

NPR

NOVA PRAVNA REVUJA

Časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo

Izdavački savjet:

Prof. Mag. Mag. Dr. Tomislav Borić (Austrija)
 Prof. dr. Tatjana Josipović (Hrvatska)
 Prof. Dr. Heinz-Peter Mansel (Njemačka)
 Prof. dr. Dušan Nikolić (Srbija)
 Prof. dr. Borislav Petrović (Bosna i Hercegovina)
 Prof. Dr. Dres. h.c. Friedrich-Christian Schroeder (Njemačka)

Izdavači:

DEUTSCHE STIFTUNG FÜR
 INTERNATIONALE RECHTLICHE
 ZUSAMMENARBEIT E.V.



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

Društvo za istraživanje i recepciju nemačkog prava
 (Gesellschaft für die Erforschung des deutschen Rechts
 und seiner Rezeption)

Iz sadržaja:

Članci:

Dr. Andreas Köhler: Uzimanje u obzir stranih normi neposredne primene u evropskom međunarodnom ugovornom pravu

Azra Kuči, LL.M. (Geneva): “Anonimizacija” tužiteljskih akata u toku istrage

Osim toga:

Aktuelnosti iz bosanskohercegovačkog prava

Aktuelnosti iz evropskog prava

Aktuelnosti iz njemačkog prava

Aktuelnosti iz prava regiona

Težište broja:

Aktuelnosti iz prava Bosne i Hercegovine



Stabilitätspakt für Südosteuropa
 Gefördert durch Deutschland
 Stability Pact for South Eastern Europe
 Sponsored by Germany

1/2014

Godina 5, vol. 8.
 juni / lipanj 2014.
 stranice 1-117

NOVA PRAVNA REVIJA

Časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo
Časopis izlazi dva puta godišnje

Izdavači:



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



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

Društvo za istraživanje i recepciju nemačkog prava
Ljubiše Jovanovića 1
34 000 Kragujevac
Srbija
E-mail: gesellschaft.deutschesrecht@gmail.com

Glavni i odgovorni urednici:
Prof. dr. Meliha Powlakić, dr. Stefan Pürner

Redakcijski kolegij:
Doc. dr. Slavko Đorđević, prof. dr. Zlatan Meškić,
prof. dr. Meliha Powlakić, dr. Stefan Pürner

Izvršna urednica:
Mag. sci. Darja Softić Kadenić LL.M.

Redakcija:
Mag. sci. Darja Softić Kadenić LL.M.,
Dragana Radisavljević

Prijevodni:
Selma Mezetović, Dragan Simić

Izdavačke usluge i štampa:
University Press – izdanja Magistrat, 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: novappravnarevija@gmail.com
tel: 00387 33 206 350 lok./ext. 234



Poštovane čitateljke i čitaoci,
drage kolegice i kolege,

kada su oni koji su inicirali ovu publikaciju prije pet godina počeli razmišljati o pokretanju jednog novog pravnog časopisa, postavili su istovremeno čitav niz ciljeva koji bi s ovim projektom trebali biti ostvareni. Tako je s jedne strane časopis trebao doprinijeti razmjeni informacija o pravima zemalja regije, bivših jugoslovenskih zemalja. S druge strane trebalo je izvještavati o evropskom i njemačkom pravu. Pri tome se posebno trebalo posvetiti pitanju kako evropsko i njemačko pravo utječu na ove različite pravne sisteme. Već su to bili veoma visoko postavljeni ciljevi.

Pokretači su ipak željeli još više: pored etabliranih naučnika iz regije i Njemačke, krugu autora trebali su pripadati i mladi pravници kao i praktičari. Trebala su još biti pokrivena tri klasična pravna područja (krivično, građansko i javno pravo). S jedne strane to je trebalo biti urađeno objavljivanjem klasičnih pravnih članaka, za koje, osim ukoliko se radi o prevodu priloga koji su već objavljeni u poznatim časopisima u inostranstvu, moraju postojati dvije pozitivne anonimne recenzije; a s druge strane objavljivanjem takođe kaleidoskopa informativnih stručnih priloga kao što su prikazi knjiga i izvještaji o određenim događajima, kroz koje se izvještava vremenski neposredno o aktuelnim pravnim razvojem u regionu. Pri tome kičmu časopisa čine prilozi vanjskih autora, od kojih nemali broj njih u časopisu “Nova pravna revija – časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo” (Neue Juristische Umschau – Zeitschrift für einheimisches, europäisches und deutsches Recht, skraćeno: NPR) imaju svoj stručno-publicistički debi. Pri tome se mali stalni redakcijski tim stara o stalnim rubrikama kao što su “Aktuelnosti iz evropskog prava”, “Aktuelnosti iz zemalja regiona”, “Aktuelnost iz njemačkog prava” ili prikazima knjiga ili događaja kao i rubrikama poput “Pravo na internetu”.

Ovo izdanje časopisa NPR ponovo potvrđuje da su postavljeni ciljevi uspješno ostvareni. U njemu se, naime, ponovo nalazi čitava lepeza različitih priloga o gore spomenutim pitanjima, koji su napisani od višenacionalne grupe autora koji pripadaju različitim pravničkim profesijama. U vezi s detaljima upućuje se na sadržaj časopisa. Dok je nekoliko zadnjih izdanja više bilo posvećeno evropskom pravu, ovo se izdanje okreće više “domaćim” temama. Težište ovog broja leži na temama koje se bave aktuelnim pravnim razvitkom u Bosni i Hercegovini.

Primjera radi, samo sljedeći prilozi će biti navedeni: prilog dr. Andreasa Köhlera “Uzimanje u obzir stranih normi neposredne primene u evropskom međunarodnom ugovornom pravu” obrađuje pitanja, koja se postavljaju u kontekstu primjene Uredbe Rim I. Kod ovog priloga radi se prevodu teksta “Die Berücksichtigung ausländischer Eingriffsnormen im Europäischen Internationalen Vertragsrecht” koji je prvi put objavljen u Binder/Eichel (Hrsg.), Internationale Dimensionen des Wirtschaftsrechts, Nomos, Baden-Baden 2013. Izdavačka kuća, izdavači i redakcija časopisa NPR zahvaljuju autoru i urednicima i izdavačkoj kući na dopuštenju da se prevod navedenog teksta objavi u časopisu NPR. Ovaj je prilog od posebnog interesa za region, budući da je tamo u različitim zemljama nedavno izvršena reforma nacionalnih propisa o međunarodnom privatnom pravu (u Hrvatskoj i Crnoj Gori su prije kratkog vremena doneseni novi zakoni koji reguliraju međunarodno privatno pravo) ili takvo što neposredno predstoji (Srbija). Pri tome harmoniziranju vlastitih zakona o međunarodnom privatnom pravu s odgovarajućim institutima *acquisa* pripada velika uloga. U svim zemljama regiona radi se na reformi pravosuđa i povećanju njegove efikasnosti.

Autori iz regiona obrađuju u ovom izdanju NPR-a niz detaljnih pitanja od izuzetnog praktičnog značaja i to iz sva tri klasična pravna područja. S područja građanskog prava to se odnosi na pitanje dostave (jednog “klasika” građanskog procesnog prava zemalja nasljednica bivše Jugoslavije) i priznanja notarskih isprava. Ovo posljednje dobiva u zemljama regiona sve više na značaju kroz sve uspješnije etabliranje notarijata (instituta koji će uskoro biti uveden u srbijansku pravnu

praksu). Iz krivičnog prava potiče prilog “Anonimizacija tužiteljskih akata u toku istrage” koji međutim istovremeno sa stanovišta zaštite podataka oslovljava jedan aktuelni aspekt javnog prava. Sasvim u području javnog prava, i još preciznije ustavnog prava, jeste prilog o zahtjevima u odnosu na objavljivanje pravnih akata.

Različiti izvještaji o manifestacijama i prikazi knjiga koji se odnose na prava Bosne i Hercegovine, Crne Gore, Srbije i Slovenije daju osim toga mali uvid u živu aktivnost različitih pravnih aktera u regionu. Ovdje pripadaju regionalna konferencija sudija ustavnih sudova o pitanjima ljudskih prava, koja je održana u srbijanskom Zlatiboru i jedna isto tako regionalna konferencija koja je održana na Pravnom fakultetu u Sarajevu o kolektivnim mehanizmima pravne zaštite u Jugoistočnoj Evropi. Ove manifestacije pokazuju da se mnoga pitanja u regionu postavljaju na isti način. Zbog toga ti prilozi doprinose pravničkom prekograničnom dijalogu, što je sasvim u skladu s duhom Pakta stabilnosti za Jugoistočnu Evropu, iz čijeg se njemačkog doprinosa pored mnogobrojnih drugih aktivnosti IRZ-a u Jugoistočnoj Evropi, finansira i ovaj časopis. Kroz to oni pokazuju da bavljenje pravom susjednih država nije interesantno samo iz komparativnopravnog ugla, već može ponuditi rješenja koja se neposredno mogu primijeniti na situaciju u vlastitoj zemlji.

Ovdje je pravo Hrvatske, koja je prije otprilike godinu dana postala najmlađa članica EU, dobilo posebno na značaju. Ova je zemlja, naime, prva članica EU u kojoj se govori jezik iz bosansko-hrvatsko-srpsko-crnogorske skupine jezika. Time se otvaraju novi izvori informacija i spoznaja i za one čitaocze iz regiona koji do sada nisu poznavali jedan od službenih jezika članica EU na nivou potrebnom za razumijevanje djelimično veoma složenih pravnih tekstova. Iz navedenog razloga se u ovom izdanju u rubrici “Pravo na internetu” takođe predstavlja koje su informacije o evropskom pravu sada dostupne na hrvatskom jeziku na službenoj internetskoj stranici EU i kako se najlakše one mogu pronaći.

Ovaj široki spektar biva zaokružen rubrikom “Propisi i materijali” u kojoj se ovaj put predstavljaju principi službene ocjena sudaca i tužilaca koji su priznati u Njemačkoj. Ovaj prilog treba podržati slične diskusije i razmišljanja o reformama u različitim državama regiona a naročito istaći značaj tzv. “soft skills” kod vršenja navedenih profesija.

Kvalitetna obrada ovakvog širokog luka tema je moguća samo zahvaljujući angažmanu autora, što istovremeno potvrđuje da NPR zadovoljava potrebe i prakse i nauke i da je u međuvremenu postao jedna priznata veličina među pravničkim medijima u regionu. O posljednjem svjedoči i činjenica da različite institucije ili organizacije kao što su Visoko sudsko i tužilačko vijeće Bosne i Hercegovine, srbijanska naučna baza podataka SINGIPEDIA i jugoistočnoevropska mreža pravnika HARMONIUS nude NPR i u elektronskoj formi. Time se bitno doprinosi i širokoj i ciljanoj distribuciji časopisa. Istovremeno se time projekt čini održivijim, jer su tako svi do sada objavljeni brojevi još i danas dostupni na svakom radnom stolu s internetskim priključkom. Iz tog razloga dugujemo ovdje zahvalnost autorima i projektnim partnerima za podršku u nastajanju i distribuciji časopisa NPR.

Osim toga zahvalnost se duguje ponovo čitavom nizu daljih osoba i institucija koje su djelovale u nastajanju ovog izdanja. To su članovi izdavačkog savjeta kojeg čine poznati pravници iz regiona, kao i iz Njemačke i Austrije, autori, recenzenti, prevodioci, članovi redakcije kao i izdavač. Osim toga posebna zahvalnost se duguje Saveznom ministarstvu pravde i zaštite potrošača kao i Ministarstvu vanjskih poslova SR Njemačke, koje sredstvima iz njemačkog doprinosa Paktu stabilnosti za Jugoistočnu Evropu kontinuirano i trajno podržava aktivnost IRZ-a u Jugoistočnoj Evropi i time takođe od samog početka i izdavanje ovog časopisa. Zahvaliti trebamo i Ambasadi SR Njemačke u Bosni i Hercegovini, koja pažljivo prati razvoj ovog časopisa. Kako se objavljivanje ovog izdanja časopisa NPR poklapa s odlaskom njemačke ambasadorice s te dužnosti, željeli bismo ambasadorici Ulrike Knotz kao i njenim saradnicima na ovom mjestu iskreno zahvaliti za podršku, a njenog nasljednika Christiana Hellbacha srdačno pozdraviti u Bosni i Hercegovini, zemlji sa živom bilateralnom razmjenom s Njemačkom, čiji je samo jedan mali dio NPR.

Prof. dr. Meliha Powlakić

Advokat dr. Stefan Pürner

Predsjednica
Njemačko-bosanskohercegovačkog
udruženja pravnika (DBHJV)

Voditelj projektnih oblasti
Bosna i Hercegovina, Makedonija,
Crna Gora i Srbija Fondacije IRZ

Sehr geehrte Leserinnen und Leser,
liebe Kolleginnen und Kollegen,

als die Initiatoren dieser Publikation vor fünf Jahren begannen, sich Gedanken über die Gründung einer neuen juristischen Zeitschrift zu machen, formulierten sie auch eine Reihe von Zielen, die mit diesem Projekt verwirklicht werden sollten. Zum einen sollte die Zeitschrift zur wechselseitigen Information über die Rechte der Staaten der Region, also der ehemaligen jugoslawischen Staaten, beitragen. Zum anderen sollte auch über europäisches und deutsches Recht berichtet werden. Dabei sollte insbesondere auch die Frage untersucht werden, wie das europäische und deutsche Recht diese verschiedenen nationalen Rechte beeinflussen. Bereits das waren hochgesteckte Ziele.

Die Initiatoren wollten jedoch noch mehr: Neben etablierten Wissenschaftlern aus der Region und Deutschland sollten insbesondere auch Nachwuchsjuristen und Praktiker zu den Autoren gehören. Schließlich sollten noch die drei klassischen Rechtsgebiete Zivilrecht, Strafrecht und Öffentliches Recht abgedeckt werden. Dies zum einen durch klassische juristische Aufsätze, für die (soweit es sich nicht um Übersetzungen von Beiträgen, die bereits in etablierten Zeitschriften im Ausland erschienen sind, handelt) zwei positive anonyme Rezensionen vorliegen müssen; zum anderen aber auch durch ein Kaleidoskop von informativen fachjournalistischen Beiträgen wie Buchbesprechungen und Veranstaltungsberichten, durch die zeitnah über aktuelle juristische Entwicklungen in der Region berichtet wird. Hierbei sollten das Rückgrat der Zeitschrift die Beiträge externer Autoren, von denen nicht wenige in der "Nova Pravna Revija – Časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo" (Neue Juristische Umschau - Zeitschrift für einheimisches, europäisches und deutsches Recht, kurz: NPR) ihr fachpublizistisches Debüt begeben, bilden, während das kleine feste Redaktionsteam die ständigen Rubriken wie "Aktuelles aus dem europäischen Recht", "Aktuelles aus dem Recht der Staaten der Region", "Aktuelles aus dem deutschen Recht" oder die Buchbesprechungen und Veranstaltungsberichte sowie die Rubriken "Recht im Internet" betreut.

Die vorliegende Ausgabe der NPR belegt wiederum, dass es gelungen ist, die damals gesteckten Ziele zu erreichen. In ihr findet sich nämlich ein weiteres Mal eine ganze Bandbreite unterschiedlicher Beiträge zu den oben angesprochenen Bereichen, die von einer multinationalen Gruppe von Autoren unterschiedlichsten beruflichen juristischen Profils verfasst wurde. Wegen der Einzelheiten wird auf das Inhaltsverzeichnis der Zeitschrift verwiesen. Während die letzten Ausgaben sich insbesondere dem europäischen Recht widmeten, stehen nun Themen des "einheimischen" Rechts, genauer die aktuelle Rechtsentwicklung in Bosnien und Herzegowina im Vordergrund.

Aber auch dieses Mal kommen das europäische Recht und seine Auswirkungen auf die nationalen Rechte nicht zu kurz. Der Beitrag von Dr. Andreas Köhler "Die Berücksichtigung ausländischer Eingriffsnormen im europäischen internationalen Vertragsrecht" behandelt nämlich Fragen, die sich im Zusammenhang mit der Anwendung der Rom-I-Verordnung stellen. Er ist für die Region von besonderem Interesse, da dort in verschiedenen Staaten eine Reform der nationalen IPR-Gesetzgebung kürzlich abgeschlossen wurde (in Kroatien und Montenegro wurden kürzlich neue IPR Gesetz erlassen) oder vermutlich kurz bevorsteht (Serbien). Dabei kommt auch der Harmonisierung des eigenen IPRs mit den diesbezüglichen Rechtsinstituten des *acquis* eine große Rolle zu. Dieser Aufsatz wurde in deutscher Sprache in dem bei Nomos erschienen und von Ass.-Prof. Mag. Dr. Kathrin Binder sowie Dr. Florian Eichel herausgegebenen Band "Internationale Dimensionen des Wirtschaftsrechts" erstveröffentlicht. Verlag, Herausgeber und Redaktion der NPR danken dem Autor sowie den Herausgebern und dem Verlag der Erstveröffentlichung für die Erlaubnis, hier eine Übersetzung abdrucken zu dürfen. Solche Beiträge erlauben auch denjenigen Lesern der Region, die nicht über entsprechende Fremdsprachenkenntnisse verfügen, einen direkten Einblick in die wissenschaftliche Diskussion im deutschsprachigen Raum. Deshalb kommt ihnen in der NPR eine besondere Bedeutung zu.

