona (sa stručnim uvodom), prevodi njemačkih udžbenika iz oblasti koje su i za Bosnu i Hercegovinu i druge zemlje u regiji interesantne, a u odgovarajućim slučajevima biće predstavljeni i uporednopravni radovi bosanskohercegovačkih autora. Prvo izdanje iz ove serije knjiga je prevod njemačkog Zakona o krivičnom postupku (prema stanju iz februara 2011. godine), za koji je uvod napisao prof. dr. dres. h. c. Friedrich-Christian Schroeder, profesor krivičnog, krivičnoprocesnog i istočnog prava iz Regensburga. U sklopu pomenute edicije će ove godine biti predstavljena još dva djela. Među njima je i prevod djela "Savezni ustavni sud" bivše predsjednice ovoga suda, Ute Limbach, u čiju je svrhu izdavačka kuća C. H. Beck ljubavno dodijelila licencu.

Makedonija: U drugoj polovini 2010. godine, Fondacija je svoje aktivnosti u Makedoniji, koje su u prvoj polovini godine morale da miruju iz organizacijskih razloga i u korist drugih projektnih oblasti, intenzivirala. U fokusu aktivnosti je i ovdje bila edukacija sudija, tužitelja i pripravnika. Na Pravosudnoj akademiji u Skoplju je između oktobra i kraja decembra održano čitavih deset edukacija za sudije i tužioce. Teme su bile sljedeće:

- "Javnost postupka pred Upravnim sudovima" (ovaj seminar održan je uz učešće bivšeg predsjednika njemačkog Saveznog upravnog suda)

- “Izvođenje dokaza, naročito vještačenja, u građanskom postupku” (na ovom seminaru je sudjelovao njemački međunarodni sudija na Vrhovnom sudu Kosova)
- “Obligacionopravna zaštita potrošača” (predavači su između ostalog bili saradnik iz Max-Planck Instituta za strano i međunarodno privatno pravo u Hamburgu, kao i profesorica iz Sarajeva)
- “Međunarodna saradnja u krivičnim stvarima” kao i
- “Pravosuđe i mediji”

Uz sve ove seminare održane su i posebne edukacije za pripravnike, kao što je to običaj u makedonskoj Pravosudnoj akademiji. Na koncu je organizovano učešće predstavnika makedonske Pravosudne akademije na multilateralnoj konferenciji na temu “Obuka sudija, pravosudni ispit, daljnja edukacija sudija”.

Crna Gora: Projektni rad u Crnoj Gori je intenziviran. Razlozi tome su sve jasnije približavanje zemlje, u kojoj još uvijek postoji potreba za značajnim reformama u pravosuđu, Evropskoj uniji, ali i dobra, pragmatična saradnja s tamošnjim Centrom za edukaciju sudija. U tom centru su u drugoj polovici 2010. godine, kao i u prvim mjesecima 2011. godine održane edukacije na temu “Vođenje glavne rasprave u građanskom pravu”, “Naknada nematerijalne štete” i “Radno pravo”.

Tätigkeit der IRZ Stiftung

(Zusammenfassung)

In dem Beitrag wird über die Aktivitäten der IRZ-Stiftung in Serbien im Jahr 2010 sowie über diejenigen in Bosnien und Herzegowina im ersten Halbjahr 2011 berichtet. Interessierte deutsche Leser finden deutsche Berichte über diese Aktivitäten unter <http://www.irz-stiftung.de/stiftung-downloads/veroeffentlichungen/veroeffentlichungen.html> dort Ausgabe 2010 sowie Ausgabe März 2011. Zusätzlich zu den dort genannten Aktivitäten wird über den “3. Tag des deutschen Rechts in Bosnien und Herzegowina” berichtet, der am 25. Mai 2011 gemeinsam von der IRZ-Stiftung, den Juristischen Fakultäten der Universität Džemal Bijedić und der Sveučilište in Mostar sowie der Deutsch-bosnisch-herzegowinischen Juristenvereinigung organisiert wurde. Dabei wurden auch wiederum zwei neue Publikationen der IRZ-Stiftungen vorgestellt. Dies ist zum einen die Konferenzdokumentation “Rechtliche Investitionshindernisse in Bosnien und Herzegowina”, die auch in deutscher Sprache kostenlos als pdf-Dokument von der Internetseite der IRZ-Stiftung (www.irz-stiftung.de) heruntergeladen werden kann. Zum anderen wurde der erste Band einer neuen Buchreihe “IRZ-Edition Deutsches Recht” vorgestellt. In dieser Reihe sollen künftig u.a. mit einer fachkundigen Einleitung versehene Übersetzungen wichtiger deutscher Gesetze und Übersetzung von deutschen Lehrbüchern zu Themen, die auch in Bosnien und Herzegowina und den anderen Staaten der Region von Interesse sind, erscheinen. Den Anfang machte die Übersetzung der deutschen Strafprozeßordnung (Stand Februar 2011), zu der der Regensburger Straf-, Strafprozeß- und Ostrechtler Prof. Dr. Dres. h.c. Friedrich-Christian Schroeder die Einleitung verfasst hat.

Prijem Komisije entitetskih notarskih komora Federacije BiH i Republike Srpske u Međunarodnu uniju notara – UINL

Prof. dr. Meliha Powlakić

Početakom 2011. godine Komisija entitetskih notarskih komora Federacije BiH i Republike Srpske je primljena u Međunarodnu uniju notara – UINL, što je svečano obilježeno u Banjoj Luci od 8. do 9. 3. 2011. Za mladu instituciju notarijata koja ja u BiH započela s radom 2007. i 2008. godine ovaj prijem predstavlja izuzetan uspjeh i svojevrsnu potvrdu kvaliteta.

Institucija notarijata je i u Bosni i Hercegovini, kao i u mnogim drugim tranzicijskim zemljama bila jedan značajan segment reforme pravosudnog sistema. Ustavno uređenje BiH nije omogućilo jedinstveno uređenje ove institucije za cijelu državu, već su doneseni posebni, ali u velikoj mjeri harmonizirani zakoni u entitetima i Brčko distriktu BiH. Iz istog razloga nije bilo moguće formirati jednu jedinstvenu notarsku komoru Bosne i Hercegovine, već su formirane dvije entitetske komore, pri čemu se notari iz Brčko distrikta BiH mogu opredijeliti u kojoj će komori imati članstvo. Od samog formiranja dvije entitetske komore imaju izuzetno dobru saradnju, što značajno može doprinijeti uspostavljanju ipak usklađenog pravosudnog prostora u BiH. Međunarodna unija notara otvorena je za prijem notarskih komora pojedinih država. Zbog specifičnosti ustavnog uređenja BiH to ne bi bilo moguće da nije formirana Komisija entitetskih komora Bosne i Hercegovine – Notarske komore Federacije BiH i Notarske komore Republike Srpske.