Autoren aus der Region behandeln in dieser Ausgabe der NPR eine Reihe praxisrelevanter Detailfragen aus allen drei klassischen Rechtsgebieten. Aus dem Bereich des Zivilrechts betrifft dies Probleme der Zustellung (einem "Klassiker" aus dem Zivilprozessrecht der Nachfolgestaaten des ehemaligen Jugoslawiens) und die Anerkennung notarieller Urkunden. Letztere gewinnt durch die voranschreitende Etablierung des Notariats (das demnächst auch in die serbische Rechtspraxis eingeführt werden soll) in den Staaten der Region zunehmend an Bedeutung. Der Beitrag zur Anonymisierung staatsanwaltlicher Akten im Ermittlungsverfahren stammt zwar aus dem Strafrecht, aber mit dem Gesichtspunkt des Datenschutzes spricht er gleichzeitig auch einen aktuellen öffentlich-rechtlichen Aspekt an. Gänzlich

im Bereich des öffentlichen Rechts, genauer: im Bereich des Verfassungsrechts, ist der Beitrag über die Anforderung an die Veröffentlichung von Rechtsakten angesiedelt.

Die verschiedenen Veranstaltungsberichte und Buchbesprechungen mit Bezug zu den Rechten Bosnien und Herzegowinas, Montenegros, Serbiens und Sloweniens geben darüber hinaus einen kleinen Einblick in die regen Aktivitäten verschiedenster juristischer Akteure in der Region. Hierzu gehören auch eine regionale Konferenz von Verfassungsrichtern zu Menschenrechtsfragen, die im serbischen Zlatibor stattfand, und eine ebenso regionale Konferenz an der Juristischen Fakultät der Universität Sarajevo zu den Fragen des kollektiven Rechtsschutzes in Südosteuropa. Diese Veranstaltungen zeigen, dass viele Rechtsfragen sich in der Region in ähnlicher Weise stellen. Deshalb tragen diese Beiträge, ganz im Sinne des Stabilitätspaktes für Südosteuropa, aus dessen deutschem Beitrag neben zahlreichen anderen Aktivitäten der IRZ in Südosteuropa auch diese Zeitschrift finanziert wird, auch zum juristischen Dialog über die jeweiligen Landesgrenzen hinweg bei. Dadurch zeigen sie auch auf, dass die Beschäftigung mit dem Recht der Nachbarstaaten nicht nur aus rechtsvergleichender Sicht von Interesse ist, sondern zu direkt auf die eigene Situation anwendbaren Ergebnissen führen kann.

Hierbei kommt dem Recht Kroatiens, das vor etwas mehr als einem Jahr jüngster Mitgliedstaat der EU geworden ist, eine besondere Bedeutung zu. Das Land ist nämlich das erste EU-Mitglied aus der bosnisch-kroatisch-montenegrinisch-serbischen Sprachfamilie. Dadurch eröffnen sich auch für solche Leser aus der Region, die keine der bisherigen Mitgliedssprachen der EU auf einem Niveau, das für das Verständnis teilweise hochkomplizierter juristischer Texte erforderlich ist, beherrschen, neue Informations- und Erkenntnisquellen. Aus diesem Grund wird in der vorliegenden Ausgabe in der Rubrik "Recht im Internet" auch dargestellt, welche Informationen man zum europäischen Recht nunmehr auf der offiziellen EU-Internetseite in kroatischer Sprache findet - und wie man am einfachsten danach sucht.

Abgerundet wird dieses breite Spektrum durch die Rubrik "Vorschriften und Materialien", in der die in Deutschland anerkannten Grundsätze der dienstlichen Beurteilung von Richtern und Staatsanwälten vorgestellt werden. Dieser Beitrag soll die diesbezüglichen Diskussionen und Reformüberlegungen in verschiedenen Staaten der Region unterstützen und insbesondere auch die Bedeutung von "soft skills" bei der Ausübung der genannten Berufe hervorheben.

Möglich ist die qualitative Bearbeitung einer solchen Spanne von Themen nur durch das Engagement der Autoren, das gleichzeitig belegt, dass die NPR einem Bedürfnis von Praxis und Wissenschaft entgegenkommt und zwischenzeitlich zu einer festen Größe unter den juristischen Medien in der Region geworden ist. Letzteres belegt unter anderem auch der Umstand, dass die NPR von verschiedenen Organisationen wie dem Hohen Richter- und Staatsanwaltsrat Bosnien und Herzegowinas, der serbischen Wissenschaftsdatenbank SINGIPEDIA und dem südosteuropäischen Juristennetzwerk HARMONIUS auch in elektronischer Form angeboten wird. Dies trägt wesentlich zur weiten und gezielten Verbreitung der Zeitschrift bei. Gleichzeitig erhöht es die Nachhaltigkeit des Projekts, da so sämtliche bisher erschienenen Ausgaben heute noch von jedem Schreibtisch mit Internetanschluss erreichbar sind. Deshalb sei an dieser Stelle den Autoren und den Projektpartnern für die Unterstützung bei der Erstellung und bei der Verbreitung der NPR gedankt.

Außerdem gilt es wiederum auch einer ganzen Reihe von weiteren Personen und Institutionen, die am Zustandekommen dieser Ausgabe mitgewirkt haben, zu danken. Dies sind zum einen die Mitglieder des mit bekannten Juristen aus der Region sowie aus Deutschland und Österreich besetzten Herausgeberrats, die Autoren, die Rezensenten, die Übersetzer, die Redaktionsmitglieder sowie der Verlag. Darüber hinaus gilt besonderer Dank dem Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz sowie dem Auswärtigen Amt, das die Tätigkeit der IRZ in Südosteuropa und damit auch das Erscheinen dieser Zeitschrift mit Mitteln aus der deutschen Beteiligung am Stabilitätspakt für Südosteuropa seit Gründung dieser Zeitschrift kontinuierlich und nachhaltig unterstützt. Zu danken haben wir auch der deutschen Botschaft, die die Entwicklung dieser Zeitschrift aufmerksam begleitet. Da das Erscheinen dieser Ausgabe der NPR mit dem Wechsel der deutschen Botschafterin zusammenfällt, möchten wir der scheidenden Botschafterin Ulrike Knotz und ihren Mitarbeitern an dieser Stelle herzlichen Dank für Ihre Unterstützung sagen und ihren Nachfolger Christian Hellbach ganz herzlich in Bosnien und Herzegowina, einem Land, mit dem ein reger bilateraler Austausch mit Deutschland, von dem die NPR nur ein kleiner Teil ist, stattfindet, begrüßen.

Professor Dr. Meliha Powlakić

Vorsitzende der
Deutsch-bosnisch-herzegowinischen
Juristenvereinigung

Rechtsanwalt Dr. Stefan Pürner

Leiter des Projektbereichs
Bosnien und Herzegowina, Mazedonien,
Montenegro und Serbien der IRZ

Sadržaj

ČLANCI

Dr. Andreas Köhler: Uzimanje u obzir stranih normi neposredne primene u evropskom međunarodnom ugovornom pravu 9

Azra Kuči, LL.M. (Geneva): "Anonimizacija" tužiteljskih akata u toku istrage 19

AKTUELNOSTI IZ BOSANSKOHERCEGOVAČKOG PRAVA

Mag. sci. Asmira Bešić: Problemi u dostavljanju pismena u FBiH sa prijedlozima *de lege ferenda* 27

Prof. dr. Milan Blagojević: O nedostatku ustavnih odredbi o objavljivanju propisa – kritika na osnovu primjera iz sudske prakse 33

Prof. dr. Meliha Povlakić: Načelo povjerenja u zemljišnu knjigu u najnovijoj praksi Vrhovnog suda Federacije BiH 41

Živorad Rašević: O noveli Zakona o parničnom postupku pred Sudom Bosne i Hercegovine 50

Mujo Vilašević: Predstečajna nagodba – Mogućnosti u Bosni i Hercegovini 66

AKTUELNOSTI IZ EVROPSKOG PRAVA

Prof. dr. Zlatan Meškić: Aktuelnosti iz evropskog prava: Pravo intelektualnog vlasništva, krivično pravo, radno pravo, građansko pravo 72

AKTUELNOSTI IZ NJEMAČKOG PRAVA

Dr. Stefan Pürner: Aktuelnosti iz njemačke sudske prakse 77

AKTUELNOSTI IZ PRAVA REGIONA

Doc. dr. Slavko Đorđević: Kratak kritički osvrt na priznanje i izvršenje stranih javnobeležničkih isprava prema Zakonu o javnim beležnicima Srbije 81

PROPISI I MATERIJALI

Dr. Gerd Heinrich Kemper: Uvod u upravne propise o službenom vrednovanju rada sudija u Nemačkoj 85

Prevod upravnog propisa savezne države Sjeverne Rajne – Vestfalije iz 2005. godine 89

PRIKAZI KNJIGA

MJur (Oxon) Selma Mezetović, LL.M.: Prof. dr. Dušan Nikolić, Uvod u sistem građanskog prava 98

Dr. Stefan Pürner: Maja Kostić-Mandić, Opšta klauzula odstupanja od mjerodavnog prava – u savremenom međunarodnom privatnom pravu 100

Prof. dr. Hajrija Sijerčić-Čolić: O dva jubileja i dva zbornika 101

PRAVO NA INTERNETU

Prof. dr. Zlatan Meškić: Pravo Evropske unije na hrvatskom jeziku 103

RAZNO

MJur (Oxon) Selma Mezetović, LL.M.: Međunarodna konferencija "Novo stvarno pravo Federacije Bosne i Hercegovine" 105

Prof. dr. Dušan Popović: Radionica "Mehanizmi kolektivne zaštite u jugoistočnoj Evropi", Univerzitet u Sarajevu, 28. juni 2014. – Izvještaj 106

<i>Dr. Stefan Pürner/Dragana Radisavljević: Iz aktivnosti Njemačke fondacije za međunarodnu pravnu saradnju (IRZ): Konferencija “Zaštita prava na slobodu i bezbednost i zabrana torture” 19.-21. jun 2014. godine na Zlatiboru, Srbija</i>	109
<i>Mia Softić, LL.M.: Izveštaj sa notarske hospitacije</i>	111
Poziv za dostavljanje radova	113

Inhaltsverzeichnis

AUFSÄTZE

- Dr. Andreas Köhler:* Die Berücksichtigung ausländischer Eingriffsnormen im Europäischen Internationalen Vertragsrecht 9
- Azra Kući, LL.M. (Genf):* Anonymisierung von Akten der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren 19

AKTUELLES AUS DEM RECHT BOSNIEN UND HERZEGOWINAS

- Mag. sci. Asmira Bešić:* Probleme bei der Zustellung im Zivilverfahren der Föderation BiH mit Vorschlägen *de lege ferenda* 27
- Prof. Dr. Milan Blagojević:* Über das Fehlen verfassungsrechtlicher Vorschriften über die Veröffentlichung von Rechtsakten – Kritik anhand eines Beispiels aus der Rechtsprechung 33
- Prof. Dr. Meliha Powlakić:* Das Prinzip des guten Glaubens in das Grundbuch in der jüngsten Praxis des Obersten Gerichtshofes der Föderation Bosnien und Herzegowinas 41
- Živorad Rašević:* Über die Novelle des Gesetzes über das Zivilverfahren vor dem Gericht Bosnien und Herzegowinas 50
- Mujo Vilašević:* Der Insolvenzvergleich – Möglichkeiten in Bosnien und Herzegowina 66

AKTUELLES AUS DEM EUROPÄISCHEN RECHT

- Prof. Dr. Zlatan Meškić:* Aktuelles aus dem Europarecht: Recht des geistigen Eigentums, Strafrecht, Arbeitsrecht, Bürgerliches Recht 72

AKTUELLES AUS DEM DEUTSCHEN RECHT

- Dr. Stefan Pürner:* Aktuelles aus der deutschen Rechtsprechung 77

AKTUELLES AUS DEM RECHT DER REGION

- Doc. Dr. Slavko Đorđević:* Ein kurzer kritischer Blick auf die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer notarieller Urkunden nach dem Notargesetz Serbiens 81

VORSCHRIFTEN UND MATERIALIEN

- Dr. Gerd Heinrich Kemper:* Einführung in die dienstliche Beurteilung von Richtern in Deutschland 85
Übersetzung der Beurteilungs-AV NRW 2005 89

BUCHBESPRECHUNGEN

- MJur (Oxon) Selma Mezetović, LL.M.:* Dušan Nikolić, Einführung in das System des Bürgerlichen Rechts 98
- Dr. Stefan Pürner:* Maja Kostić-Mandić, Opšta klauzula odstupanja od mjerodavnog prava – u savremenom međunarodnom privatnom pravu (Allgemeine Ausnahmeklauseln im zeitgenössischen IPR) 100
- Prof. Dr. Hajrija Sijerčić-Čolić:* Über zwei Jubiläen und zwei Feststchriften 101

RECHT IM INTERNET

- Prof. Dr. Zlatan Meškić:* Das Recht der EU in kroatischer Sprache 103

VERSCHIEDENES

<i>MJur (Oxon) Selma Mezetović, LL.M.:</i> Bericht über die Konferenz “Das neue Sachenrecht in der Föderation Bosnien und Herzegowina”	105
<i>Prof. Dr. Dušan Popović:</i> Bericht über den Workshop “Collective redress in South East Europe”, University of Sarajevo, 28 June 2014	106
<i>Dr. Stefan Pürner / Dragana Radisavljević:</i> Aus der Tätigkeit der IRZ: Regionalkonferenz “Schutz des Rechtes auf Freiheit und Sicherheit und das Verbot der Folter”, 19. bis 21. Juni 2014, Zlatibor, Serbien	109
<i>Mia Softić, LL.M.:</i> Bericht Über die Notarhospitation 2013	111
Call for Papers	115

Uzimanje u obzir stranih normi neposredne primene u evropskom međunarodnom ugovornom pravu*

Dr. Andreas Köhler, Univerzitet u Passau

UDK: 347.7:341.9]:061.1EU

A. Uvod

Ovaj rad se bavi građanskopravnom stranom tzv. "međunarodnog privrednog prava" i polazi od pitanja da li i kada možemo prilikom raspravljanja činjeničnog stanja s elementom inostranosti primeniti norme neposredne primene stranog prava – dakle takve odredbe koje služe javnim interesima države koja ih je donela, a proizvode građanskopravne posledice (npr. ništavost ugovora). Time se naročito misli na kartelnopravne, izvozne i uvozne propise, devizne propise ili na norme o zaštiti kulturnih dobara neke strane države, koje na osnovu sopstvene sadržine žele da "intervenišu" u građanskopravne odnose. Dok primena domaćih normi neposredne primene nije sporna kada postoji dovoljna veza s domaćom državom, odavno postoje sumnje o primeni stranih normi neposredne primene, s obzirom na to da one štite strane, a ne domaće javne interese. Da li moramo ove norme prilikom raspravljanja slučajeva s elementom inostranosti uopšte da uzmemo u obzir? Odgovor na ovo pitanje pokušava da pruži pravilo koje neposredno važi u svim državama članicama (izuzev Danske) i koje je, nažalost, nepotpuno i nedovoljno jasno: Prema čl. 9 Rim I uredbe, može se "dati dejstvo normama neposredne primene države u kojoj treba izvršiti ili su izvršene obaveze koje proističu iz ugovora, ukoliko ove norme neposredne primene smatraju ispunjenje ugovora nezakonitim. Prilikom odlučivanja, da li primeniti ove norme, uzima se u obzir njihova priroda i cilj kao i posledice koje bi proistekle iz njihove primene ili neprimene".

Ovo pravilo, koje važi od 17. decembra 2009. godine, predstavlja jedinu tačku oslonca na "međunarodno privredno pravo" u oblasti međunarodnog ugovornog prava. To je dovoljan razlog da se ova odredba bliže razmotri.¹

* Rad je objavljen u Njemačkoj pod naslovom "Die Berücksichtigung ausländischer Eingriffsnormen im Europäischen Internationalen Vertragsrecht, u publikaciji: Binder/Eichel (ur.), *Internationale Dimensionen des Wirtschaftsrechts*, Nomos, Baden-Baden 2013, str. 199-222.

¹ Upoređi Köhler, *Eingriffsnormen – Der "unfertige Teil" des europäischen IPR*, 2013, 167–320.

B. Sadržina pravila iz čl. 9 st. 3 Rim I uredbe

Za pojašnjenje problematike poslužiće nam, najpre, jedan lagani primer iz novije prakse Vrhovnog suda Austrije (OGH)² kojeg je na sličan način pre 40 godina rešio Savezni sud Nemačke (BGH).³

Preduzetnica iz Passaua zaključila je s prodavcem umetnina iz Linca ugovor o prodaji keramičkog predmeta sa oznakom "Velika kola sa konjem" koji je star oko 2.000 godina. Pošto se u tom trenutku keramički predmet nalazio u Kini, trgovac umetninama je poručio isporuku iz Kine direktno u Passau. Nakon toga, on je zahtevao isplatu ugovorene cene. Preduzetnica iz Passaua je ovo odbila; ona se pozvala na to da izvoz keramike iz Kine vređa kineski zakon o zaštiti kulturnih dobara i da je zbog toga ugovor ništav.

Ako slučaj rešavamo na osnovu važećih pravnih propisa, na pravnu ocenu zahteva za isplatu cene primenjuje se austrijsko pravo shodno čl. 4 st. 1 tač. a Rim I uredbe (pravo uobičajenog boravišta prodavca). Austrijsko pravo ne poznaje norme koje posebno sankcionišu izvoz kulturnih dobara iz Kine, pa čak i ako bi tako bilo, ne možemo jednu takvu odredbu primeniti na osnovu čl. 4 Rim I, pošto kolizione norme za ugovore (svakako prema vladajućem stanovištu) imaju za predmet samo takve materijalnopravne norme koje pretežno služe ostvarenju pravičnosti *inter partes* (među strankama), a ne javnim interesima.⁴ Otuda, ništavnost ugovora bi mogla uslediti samo na osnovu kineske zabrane izvoza, a da li se ova zabrana može uzeti u obzir, odgovor daje čl. 9 st. 3 Rim I. Ova odredba stavlja primenjivača prava pred velike teškoće. Iako se norma o zabrani kineskog izvoza, koja vodi do ništavosti ugovora, može relativno bez problema kvalifikovati kao norma neposredne primene koja može nezakonito povrediti ugovor, ipak prvi problemi nastupaju kada se postavi pitanje da li se mesto izvršenja obaveze iz dispozicije čl. 9 st. 3 Rim I uopšte nalazi u Kini – jer je roba u Nemačkoj predata/isporučena. Ovo bi se moglo prevazići širokim tumačenjem mesta izvršenja obaveze, naime da se pod ovim mestom podrazumeva svako mesto koje dolazi u kontakt s radnjom ispunjenja.⁵ Ali, najzad na odlučujuće

² OGH, 30. 6. 2010 – 9 Ob 76/09 i sledeća.

³ BGH NJW 1972, 1575 (odluka o "nigerijskim maskama"), upoređi sub B.I.1 i B.I.2.c.bb.

⁴ Za – odbijajući – pristup teoriji obligacionog statuta upoređi sub B.I.2.a.

⁵ Sporno je kako odrediti mesto ispunjenja u okviru čl. 9 st. 3 Rim I uredbe. U obzir dolazi zakonsko mesto ispunjenja (koje se određuje prema ugovornom statutu), preuzimanje

pitanje, da li ovoj odredbi treba dati dejstvo ili ne, čl. 9 st. 3 Rim I ne daje odgovor i ovo pitanje prepušta slobodnoj oceni suda. Na ovaj način čl. 9 st. 3, na prvi pogled, izgleda kao “prazna formula” čiji se značaj mora utvrditi u daljim izlaganjima.

I. “Davanje dejstva”: kolizionopravna odluka o primeni ili materijalnoopravno uzimanje u obzir?

Ovde najpre moramo reći šta treba razumeti pod jednim, u svakom slučaju nejasnim pojmom “davanje dejstava”. Da li je ovde uopšte potrebno doneti jednu pravu kolizionopravnu odluku o primeni norme neposredne primene? Ili ova formulacija predstavlja koncesiju za materijalnoopravno rešenje koje je odavno postavio nemački Savezni sud, a prema kojem se strane norme neposredne primene uzimaju u obzir isključivo u okviru merodavnog materijalnog prava – primera⁶ radi, u okviru odredbe o povredi dobrih običaja (§ 138 BGB)⁷, ali i u okviru prava kojima se uređuje neuredno ispunjenje obaveza (§§ 275⁸, 313 BGB⁹). Davanje odgovora na ovo pitanje je osnovno, jer ako se problematika razmatra materijalnoopravno,¹⁰ ona izlazi u svakom slučaju iz polja primene evropskog kolizionog prava. Čl. 9 st. 3 Rim I uredbe bi tada svakako mogao imati deklaratorni karakter.

1. Materijalnoopravno “uzimanje u obzir”

Proistekli zaključak bi ipak bio pogrešan, jer se problematika čisto materijalnoopravno razmatra samo ako se radi o faktičkim dejstvima stranih pravnih normi. Prema tome, dužnik neće želeći da ispunji obavezu, jer je izvoz predmeta obaveze iz zemlje u kojoj se nalazi zabranjen i prilikom zaobilaženja ove zabrane prete javnopravne sankcije – kao što su npr. krivične posledice. Utoliko ovo predstavlja obavezu merodavnog prava da ovu faktičku situaciju pravno vrednuje i u datom slučaju potvrdi da postoji smetnja za ispunjenje koja vodi nemogućnosti ispunjenja. Metodološki ovde se radi o problemu tzv. inostranog činjeničnog stanja¹¹ koje ne rešava evropsko MPP, već merodavno materijalnoopravno.

Posebno upečatljiv primer¹² za uzimanje u obzir faktičkih dejstava normi neposredne primene predstavlja sudska odluka RG-a iz 1918. godine, u kojoj se razmatralo pitanje da li engleski ugovorni partner mora da ispunji obavezu iz kupoprodajnog ugovora koji je pre početka rata zaključen sa nemačkim partnerom, iako je dugovano ispunjenje u suprotnosti s engleskim Zakonom o trgovini s neprijateljem iz 1914. (*Trading with the Enemy Act 1914*) i nemački partner mora da računa sa sankcijama koje iz ovog akta proističu. RG je zaključio da je primena ovog zakona u suprotnosti s nemačkim javnim poretom, ali je ipak smatrao da se ne može engleski zakon izgubiti iz vida,¹³ pa je zato ispitao da li faktička dejstva, koja proističu iz ove zabrane, stvaraju (materijalnoopravno) nemogućnost ispunjenja: “Iako je [žalbeni sud] došao do rezultata da engleski zakon, zbog svojih teških krivičnih sankcija, a u vezi sa strogom cenzurom i pravilima o merama kontrole engleske vlade, predstavlja ozbiljnu smetnju ispunjenju ugovora od strane tuženog tako da je postojala nemogućnost ispunjenja ugovora, engleski zakon se ne primenjuje, već se samo odlučuje da li ovaj zakon predstavlja smetnju za ispunjenje ugovora, jednu činjeničnu nemogućnost za njegovo ostvarenje.”¹⁴

Pored ovih jasnih slučajeva materijalnoopravnog uzimanja u obzir, nemački BGH je ipak odlučio da jedan ugovor može biti protivan dobrim običajima, i kada dugovana obaveza vređa strani zakon o zaštiti kulturnih dobara (odluka o “nigerijskim maskama”¹⁵), odredbe o embargu (odluka “*Borax*”¹⁶, odluka “*Borsäure*”¹⁷) ili strani krivični zakon (odluka “*Schmiergel*”¹⁸). Austrijski OGH je takođe pokazao simpatije prema ovim odlukama i potvrdio je povredu dobrih običaja, shodno § 879 ABGB, zbog povrede kineskog zakona o zabrani izvoza.¹⁹ Razlika u odnosu na već spomenutu grupu slučajeva se sastoji u tome da ovde faktičke, tj. činjenične okolnosti, ne zasnivaju povredu dobrih običaja, već to čini jednostavna činjenica da je dugovana radnja povredila strani zakon o zabrani izvoza – jer je postojanje jedne takve povrede u

procesnog pojma mesta ispunjenja u smislu čl. 5 br. 1 tač. b Brisel I uredbe ili – kao što je ovde predloženo – autonomno kolizionopravno određeno mesto ispunjenja – uporedi *Köhler* (Fn. 1), 215–230.

⁶ Detaljan pregled dosadašnje sudske prakse vidi kod *Kreuzer*, *Ausländisches Wirtschaftsrecht*, 1986, 13–54; *Busse ZVglRWiss* 95 (1996), 386, 402–409.

⁷ Tako naročito odluke koje su navedene sub B.I.1.

⁸ Npr. RGZ 91, 46, 47; 91, 260, 261–263; 93, 182, 184; 161, 296, 300 i sledeća (§ 306 BGB a.E.).

⁹ BGH NJW 1984, 1746 (“*iranska isporuka piva*”).

¹⁰ U tom smislu npr.: *Von Bar/Mankowski*, *Internationales Privatrecht – Allgemeine Lehren* (Band 1), 2. Aufl. 2003, § 4 Rn. 127–129; isto. RIW 1994, 688, 690 i sledeća; isto. RIW 1996, 8, 9 i sledeća; *Baum* *RabelsZ* 53 (1989), 152, 155; *Siehr* *RabelsZ* 52 (1988), 41, 78 i sledeća.

¹¹ Tako i *Schurig* *RabelsZ* 54 (1990), 217, 241 i sledeća.

¹² Za ostale primere iz nemačke sudske prakse uporedi npr. *Busse ZVglRWiss* 95 (1996), 386, 402–409; *Kuckein*, *Die “Berücksichtigung” von Eingriffsnormen im deutschen und englischen internationalen Vertragsrecht*, 2008, 76–79.

¹³ RGZ 93, 182, 184.

¹⁴ RGZ 93, 182, 184.

¹⁵ BGH NJW 1972, 1575 (sub B.I.2.c.bb).

¹⁶ BGH NJW 1961, 822 (sub B.I.2.c.bb).

¹⁷ BGH NJW 1962, 1436 (sub B.I.2.c.bb).

¹⁸ BGH NJW 1985, 2405 (sub B.I.2.c.bb).

¹⁹ Uporedi. OGH, 30. 6. 2010 – 9 Ob 76/09f (S. 8): *Obrazloženje* BGH (u pogledu odluke o “nigerijskim maskama”) je “u načelu prihvatljivo”. U originalnom slučaju keramika se već nalazi u Austriji u trenutku zaključenja ugovora. Pošto je OGH za postojanje povrede običaja, shodno § 879 ABGB, zahtevao “da zaključenje ugovora prethodi radnji izvoza i da ugovor kao takav vređa prinudne propise o izvozu”, smatrao je da postoji povreda dobrih običaja.

pomenutim slučajevima predstavljalo *conditio sine qua non* za utvrđivanje povrede dobrih običaja.²⁰ Prema tome, u ovoj grupi slučajeva nije više reč o uzimanju u obzir činjeničnih dejstava strane norme, već o njenom normativnom uzimanju u obzir, s obzirom na to da je BGH predmet (dispoziciju) generalne klauzule iz § 138 BGB konkretizovao na osnovu konkretne materijalne sadržine strane norme.

Stanovište koje problem normi neposredne primene formalno premešta u materijalno pravo, ipak sakriva svoju sopstvenu funkciju, jer čim se usredsredimo na konkretnu sadržinu postojećeg stranog pravila, nužno postoji kolizionopravna odluka u prilog ove norme, s obzirom na to da mi baš ovu normu uzimamo u obzir, a ne neku drugu normu neke druge države.²¹ Kriterijumi, na osnovu kojih se zasniva ova kolizionopravna odluka, imaju specifičnu kolizionopravnu prirodu, čak i kada je ona "sakrivena" u okviru materijalnopravne norme.²² Normativno uzimanje u obzir strane norme neposredne primene u svakom slučaju mora se, stoga, funkcionalno razmotriti na nivou kolizionog prava, a ne materijalnog prava. Utoliko se može reći da materijalnopravno rešenje izgleda "dogmatski nečisto s falš etiketom".²³

U stvari, BGH je svojim obrazloženjem kreirao "hibridnu normu"²⁴ čija pravna posledica "ništavost" nastupa kada je povredena jedna, na osnovu kolizionog prava, primenljiva odredba stranog prava.²⁵ Na ovaj način je na nivou dispozicije § 138 BGB "izgrađena" jedna koliziona norma koja ipak isključivo upućuje na dispoziciju (ne i na pravnu posledicu) jedne određene strane pravne norme – konkretna pravna posledica proizlazi iz § 138 BGB (i time je ograničena na ništavost)²⁶. Ovo stanovište izaziva sumnje u metodološkom smislu, jer se dva funkcionalno različita nivoa građanskopravne pravičnosti – kolizionopravna i materijalnopravna pravičnost – mešaju bez razloga²⁷ i

teško se može objasniti zašto bi iz jednog stranog pravnog poretka trebalo uzeti samo dispoziciju pravne norme i istovremeno isključiti odluku o neposrednoj pravnoj posledici.²⁸ Ipak, ovaj put bi u okviru važeće Rim I uredbe bio odgovarajući, ukoliko se koliziona norma "ugrađena" u § 138 BGB izvlači iz čl. 9 Rim I uredbe.²⁹

Prema tome, može se zaključiti: Problematika normi neposredne primene materijalnopravno se razmatra, samo kada se radi o uzimanju u obzir faktičkih dejstava strane norme. Da li i kada se ovo događa, odlučuje ugovorni statut. Ipak (kao što je to slučaj u uvodnom primeru), čim se otvori pitanje da li se treba fokusirati na konkretnu sadržinu strane pravne norme, potrebno je doneti kolizionopravnu odluku. Donošenje ove odluke predstavlja zadatak čl. 9 st. 3 Rim I uredbe. Davanje dejstava stranom normi neposredne primene predstavlja, dakle, primenjivanje strane pravne norme na osnovu kolizionog prava.

2. Izgradnja norme *modo legislatoris*

Ova spoznaja je odlučujuća, jer ako se u okviru čl. 9 st. 3 Rim I uredbe radi o izgradnji jedne originerne kolizionne norme koja je *evropskog* porekla,³⁰ tada je reč o "nedovršenoj" opštoj klauzuli koja se mora konkretizovati putem sistemskog tumačenja³¹ koje vodi sudskom unapređenju (dopunjavanju izgradnji) prava (koje takođe može ispitivati Sud EU³²). Redosled ispitivanja je sledeći.

a. Pravna praznina u kolizionopravnom sistemu

Pretpostavku za sudsko dopunjavanje pravnih normi čini najpre postojanje pravne praznine koju je potrebno popuniti. Jedna takva postoji u oblasti normi neposredne primene, pošto se ova problematika s jedne strane javlja u vezi s čl. 9 st. 3 Rim I uredbe u okviru polja primene Rim I uredbe, a s druge strane kolizionne norme za ugovore koje se u ovoj uredbi nalaze nemaju za predmet jednu takvu normu. Ponekad se ovo može posmatrati na drugačiji način: prema teoriji obligacionog statuta, kolizionne norme

²⁰ Bliže o tome *Kuckein* (Fn. 12), 79–83.

²¹ *Schurig* *RabelsZ* 54 (1990), 217, 242.

²² Uporedi *Schulte*, *Die Anknüpfung von Eingriffsnormen, insbesondere wirtschaftsrechtlicher Art, im internationalen Vertragsrecht*, 1975, 39 ("ovde je zaista [...] jedna neotkrivena koliziona norma sakrivena u ruhu § 138 BGB"), 41 (*BGH* je "sakrio kolizionopravne refleksije u § 138 BGB"); isto tako *Zeppenfeld*, *Die allseitige Anknüpfung von Eingriffsnormen im Internationalen Wirtschaftsrecht*, 2001, 55 (u § 138 BGB "skrivena [...] koliziona norma").

²³ *Hentzen* *RIW* 1988, 508, 509.

²⁴ *Kuckein* (Fn. 12), 117 govori o "mešovitoj kolizionopravnoj materijalnopravnoj rešenju", *Schurig*, u: *Holl/Klinke* (Hg.), *Internationales Privatrecht, internationales Wirtschaftsrecht*, 1985, 55, 74 o "mešovitoj normi".

²⁵ *Schurig* *RabelsZ* 54 (1990), 217, 243.

²⁶ Uporedi *Schurig* *RabelsZ* 54 (1990), 217, 243. Kritiku u pogledu ograničenja pravne posledice na ništavost vidi *Kreuzer* (Fn. 6), 87 f.; *Kuckein* (Fn. 12), 122.

²⁷ Uporedi i *Schubert* *RIW* 1987, 729, 737, koji takav stav smatra "nekonzistentnim", jer ovaj stav pokušava da kolizionopravni rezultat objasni materijalnopravno.

²⁸ Tako tačno *Von Bar/Mankowski* (Fn. 10), § 4 Rn. 111: "Zašto bi trebalo ovu primenu ograničiti na dispoziciju norme? Dispozicija i pravna posledica. Volja za sankcijom i instrument sankcije teško se mogu razdvojiti" (iako *Mankowski* u rezultatu polazi od materijalnopravnog uzimanja u obzir strane norme neposredne primene).

²⁹ Isto tako *Reithmann/Martiny-Freitag*, *Internationales Vertragsrecht*, 7. Aufl. 2010, Rn. 651; *Rauscher/Thorn*, *EuZPR/EuIPR*, 2011, Art. 9 Rom I Rn. 81.

³⁰ O tome *Köhler* (Fn. 1), 187–189.

³¹ Iako izgleda da čl. 9 st. 3 Rim I uredbe kolizionopravnu odluku o primeni stranih normi neposredne primene stavlja u diskreciju sudije, ova odredba ne obezbeđuje pravo ovlašćenje na diskrecionu ocenu (tako *Pfeiffer* *EuZW* 2008, 622, 628). Sudstvo je vezano pravom i zakonom i treba da odluči o životnom činjeničnom stanju. Ako ne pronade pogodan osnov za odlučivanje, onda se takav osnov izgrađuje putem sistemskog (a nikako ne "samovoljnog") tumačenja i sudske izgradnje prava.