Jedna od niza aktivnosti notarskih komora od samog njihovog osnivanja je bila razvijanje međunarodne saradnje. Prije svega se to odnosilo na saradnju s notarskim komorama regiona. Izuzetno bliska saradnja je uspostavljena s notarskim komorama Republike Hrvatske i Republike Makedonije; posebno su javni bilježnici iz Hrvatske pomogli prenošenjem svoga znanja i svojih iskustava notarima u BiH na početku njihovog djelovanja. Ovaj dobar primjer regionalne saradnje, koji je značajno podržala i njemačka organizacija Gesellschaft für technische Zusammenarbeit (GTZ), a sada Gesellschaft für internationale Zusammenarbeit (GIZ), se nastavlja tako što su notari iz BiH pružili pomoć pri uspostavi notarijata u Crnoj Gori, te što su bili uključeni u postupak izrade zakona u Republici Srbiji. Pored navedene uspješne regionalne saradnje, notarske komore u BiH su djelovale i na širem međunarodnom planu i ostvarile značajne kontakte i s Međunarodnom unijom notara (UNIL), čiji su predstavnici višekratno boravili u BiH s ciljem upoznavanja s radom notara u BiH, kao i evaluacije tog rada. U pojedinim uredima, izabranim metodom slučaj-

nog izbora, predstavnici UNIL-a su vršili monitoring primjene zakonskih propisa u praksi. Sami zakonski propisi, ali i vršenje notarske službe u pojedinim uredima, su od strane ove unije veoma pozitivno ocijenjeni.

Povodom prijema u UNIL 9. 3. 2011. održana je Svečana akademija za notare i njihove goste – predstavnike UNIL-a, notarskih komora Slovenije, Hrvatske, Makedonije, Austrije, Mađarske, kao i predstavnike organa vlasti države BiH i to Sredoja Novića, ministra civilnih poslova BiH, predstavnike najviših organa vlasti u Republici Srpskoj, Federaciji BiH i Kantonu Sarajevo.

Prije početka Svečane akademije notare, najviše zvaničnike i goste primio je predsjednik Republike Srpske Milorad Dodik, izrazivši svoju podršku ovoj instituciji, nakon što je od strane predsjednika obje komore prezentiran njihov dosadašnji rad kao i planovi za buduće djelovanje.

Svečanu akademiju u Administrativnom centru Vlade Republike Srpske svojim pozdravnim govorima otvorili su predsjednica Notarske komore Republike Srpske Irena Mojović i predsjednik Notarske komore Federacije BiH Sefedin Suljević.

Publici se prva obratila predsjednica Notarske komore Republike Srpske Irena Mojović, i uz prigodne pozdrave uvažanim gostima osvrnula se na početke notarske prakse na području Bosne i Hercegovine nakon donošenja entitetskih zakona o notarima, ukazavši i na istorijske podatke koji govore u prilog postojanja ove institucije i kroz istoriju Bosne i Hercegovine. Pri tome je naglasila da notari postupaju u interesu građana i države dajući veću pravnu sigurnost, da doprinose približavanju evropskim integracijama garantujući sigurnost pravnih isprava i poslovanja i samim tim daju značajan doprinos kvalitetu zaštite imovinskih prava.

Nakon govora predsjednice Notarske komore RS slijedio je govor predsjednika Notarske komore Federacije Bosne i Hercegovine Sefedina Suljevića koji je u svom je obraćanju posebno naglasio pozitivne promjene u oblasti prometa nekretnina i prava društava, gdje je djelovanje notara značajno doprinijelo uspostavi pravne sigurnosti, rasterativši pri tome pravosuđe i organe uprave. Govoreći o budućim aktivnostima on je stavio akcenat na težnju ka daljem rastećenju sudova prenosom ostavinskih i drugih vanparničnih predmeta na notare. U budućnosti je kao jedan od ciljeva istakao takođe projekat elektronizacije sudova, registara, ali i unapređenju notarske etike i dalje stručno usavršavanje notara.

Svečanoj akademiji su prisustvovali i govorili najviši predstavnici vlasti ovog entiteta: Igor Radojičić, predsjednik Narodne skupštine Republike Srpske, Aleksandar Džombić, predsjednik Vlade Republike Srpske i Džerard Selman, potpredsjednik Vlade Republike Srpske.

Igor Radojičić, predsjednik Narodne skupštine RS, je u svom govoru uz čestitke notarskim komorama naglasio da je vlast u službi naroda i da izlazak notara Federacije BiH i Republike Srpske na međunarodnu scenu daje drugačiju

sliku o pravnom sistemu u BiH i doprinosi razvoju prava u cjelini. Prema njegovim riječima notari daju građanima povjerenje u pravnu državu, a dostupnost notara na cijeloj teritoriji Bosne i Hercegovine uveliko tome doprinosi. Prihvatanje evropskih standarda i članstvo u Europskoj uniji na ovaj način postaje sve bliže.

Aleksandar Džombić, predsjednik Vlade Republike Srpske je u govoru istaknuo da je prijem u Međunarodnu uniju notara dokaz unapređenja i rasterećenja privrede i poslovanja. Podsjetio je da je implementacija zakona o notarima imala za cilj pružanje pravne sigurnosti u određenim oblastima, a da prijem u UNIL predstavlja ispunjenje još jedne obaveze iz sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju na evropskom putu.

Džerard Selman, potpredsjednik Vlade Republike Srpske, koji ujedno obavlja i funkciju ministra pravde Republike Srpske, u svom obraćanju zvanicama je spomenuo kako je Vlada Republike Srpske dala svoj doprinos formiranju notarijata u Republici Srpskoj putem podrške u vidu zakonodavne inicijative i osnivanja Notarske komore. On je istakao da će i dalje podržavati notare, na kojima leži velika odgovornost. Na kraju svog obraćanja zahvalio se predsjedniku Međunarodne notarske unije na pruženoj podršci notarskim komorama u BiH.

Kako u vremenu održavanja Akademije na nivou Federacije BiH nakon izbora još uvijek nije bila konstituirana nova vlast izostalo je paralelno prisustvo zvaničnika ovog entiteta. Svečanoj akademiji su prisustvovali predstavnici Ministarstva pravde Federacije BiH koji su od samog početka pratili i podržavali ovu instituciju i to pomoćnici ministra pravde, Hidajet Halilović i Ivan Matešić, te mag. sci. Goran Šimić, savjetnik ministra pravde, koji se obratio skupu, istakavši da prijem Komisije entitetskih notarskih komora u UNIL nije puka formalnost, već da je tome prethodila evaluacija sposobnosti notarskih komora, što je bio jedan od pristupnih uvjeta.

Od uvažanih gostiju iz inostranstva publici se obratio predstavnik Notarske komore Austrije dr. Klaus Voschnak izrazivši zadovoljstvo zbog prijema Komisije entitetskih notarskih komora u Međunarodnu uniju notara i potvrdivši da će Notarska komora Austrije nastaviti pružati podršku i u budućnosti. Prema njegovim riječima notari su veza između virtuelnog svijeta, kao svijeta prava i pravnih potreba, i realnog svijeta koji predstavljaju građani. Notari doprinose pravnoj sigurnosti, te samim tim i unapređenju ljudskih prava i prava pojedinca kao građanina, ali i privrednih društava kao poduzetnika.

Zaključni govor na skupu je bilo prigodno obraćanje predsjednika Međunarodne unije notara Jeana Paula Decorpsa. Predsjednik UNIL-a je izrazio svoje zadovoljstvo ponovnim dolaskom u Bosnu i Hercegovinu, ali sada u svojstvu predsjednika Međunarodne unije notara. Njegov raniji dolazak je bio u svojstvu predsjednika Komisije za saradnju koja je 2009. godine izvršila stručnu evaluaciju rada notara u BiH i njihovu sposobnost da budu članovi velike porodice

notara svijeta. Gospodin Decorps se zatim osvrnuo na osnovne odlike koje bi jedan moderan i dinamičan notarijat morao imati, a to su utemeljenje rada notarijata na principima latinskog notarijata, da notarijat služi državi, građanima i ekonomskoj zajednici. Uz detaljnu elaboraciju ovih principa predsjednik je na kraju govora pozdravio ulazak Komisije entitetskih notarskih komora Bosne i Hercegovine – Notarske komore Federacije Bosne i Hercegovine i Notarske komore Republike Srpske u Međunarodnu notarsku uniju, što predstavlja potvrdu da notarijat Bosne i Hercegovine zaista zadovoljava gore navedene principe modernog notarijata u jednoj zemlji kakav je dostojan da bude član Unije.

Pored navedenih istaknutih ličnosti iz reda samih notara kao i iz domena politike ovoj svečanoj akademiji su prisustvovali i predstavnici akademske zajednice iz BiH i Republike Srbije, na čelu s akademikom prof. Mirkom Vasiljevićem, dekanom Pravnog fakulteta u Beogradu. Akademiji su dalje prisustvovali prorektor Univerziteta u Banjoj Luci, prof. dr. Valerija Šaula, te profesori pravnih fakulteta u Banjoj Luci i Sarajevu koji su aktivno učestvovali u izradi zakonskih tekstova koji reguliraju notarijat kao i u edukaciji budućih notara i u ispitnoj proceduri.

Osim što prijem Komisije entitetskih notarskih komora Bosne i Hercegovine – Notarske komore Federacije Bosne i Hercegovine i Notarske komore Republike Srpske u Međunarodnu notarsku uniju kao plod rada i dokaz kvaliteta notarske službe u BiH zaslužuje sve čestitke, isto tako ih zaslužuje i organizacija Svečane akademije, koja je u složenim političkim odnosima u BiH naglasak stavila na instituciju notarijata i njegov značaj za pravnu sigurnost i jedinstven tržišni prostor unutar Ustavom postavljenih okvira, a izbjegla politička pitanja, te što na listi pozvanih gostiju nije izostavila nikoga ko je u postupak uspostave notarijata bio uključen i ko je na bilo koji način pružio podršku ovoj instituciji.

Aufnahme der Kommission der Notarkammern der Föderation Bosnien und Herzegowinas und der Republika Srpska in die Internationale Notariatsunion UINL

(Zusammenfassung)

Der Beitrag enthält einen Bericht über die akademische Festveranstaltung anlässlich der Aufnahme der Kommission der Notarkammern der Föderation Bosnien und Herzegowinas und der Republika Srpska in die Internationale Notariatsunion UINL in Banja Luka am 08. und 09. 03.2011. Es wird hervorgehoben, dass diese Aufnahme einen großen Erfolg und auch eine gewisse Bestätigung der Qualität des Notariats in Bosnien und Herzegowina darstellt. Dass die Bedeutung dieses Ereignisses auch von den lokalen politischen Vertretern erkannt wurde, zeigt der Umstand, dass außer Notaren aus beiden Entitäten und der Region und den Vertretern der UINL auch viele hochrangige Vertreter Bosnien und Herzegowinas und beider Entitäten teilnahmen, die ebenfalls ihre Zufriedenheit über die Tätigkeit der Notare in Bosnien und Herzegowina zum Ausdruck brachten.

Pravo na internetu Eu/vropsko pravo “na našem” (na našem jeziku / na našim jezicima)

Dr. Stefan Pürner

U ovom izdanju rubrike „Pravo na internetu“ biće predstavljene internet stranice koje pružaju informacije o Evropskoj uniji i pravu EU. Postoje, međutim, i internet stranice na lokalnom jeziku, koje nude korisne informacije o evropskim temama. Neke od njih želimo ovdje predstaviti. Među njima je i internet stranica Direkcije za evropske integracije Bosne i Hercegovine (<http://www.dei.gov.ba>), koja je idealna za početni pristup temi. Ovdje se može naći kratka historija EU, ključni dokumenti o EU, informacije o odnosima između BiH i EU – ključni događaji i najvažniji dokumenti o odnosu BiH prema EU, među njima i tekst Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Evropskih zajednica i njihovih država članica, s jedne strane, i Bosne i Hercegovine, s druge strane. Vrlo korisna je i lista pojmova, koja objašnjava evropskopravnu stručnu terminologiju – od *acquis communitariae* do zone slobodne trgovine. Ko želi, može na <http://www.dei.gov.ba/newsletter.aspx> da se pretplati i na newsletter Direkcije.