³² O tome *Köhler* (Fn. 1), 321–328.

ne pozivaju na primenu samo pravne norme koje ostvaruju pravičnost *inter partes*, već i takve odredbe koje pretežno služe javnim interesima države koja ih je donela.³³ To, međutim, (svakako u ovoj paušalnosti) nije dovoljno,³⁴ jer kolizijske norme za ugovore uzimaju u obzir isključivo kolizijske pravne interese stranaka i, otuda, obuhvataju samo pravne norme u kojima su takvi kolizijski pravni interesi implicirani. To je slučaj s normama koje služe pravičnosti *inter partes*, a ne s normama neposredne primene, pošto takve norme, na osnovu svoje materijalne strukture, imaju u vidu potpuno drugačije interese primene (“opšte interese”). Zato se tipične norme neposredne primene ne mogu supsumirati pod kodifikovane kolizijske norme za ugovore, tako da ove kolizijske norme ne utvrđuju njihovo polje primene. Prema tome, a priori postoji jedna interna pravna praznina u okviru Rim I uredbe.

b. Kolizijski pravni metod

Kako popuniti ovu pravnu prazninu? Prilikom odgovora na ovo pitanje ukazaćemo najpre na jedan metodološki problem – prvi glavni problem normi neposredne primene – jer do danas opšte priznato sistemsko i metodološko pozicioniranje ovog problema u kolizijskom pravu još uvek nije postalo zadovoljavajuće. Spor koji odatle proizlazi ne možemo na ovom mestu rešiti, ali potrebno je u kratkim crtama zauzeti stav.³⁵

Norme neposredne primene ne pripadaju – iako se ovo ponekad prihvata – javnom pravu.³⁶ One potiču iz svoje “atmosfera”, pošto pretežno služe javnim interesima, ali ipak predviđaju građanskopravne posledice, tako da se one prema svim aktuelnim teorijama razgraničenja utoliko mogu svrstati i u građansko pravo. Otuda, kolizijski pravni tretman normi neposredne primene ne potpada pod međunarodno javno pravo,³⁷ već međunarodno privatno pravo, tako da ono mora ovaj problem originarno razjasniti. I za to je pogodan uobičajeni kolizijski pravni metod.³⁸ Da

bi se jednoj strani normi neposredne primene odredilo prostorno polje primene, ne moramo se, protivno sistemskom tumačenju, koristiti stranom kolizijskom normom³⁹ koju je za normu neposredne primene odredio strani zakonodavac, već možemo – kao i za svaku drugu odredbu – razviti sopstvenu kolizijsku normu na osnovu ispitivanja kolizijskih interesa *modo legislatoris*.⁴⁰ Polaznu tačku za to čine ciljevi materijalne norme koji impliciraju određene kolizijske pravne interese i na osnovu kojih se može razviti prikladna tačka vezivanja za materijalnu normu u pitanju (koja služi ostvarenju cilja materijalne norme⁴¹). Ovo će u oblasti javnopravnih normi neposredne primene redovno biti jedna teritorijalna tačka vezivanja – kod zabrane izvoza konkretni *izvoz* s teritorije države koja je donela normu neposredne primene, kod kartelnopravnih normi *dejstvo* na datom tržištu itd. Na osnovu ovakvih tačaka vezivanja koje su nastale *modo legislatoris* možemo da primenjujemo ne samo domaće, već i strane norme neposredne primene.

c. Interesi primene

Ipak, da li je dovoljno za primenu strane norme neposredne primene da postoji prostorno vezivanje za državu koja je tu normu donela? O tome takođe “čuti” čl. 9 Rim I uredbe, ali ipak postoje izvesne sumnje u pogledu jednakog tretiranja domaćih i stranih normi neposredne primene, jer takve odredbe spadaju u domen “egoistične”⁴² državne politike. Trgovačkopravne, kartelnopravne norme ili čak pravne norme o prometu oružja uvek služe dobrobiti države koja je te norme donela i najbolje joj koriste, ako ona svoje interese sprovodi na račun drugih država i po mogućstvu donosi ciljane zakone protiv drugih država – na primer u oblasti ratnog i trgovačkog zakonodavstva ovo je bila česta praksa. Ipak, ako strane pravne norme vređaju domaće državne interese, teško da njihova primena može doći u obzir. Pored toga, norme neposredne primene protivrečne i privatnim interesima (interesima stranaka), jer one ograničavaju privatnopravnu slobodu ponašanja u korist opštih ciljeva, tako da svaka primena strane norme neposredne primene dovodi do uskraćivanja privatnih

³³ Jedan takav pristup zastupao je, u starijoj literaturi, naročito Mann Rabelsz 21 (1956), 1, 3, *ders.*, u: FS Wahl, 139, 146, 151, 160. U novim pravnim okolnostima tako smatra: Lando/Nielsen CMLRev. 45 (2008), 1687, 1719; Staudinger/Magnus, Neubearbeitung 2011, Art. 9 Rom I Rn. 133–137; isto, IPRax 2010, 27, 42.

³⁴ Isto tako Palandt/Thorn, 71. Aufl. 2012, Art. 9 Rom I Rn. 15; Rauscher/Thorn, EuZPR/EuIPR (Fn. 29), Art. 9 Rom I Rn. 78; Reithmann/Martiny-Freitag (Fn. 29), Rn. 646; MünchKomm-BGB/Sonnenberger, 5. Aufl. 2010, Einl. IPR Rn. 47; Maultzsch Rabelsz 75 (2011), 60, 96. Blježe o tome Köhler (Fn. 1), 279–285.

³⁵ O tome blježe Köhler (Fn. 1), 5–102.

³⁶ Uporedi za to Köhler (Fn. 1), 40–49.

³⁷ Ali tako Kegel/Schurig, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. 2004, 148, 1090 i dalje; rezervisano, ali u rezultatu isto MünchKomm-BGB/Sonnenberger (Fn. 34), Einl. IPR Rn. 36, 388. U skladu s Rim I uredbom takođe Palandt/Thorn (Fn. 34), Art. 9 Rom I Rn. 7 i jasno Maultzsch Rabelsz 75 (2011), 60, 90 i sledeća.

³⁸ Uporedi o tome Köhler (Fn. 1), 205–207.

³⁹ Tako u Nemačkoj vladajuće shvatanje zastupa Wengler ZVglRWiss 54 (1941), 168, 171, 181 i sledeća i Zweigert Rabelsz 14 (1942), 283, 283–307 obrazlaže teoriju o “posebnoj vezivanju”, uporedi Köhler (Fn. 1), 190–198.

⁴⁰ Tako teorija o “odvojenom vezivanju” koju je zasnova Schurig, uporedi naročito Schurig, Kollisionsnorm und Sachrecht, 1981, 328; *ders.*, (Fn. 24), 55, 70 i sledeća; isto, Rabelsz 54 (1990), 217, 237.

⁴¹ Slično Roth, Internationales Versicherungsvertragsrecht, 1985, 160 (“vezivanje koje se temelji na cilju materijalne norme”); uporedi i RGRK/Wengler, 12. Aufl. 1981, 226 (“tačka vezivanja na temelju pravičnosti materijalnopravne norme”).

⁴² O tome Kegel/Schurig (Fn. 37), 149: “Intervencija države u privatnopravne odnose služi životu i napretku ili, drukčije rečeno, dobrobiti države. Države su egoistične. One nemaju primarni interes da doprinesu dobrobiti druge države”.

interesa u korist stranih javnih interesa. Ovo se ne može opravdati bez ikakve zadržke, pošto MPP ima zadatak da doprinese ostvarenju pravičnosti *inter partes*, a ne mora drugim državama da obezbedi pravičnost. Imajući u vidu ovaj razlog, postaje jasno da se strane norme neposredne primene zbog svoje specifične materijalne sadržine ne mogu, bez oklevanja, primeniti na osnovu principa najbliže veze, kao što je to bilo predviđeno u čl. 7 Rimske konvencije. Otuda, postoji saglasnost u tome da se pored prikladne tačke vezivanja mora uvesti još jedan kriterijum koji opisuje osnovne interese za primenu takvih normi – dakle pravno-politički osnov za njihovu primenu. Kako ovaj kriterijum treba odrediti, nije jasno i zavisi od odgovora na pitanje, koji pravno-politički koncept sledi čl. 9 st. 3 Rim I uredbe. Ovo predstavlja *drugi osnovni problem* normi neposredne primene.

aa. “Teorija moći”

Opšte posmatrano, polazi se od toga da čl. 9 st. 3 Rim I uredbe sledi cilj da se primena stranih normi neposredne primene ograniči u korist neograničene autonomije volje,⁴³ jer iza čl. 9 st. 3 Rim I stoje neoliberalne ideje (na koje su fokusirani zastupnici “nevoljnog regulisanja” *City of London*)⁴⁴ da “slobodna trgovina mora biti oslobođena državnih intervencija”⁴⁵. Ograničenja koja su predviđena u čl. 9 st. 3, naročito na norme mesta ispunjenja ugovora, činila su se dovoljno jasnim da se ubuduće samo norme neposredne primene onih država, koje mogu vršiti faktički uticaj na predmet ispunjenja, mogu primenjivati.⁴⁶ Čl. 9 st. 3 Rim I predstavlja, dakle, izraz Kegelove “teorije moći”,⁴⁷ prema kojoj se “strani politički ili ekonomsko-politički propisi, koji zabranjuju obligacione ugovore ili štetno utiču na prava iz ugovora, (...) u principu i samo tada primenjuju, ako strana država, koja ih je donela, ima moć da ih sprovede”.⁴⁸ Osnov za primenu stranih normi

neposredne primene se, prema ovom stanovištu, obrazlaže isključivo faktičkom neophodnošću (potrebom), jer se provodivost i primena ovih normi ionako ne može ukloniti.

Ako se čl. 9 st. 3 Rim I uredbe konkretizuje u ovom smislu, dolazi isključivo do primene normi neposredne primene one države u kojoj se predmet dugovane činidbe trenutno nalazi⁴⁹ – jer samo tada postoji dovoljna moć države za sprovođenje ovih normi kao merodavan kriterijum primene. Imajući ovo u vidu, ne bismo mogli da primenimo kineski zakon o zabrani izvoza iz našeg primera, jer se keramička umetnina u trenutku zahteva za plaćanjem cene već nalazila u Nemačkoj.

Veoma je upitno, da li je evropski zakonodavac u čl. 9 st. 3 Rim I uredbe postavio ovakav pravno-politički osnov,⁵⁰ jer se takva upustva ne mogu naći ni u preambuli Rim I uredbe niti u ostalim dokumentima u procesu donošenja Uredbe. Takođe, sam tekst ukazuje na suprotan zaključak: zbog toga što se, prema tekstu čl. 9 st. 3, trebaju uzeti u obzir i norme neposredne primene budućeg mesta ispunjenja ugovora (države u kojoj “će biti ispunjene” obaveze), tako da u svakom slučaju izgleda da stvarna pozicija moći države, koja je donela norme neposredne primene, uopšte nije neophodna kao kriterijum za evropskog zakonodavca. Povrh toga, evropski zakonodavac je u čl. 6 st. 3 Rim II uredbe, koja je posvećena međunarodnom deliktnom pravu, kodifikovao uobičajenu višestranu⁵¹ kolizionu normu koja ima za predmet propise kartelnog prava – i time tipične norme neposredne primene – i koja ove propise poziva na primenu potpuno nezavisno od konkretne ili apstraktne “moći” države, koja je te propise donela. U dve vremenski bliske uredbe evropski zakonodavac je kodifikovao dva različita koncepta o primeni takvih normi, iako ne postoji suštinski razlog koji opravdava različit kolizionopravni tretman.

Ako bi se ugovornopravno relevantni i deliktNOPravno relevantni kartelni propisi različito tretirali na kolizionopravnom nivou (bilo putem jednostrane “teorije moći” u ugovornom pravu s elementom inostranosti, bilo putem prihvatanja “graničnog dejstva” čl. 9 st. 3 Rim I i time nastupajućeg ograničenja normi koje treba primeniti na one u mestu ispunjenja⁵²), to bi vodilo daljim

⁴³ Uopšte o tome MünchKomm-BGB/Martiny (Fn. 34), Art. 9 Rom I Rn. 113; Reithmann/Martiny-Freitag (Fn. 29), Rn. 631; Staudinger/Magnus (Fn. 33), Art. 9 Rom I Rn. 94; Mankowski IHR 2008, 133, 148.

⁴⁴ O značaju britanskog uticaja na zakonodavni postupak usvajanja Rim I uredbe uporedi na primer Reithmann/Martiny-Freitag (Fn. 29), Rn. 502; Plender/Wilderspin, *The European private international law of obligations*, 3. Aufl. 2009, 12-022.

⁴⁵ Mankowski IHR 2008, 133, 148.

⁴⁶ Uporedi Mankowski IHR 2008, 133, 148.

⁴⁷ Tako naročito Reithmann/Martiny-Freitag (Fn. 29), Rn. 632, 643; Mankowski IHR 2008, 133, 148; Palandt/Thorn (Fn. 34), Art. 9 Rom I Rn. 12; Rauscher/Thorn, *EuZPR/EuIPR* (Fn. 29), Art. 9 Rom I Rn. 63 (iako navedeni autori iz ovog prihvatanja ne izvlače dalje zaključke o primeni).

⁴⁸ Soergel/Kegel, 11. Aufl. 1984, Vor Art. 7 EGBGB Rn. 396; isto tako Drobnič, u: FS Neumayer, 159, 172, 178; Soergel/von Hoffmann, 12. Aufl. 1996, Art. 34 EGBGB Rn. 85, 90. Uz to, BGH sledi delimično “teoriju moći”, uporedi BGHZ 31, 367, 372; BGHZ 64, 183, 190. Ovaj pristup se razlikuje od materijalnopravnog uzimanja u obzir faktičkih dejstava

stranih normi neposredne primene (o tome sub B.I.1), pošto teorija moći opisuje pretpostavke za kolizionopravnu primenu strane norme, dakle za jednu pravu primenu norme (“pozitivan teritorijalni princip”, up. Kuckein (Fn. 12), 106); bliže o pristupu teorije moći Zeppenfeld (Fn. 22), 84–89; Kuckein (Fn. 12), 106–109.

⁴⁹ O posledicama teorije moći vidi i Kreuzer (Fn. 6), 62; Zeppenfeld (Fn. 22), 88; Kuckein (Fn. 12), 145 i sledeća.

⁵⁰ Uporedi Köhler (Fn. 1), 224–230.

⁵¹ Jasno Roth, u: FS Kropholler, 623, 635. Ograničenje višestranosti čl. 6 st. 3 Rim II uredbe samo na pravo država članica prihvata MünchKomm-BGB/Immenga (Fn. 34), *IntWettbR/KartellR* Rn. 74 – suprotno s pravom Mankowski IPRax 2010, 389, 396 i sledeća.

⁵² Uporedi sub B.II.

protivrečnostima posebne vrste.⁵³ čim jedna kartelno-pravna zabrana proizvede kako ugovornopravne (npr. ništavost ugovora u smislu § 134 BGB) tako i deliktno-pravne posledice (zasnivanje zahteva za naknadu štete prema § 33 GWB), različite pretpostavke za primenu dotične norme mogu voditi ka tome da se strani koja je pretrpela povredu zbog zakonske kartelne zabrane s jedne strane daje kartelnopravni zahtev za naknadu štete, dok bi s druge strane ona mogla da podnese tužbu zbog povrede ugovora koja je nastupila usled iste zabrane. Jedan takav rezultat teško može opstati.

Iz ovog razloga čl. 9 st. 3 Rim I ne mora se obavezno smatrati izrazom “teorije moći” i to takođe ne treba činiti. Prvo, “teorija moći” kao kolizionopravno stanovište nije naročito ubedljiva, pošto mi možemo moć sprovođenja norme koju ima strana država da uzmemo u obzir kao činjenicu u okviru materijalnog prava – na primer, kao što je već pomenuto, u okviru pravila o neispunjenju ugovora.

Drugo, ovo stanovište je takođe pravno-politički sumnjivo. Pretpostavimo da je ugovor, koji se raspravlja pred našim sudom, usmeren na obavezu podmićivanja somalijskog službenika. Pošto se Somalija smatra tzv. “razorenom (propalom) državom”, ona nema “moć” za sprovođenje svojih zabrana korupcije i mi ne bismo mogli ove odredbe prema “teoriji moći” da uzmemo u obzir. Da li bi – ukoliko polje primene naših krivičnopravnih normi nije otvoreno – ipak trebalo da sudimo dužniku za podmićivanje stranog službenika? Ja mislim da ne. Ako sledimo neoliberalni koncept eventualno neograničene autonomije volje – koncept koji je od početka finansijske krize izgubio svoj sjaj – mi bismo ugovornim stranama samo na osnovu jednostavne činjenice postojanja elementa inostranosti dali više pravne moći, nego što bi im dali involvirani pravni poreci. Kao što poslednji primer plastično pokazuje, mi smo na ovaj način omogućili privatnim akterima da svoju slobodu ponašanja, koju im obezbeđuje naš pravni poredak, nametnu umesto legitimnih interesa druge države. Ovo ne samo da je pravno-politički neprikladno, već jasno protivreči i materijalnopravnim vrednostima kolizionog prava, jer nijedna država na svetu ne garantuje privatnu autonomiju volje neograničeno, već isključivo u okviru svog poretka koji štiti osnovne opšte interese.⁵⁴ Pošto MPP ne lebdi u “višim dimenzijama pravičnosti”,⁵⁵ već je vezan za materijalnopravne vrednosti pravnih poredaka država članica,⁵⁶ evropsko MPP takođe mora u slučajevima s elementom inostranosti da obezbedi ograničeni pravni okvir za autonomiju volje. Ipak, MPP može ovu funkciju

da ispuni samo ako se strane norme neposredne primene primenjuju nezavisno od “moći” države (koja ih je donela) da sprovede ove norme, jer naši sopstveni pravno-politički propisi su merodavni samo kada postoji dovoljna veza s domaćim pravnim poretkom (čl. 9 st. 2 Rim I uredbe). Ako takve veze nema, moramo u principu primeniti funkcionalno uporedive pravne propise drugog pravnog poretka, jer inače uopšte ne bismo primenili propise poretka i time bismo se odrekli regulatornog okvira. Ako MPP-u pripada opisana regulatorna funkcija koja je uslovljena vrednostima materijalnog prava, iz te funkcije proizlaze osnovni interesi za primenu stranih normi neposredne primene. Otuda, restriktivno shvatanje “teorije moći” treba odbiti.

Može se primetiti da je opisana funkcija do sada pretežno razmatrana u nemačkom kolizionom pravu,⁵⁷ iako je to pokriveno različitim metodološkim načinima za uzimanje u obzir takvih pravnih normi. Takođe, nacionalna koliziona prava različitih evropskih država, kao što je Engleska, Francuska i Belgija, koja slede teoriju obligacionog statuta (koju, smatramo, treba odbaciti), priznaju jednu takvu regulatornu funkciju, jer ona dovodi u najmanju ruku do primene normi neposredne primene *lex cause* – dakle, takvih propisa koji predstavljaju barijeru za individualnu slobodu – na osnovu jedinstvenog vezivanja. Iz ovog razloga se teško može ubedljivo argumentovati da je u svim ovim državama privatnopravna sloboda podređena interesima države i da se takvo shvatanje (naročito englesko shvatanje) može sprovesti u okviru čl. 9 st. 3 Rim I uredbe. Ako bi neograničena autonomija volja zaista bila evropski koncept – pretpostavka za koju se nikako ne može naći potpora u zakonodavnim materijalima – ovo bi zahtevalo (kao što je Roth s pravom primetio) “diskusiju o ekonomsko-političkim osnovama i vrednostima Evropske zajednice”⁵⁸, s obzirom na to da bi se MPP-u na ovaj način dao pravno-politički smer koji se ne može naći u materijalnopravnim porecima država članica.