Sličnu funkciju kao Direkcija za evropske integracije Bosne i Hercegovine ima i Kancelarija za evropske integracije, osnovana 2004. godine u Srbiji (<http://www.seio.gov.rs/code/navigate.asp?Id=124>). Na ovoj web stranici nalaze se i razni linkovi do drugih institucija (<http://www.seio.gov.rs/code/navigate.asp?Id=162>), među njima i stranica nevladine organizacije Evropski pokret u Srbiji (<http://www.emins.org>), na kojoj se objavljuju aktuelne vijesti iz EU (<http://www.emins.org/sr/press/vesti.html>). Posebno je interesantan Priručnik za prevođenje upravnih akata Evropske unije (<http://www.seio.gov.rs/code/navigate.asp?Id=427>), koji nudi višejezičnu listu vokabulara i višejezične primjere prevoda standardnih formulacija iz evropskih pravnih akata.

U Hrvatskoj, koja već ima status kandidata za članstvo u EU, internet stranica Ministarstva vanjskih poslova i evropskih integracija (<http://www.mvpei.hr>) sadrži podatke o EU, naročito o postupku pregovaranja za članstvo općenito, kao i o konkretnim pregovorima između Hrvatske i EU. I za čitatelje iz drugih država bi mogao biti zanimljiv pregled o postupku pregovaranja za članstvo u EU (http://www.eu-pregovori.hr/assets/basic/flash/flash_tijek.html). O pregovorima za članstvo se na <http://www.eu-pregovori.hr/> izvještava u formi tekstova. Ko preferira video priloge umjesto čitanja, pod “Video vijesti EU”

(<http://www.mvpei.hr/MVP.asp?pcpid=2460&vid=116>) može da pronađe kratke video novosti o aktuelnim temama, naročito one koje se tiču priprema Hrvatske za članstvo u EU.

Crna Gora, koja je u decembru 2010. godine dobila status kandidata za članstvo u EU, posjeduje posebno Ministarstvo za evropske integracije (<http://www.mei.gov.me/ministarstvo>). Za preporuku je naročito power point prezentacija referata "Usklađivanje zakonodavstva sa pravnim poretkom Evropske unije – slovenačko iskustvo" (<http://www.mei.gov.me/organi-zacija/harmonizacija-zakonodavstva/98507/Twinning-projekat-MN-07-IB-JLS-01-PRAVNA-HARMONIZACIJA.html>). Ko ima ambicije da postane stručni poznavalac evropskog prava ili na tom području želi da radi, neće moći izbjeći učenje (bar) jednog od trenutnih službenih jezika EU. Ali i za sve druge ima dosta izvora informacija o eu/vropskom pravu na našem jeziku ili na našim jezicima.

Recht im Internet: Europarecht in den lokalen Sprachen

(Zusammenfassung)

In dieser Ausgabe der Rubrik "Recht im Internet" werden Internetseiten in lokaler Sprache vorgestellt, die nützliche Informationen zu europäischen Themen, etwa eine kurze Übersicht über die Entwicklungsgeschichte der EU im Allgemeinen, sowie Informationen und Dokumente über die aktuellen Verhältnisse zwischen der EU und den Ländern der Region bieten.

In memoriam Claus Vreden

Redakcija NPR s tugom saopštava da je Claus Vreden, stalni zastupnik direktora IRZ fondacije i projektni menadžer, iznenadno preminuo 23. 3. 2010.

Iz tog razloga želimo odati počast njegovoj ličnosti i životnom djelu u ime svih kolega pravnikā koje je Claus Vreden upoznao tokom svog angažmana u Bosni i Hercegovini, kao i ostalih čitatelja NPR-a.

Claus Vreden je svoju pravnu karijeru započeo kao sudac. Nakon toga je u periodu između 1990. i 1999. godine obavljao različite funkcije u njemačkom Saveznom ministarstvu pravde. Zahvaljujući ovom angažmanu, imao je priliku da prati pravnu transformaciju bivše Njemačke Demokratske Republike nakon njenog ujedinjenja sa Saveznom Republikom Njemačkom. Time je stekao iskustvo koje je kasnije iskoristio u svom radu za IRZ Fondaciju, u kontekstu transformacionih procesa u mnogim državama.

Prvog oktobra 1990. godine je došao na funkciju projektnog menadžera i stalnog zastupnika direktora IRZ fondacije na čiji će rad u narednim godinama imati odlučujući utjecaj. U svom govoru na sahrani Clausa Vredena na kojoj je prisustvovalo više stotina ožalošćenih prijatelja, direktor Dirk Mirow je opisao njegov dolazak iz Saveznog ministarstva pravde u IRZ fondaciju kao „sretan događaj za IRZ fondaciju“.

Osnovno zanimanje Clausa Vredena je bilo u oblasti EU-Twinning projekata u kojima se IRZ fondacija, zahvaljujući njegovom radu, uspjela izuzetno dobro pozicionirati. U svim ovim aktivnostima je, zahvaljujući svojoj stručnosti kao i prijateljskoj i susretljivoj naravi, stekao široko priznanje kako u Njemačkoj, tako i u partnerskim državama IRZ fondacije.

Kada je IRZ fondacija 2000. godine, u okviru Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju, započela svoje aktivnosti u Bosni i Hercegovini, Claus Vreden je, pored brojnih drugih stvari koje je radio u različitim oblastima, kao prvi projektni menadžer u ovoj oblasti utvrdio smjer budućih djelovanja IRZ fondacije. Time je utemeljio i jedan od osnovnih razloga da se jedno desetljeće kasnije u okviru ove projektne aktivnosti pojavi časopis NPR. Između ostalog, današnji glavni urednici časopisa NPR prvi put su se lično upoznali upravo u ovoj početnoj fazi aktivnosti IRZ fondacije u Bosni i Hercegovini koju je vodio Claus Vreden i to povodom zajedničkog razgovora s gospodinom Clausom Vredenom.