⁵³ Na ovo ukazuje Roth, u: FS Kropholler, 623, 648 i sledeća; isto, u: FS Kühne, 859, 874 f.

⁵⁴ Za ovu ideju vidi Roth, u: FS Kühne, 859, 878, koji ipak ne izvlači dalje zaključke o primeni normi.

⁵⁵ Von Bar/Mankowski (Fn. 10), § 6 Rn. 94.

⁵⁶ Bliže o tome Köhler (Fn. 1), 70–84.

⁵⁷ Tako najjasnije od onih koji prihvataju izričitu primenu stranih normi neposredne primene, dakle od zastupnika teorije posebnog vezivanja (fn. 39) i zastupnika teorije odvojenog vezivanja (fn. 40), ali i onih koji postuliraju načelnu neprimenu stranih normi neposredne primene (tako formalno BGH, uporedi odluku BGHZ 31, 367, 370–372, kao i navedeno u fn. 10), dolazeći svakako do primene takve norme i to uzimanjem u obzir navedene regulatorne funkcije, kao i zastupnika *prima facie* restriktivne teorije moći (Kegel, Drobniig, von Hoffmann, BGH – uporedi navode u fn. 48) koji od svog postulata – da se strane norme neposredne primene primenjuju samo ako država koja ima moć tu moć može da sprovede – žele da prihvate izuzetak, ako mi “simpatišemo” stranu normu zbog naših materijalnih vrednosti – na ovaj način teorija moći *de facto* postaje drugi stub koji ograničavajući karakter ovog pristupa čini veoma sumnjivim.

⁵⁸ Roth, u: FS Kühne, 859, 878.

bb. "Teorija simpatije" ("*Sympathieprüfung*")

Ipak, ne može se primeniti svaka strana norma neposredne primene na koju ukazuje prikladna tačka vezivanja, jer, kao što je spomenuto, ove norme ne protivreče samo privatnim, već i državnim interesima. Ako je to slučaj, njihova primena se ne može opravdati, jer se interesi primene reduciraju "na nulu". Otuda, primena takvih normi može se pozitivno potvrditi samo ako je njihova sadržina kompatibilna s vrednostima našeg pravnog poretka.⁵⁹ Prema tome, neophodno je da postoji materijalnopravna odluka, tj. "ispitivanje simpatija",⁶⁰ na osnovu koje možemo utvrditi da li mi delimo iste ciljeve kao i strane norme, jer u odgovarajućim slučajevima i mi naše – uporedive – javne interese sprovodimo na teret autonomije volje. Ako mi "simpatišemo" strane norme, one ispunjavaju regulatorni okvir i bez sumnje se mogu primeniti.

Interes primene, koji je utvrđen na ovaj način, može se – u skladu s Kegelovim shvatanjem⁶¹ – plastično označiti kao interes međunarodnog poretka koji je usmeren na to da dovede do primene one strane pravne norme koju mi na osnovu sopstvenih uporedivih propisa "simpatišemo", jer mi želimo da uzmemo u obzir regulatorni cilj koji naše norme slede, kada se ove norme domaćeg prava ne mogu primeniti zbog nedostatka unutrašnje veze. U prilog primene ovih normi sigurno govore i drugi razlozi kao što je međunarodna harmonija odlučivanja,⁶² teorija *comitas*⁶³, interes za slobodnu koegzistenciju država ili – potpuno pragmatično – očekivanje recipročne primene naših normi neposredne primene pred stranim sudovima, ako mi prednjačimo s "dobrim primerom",⁶⁴ ali ipak ovo ne opisuje relevantni razlog za primenu takvih normi koji prema prethodnim navodima proističe iz neophodne vrednosne koherencije između materijalne i kolizionopravne pravičnosti.

Na osnovu kojeg materijalnopravnog osnova treba preduzeti "ispitivanje simpatija" jeste pitanje koje zahteva dalju diskusiju. Redovno se polazi od toga da za to treba da budu merodavne nacionalne vrednosti države članice u kojoj se sudi (država foruma).⁶⁵ U nedostatku potpuno unifikovanog materijalnog prava ove vrednosti se razlikuju

od države članice do države članice, tako da bi i odluka o primeni u okviru čl. 9 st. 3 Rim I zavisila od toga sud koje države članice bi odlučivao o slučaju. Takav pristup, međutim, ne samo da ide nauštrb evropske harmonije odlučivanja – što je glavni cilj Rim I uredbe, već nije u skladu ni sa činjenicom da mi treba da izgradimo pravnu normu evropskog porekla – jer njena sadržina teško može, u skladu s autonomnim tumačenjem evropskog prava i njegovom izgradnjom, da nosi "nacionalni pečat". Da bi se ova norma mogla uniformno odrediti na nivou evropskog prava, predlažem da se preduzme materijalno "ispitivanje simpatija" na osnovu zajedničkih vrednosti svih država članica.⁶⁶ Upravo u oblasti "klasičnog" prava normi neposredne primene postoje – s obzirom na njihov značaj za zajedničko tržište – mnogobrojni evropski pravni akti koji obavezuju sve države članice i na osnovu kojih se mogu utvrditi takve zajedničke evropske vrednosti – ovde valja navesti pravo zaštite kulturnih dobara, pravo spoljne trgovine (embargo-norme)⁶⁷ i kartelno pravo.⁶⁸ Putem takvih materijalnih vrednosti mogu se rešiti skoro svi već navedeni slučajevi pred BGH, u kojima je ovaj sud preduzeo normativno "uzimanje u obzir" stranih normi neposredne primene u okviru § 138 BGB.

Tako je BGH u odluci o "nigerijskim maskama" (OGH⁶⁹ je doneo sličnu odluku) izvršio "materijalnopravno uzimanje u obzir" nigerijskog zakona o zaštiti kulturnih dobara, jer je ovaj zakon bio izraz "opšteg interesa svih naroda za očuvanje kulturnih vrednosti na teritoriji na kojoj se nalaze"⁷⁰. Donošenjem Uredbe br. 3911/92 o izvozu kulturnih dobara, koja se neposredno primenjuje u svim državama članicama, utvrđuje se da ne samo Nemačka ili Austrija, već svaka druga država članica "simpatiše" zaštitu nacionalnih kulturnih dobara – na ovaj način može se, na osnovu ovog pravnog osnova koji je zajednički svim državama članicama, utvrditi osnovni interes za primenu normi o zaštiti kulturnih dobara na evropskom nivou, tako da se takve strane pravne norme – ako postoji dovoljna prostorna veza – mogu primeniti na jedinstven način od strane suda svake države članice. Isto važi za oblast prava spoljne trgovine. U nemačkoj sudskoj praksi nalaze se već pomenute odluke "Borax" i "Borsäure" u kojima BGH smatra da je ugovor, na koji se primenjuje nemačko pravo, suprotan dobrim običajima zbog povrede američkih normi o embargu. Kao razlog za "materijalnopravno uzimanje u obzir" ovih stranih normi neposredne primene BGH navodi da one "služe uspostavljanju mira i slobodnog poretka na Zapadu" i da njihova primena "nije samo u

⁵⁹ Uporedi *Kropholler*, Internationales Privatrecht, 6. izd. 2006, 506 i sledeća ("izvesna saglasnost interesa ili vrednosti"); *Kegel/Schurig* (Fn. 37), 156 i sledeća, 1096 i sledeća ("jednakost interesa"); bliže o tome *Köhler* (Fn. 1), 235–258.

⁶⁰ Pojam *Fickela* RIW 1974, 69, 70 i *Martinek*, Das internationale Kartellprivatrecht, 1987, 52.

⁶¹ *Kegel/Schurig* (Fn. 37), 149.

⁶² Tako već *Wengler* ZVglRWiss 54 (1941), 168, 171, 181; *Zweigert*, u: FS Kiel, 124, 128; *Kropholler* (Fn. 59), 509.

⁶³ *Zweigert*, u: FS Kiel, 124, 128, *Wengler* ZVglRWiss 54 (1941), 168, 181 i sledeća: "međunarodna [] pravna pomoć".

⁶⁴ U vezi s dve zadnje tačke *Kegel/Schurig* (Fn. 37), 149.

⁶⁵ *Reithmann/Martiny-Freitag* (Fn. 29), Rn. 649; isto. *IPRax* 2009, 109, 111; *MünchKomm-BGB/Martiny* (Fn. 34), Art. 9 Rom I Rn. 119, 141–143.

⁶⁶ Uporedi o tome *Köhler* (Fn. 1), 246–258.

⁶⁷ Uporedi *Rauscher/Thorn*, EuZPR/EuIPR (Fn. 29), Art. 9 Rom I Rn. 35–38.

⁶⁸ Uporedi *Rauscher/Thorn*, EuZPR/EuIPR (Fn. 29), Art. 9 Rom I Rn. 40.

⁶⁹ Uporedi Fn. 19.

⁷⁰ BGH NJW 1972, 1575, 1576.

interesu SAD, već i u interesu celokupnog slobodnog zapada, a time i u interesu Savezne Republike Nemačke⁷¹ odnosno – u kasnijoj “*Borsäure*” odluci – da je Nemačka “u međuvremenu izričito američku politiku embarga učinila svojom i da je usvojila odgovarajuće zabrane”.⁷² Pitanje, da li mi “simpatišemo” strani embargo, trebalo bi se odrediti jedinstveno (uniformno) na evropskom nivou, a ne na nacionalnom nivou, jer je pravo spoljne trgovine kao deo zajedničke spoljne i bezbednosne politike prešlo u nadležnost evropskog zakonodavca (Naslov V, Poglavlje 2 Ugovora EU, čl. 215 AEUV).

Poznato je da za problematiku normi neposredne primene takođe postoji relevantna oblast u kojoj zbog nedostatka nadležnosti EU nema jedinstvenog pravnog osnova. No, ovo ne sprečava utvrđivanje “zajedničkih evropskih simpatija interesa” kao jedinstvenog evropskog kriterijuma za primenu stranih normi neposredne primene, jer se može uporednopravno utvrditi da li cilj koji sledi strana pravna norma ima svoje uporište u pravnim porecima svih država članica.

Primer za to jeste već spomenuta odluka BGH tzv. “*Schmiergeld*” u kojoj je normativno uzeta u obzir strana krivičnopravna norma koja sankcioniše korupciju, jer “prema shvatanju Senata (...) zahtev i primanje mita od strane stranog službenika svakako su nedopustivi, ako se time vređa domaći pravni poredak” i dotična norma se “prema pravnom i običajnom shvatanju koje je vladajuće u Nemačkoj prihvata”.⁷³ Iako krivično pravo nije unifikovano u EU, može se bez teškoća utvrditi da je borba protiv korupcije vrednost koju dele sve države članice.

Praktični problemi, koji nastaju s predloženim stanovištem, moraju se savladati kao što to pokazuje dosadašnja nemačka sudska praksa: zbog toga što je i u odluci o “nigerijskim maskama” BGH, bez pozitivnog zakonskog osnova,⁷⁴ razvio jedan “međunarodno tipičan interes”⁷⁵ koji prihvata nemački pravni poredak. Ako možemo “međunarodno tipični interes” na ovaj način proizvesti, onda izgleda jednostavnije da se razvije “tipičan evropski interes”, tim pre što se kod “ispitivanja simpatije” radi o tome da li je konkretni javni interes, koji služi kao ograničenje autonomije volje, kao takav vredan zaštite – a ne o tome da li konkretna sadržina norme odgovara propisima država članica. Uniformnost rezultata ovog pravnostvaralačkog pristupa obezbeđuje nadležnost Suda

EU za tumačenje – jer Sud EU donosi obavezujuću odluku o “simpatiziranju” stranih normi neposredne primene.⁷⁶

Prema tome, može se utvrditi: Osnov za primenu stranih normi neposredne primene prema preovlađujućem stavu ne proističe iz “moći sprovođenja” države koja je te norme donela, već iz regulatorne funkcije (funkcije poretka) međunarodnog privatnog prava. Dodatni kriterijum za primenu jeste materijalno “ispitivanje simpatija” koje se preduzima imajući u vidu zajedničke vrednosti svih država članica.

Valja primetiti da se primena norme neposredne primene koja je nama “simpatična”, uprkos stvaranju prikladne – autonomno izgrađene – tačke vezivanja, ne uzima u obzir ako strana država ovu normu u konkretnom slučaju uopšte ne bi (putem kolizivne norme) pozvala na primenu.⁷⁷ Ovo redovno proizlazi iz materijalnopravne neprimenljivosti odredbe “koja ne želi da bude primenjena”, jer kolizionopravno ograničenje polja primene redovno ima za posledicu i materijalnopravno ograničenje istog sadržaja. Isto tako – pošto ograničenje teritorijalnog i personalnog polja primene funkcionalno može nastupiti kako na kolizionopravnom tako i na materijalnopravnom nivou – teorijski nije isključeno da je isključivo reč o kolizionopravnoj odluci strane države, tako da bi dotična norma iz ugla ove države bila merodavna na osnovu materijalnog, a ne kolizionog prava. Takođe, u ovim slučajevima ne može doći do primene, jer uopšte ne postoji razlog da se strana norma neposredne primene primenjuje protiv “volje” strane države koja ju je donela.⁷⁸ Ograničavanjem kolizionopravnog domašaja jedne materijalnopravne norme koja služi domaćim javnim interesima ova država istovremeno ističe da smatra da njeni materijalnopravni interesi nisu tangirani u ovom konkretnom slučaju s elementom inostranosti. Time otpada interes za primenom jedne takve norme, jer njeno sprovođenje ispunjava sopstveni cilj nauštrb individualne pravičnosti. Metodološki može se – i bez raskidanja s uobičajenim kolizionopravnim metodom – uzeti u obzir Šurihov stav da je zapovest primene normi neposredne primene, koja se dobija *modo legislatoris* u okviru čl. 9 st. 3 Rim I uredbe – u smislu anticipiranog teleološkog ograničavanja – uslovno postavljena; “uslovljena je time da dotična država sama (kolizionopravno) želi da sprovede norme”.⁷⁹

⁷¹ BGH NJW 1961, 822, 823; isto tako BGH NJW 1962, 1436, 1437.

⁷² BGH NJW 1962, 1436, 1437.

⁷³ BGH NJW 1985, 2405, 2406.

⁷⁴ Zakon o zaštiti kulturnih dobara stupio je na snagu tek 1975, UNESCO Konvencija o zaštiti kulturnog dobra, na koju se pozivao BGH kao na “međunarodno tipični interes”, nije bila u tom trenutku obavezujuća za Nemačku, uporedi BGH NJW 1972, 1575, 1576; Konvencija je u Nemačkoj stupila na snagu 2008. godine (o tome BT-Drucks. 16/1371).

⁷⁵ Oslanjajući se na *Zweigert RabelsZ* 14 (1942), 283, 291.

⁷⁶ Prilikom utvrđivanja “zajedničke simpatije interesa u EU” ne radi se o tumačenju nacionalnog prava, već o utvrđivanju kolizionopravnog kriterijuma primene koji proističe iz prava EU – sledstveno tome postoji potpuna nadležnog Suda EU da iz “sirovog materijala” pravnih poredaka država članica “izvuče” kolizionopravne interese za primenu stranih normi neposredne primene, uporedi *Köhler* (Fn. 1), 325–328.

⁷⁷ Uporedi *Köhler* (Fn. 1), 258–261.

⁷⁸ *Schurig* (Fn. 40), 329 označava primenu norme neposredne primene protiv njene volje “kao nerazumnju”; isto tako *Kuckein* (Fn. 12), 128; *Radtko* ZVglRWiss 84 (1985), 325, 343; *Zimmer* IPRax 1993, 65, 68 i sledeća.

⁷⁹ Blježe o tome *Schurig* (Fn. 40), 329 i sledeća; isto. (Fn. 24), 55,

II. Zatvoreni karakter čl. 9 st. 3 Rim I uredbe?

Specifičnost čl. 9 st. 3 Rim I uredbe sastoji se u tome da se prema njenom izričitom tekstu primenjuju samo norme neposredne primene države ispunjenja ugovora, ukoliko ona ispunjenje smatra nezakonitim. Kako tumačiti ove elemente dispozicije člana 9 st. 3 Rim I, da li ih treba razumeti usko ili široko i da li se druge strane norme neposredne primene mogu primeniti, jesu pitanja o kojima se na kontraverzan način diskutuje u literaturi međunarodnog privatnog prava.⁸⁰ Ovaj spor se, u suštini, može redukovati na već pomenuta pravno-politička shvatanja. Ako se pođe od toga da se primena stranih normi neposredne primene u korist široke autonomije volja treba što više ograničiti, zahteva se restriktivno tumačenje dispozicije čl. 9 st. 3 Rim I i ispituje se uzimanje u obzir stranih normi neposredne primene koje proističe iz samog teksta ove odredbe, ukoliko faktička moć strane države za sprovođenjem ovih normi “obavezuje” sprovođenje i u drugim slučajevima.⁸¹ Ako se sa stanovištem koje ovde zastupamo može obrazložiti interes za primenu strane norme neposredne primene u obuhvatnoj regulatornoj funkciji (funkciji poretka) MPP-a, tada ne može biti ubedljivo ni restriktivno tumačenje dispozicije čl. 9 st. 3 Rim I niti prihvatanje njenog zatvorenog karaktera, jer bi doslovan tekst ove odredbe mogao samo delimično da uzme u obzir jednu takvu regulatornu funkciju MPP-a. I kada se dispozicija ove odredbe može tumačiti široko – kao što je na početku navedeno da se pod mestom ispunjenja smatra svako mesto koje ima kontakte s radnjom izvršenja, postoje takođe i druge strane pravne norme, koje nisu obuhvaćene tekstom čl. 9 st. 3 Rim I, a koje možemo “simpatisati” na osnovu zajedničkih evropskih vrednosti i čija tačka vezivanja, koja je izgrađena prema uobičajenoj metodologiji, nije mesto ispunjenja ugovora.

Prilikom prihvatanja “ograničenog dejstva” čl. 9 st. 3 Rim I uredbe, ne bi se mogle primeniti norme strane države o zaštiti kulturnih dobara i kada bi se ekstenzivno tumačilo mesto ispunjenja ugovora, ukoliko se faktička radnja ispunjenja ne preduzima u odnosnoj državi – ovo se događa, na primer, ako nemački kupac iz našeg primera preproda “velika kola sa konjem” u Francuskoj.⁸² Takođe, sprečila bi se primena kartelnopravnih odredaba i odredaba u fuziji⁸³ (spajanju) preduzeća, iako ove odredbe legitimno ograničavaju privatnu autonomiju volje: Njihova prikladna tačka vezivanja jeste dejstvo na konkretnom tržištu, na kome može doći do povrede i radnjom ispunjenja koja je preduzeta u nekoj drugoj državi – na primer, kada dolazi

do prenosa paketa akcija, koji je suprotan normama o kontroli spajanja preduzeća, ili do monopolskog utvrđivanja cena u inostranstvu. U oblasti kartelnog prava je evidentno da mi moramo takve norme prilikom pravne ocene ugovora da uzmemo u obzir: čl. 6 st. 3 Rim II uredbe, u kome je predviđen opisani “princip dejstva na tržište”, ukazuje na primenu kartelnopravnih normi o zabranama one države na čijem tržištu antimonopolsko ponašanje proizvodi dejstva. Ako se žele izbeći opisane⁸⁴ vrednosne protivrečnosti, moraju se u oblasti ugovornog prava s elementom inostranosti primeniti baš ove norme, ukoliko one predviđaju ugovornopravne posledice (redovno, ništavost ugovora koji je suprotan antimonopolskom zakonodavstvu).

Primena stranih normi neposredne primene, koja izlazi iz okvira teksta čl. 9 st. 3 Rim I uredbe, takođe nije na osnovu istorijskog nastanka ove odredbe isključena, iako se ovo delimično prihvata.⁸⁵ Može se, doduše, tvrditi da je politički pritisak Engleske (naročito Grada Londona) doveo do restriktivne formulacije čl. 9 st. 3 Rim I, kao i da se ova formulacija dovodi u vezu sa odlukom engleskog Apelacionog suda (*Court of Appeal*) u slučaju *Ralli Brothers v. Compañía Naviera Sota y Aznar*.⁸⁶ Ipak, iz ovoga se ne može pouzdano izvući zaključak o zatvorenom karakteru čl. 9 st. 3 Rim I uredbe, jer evropski zakonodavac nije eksplicitno ispoljio volju u pogledu “ograničenog dejstva” ove odredbe,⁸⁷ a uputstvo o tome se ne može naći ni u preambuli Rim I uredbe niti u službenim materijalima zakonodavnog postupka.⁸⁸ Zakonodavna volja bi, dakle, mogla isključivo proisteći iz spoljnih (često nejasnih) okolnosti zakonodavnog postupka koje same po sebi nisu obavezne za tumačenje normi.⁸⁹ Takođe, ne može se prihvatanje zatvorenog karaktera podupirati pomenutom engleskom odlukom na koju se očigledno naslanja tekst čl. 9 st. 3 Rim I uredbe: ako se i izuzme da je Rim I uredba pravni akt EU koji se tumači autonomno i da englesko nacionalno shvatanje u okviru čl. 9 st. 3 Rim I nikako ne može biti prejudicirajuće,⁹⁰ jedno takvo obrazloženje bilo bi nedovoljno ubedljivo, pošto su i prema dosadašnjem shvatanju u engleskoj sudskoj praksi primenjivane strane

⁸⁴ Uporedi sub B.I.2.c.aa.

⁸⁵ Tako na primer Reithmann/Martiny-Freitag (Fn. 29), Rn. 631, 653; Mankowski IHR 2008, 133, 148 i sledeća.

⁸⁶ *Ralli Brothers v. Compañía Naviera Sota y Aznar* [1920] 2 K.B. 287, 291, 295, 300.

⁸⁷ MünchKomm-BGB/Sonnenberger (Fn. 34), Einl. IPR Rn. 50; ipak, drukčije Mankowski IHR 2008, 133, 148.

⁸⁸ Uporedi takođe Reithmann/Martiny-Freitag (Fn. 29), Rn. 503; isto. IPRax 2009, 109, 110 i sledeća; MünchKomm-BGB/Martiny (Fn. 34), Art. 9 Rom I Rn. 113.

⁸⁹ Isto tako MünchKomm-BGB/Sonnenberger (Fn. 34), Einl. IPR Rn. 50.

⁹⁰ Tako Freitag IPRax 2009, 109, 111, koji “Ralli” – sudskoj praksi pridaje “ključni značaj” za razumevanje čl. 9 st. 3 Rim I uredbe.

71; isto. RabelsZ 54 (1990), 217, 238; isto tako MünchKomm-BGB/Sonnenberger (Fn. 34), Einl. IPR Rn. 60.

⁸⁰ Uporedi Köhler (Fn. 1), 265–273.

⁸¹ Uporedi na primer Rauscher/Thorn, EuZPR/EuIPR (Fn. 29), Art. 9 Rom I Rn. 65.

⁸² Uporedi takođe Freitag IPRax 2009, 109, 116.

⁸³ Na ovo ukazuje Leible/Lehmann RIW 2008, 528, 543.

norme neposredne primene u okviru pozitivnog javnog poretka⁹¹ i naročito kao sastavni deo merodavnog statuta⁹² – i to nezavisno od toga da li norma o kojoj je riječ ispunjenje ugovora smatra nezakonitim ili potiče iz pravnog poretka mesta ispunjenja ugovora. Iz ovog razloga treba odbaciti shvatanja o “ograničenom dejstvu” čl. 9 st. 3 Rim I uredbe, tako da ovu odredbu treba smatrati standardnim pravilom koje sadrži konstitutivne elemente (*Regelbeispiel*) i koje nema zatvoreni karakter.

III. Ostvarivanje regulatorne funkcije

(funkcije poretka) međunarodnog privatnog prava

Ako se odbije shvatanje o “ograničenom dejstvu” čl. 9 st. 3 Rim I uredbe, postavlja se konačno pitanje, na koji način se ostvaruje regulatorna funkcija međunarodnog privatnog prava. Iako se pomenuta teorija obligacionog statuta može po sebi upotrebiti da se uvaži regulatorna funkcija MPP-a, jer ona uvek poziva na primenu norme koje ispunjavaju takvu funkciju, ovo se ipak ne može slediti ako se ima u vidu napred rečeno.⁹³ Polazne tačke za primenu normi izvan okvira teksta čl. 9 st. 3 Rim I uredbe moraju, naprotiv, biti već pomenuti kriterijum primene, dakle stvaranje tačke vezivanja koja je povezana sa stranom normom neposredne primene – i koja se izgrađuje putem sudskog stvaranja prava na osnovu ispitivanja autonomnih kolizionopravnih interesa – i utvrđivanje interesa primene koji, prema ovde iznetom stanovištu, postoji, ako strana norma neposredne primene predstavlja izraz vrednosti koju dele sve države članice EU. Ovo u rezultatu vodi ka pretvaranju principa vezivanja (kolizionopravnog principa) koji važi za domaće norme neposredne primene u višestrani kolizionopravni princip, ukoliko ova norma predstavlja izraz zajedničke simpatije interesa u EU.⁹⁴

Jedan takav već kodifikovani primer nalazi se u čl. 6 st. 3 Rim II uredbe: I ovde države članice imaju slično nacionalno (delimično unifikovano) kartelno pravo, što s jedne strane opravdava zajedničko sumiranje pojedinih individualnih kolizionih normi, koje su u vezi s ovim materijalnim normama, u jednu kolizionu normu, kao i njeno proširenje na kartelno pravo trećih država, tako da u rezultatu postoji jedna uobičajena višestrana⁹⁵ koliziona norma: Samo ako – uniformno na nivou EU – kartelnopravne norme tretiramo kao legitimni osnov za ograničenje autonomije volje, tada dopuštamo ovo ograničenje u smislu kategoričnog imperativa i drugim

državama i izgrađujemo jednu višestrani kolizionu normu. Isto ovo – *modo legislatoris* – moguće je i u ugovornopravno relevantnim pravnim oblastima za koje možemo utvrditi “zajedničku evropsku simpatiju interesa”, dakle u oblasti pravne zaštite kulturnih dobara, kartelnog prava i prava spajanja (fuzije) preduzeća.⁹⁶ Ovde možemo formulirati višestrane kolizionne norme, što za sobom povlači predvidivost potencijalnog uzimanja u obzir stranih kolizionih normi, a time i pravnu sigurnost.

C. Zaključak

Čl. 9 st. 3 Rim I uredbe predstavlja jednu “nedovršenu” opštu klauzulu koja se konkretizuje sistemskim tumačenjem i sudskim razvijanjem prava – što može ispitivati i Sud EU – i koja omogućava izgradnju jedne originierne kolizionne norme koja ima koren u pravu EU. Ključni kriterijumi za to su:

- Stvaranje tačke vezivanja za strane norme neposredne primene i
- Pozitivna potvrda postojanja interesa primene na osnovu materijalnog “ispitivanja simpatija” čiji osnov čine zajedničke vrednosti svih država članica EU.

Na osnovu ovih kriterijuma primene može se *modo legislatoris* razviti jedan potencijalan višestrani sistem za norme neposredne primene u međunarodnom privatnom pravu EU – put koji ni u kom slučaju nije blokiran odredbom čl. 9 st. 3 Rim I uredbe.

Dr. Andreas Köhler

Die Berücksichtigung ausländischer Eingriffsnormen im Europäischen Internationalen Vertragsrecht

(Zusammenfassung)

Der Beitrag erschien in deutscher Sprache in Binder/Eichel (Hrsg.), Internationale Dimensionen des Wirtschaftsrechts, Baden-Baden 2013, dort. S. 199-222. Deutschsprachige Leser werden deshalb auf diese Veröffentlichung verwiesen. Verlag, Herausgeber und Redaktion der NPR bedanken sich bei dem Autor, den Herausgebern und dem Nomos-Verlag für die Erlaubnis zum Abdruck der vorliegenden Übersetzung.

The consideration of foreign mandatory rules in European International Contract Law

(Abstract)

This article deals with civil law aspects of international business law, and it addresses the question of whether and when the foreign mandatory rules must be applied when assessing the facts of the case with foreign element in the context of Article 9 paragraph 3 Rome I Regulation. The author comes to the conclusion that Article 9 paragraph 3 Rome I Regulation

⁹¹ Tako klasifikacija engleske *Foster v. Driscoll/Regazzoni* – odluke kod *Plender/Wilderspin* (Fn. 44), 12-024; o značaju i spornoj dogmatičkoj klasifikaciji ove sudske prakse vidi naročito *Kuckein* (Fn. 12), 259–274.

⁹² Engleska sudska praksa i literatura sledi teoriju obligacionog statuta; uporedi naročito *Kuckein* (Fn. 12), 217–228 m. N.

⁹³ Uporedi sub B.I.2.a; bliže *Köhler* (Fn. 1), 279–285.

⁹⁴ Bliže o tome *Köhler* (Fn. 1), 286–289.

⁹⁵ Dokazi u fn. 51.

⁹⁶ Da se kod kontrole fuzije preduzeća radi o jednom legitimnom regulatornom cilju koji je prihvaćen od strane svih država članica, proizlazi iz Uredbe EU o spajanju preduzeća br. 139/2004 od 20. januara 2004.

represents an “unfinished” general clause, that is to be concretised by way of further system-compatible and entirely by the ECJ verifiable legal development, and that enables the formation of an application instruction for the primary conflict of laws with European origin. The main criteria for that are: the realisation of a connecting factor related to a foreign mandatory rule, and the positive assessment of application interest resulting from a substantive “sympathy test” based on common ratings of all European Member States. Using these application criteria a potential all-sided system for mandatory rules in the European international private law can be developed *modo legislatoris* – a way which Article 9, paragraph 3 Rome I in no way obstructs.

“Anonimizacija” tužiteljskih akata u toku istrage*

Azra Kuči, LL.M. (Ženeva)**

UDK: 343.1:342.72/.73

Uvod

S razvojem novih informacijsko-komunikacijskih tehnologija povećava se i količina informacija koje su dostupne sve većem broju ljudi. Tako u savremenom društvu pojedinac vrlo lako može pratiti vijesti iz najudaljenijih dijelova svijeta putem informativnih TV stanica i raznih internet portala. I ne samo to, razvojem i širenjem tzv. socijalnih mreža, korisnici tih mreža sami dijele svoje lične informacije i podatke s drugim korisnicima.

Logično je da se u takvom okruženju povećava potreba za zaštitom prava na privatnost na način da se regulira i ograniči upotreba ličnih podataka građana. Zaštita ličnih podataka kao jedan od aspekata prava na privatnost je u Bosni i Hercegovini (u daljem tekstu: BiH) regulirana Zakonom o zaštiti ličnih podataka BiH.¹ Ovaj zakon se primjenjuje na lične podatke koje obrađuju svi javni organi, fizičke i pravne osobe, izuzev podataka koje fizičke osobe obrađuju isključivo u privatne svrhe.² U skladu s međunarodnim standardima i važećim zakonskim propisima u BiH, lični podaci predstavljaju bilo koju informaciju koja se odnosi na fizičku osobu na osnovu

koje je utvrđen ili se može utvrditi identitet te osobe.³ BiH je takođe ratificirala i Konvenciju Vijeća Evrope za zaštitu pojedinaca s obzirom na automatsku obradu ličnih podataka [*Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data*] (u daljem tekstu: Konvencija o zaštiti podataka),⁴ kao i Dodatni protokol u vezi s nadzornim organima i prekograničnim protokom podataka.⁵ Svi ovi dokumenti čine pravni okvir za zaštitu ličnih podataka u BiH.

Istovremeno s povećanjem potrebe za zaštitom prava na privatnost, sve češće se javlja sukob ovog prava s drugim pravima i slobodama u svim sferama života. Tako se u toku krivičnog postupka javlja potreba da se izbalansira pravo na slobodu izražavanja s jedne strane i pravo na zaštitu privatnosti učesnika u postupku, s druge strane. Iako spomenuti Zakon o zaštiti ličnih podataka postoji još od 2006. godine, njegov ozbiljniji utjecaj u oblasti krivičnog postupka, koji se ogleda u restrikciji objave podataka iz sudskih i tužiteljskih odluka počinje tek 2010. godine. Tada je Agencija za zaštitu ličnih podataka BiH⁶ (u daljem tekstu: Agencija) donijela akt u kojem se navodi da je objavljivanje na internetu optužnica i presuda koje sadrže lične podatke nezakonito.⁷ U istom aktu, Agencija je sugerirala Sudu BiH, kojem je akt i upućen, “donošenje propisa kojim bi se utvrdila pravila *anonimizacije* ličnih podataka u optužnicama i presudama koje se objavljuju na službenoj web-stranici”.⁸ Tako je riječ “anonimizacija” postala nova *buzzword* u bosanskohercegovačkom pravosuđu.

Sud BiH je nakon ovog akta Agencije povukao sve presude koje su bile objavljene na službenoj web-stranici, a isto je učinilo i Tužiteljstvo BiH s optužnicama na svojoj web-stranici.⁹ Presude Suda BiH su kasnije ponovo

³ Zakon o zaštiti ličnih podataka BiH, čl. 3.

⁴ Konvencija Vijeća Evrope o zaštiti osoba u pogledu automatske obrade ličnih podataka, ETS 108, Strasbourg, Vijeće Evrope, 28. 1. 1981. godine.

⁵ Odluka o ratifikaciji Dodatnog protokola uz Konvenciju za zaštitu pojedinaca s obzirom na automatsku obradu ličnih podataka, u vezi sa nadzornim organima i prekograničnim protokom podataka, “Službeni glasnik BiH”, Međunarodni ugovori, broj: 7/04.

⁶ Agencija je ustanovljena kao upravna organizacija u čijoj nadležnosti je nadgledanje provođenja odredbi Zakona o zaštiti ličnih podataka i drugih zakona o obradi ličnih podataka, postupanje po podnesenim prigovorima nositelja podataka, podnošenje godišnjih izvještaja o zaštiti ličnih podataka u BiH, te praćenje uvjeta za zaštitu ličnih podataka. Vidjeti čl. 40. Zakona o zaštiti ličnih podataka BiH.

⁷ Agencija za zaštitu ličnih podataka u BiH, Mišljenje – Obrada ličnih podataka na službenoj internet stranici Suda Bosne i Hercegovine, broj: 03-1-37-1-51-6/10 od 25. 3. 2010. godine.

⁸ Ibid. (naglasak dodan od strane autora). Pod anonimizacijom se, u ovom kontekstu, podrazumijeva zamjena, odnosno izostavljanje ličnih podataka osoba uključenih u krivične postupke.

⁹ OSCE Misija u BiH, *Postizanje pravde u Bosni i Hercegovini: Procesuiranje predmeta ratnih zločina od 2005. do 2010.* (Sarajevo, OSCE Misija u BiH, 2011), str. 87.

* Članak je nastao u okviru projekta “Zaštita informacija vs. zaštita javnog interesa: Postizanje optimalne ravnoteže između javnog interesa i zaštite informacija u krivičnom postupku”, koji su implementirali Centar za društvena istraživanja “Analitika” i Udruženje tužilaca Federacije BiH, uz tehničku podršku USAID-a JSDP II.