Claus Vreden će ostaviti prazninu u IRZ fondaciji. Međutim, za njegove prijatelje i kolege je bolnije što su izgubili Clausa Vredena, jednog često povučenog, ali uvijek susretljivog i simpatičnog čovjeka, kolegu i prijatelja. Neka se Bog, ma kako ga pojedini od nas lično nazivali, smiluje njegovoj duši. Časopis NPR i njegovi uposlenici će se sjećati Clausa Vredena s poštovanjem i prijateljstvom.

Glavni urednici



Call for Papers – Poziv za dostavljanje radova

Nova pravna revija: časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo je pravni časopis osnovan od strane njemačke Fondacije za međunarodnu pravnu saradnju (IRZ-Stiftung) i Njemačko-bosanskohercegovačkog udruženja pravnika (DBHJV).

Namjera pokretača ovog časopisa je da stvore forum za objavljivanje naučnih priloga i informativnih prikaza iz prava Bosne i Hercegovine i Njemačke, ali i iz evropskog prava i te iz prava drugih zemalja regije.

Naročito su poželjni naučni prilozi za sljedeće rubrike:

- Aktuelnosti iz prava Bosne i Hercegovine (države i entiteta, te Distrikta Brčko BiH)
- Aktuelnosti iz evropskog prava
- Aktuelnosti iz prava zemalja Jugoistočne Evrope

Konkretna tema članaka autori mogu slobodno birati. Naročito su poželjni članci sa praktičnim uklonom, članci koji doprinose razvoju prava, te članci mladih naučnika koji se nalaze na početku svoje akademske karijere.

Kako bi se obezbijedio visoki nivo svih priloga, prilozi će biti recenzirani. Svi članci koji budu ocijenjeni pozitivno od strane recenzenata, a koji zbog ograničenog obima časopisa ne budu objavljeni u jednom broju, bit će uzeti u obzir za sljedeće izdanje časopisa.

Autorice i autori su sami odgovorni za sadržaj svojih priloga. Autorice i autori *Novoj pravnoj reviji* ustupaju prava na objavljivanje i eventualno prevođenje članka na jedan od službenih jezika Bosne i Hercegovine u štampanoj formi, te u elektronskoj formi na internetu. Objavljene priloge autorice i autori mogu objavljivati u drugim štampanim ili online-publikacijama po isteku godine dana od objavljivanja u *Novoj pravnoj reviji* uz navođenje izvora prvog objavljivanja.

Autorica/autor podnošenjem svog manuskripta prihvata sve uslove navedene u ovom dokumentu i garantira da prilog u predanom ili sličnom obliku nije objavljen na drugom mjestu i da njemu ne postoje prava trećih lica.

Članci i prilozi:

Moguće je predati dva tipa priloga:

1. Dugi članak (10 – 20 stranica, font Times New Roman, font 12, prored 1,5)
2. Kratki članak/prikaz (3 – 9 stranica, font Times New Roman, font 12, prored 1,5)

Članci mogu biti predati na latiničnom ili ćirilicom pismu, te će takvi biti i objavljivani. 1.500 karaktera vrijede kao jedna stranica. Uz članak je potrebno priložiti i kratki apstrakt (do 200 riječi) koji uključuje pet ključnih riječi na kraju apstrakta, a koji će od strane redakcije časopisa biti prevedeni na njemački ili engleski jezik. Autoricama i autorima će prevodi apstrakta na strani jezik biti dostavljeni na autorizaciju.

Kako bi se osigurao jedinstven način citiranja i navođenja izvora nužno je da se autorice/autori pridržavaju pravila za citiranje i navođenje koji su dati u prilogu ovog poziva.

Prilozi se predaju na jednom od službenih jezika u Bosni i Hercegovini ili na njemačkom jeziku u elektronskom obliku kao word dokument na email adresu: novaprvnarevija@gmail.com

Uz prilog se predaje kratki *curriculum vitae* (1 stranica) koji sadržava podatke o obrazovanju i profesionalnoj karijeri autora/autorice, te spisak eventualnih dosadašnjih publikacija.

Rok za predaju priloga za sljedeći broj časopisa: 15. 10. 2011. godine.

Obavještenje o prihvatanju priloga: 31. 10. 2011. godine.

Rok za predaju eventualno dorađenih i korigovanih priloga: 15. 11. 2011. godine.

Vaša pitanja možete uputiti na sljedeću email adresu: novaprvnarevija@gmail.com ili na broj broja telefona 033 206-350 lok. 234.

CITIRANJE I NAVOĐENJE IZVORA

Citiranje

“xxxx”	C Citati treba da budu navedeni pod navodnim znacima
	C Okvirno je pravilo da citati duži od četiri reda treba da budu navedeni u bloku/cjelini.
“xxxx.”	C Znaci navoda trebaju uvijek biti stavljeni nakon završnog interpunkcijskog znaka.
[xxxxxx]	C Ako autor želi da unese vlastiti komentar u citat, taj komentar treba biti stavljen između uglastih zagrada.
[podvukao autor]	C Ako citat sadrži dijelove koji su kurzivom istaknuti od strane autora to treba da bude navedeno: [podvukao autor].

N. B. Ukoliko fusnota sadrži citat, njegov izvor treba da bude naveden neposredno po završetku citata.

Navođenje izvora

U pravilu reference i izvori trebaju biti navedeni u fusnotama, a izbjegnuti u samom tekstu. Broj fusnote treba da bude stavljen iza završnog interpunkcijskog znaka ako se referira na cijelu rečenicu odnosno direktno iza riječi ako referira samo na tu riječ.

1. Navođenje u samom tekstu

Ukoliko se izvori kao zakoni ili međunarodni sporazumi navode u samom tekstu obratiti pažnju na slijedeće:

Kod prvog navođenja je potrebno navesti njihov puni naziv.

Ukoliko se želi upotrijebiti skraćenica, navesti je uz prvo spominjanje izvora.

U slučaju da se navode pravni akti koji nisu izvorno doneseni na nekom od jezika u službenoj upotrebi u BiH (dalje: lokalni jezici) kod prvog navođenja je potrebno pored naziva na lokalnim jezicima navesti u uglastoj zagradi i originalni naziv. Npr. čl. 5 Zakona o notarskoj obradi isprava [*Beurkundungsgesetz*].

“Član/članak”, “stav”, “alineja” – ukoliko se navode u tekstu treba da budu navedeni u punom obliku, a ako se stavljaju u zagrade, tada se kao i u fusnotama upotrebljava skraćenica (Čl. 34. st. 2.).

2. Navođenje u fusnotama

2.1 Navođenje sudskih presuda

Kod navođenja presuda preporučuje se korištenje onog metoda citiranja koji je karakterističan za pojedine zemlje npr.:

- (a) BGH 4 October 1974, *BGHZ* 67, 207; *NJW* 1977 str. 35
- (b) Odluka Suda Evropske unije od 3. juna 2010, C-

484/08, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid vs. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbank)*

(c) Vrhovni sud Federacije BiH/Republike Srpske Rev. 234/03 od 2. 3. 2004, objavljena u xxxxx....

(d) *Smith v. Lincoln*, 205 US 423 (2001)

2.2 Navođenje zakona i međunarodnih sporazuma

U slučaju da se navode pravni akti koji nisu izvorno doneseni na nekom od lokalnih jezika kod prvog navođenja je potrebno pored naziva na lokalnim jezicima navesti u uglastoj zagradi i originalni naziv. Npr. čl. 5 Zakona o notarskoj obradi isprava [*Beurkundungsgesetz*].

Kod prvog navođenja pravnog akta se može dati skraćenica koja će upotrebljavati u daljem tekstu.

Kod prvog navođenja pravnog akta potrebno je dati i broj/brojeve službenog glasila gdje je objavljen uključujući i sve naknadne izmjene.

2.3 Navođenje monografija

2.3.1 Prvo navođenje u radu

Prema slijedećem redoslijedu se navode:

- 1) Inicijali imena autora ili izdavača i prezime/prezime. Ukoliko je više od dva autora navesti samo ime prvog autora uz dodatak “et al.”
- 2) puni naziv knjige (kurziv/in italics)
- 3) Izdanje i/ili volumen, tom, svezak
- 4) mjesto izdanja (ako ih ima više samo prvospomenuto)
- 5) izdavač
- 6) godina izdanja
- 7) broj stranice na koju se referira.

Za interpunkciju slijediti slijedeći primjer:

N. Misita, *Osnovi prava Evropske unije*, 3. izdanje, (Sarajevo, Magistrat 2009) str. 212.

N. Gavella et al., *Stvarno pravo*, 2. izdanje, Svezak 1., (Zagreb, Informator 2008) str. 657.

Naslovi koji nisu na lokalnim jezicima se ne prevode, ali je potrebno u uglastim zgradama dati prevod naslova na lokalne jezike. Za autore koji radove predaju na stranim jezicima prevod naslova će dati prevodilac. Ipak, za naslove koji nisu izvorno na njemačkom, engleskom ili francuskom autori treba sami da daju prevod na engleskom jeziku u uglastim zgradama.

2.3.2 Docnija navođenja

Docnija navođenja se vrše navođenjem imena autora i skraćenice ‘op. cit.’ i broja fusnote u kojoj je prvi put spomenuto djelo, a nakon toga slijedi broj stranice na koju se referira.

Ukoliko je u istoj fusnoti ili u radu navedeno više djela istog autora potrebno je navesti naziv djela, broj fusnote u kojem je prvi put navedeno i broj stranice na koju se referira.

2.4 Navođenje priloga u zbornicima

2.4.1 Prvo navođenje

Prema slijedećem redoslijedu se navode:

- 1) Inicijali imena autora i prezime/prezimenena. Ukoliko je više od dva autora navesti samo ime prvog autora uz dodatak "et al."
- 2) Puni naziv priloga (između jednostavnih znakova navoda npr. 'xxxx')
- 3) Ime izdavača zbornika (ako ga ima) nakon čega slijedi: engleska verzija: 'ed.', ili 'eds.', njemačka verzija 'Hrsg.'
- 4) puni naziv zbornika (kurziv/*in italics*)
- 5) mjesto izdanja (ako ih ima više samo prvospomenuto)
- 6) izdavač
- 7) godina izdanja
- 8) broj prve stranice priloga te broj stranice na koju se referira.

Primjer:

Weiler, 'European Citizenship and Human Rights', in J.A. Winter, et al., eds., *Reforming the Treaty on European Union: The Legal Debate* (The Hague, Kluwer 1996) str. 21 na str. 27.

Petrić, 'Usklađivanje europskog odštetnog prava', in *Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse* (Mostar, Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru 2009) str. 254 na str. 260.

2.4.2 Docnija navođenja

Sve isto kao i kod citiranja monografija ali umjesto 'op. cit.' treba navesti 'loc. cit.'

2.5 Navođenja članaka iz periodike

2.5.1 Prvo navođenje

Prema slijedećem redoslijedu se navode:

- 1) Inicijali imena autora i prezime/prezimenena. Ukoliko je više od dva autora navesti samo ime prvog autora uz dodatak "et al."
- 2) Naziv priloga (između jednostavnih znakova navoda npr. 'xxxx')
- 3) broj
- 4) naziv časopisa (kurziv/*in italics*; potrebno je navesti puni naziv, a ako se radi o internacionalno poznatom izdanju može se koristiti skraćunica)
- 5) godina izdanja
- 6) prva stranica priloga te stranica na koju se referira.

Primjer:

D. Možina, 'Uslovi vremenska ograničenja odgovornosti prodavca za materijalne nedostatke', 1 *Evropski pravnik* (2008) str. 20 na str. 24.

2.5.2 Docnija navođenja

Sve isto kao i kod citiranja monografija, ali umjesto 'op. cit.' treba navesti 'loc. cit.'



Call for Papers

Die Neue juristische Rundschau – Zeitschrift für einheimisches, deutsches und europäisches Recht ist eine Rechtszeitschrift, die seitens der IRZ- Stiftung und der Deutsch-bosnisch-herzegowinischen Juristenvereinigung (DBHJV) gegründet wurde.

Die Idee der Gründer dieser Zeitschrift war es, ein Forum für die Veröffentlichung von wissenschaftlichen Artikeln und informativen Beiträgen aus dem bosnischen, dem deutschen, dem europäischen Recht, aber auch dem Recht anderer Länder der Region zu schaffen.