** Pravna savjetnica, TRIAL (Track Impunity Always).

¹ Zakon o zaštiti ličnih podataka BiH, “Službeni glasnik BiH” br. 49/06, 76/11 i 89/11.

² Zakon o zaštiti ličnih podataka BiH, čl. 2.

učinjene dostupnim na web-stranici,¹⁰ dok Tužiteljstvo BiH umjesto optužnica na svojoj web-stranici sada objavljuje saopćenja, koja uključuju i određene podatke o osobama protiv kojih su podignute optužnice, te o krivičnim djelima za koja se terete.¹¹ I Visoko sudsko i tužiteljsko vijeće (u daljem tekstu: VSTV) je u 2011. godini poduzelo određene mjere u pogledu anonimizacije, te je preporučilo sudovima i tužiteljstvima u BiH da poduzmu radnje u svrhu anonimiziranja svojih presuda i optužnica.¹² No, nakon što je politika anonimizacije izazvala oštre reakcije javnosti, kao i kritike stručne zajednice, VSTV je izmijenilo svoj stav u 2013. godini na način da je prepoznalo potrebu da se uspostavi balans između interesa javnosti i zaštite privatnosti osoba koje učestvuju u sudskim postupcima.¹³ VSTV je također oformilo radnu grupu kojoj je povjeren zadatak da izradi standarde/smjernice na osnovu kojih će sudovi i tužiteljstva postupati u konkretnim situacijama.¹⁴

U ovom članku će se analizirati problematika anonimizacije tužiteljskih akata u toku istražne faze krivičnog postupka, kao i u vrijeme podizanja i potvrđivanja optužnice. U narednim poglavljima bit će obrađeno nekoliko najvažnijih pitanja koja se tiču balansa različitih prava i interesa u toku istrage i postupka optuženja. Tu se na prvom mjestu nalazi potreba za transparentnošću u radu državnih organa, u koje spadaju i tužiteljstva, zatim potreba za efikasnošću istrage kako bi ona postigla svoj cilj, a sve to uz poštivanje prava osumnjičenog, odnosno optuženog od kojih je sigurno najvažnije pravo da se smatra nevinim dok se pravosnažnom sudskom presudom ne utvrdi njegova krivnja. U fokusu rada je međusobni odnos dva osnovna ljudska prava – prava na poštivanje privatnog života i prava na slobodu izražavanja, odnosno primanja informacija, s posebnim osvrtom na objavljivanje informacija o osumnjičenom, odnosno optuženom na službenim web-stranicama tužiteljstava. Na kraju se analizira praksa država od kojih su neke, iako su vezane istim međunarodnim i regionalnim instrumentima za zaštitu ljudskih prava kao i BiH, odlučile da ograniče pravo na privatnost osoba osumnjičenih za krivična djela u korist javnog interesa.

Balans različitih prava i interesa u toku istrage

Pitanje anonimizacije posebno je osjetljivo u fazi istrage, jer se tu javlja više različitih prava i interesa koje tužitelj mora izbalansirati kako ne bi ugrozio samu istragu.

Transparentnost rada državnih organa, pa tako i tužiteljstava, osnova je svakog demokratskog društva. Međutim, potreba da rad tužiteljstva bude transparentan, ne smije ugroziti njegovu osnovnu ulogu. S obzirom na to da je u krivičnoprocesnim zakonima propisano da je osnovno pravo i dužnost tužitelja otkrivanje i gonjenje počinitelja krivičnih djela, on mora poduzeti sve neophodne radnje da provede zakonitu i efektivnu istragu, te da zastupa optužnicu pred sudom i da, u konačnici, osigura da počinitelj krivičnog djela bude osuđen u skladu sa zakonom. Pri tome tužitelj mora poštovati osnovne principe krivičnog postupka i sve aspekte prava na pravično suđenje, među kojima je jedan od najvažnijih pretpostavka nevinosti osumnjičenog, odnosno optuženog. Tužitelj također u svom radu mora posvetiti i punu pažnju osnovnim ljudskim pravima i slobodama građana, među kojima su i sloboda izražavanja, odnosno sloboda medija. Istovremeno, on mora voditi računa i o pravu na poštivanje privatnog života osumnjičenog, odnosno optuženog, svjedoka i drugih učesnika u postupku. Tužitelj, kao jedna od stranaka u postupku, mora paziti i na jednakost oružja, kao i na čuvanje službene tajne¹⁵.

Sva ova prava i interesi, naravno, ne mogu zajedno egzistirati u svom punom obimu tokom cijele istrage i postupka optuženja. Zato je na tužitelju obaveza da uspostavi određenu ravnotežu između njih. Ta ravnoteža može biti različita u zavisnosti od specifičnosti istrage, vrste krivičnog djela, te ličnosti osumnjičenog, odnosno optuženog. Svu složenost odnosa između tužitelja i šire javnosti, odnosno medija, prepoznao je i Konsultativni savjet evropskih tužitelja (u daljem tekstu: CCPE)¹⁶ zbog čega je i donio Mišljenje (2013) broj 8 o odnosu između tužitelja i medija.¹⁷ Mišljenje je sačinjeno u cilju davanja preporuka tužiteljima na osnovu kojih bi se omogućilo medijima da imaju pristup odgovarajućim informacijama, te da bi se potakla pravilna komunikacija tužitelja i medija na način koji je u skladu sa zakonima i međunarodnim obavezama država članica.¹⁸

U preporukama CCPE-a se predlaže usvajanje politika komunikacije s medijima, poštivanje ljudskih prava

¹⁰ Web-stranica Suda BiH, presude se mogu pretražiti na osnovu imena osuđenih/oslobođenih osoba <http://www.sudbih.gov.ba/?jezik=b>

¹¹ Web-stranica Tužiteljstva BiH, odjeljak Vijesti, <http://www.tuzilastvobih.gov.ba/>.

¹² Visoko sudsko i tužilačko vijeće Bosne i Hercegovine, "Politika o objavljivanju sudskih odluka", usvojena na sjednici VSTV-a održanoj 29. 9. 2011. godine.

¹³ Izvještaj sa vanredne sjednice VSTV-a održane 17., 18. i 19. 7. 2013. godine, objavljen na web-stranici VSTV-a.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Vidjeti čl. 236. st. 3 ZKP BiH, čl. 251. st. 3 ZKP FBiH.

¹⁶ Konsultativni savjet evropskih tužitelja (The Consultative Council of European Prosecutors – CCPE) je konsultacijsko tijelo Komiteta ministara Vijeća Evrope i kreirano je odlukom Odbora ministara 13. 7. 2005. sa zadatkom da donosi mišljenja u vezi s funkcijom ureda tužitelja i da promovira efektivnu primjenu Preporuke Rec(2000)19 Odbora ministara koja se odnosi na ulogu tužitelja u sistemu krivičnog pravosuđa.

¹⁷ Mišljenje (2013) br. 8 Konsultativnog savjeta evropskih tužitelja o odnosu između tužitelja i medija, usvojeno od strane CCPE na 8. plenarnom sastanku (Yerevan, 8–9. 10. 2013), dostupno na web-stranici <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CCPE%282012%294&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FD C864&BackColorLogged=FDC864>.

¹⁸ Ibid., para 12.

i sloboda, te načela krivičnog postupka, kao i načela uzajamnog poštovanja i povjerenja između medija i tužitelja.¹⁹ Dalje se preporučuje da tužiteljstva ne samo da treba da odgovaraju na zahtjeve za pristup informacijama, nego da moraju djelovati i *proaktivno* i upotrebljavati svoje web-stranice u cilju informiranja javnosti o aktivnostima tužiteljstva.²⁰ Preporuke CCPE-a ne daju konkretne upute o količini i vrsti informacija koju tužiteljstva trebaju dijeliti s medijima, jer se to neminovno razlikuje od države do države. Preporuke su ustvari samo objedinile sva pravila i principe koji su se već nalazili u različitim konvencijama i zakonima, a ostavljaju državama, odnosno tužiteljstvima u tim državama da izbalansiraju ta pravila i interese na najbolji mogući način i u skladu sa svojom pravnom tradicijom.

Transparentnost rada tužiteljstava

Uopće u svom radu, pa tako i u istrazi, tužitelj mora biti slobodan od bilo kakvih vanjskih utjecaja. Međutim, to ne znači da tužitelj može da radi šta želi na način na koji to želi. On mora obavljati svoju funkciju neovisno i nepristrasno, a sve njegove radnje moraju biti u skladu sa zakonskim propisima i pravilima struke. Prijedlozi i zahtjevi tužitelja koje on upućuje sudu moraju biti utemeljeni na činjenicama čije je postojanje potkrijepljeno dokazima, inače ih sud neće prihvatiti. Time se osigurava zakonitost rada, odnosno kontrola tačnosti i potpunosti utvrđenog činjeničnog stanja i pravilna primjena zakonskih odredbi na utvrđene činjenice. To je kontrola koja se vrši u sklopu samog krivičnog postupka.

Međutim, javnost često percipira sud i tužiteljstvo kao dva dijela jedne cjeline, te smatra da kontrola koja bi djelovala isključivo unutar pravosudnog sistema nije efikasna.²¹ Eventualne sumnje građana koji stoje "izvan" pravosudnog sistema mogu se otkloniti samo njihovim uvidom u rad ovog sistema. Važnost učešća javnosti u krivičnom postupku često je u svojim odlukama isticao britanski sudija Lord Shaw od Dunfermlinea citirajući filozofa Jeremyja Benthama: "Gdje nema javnosti, nema ni pravde. Javnost je sama duša pravde".²²

Iako svi krivičnoprocesni zakoni u BiH poznaju princip javnosti glavnog pretresa, ti zakoni ni u jednom svom dijelu ne nalažu tužitelju da obavještava javnost o svojim

radnjama niti da je informira o identitetu osoba protiv kojih se provodi istraga. Uprkos tome, kako bi se povećala transparentnost rada tužiteljstva i osigurala vladavina prava, određene informacije o radu tužiteljstava moraju biti dostupne građanima. Na taj način javnost stiže uvid u ispravnost rada organa krivičnog gonjenja i pravilnu primjenu javnih ovlasti koje im je država povjerila.

Značaj transparentnosti u radu tužiteljstava prepoznat je i u Preporuci Komiteta ministara Vijeća Evrope o pružanju informacija o krivičnim postupcima putem medija, u čijoj se preambuli ukazuje na "značaj medijskog izvještavanja u informiranju javnosti o krivičnim postupcima, čime se preventivna funkcija krivičnog prava čini vidljivom, te javnosti daje uvid u funkcioniranje krivično-pravnog sistema".²³ Dva su načina na koji se javnost može informirati o radu tužiteljstava – prvi način je da sama tužiteljstva postupaju reaktivno (na osnovu upita), te da mediji (kao i sami građani) dođu do podataka u skladu s važećim zakonima o slobodi pristupa informacijama;²⁴ drugi je način da sama tužiteljstva, bez posebnog zahtjeva, djelujući proaktivno u svrhu informiranja javnosti o svom radu, objave određene informacije putem svojih web-stranica²⁵ ili preko svojih službenika za odnose s javnošću.²⁶ Službenik za odnose s javnošću daje informacije u ime cijelog tužiteljstva kao organa, a ne u ime pojedinih tužitelja.

Što se tiče reaktivnog djelovanja tužiteljstva na upite građana i medija, s obzirom na to da tužiteljstva predstavljaju javne organe,²⁷ svaka fizička ili pravna osoba u skladu sa zakonima o slobodi pristupa informacijama,²⁸ ima pravo pristupa informacijama koje se nalaze pod kontrolom tužiteljstava. Procedura za dobijanje informacija od javnih organa regulirana je zakonom i pokreće se podnošenjem zahtjeva od strane fizičke ili pravne osobe na osnovu koga nadležni organ postupuje u propisanim rokovima.²⁹ Ovo pravo nije apsolutno i određene informacije mogu biti izuzete od priopćenja ako se osnovano može očekivati da bi njihovo priopćavanje izazvalo

¹⁹ Ibid., dio IV – Preporuke.

²⁰ Ibid. (naglasak dodan od strane autora).

²¹ O nedostatku povjerenja građana u sudove (tužiteljstva nisu posebno navedena u anketi) vidjeti anketu o povjerenju građana u institucije vlasti koju je provela Analitika u saradnji s agencijom Prizma u novembru 2013, prema kojoj samo 3,7% anketiranih građana ima veliko povjerenje, odnosno dosta povjerenja u sudove.

Ova anketa je dostupna na web-stranici <http://www.analitika.ba/bs/publikacije/rezultati-ankete-gradani-ne-vjeruju-institucijama-vlasti-i-politickim-partijama-u-bih>.

²² *Scott v Scott*, 1913, Žalbeno vijeće (*House of Lords*), 417, 477.

²³ Preporuka Komiteta ministara Vijeća Evrope Rec(2003)13 o pružanju informacija o krivičnim postupcima putem medija, usvojena od strane Vijeća ministara 10. 7. 2003. godine.

²⁴ Zakon o slobodi pristupa informacijama BiH, "Službeni glasnik BiH", br. 28/00, 45/06, 102/09, 62/11, 100/13, Zakon o slobodi pristupa informacijama Federacije BiH, "Službene novine FBiH", br. 32/01, 48/11, Zakon o slobodi pristupa informacijama Republike Srpske, "Službeni glasnik RS", br. 20/2001.

²⁵ Sva tužiteljstva u BiH imaju svoje web-stranice na portalu pravosudje.ba.

²⁶ Službenici za odnose s javnošću su jedna od novina u organizaciji tužiteljstava i oni su zaduženi za komunikaciju s medijima. Obično se radi o osobama čije se obrazovanje i iskustvo odnosi na rad u medijima.

²⁷ Čl. 3. st. 2. Zakona o slobodi pristupa informacijama BiH (isti član je i u zakonima FBiH i RS).

²⁸ Ibid., čl. 1. st. 2.

²⁹ Ibid., čl. 11 i 14.

značajne štete za određene, legitimno zaštićene interese. Takvi izuzeci se npr. mogu napraviti u svrhu zaštite javnog interesa, interesa odbrane i sigurnosti, javne sigurnosti, sprečavanja i otkrivanja kriminala, kao i zaštite privatnosti osoba.³⁰

Što se tiče proaktivnog objavljivanja informacija od strane tužiteljstava, Konvencija o pristupu službenim dokumentima Vijeća Evrope propisuje da će: "Na sopstvenu inicijativu i gdje je to prikladno, javni organ poduzeti neophodne mjere kako bi objavio službene dokumente koje posjeduje u interesu unapređenja transparentnosti i efikasnosti javne uprave i poticanja informiranog učešća javnosti u pitanjima od javnog interesa".³¹ I ova konvencija predviđa da države mogu limitirati pristup dokumentima, ali sva takva ograničenja moraju biti propisana zakonom i moraju biti: "... nužna u demokratskom društvu i proporcionalna cilju zaštite [taksativno navedenih] interesa".³²

Iako su tužiteljstva kao državni organi dužna da svoje aktivnosti obavljaju transparentno, te da daju određene informacije o svom radu, neka ograničenja u pogledu vrste i obima informacija moraju postojati kako bi se ispunio osnovni zadatak tužitelja u krivičnom postupku – otkrivanje i gonjenje počinitelja krivičnih djela. Zato je tužitelj koji postupa u određenom predmetu u najboljoj poziciji da odlučuje o vrsti i količini informacija koje se mogu otkriti medijima dok je istraga u toku.

Provođenje istrage kao osnovno pravo i dužnost tužitelja

Istraga je prvi korak u vođenju krivičnog postupka. U skladu s krivičnoprocesnim zakonima u BiH, istragu vodi tužitelj. Tužitelj ima pravo i dužnost da, odmah po saznanju da postoje osnovi sumnje da je počinjeno krivično djelo, poduzme sve potrebne mjere u cilju provođenja istrage, pronalaženja osumnjičenog, te rukovođenja aktivnostima ovlaštenih službenih osoba i nadzora nad istragom.³³ Osnovni zadatak istrage je da se prikupe neophodni dokazi za podizanje optužnice i održavanje suđenja.

Istraga zvanično započinje donošenjem naredbe o provođenju istrage od strane tužitelja, a završava se podizanjem optužnice.³⁴ Ukoliko se ne radi o nepoznatom

počinitelju, naredba o provođenju istrage mora da sadrži i podatke o osumnjičenom.³⁵ S obzirom na to da se radi o internom aktu tužitelja, koji se ne dostavlja ni sudu ni osumnjičenom, ovi podaci u pravilu nisu dostupni ni javnosti. I svi ostali akti tužiteljstva i suda koji se odnose na osumnjičenog moraju sadržavati njegove lične podatke koji služe za njegovu identifikaciju.

Tužitelj sam odlučuje u kojem će momentu u toku istrage ispitati osumnjičenog, a zakon ga obavezuje samo da to bude prije podizanja optužnice.³⁶ Većina tužitelja osumnjičenog ispita na samom kraju istrage, neposredno prije podizanja optužnice, a nakon što su prikupljeni svi ostali dokazi potrebni za optuženje. Prilikom ispitivanja osumnjičenog, tužitelj mora uzeti njegove lične podatke, koji će kasnije biti navedeni i u optužnici, ako do optuženja dođe. Dakle, sve do momenta dok tužitelj ne odluči da ispita osumnjičenog, osumnjičeni ne mora znati da se protiv njega vodi istraga. Zato je često u interesu tužitelja da ni javnost nema saznanja o samoj istrazi, kao ni o identitetu osumnjičenog. Kada tužitelj sačinjava strategiju istrage, on vrši i procjenu rizika mogućeg uništavanja ili prikrivanja dokaza, kao i ometanja istražnih radnji. Ako procijeni da postoji rizik da istraga bude ugrožena ako osumnjičeni sazna za nju, on će, ako je to u mogućnosti, poduzimati samo one radnje o kojima po zakonu ne mora obavijestiti osumnjičenog, odnosno njegovog branitelja.