Insbesondere sind Beiträge für die folgenden Rubriken erwünscht:

- Aktuelles aus dem bosnisch-herzegowinischen Recht (Staat und Entitäten sowie Distrikt Brčko BiH)
- Aktuelles aus dem deutschen Recht
- Aktuelles aus dem europäischen Recht
- Aktuelles aus dem Recht der Länder Südosteuropas

Die jeweiligen Themen der Beiträge können die Autoren frei wählen. Besonders willkommen sind praxisrelevante Beiträge, Beiträge, die zur Rechtsentwicklung beitragen, sowie Beiträge junger Wissenschaftler, die sich am Anfang ihrer akademischen Laufbahn befinden.

Um ein hohes Niveau aller Beiträge zu gewährleisten, werden die Beiträge rezensiert werden. Alle Artikel, welche seitens der Rezensenten positiv bewertet werden, die jedoch wegen des begrenzten Umfangs der Zeitschrift nicht in einer Ausgabe veröffentlicht werden können, werden für die nächste Ausgabe berücksichtigt.

Die Autorinnen und Autoren sind selbst für den Inhalt ihrer Beiträge verantwortlich. Die Autorinnen und Autoren treten an die "Nova pravna revija" die Rechte zur Veröffentlichung und eventueller Übersetzung der Artikel in eine der Amtssprachen in Bosnien und Herzegowina in Druckform und in elektronischer Form im Internet ab. Die veröffentlichten Beiträge können die Autorinnen und Autoren in anderen Publikationen, in gedruckter oder elektronischer Form nach Ablauf einer einjährigen Frist ab der Erstveröffentlichung in der "Nova pravna revija", mit Angabe der Quelle der Erstveröffentlichung veröffentlichen.

Die Autorin/der Autor akzeptiert durch die Einreichung des Manuskripts alle in diesem Dokument angegebenen Bedingungen und garantiert, dass der Beitrag in der abgegebenen oder einer ähnlichen Fassung nicht anderweitig veröffentlicht wurde und keine Drittrechte daran bestehen.

Artikel und Beiträge:

Es können zwei Typen von Beiträgen eingereicht werden:

1. Längerer Artikel (10–20 Seiten, Times New Roman, Schriftgröße 12, Absatz 1,5)
2. Kurzer Beitrag (3–9 Seiten, Times New Roman, Schriftgröße 12, Absatz 1,5)

Die Beiträge können in lateinischer und kyrillischer Schrift eingereicht werden und werden in der Selben Schrift veröffentlicht. 1500 Zeichen gelten als eine Seite. Zu jedem Beitrag sollte eine kurze Zusammenfassung (bis 200 Wörter) abgegeben werden, mit fünf Schlüsselwörtern am Ende der Zusammenfassung, welche seitens der Redaktion in die englische oder deutsche Sprache übersetzt werden. Den Autorinnen und Autoren werden die übersetzten Zusammenfassungen zur Einsicht geschickt.

Um eine einheitliche Zitierweise und Anführung von Quellen zu gewährleisten, ist es notwendig, dass sich die Autorinnen und Autoren an die im Anschluss an diesen Call for Papers angegebenen Zitierregeln halten.

Die Beiträge können in einer der Amtssprachen in Bosnien und Herzegowina oder in deutscher Sprache in elektronischer Form als Word Dokument an die email Adresse: novaprvnarevija@gmail.com abgegeben werden.

Zum Beitrag sollte ein kurzer Lebenslauf (1 Seite) beigefügt werden, aus dem die Ausbildung und der berufliche Werdegang des Autors/der Autorin, sowie eine Liste der eventuellen bisherigen Publikationen ersichtlich sind.

Die Abgabefrist für die nächste Ausgabe der Zeitschrift ist der 15. 10. 2011.

Die Benachrichtigung der Autorinnen/Autoren über die Annahme des Beitrags erfolgt am 31. 10. 2011. Die Frist für die Abgabe der eventuell nachbearbeiteten und korrigierten Beiträge ist der 15. 11. 2011.

Beiträge deutscher Autoren, die für die Veröffentlichung ausgewählt wurden, werden dann von der Redaktion in die Landessprache übersetzt.

Alle Fragen hinsichtlich der Zeitschrift können an die folgende email Adresse:

novaprvnarevija@gmail.com oder die Telefonnummer 033 206350 ext. 234 gerichtet werden.

ZITIERREGELN UND QUELLENANGABEN

Zitieren

- “xxxx” C Zitate sollten unter Anführungszeichen angegeben werden
- C Zitate, die länger als vier Zeilen sind, sollten als Ganzes/in einem Block angeführt werden (Rahmenregel)
- “xxxx.” C Anführungszeichen sollten immer hinter dem Endinterpunktionszeichen gesetzt werden.
- [xxxxxx] C Möchte der Autor/die Autorin einen eigenen Kommentar in das Zitat einbringen, sollte dieser in eckigen Klammern erfolgen.

[Betonung des Autors] C Enthält das Zitat Teile, welche im Kursiv seitens des Autors hervorgehoben werden sollte angegeben werden: Ako citat sadrži dijelove koji su kurzivom istaknuti od strane autora to treba da bude navedeno: [Betonung des Autors].

N.B. Wenn das Zitat in einer Fussnote enthalten ist, sollte die Quellenangabe unmittelbar nach dem Zitat erfolgen.

Quellenangabe

In der Regel sollten Referenzen und Quellen in Fussnoten angegeben werden und im eigentlichen Text vermieden werden. Die Nummer der Fußnote sollte nach dem Endinterpunktionszeichen gesetzt werden, wenn sie sich auf den gesamten Satz bezieht, bzw direkt nach dem Wort, wenn sie sich lediglich auf dieses Wort bezieht.

1. Angaben im Text

Werden die Quellen zB Gesetze oder internationale Abkommen im Text angegeben, sollte Folgendes beachtet werden:

Bei der Erstangabe sollte die gesamte Bezeichnung angegeben werden.

Wenn eine Abkürzung verwendet werden möchte, sollte diese bei der Erstangabe angegeben werden.

Wenn Rechtsakte, welche nicht ursprünglich in einer der Amtssprachen in BuH verabschiedet wurden (anschließend: lokale Sprachen) angegeben werden, sollte bei der Erstangabe neben der Bezeichnung in den lokalen Sprachen in eckiger Klammer auch die Originalbezeichnung angegeben werden. zB čl. 5 Zakona o notarskoj obradi isprava [*Beurkundungsgesetz*].

“Artikel”, “Absatz”, “Ziffer” – wenn diese im Text angegeben werden, sollte dies nicht in abgekürzter Form erfolgen. Wenn sie in Klammern angegeben werden, werden sie wie in den Fussnoten abgekürzt (Art 34 Abs 2)

2. Angaben in Fußnoten

2.1 Angaben von Gerichtsentscheidungen

Bei Angaben von Gerichtsentscheidungen wird empfohlen, die Zitierweise, die für das entsprechende Land charakteristisch ist zu verwenden zB:

(a) BGH 4 October 1974, BGHZ 67, 207; NJW 1977 str. 35

(b) Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 3. Juni 2010, C-484/08, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid vs. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)

(c) Vrhovni sud Federacije BiH/Republike Srpske Rev. 234/03 od 2. 3. 2004, objavljena u xxxxx....

(d) Smith v. Lincoln, 205 US 423 (2001)

2.2 Angaben von Gesetzen und internationalen Abkommen

Wenn es sich um Rechtsakte handelt, die nicht ursprünglich in einer der lokalen Sprachen verabschiedet wurden,

ist es bei der Erstangabe notwendig, neben der Bezeichnung in den lokalen Sprachen in eckiger Klapper auch die Originalbezeichnung anzugeben. zB čl. 5 Zakona o notarskoj obradi isprava [*Beurkundungsgesetz*].

Bei der Erstangabe eines Rechtsaktes kann auch die Abkürzung, welche weiter im Text verwendet werden soll angegeben werden.

Bei der Erstangabe eines Rechtsaktes sollte auch die Nummer des Amtsblatts einschließlich aller späteren Änderungen angegeben werden.

2.3 Angaben von Monographien

2.3.1 Erste Angabe

Nach folgender Reihenfolge werden angegeben:

- 1) Die Initialen der Vornamen der Autoren oder der Herausgeber und die Nachnamen. Sind es mehr als zwei Autoren/Herausgeber, wird lediglich der erste mit dem Zusatz «et al.» angegeben
- 2) Voller Titel des Werkes (im Kursiv)
- 3) Ausgabe und/Volumen, Band, Heft
- 4) Erscheinungsort (Wenn es mehrere gibt, nur den erstgenannten)
- 5) Verleger
- 6) Erscheinungsjahr
- 7) Seitenzahl auf die verwiesen wird..

Hinsichtlich der Interpunktion sollte folgendem Beispiel gefolgt werden:

N. Misita, *Osnovi prava Evropske unije*, 3. izdanje, (Sarajevo, Magistrat 2009) str. 212.

N. Gavella et al., *Stvarno pravo*, 2. izdanje, Svezak 1., (Zagreb, Informator 2008) str. 657.

Titel, die nicht in lokalen Sprachen sind werden nicht übersetzt, jedoch sollte in eckigen Klammern eine Übersetzung in lokale Sprachen erfolgen. Für Autoren, die ihre Beiträge in einer Fremdsprache einreichen, übersetzt ein Übersetzer die Titel. Für Titel, die im Original nicht in Deutscher, Englischer oder Französischer Sprache sind, sollten jedoch die Autoren selbst in eckigen Klammern eine Übersetzung ins Englische angeben.

2.3.2 Spätere Angaben

Spätere Angaben erfolgen mit Angabe des Namens des Autors mit der Abkürzung 'op. cit.' unter Angabe der Fussnote, in welcher das Werk zum ersten Mal zitiert wurde, darauf folgt die Seitenzahl auf die verwiesen wird.

Sollten in der Selben Fussnote mehrere Werke des Selben Autors genannt werden, sollte der Titel des Werks genannt werden, die Angabe der Fussnote in der es das erste Mal genannt wurde, sowie die Seitenzahl auf die verwiesen wird.

2.4 Angaben von Beiträgen in Sammelbänden

2.4.1 Erstangabe

Die Angaben erfolgen nach folgender Reihenfolge:

- 1) Die Initialen der Vornamen der Autoren und die Nachnamen. Sind es mehr als zwei Autoren, wird

lediglich der erste mit dem Zusatz «et al.» angegeben

- 2) Voller Titel des Werkes (unter einfachen Anführungszeichen zB 'xxxx')
- Name des Herausgebers (falls vorhanden) mit Zusatz: 'ed.,' oder 'eds.,' (englische Version oder 'Hrsg.' (deutsche Version)
- 3) Erscheinungsort (Wenn es mehrere gibt, nur den erstgenannten)
- 4) Verleger
- 5) Erscheinungsjahr
- 6) Erste Seite auf der der Beitrag beginnt und Seitenzahl auf die verwiesen wird.

Beispiel:

Weiler, 'European Citizenship and Human Rights', in J.A. Winter, et al., eds., *Reforming the Treaty on European Union: The Legal Debate* (The Hague, Kluwer 1996) str. 21 na str. 27.

Petrić, 'Usklađivanje europskog odštetnog prava', in *Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse* (Mostar, Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru 2009) str. 254 na str. 260.

2.4.2 Spätere Angaben

Wie beim Zitieren von Monographien, jedoch anstatt von 'op. cit.' sollte 'loc. cit.' angegeben werden.

2.5 Angaben von Beiträgen in Zeitschriften

2.5.1 Erstangabe

Nach folgender Reihenfolge werden Angegeben:

- 1) Die Initialen der Vornamen der Autoren und die Nachnamen. Sind es mehr als zwei Autoren, wird lediglich der erste mit dem Zusatz «et al.» angegeben
- 2) Titel des Beitrags (unter einfachen Anführungszeichen zB 'xxxx')
- 3) Nummer
- 4) Bezeichnung der Zeitschrift (im Kursiv; es sollte die volle bezeichnung angegeben werden, wenn es sich um eine international bekannte Zeitschrift handelt, kann auch die übliche Abkürzung verwendet werden)
- 5) Erscheinungsjahr
- 6) Seite auf der der Beitrag beginnt und Seitenzahl auf die verwiesen wird.

Beispiel:

D. Možina, 'Uslovi vremenska ograničenja odgovornosti prodavca za materijalne nedostatke', 1 *Evropski pravnik* (2008) str. 20 na str. 24.

2.5.2 Spätere Angaben

Wie beim Zitieren von Monographien, jedoch anstatt von 'op. cit.' sollte 'loc. cit.' angegeben werden.