Naravno, s obzirom na okolnosti slučaja i u zavisnosti od složenosti istrage, tužitelj nekad mora da poduzme različite istražne radnje koje mu stoje na raspolaganju, a o kojima, u skladu sa zakonom, mora obavijestiti sud i/ili osumnjičenog, odnosno njegovog branitelja (npr. pretresanje stana ili osoba) ili može odlučiti da predloži da se odredi pritvor osumnjičenom, o kojem se moraju izjasniti osumnjičeni i njegov branitelj. U tim slučajevima, osumnjičeni će biti obaviješten o istrazi i osnovama sumnje protiv njega i u ranijem stadiju istrage. Nakon što postupajući tužitelj prikupi dovoljno dokaza iz kojih proizlazi osnovana sumnja da je osumnjičeni počinio krivično djelo, on podiže optužnicu i upućuje je nadležnom sudu (tačnije, sudiji za prethodno saslušanje) na potvrđivanje.³⁷ Pored drugih obaveznih elemenata, optužnica mora da sadrži i lične podatke osumnjičenog.³⁸ Sudija za prethodno saslušanje može potvrditi ili odbiti jednu ili više tački optužnice. Nakon što se potvrde pojedine ili sve tačke optužnice, osumnjičeni će dobiti status optuženog.³⁹ Glavni pretres

³⁰ Ibid., čl. 6–8.

³¹ Čl. 10. Konvencije Vijeća Evrope o pristupu službenim dokumentima od 18. 6. 2009. godine, CETS br. 205, Odluka o ratifikaciji Konvencije, "Službeni glasnik BiH" Međunarodni ugovori, broj 10/11. Bosna i Hercegovina je potpisala ovu konvenciju 1. 9. 2010. godine, a ratificirala ju je 31. 1. 2012.

³² Ibid., čl. 3.

³³ Čl. 35. Zakona o krivičnom postupku BiH (ZKP BiH) i Zakona o krivičnom postupku BD (ZKP BD), čl. 43. Zakona o krivičnom postupku RS (ZKP RS), odnosno čl. 45. Zakona o krivičnom postupku FBiH (ZKP FBiH).

³⁴ U slučaju kada nema dovoljno dokaza da je osumnjičeni učinio krivično djelo, tužitelj donosi naredbu kojom se istraga obustavlja.

³⁵ Čl. 216. st. 2. ZKPBH i ZKP BD, čl. 224. st. 2. ZKP RS i čl. 231. st. 2. ZKP FBiH.

³⁶ Čl. 225. st. 3. ZKP BiH i ZKP BD, čl. 233. st. 3. ZKP RS, čl. 240. st. 3. ZKP FBiH.

³⁷ Čl. 226. st. 1. ZKP BiH i ZKP BD, čl. 241. st. 1. ZKP RS i ZKP FBiH.

³⁸ Čl. 227. st. 1. ZKP BiH i ZKP BD, čl. 242. st. 1. ZKP RS i ZKP FBiH.

³⁹ Čl. 228. st. 4. ZKP BiH i ZKP BD, čl. 243. st. 4. ZKP RS i ZKP FBiH.

počinje čitanjem optužnice⁴⁰ i s obzirom na to da je glavni pretres u pravilu javan, svi prisutni će biti upoznati s ličnim podacima optuženog i pojedinostima radnji krivičnog djela za koje je optužen. U slučaju da mediji prate glavni pretres, oni na taj način mogu doći do tih podataka i objaviti ih u sredstvima informiranja.

Pretpostavka nevinosti

Jedan od osnovnih elemenata prava na pravično suđenje i važan procesnopravni institut je pretpostavka nevinosti osumnjičenog, odnosno optuženog, tj. načelo da se svako smatra nevinim za krivično djelo dok se pravomoćnom presudom ne utvrdi njegova krivnja. Važnost pretpostavke nevinosti potvrđuje i njeno kodificiranje u međunarodnim instrumentima za zaštitu ljudskih prava, kao i u krivičnoprocesnim zakonima većine država.⁴¹ Pretpostavka nevinosti mora se poštovati od samog početka krivičnog postupka, pa sve dok se krivnja ne utvrdi pravosnažnom presudom. S obzirom na to da je sud taj koji donosi presudu, na njemu i leži najveća odgovornost za poštivanje pretpostavke nevinosti. Međutim, i tužitelj mora poštovati ovu pretpostavku, jer iako tužitelj može vjerovati da je osumnjičeni, odnosno optuženi kriv i poduzimati sve što je u njegovoj moći da to i dokaže u zakonitom postupku, on ne može o tome suditi, jer bi se inače stavio u ulogu sudije. U pogledu pretpostavke nevinosti, Agencija je u jednom od svojih rješenja zauzela stav da je "objavljivanje ličnih podataka osumnjičenog u toku istrage kao nesumnjivog izvršitelja krivičnog djela, suprotno pretpostavci nevinosti".⁴² Ova tvrdnja sama za sebe je tačna. Međutim, u samom obrazloženju navedenog rješenja, Agencija je dala kontradiktorna objašnjenja. U rješenju se navodi da su "objavljene optužnice podignute protiv lica za koje postoje osnovi sumnje (*sic*) da su počinila krivično djelo".⁴³ Međutim, optužnica se podiže kada postoji osnovana sumnja da je osoba počinila krivično djelo. To je viši stupanj sumnje, odnosno veća vjerovatnoća od osnova sumnje.⁴⁴ Nadalje, čak i postojanje osnovane sumnje da je osoba izvršila krivično djelo nikako nije isto što i tvrdnja da se radi o počinitelju djela, jer se to tek dokazuje u sudskom postupku koji se provodi nakon

potvrđivanja optužnice. Iz toga proizlazi da je netačan stav Agencije da objavljivanje podataka osumnjičenog u toku istrage znači njegovo identificiranje kao nesumnjivog počinitelja djela za koje se tereti.

I u praksi Evropskog suda za ljudska prava (u daljem tekstu: Evropski sud) potvrđeno je da pravo na pravično suđenje ne sprečava nadležne organe da informiraju javnost o postupcima koji su u toku, uz uvjet da se prezentacija tih informacija javnosti mora činiti na način koji je u skladu s pretpostavkom nevinosti.⁴⁵ Prema tome, objavljivanje optužnice u kojoj se navodi da postoji osnovana sumnja da je osoba počinila krivično djelo ne implicira da je ta osoba i kriva, te nije u suprotnosti s pretpostavkom nevinosti. Nasuprot tome, u praksi Evropskog suda je utvrđeno da objavljivanje informacija u toku krivičnog postupka bez pravljenja jasne distinkcije između "osumnjičenog" i "optuženog", predstavlja kršenje prava na nepristrasno suđenje, posebno kad informacije dolaze od organa vlasti, npr. tužitelja koji vodi predmetnu istragu.⁴⁶ U skladu s tim, objavljivanje informacija u toku istrage i objavljivanje optužnica na internetu samo po sebi ne predstavlja kršenje prava na pravično suđenje, odnosno nije u suprotnosti s pretpostavkom nevinosti, ako objavljene informacije nisu takve prirode da predstavljaju osumnjičenog, odnosno optuženog kao utvrđenog počinitelja krivičnog djela.

Pravo na poštivanje privatnog života i pravo na slobodu izražavanja

U središtu polemike oko anonimizacije tužiteljskih i sudijskih akata u BiH ustvari se nalazi veoma složen odnos između prava na poštivanje privatnog života⁴⁷ i prava na slobodu izražavanja, koje podrazumijeva i pravo na slobodan pristup informacijama.⁴⁸ Kako bi se odlučilo u prilog ili protiv anonimizacije, potrebno je odlučiti čemu dati prioritet i koje pravo ograničiti nauštrb drugog prava.

Iako nije izričito navedeno u Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljem tekstu: Evropska konvencija), pravo na zaštitu ličnih podataka sastavni je dio prava na poštivanje privatnog

⁴⁰ Čl. 260. ZKP BiH i ZKP BD, čl. 275. ZKP RS i ZKP FBiH.

⁴¹ Čl. 11. Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima, čl. 6. st. 2. Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, čl. 14 st. 2. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, čl. 3. st. 1. svih krivičnoprocesnih zakona u BiH.

⁴² Agencija za zaštitu ličnih podataka u BiH, Rješenje broj: 03-1-37-7-440-3/10 od 12. 11. 2010. godine, dostupno na <http://www.azlp.gov.ba/rjesenja/?id=121>, (obrazloženje rješenja) str. 4.

⁴³ Rješenje Agencije, str. 1. (naglasak dodan od strane autora).

⁴⁴ Više u Ž. Karas, "Sudska praksa o policijskom postupanju: osnove sumnje i osnovana sumnja; zatvoreni krug indicija", 4 *Policija i sigurnost* (2012) str. 617.

⁴⁵ Vidjeti npr. *Karakas i Yesilmak protiv Turske*, presuda Evropskog suda broj 43925/98 od 28. 6. 2005.

⁴⁶ Vidjeti npr. *Allenet de Ribemont protiv Francuske*, presuda Evropskog suda broj 15175/89 od 10. 2. 1995. godine, para 37. U tom slučaju nakon hapšenja osobe koja se sumnjičila za ubistvo, ministar unutrašnjih poslova i šef policije dali su intervju za medije u kojem su naveli da je ubojica, *Allenet de Ribemont*, uhapšen. Sud je našao kršenje prava na pravično suđenje u pogledu nepoštivanja pretpostavke nevinosti i u slučaju *Khuzhin i dr. protiv Rusije*, broj 13470/02 od 23. 10. 2008. godine, gdje su na sličan način istražitelji i tužitelji govorili o osumnjičenom kao o osobi koja je nesumnjiv krivac.

⁴⁷ Čl. 8. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.

⁴⁸ Čl. 10. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.

života. To pravo je u Evropskoj konvenciji postavljeno vrlo široko, upravo s ciljem da obuhvati sve relevantne aspekte privatnosti.⁴⁹ Međutim, pravo na poštivanje privatnog života nije apsolutno pravo. Ono se može ograničiti zakonom ako je to neophodno u interesu nacionalne sigurnosti, javne sigurnosti, ekonomske dobrobiti zemlje, radi sprečavanja nereda ili kriminala, zaštite zdravlja ili morala, ili radi zaštite prava i sloboda drugih.⁵⁰ Ista ograničenja postavljena su i u Konvenciji o zaštiti podataka. U komentaru odredbi Konvencije o zaštiti podataka je navedeno da "sprečavanje kriminala" uključuje istragu i procesuiranje krivičnih djela,⁵¹ a da se "zaštita (...) prava i sloboda drugih" odnosi na bitne interese privatnih osoba, kao što su prava trećih osoba (npr. sloboda medija, poslovna tajna i sl.).⁵² Odnos između zaštite ličnih podataka i slobode izražavanja reguliran je i Direktivom o zaštiti pojedinaca u vezi sa obradom ličnih podataka i o slobodnom kretanju takvih podataka,⁵³ prema kojoj su države članice obavezne da osiguraju iznimke ili odstupanja u odnosu na zaštitu podataka. Te iznimke od zaštite mogu biti učinjene isključivo u novinarske svrhe ili radi umjetničkog ili književnog izražavanja, a u cilju usklađivanja prava na privatnost s propisima o slobodi izražavanja.⁵⁴

Važan argument koji ide u prilog ograničenju prava na privatnost, naročito u društvima u tranziciji, jeste i tranzicijska pravda, čiji je bitan segment i krivična pravda. Ovaj argument je posebno primjenjiv na predmete u kojima se utvrđuje odgovornost za teška kršenja ljudskih prava u prošlosti i odgovornost za ratne zločine, zločine protiv čovječnosti i genocid, te optužnice i presude u ovim predmetima nikako ne smiju biti anonimizirane.

Pri odlučivanju o tome da li postoji kršenje člana 8. Evropske konvencije, tačnije da li su ograničenja tog prava neophodna u demokratskom društvu, i Evropski sud je u više navrata naveo da će "margina diskrecije koja je dozvoljena nadležnim državnim organima varirati u zavisnosti od toga o kojim se pitanjima radi, kao i ozbiljnosti interesa u pitanju".⁵⁵ U vaganju zaštite ličnih podataka

osumnjičenog u odnosu na druga prava i interese, svakako treba uzeti u obzir značaj transparentnosti u radu tužiteljstva, odnosno širi društveni interes koji se ogleda u interesu građana u ishod sudskih postupaka. S obzirom na to da kršenje pravnih normi u konačnici šteti javnom interesu, osoba koja je osumnjičena, odnosno optužena za takva kršenja ulazi u sferu javnog života i u tom segmentu njeno pravo na privatnost se ograničava. Shodno tome, pravo na privatnost se može ograničiti ukoliko privatni život jedne osobe prodre u sferu javnog ili se to pravo dovede u vezu s drugim zaštićenim pravima i interesima za koje država utvrdi da imaju prioritet u demokratskom društvu.

U ovom kontekstu, interesantna je presuda Evropskog suda u predmetu *Axel Springer AG protiv Njemačke*⁵⁶ jer se radi o situaciji gdje su mediji izvještavali o krivičnom postupku, a Evropski sud je zatim odlučivao o balansu između prava na privatnost i slobode izražavanja. U tom predmetu, Evropski sud je našao da zabrana koja je stavljena od strane domaćeg suda vlasniku novina koji je imao namjeru da objavi članak o uhićenju i osudi poznatog glumca, predstavlja kršenje člana 10. Evropske konvencije. U ovoj odluci, Evropski sud je ponovio kriterije iz svojih ranijih odluka u pogledu uspostavljanja ravnoteže između prava na slobodu izražavanja i prava na poštivanje privatnog života.⁵⁷ Sud je u ovom slučaju, između ostalog, uzeo kao bitnu okolnost to da i hapšenje i osuda spadaju u domen javnog interesa, jer se radi o činjenicama vezanim za krivični postupak.⁵⁸ Također je ocijenio da je važno i to što je informacija o hapšenju i identitetu osumnjičenog došla od samog tužitelja.⁵⁹

Bitno je napomenuti da, iako se sva polemika oko anonimizacije vodi oko zaštite ličnih podataka, u većini slučajeva se ustvari radi o želji osumnjičenih/optuženih/osuđenih osoba da zaštite svoj ugled u društvu. Istina je da čak i postojanje optužbe da je osoba počinila krivično djelo, iako krivnja tek treba da se utvrdi u sudskom postupku, škodi ugledu optužene osobe. Međutim, u skladu s našim pozitivnim krivičnim zakonodavstvom, svrha kažnjavanja i jeste društvena osuda krivičnog djela i utjecaj na svijest građana o pogibeljnosti krivičnih djela i o pravednosti kažnjavanja počinitelja.⁶⁰ Prema tome, zaštita ugleda ne može biti jedini osnov za anonimizaciju. I u praksi Evropskog suda je utvrđeno da se osobe ne mogu žaliti na kršenje prava na privatnost zbog gubitka ugleda ako je gubitak ugleda očekivana posljedica radnji same te osobe, kao što je to npr. počinjenje krivičnog djela.⁶¹ U slučaju

⁴⁹ *Niemietz protiv Njemačke*, presuda Evropskog suda broj 13710/88 od 16. 12. 1992, para. 29.

⁵⁰ Čl. 8. st. 2. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.

⁵¹ Vijeće Evrope, *Obrazloženje uz Konvenciju Vijeća Evrope o zaštiti osoba u pogledu automatske obrade ličnih podataka*, para 57. <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/108.htm>.

⁵² *Ibid.*, para 58.

⁵³ Direktiva 95/46/EC Evropskog parlamenta i Vijeća od 24. 10. 1995. godine o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom ličnih podataka i o slobodnom kretanju takvih podataka, član 9.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ Vidjeti npr: *Kutzner protiv Njemačke*, presuda Evropskog suda broj 46544/99 od 10. 7. 2002, para 67. *K. i T. protiv Finske*, presuda Evropskog suda broj 25702/94 od 27. 4. 2000. godine, para. 166.

⁵⁶ *Axel Springer AG protiv Njemačke*, presuda Evropskog suda broj 39954/08 od 7. 2. 2012. godine.

⁵⁷ *Axel Springer AG protiv Njemačke*, para. 89-95.

⁵⁸ *Ibid.*, para. 96.

⁵⁹ *Ibid.*, para. 104.

⁶⁰ Čl. 42. Krivičnog zakona FBiH.

⁶¹ *Sidabras i Džiautas protiv Litvanije*, presuda Evropskog suda broj 55480/00 i 59330/00 od 27. 10. 2004. godine, para. 49.

da je optužena osoba oslobođena od optužbe, a njen slučaj je bio prikazan u sredstvima javnog informiranja, čime je narušen njen ugled, sud će, ako to ona zahtijeva, objaviti u novinama ili drugom sredstvu javnog informiranja saopćenje o odluci iz koje proizlazi neopravdanost ranije osude.⁶² Na ovaj način se sanira šteta po ugled osobe koja je neosnovano optužena za počinjenje krivičnog djela.

U određenim okolnostima podaci osumnjičenog, odnosno optuženog mogu biti uskraćeni javnosti. Tako je u našoj državi zakonima izričito regulirana zaštita interesa maloljetnika u sudskim postupcima, te su u slučajevima kada se radi o maloljetnicima njihovi osobni podaci uvijek zaštićeni i ne objavljuju se, bilo da se oni pojavljuju kao oštećeni, odnosno svjedoci ili kao počinitelji krivičnih djela.⁶³

Rješenja u drugim državama

Kako je već rečeno, većina instrumenata koji se bave odnosom tužitelja i medija ostavlja samim državama članicama slobodu da izbalansiraju suprotstavljena prava i interese u svojim zakonima i politikama postupanja između tužiteljstva i javnosti/medija. Tako se praksa različitih država i razlikuje u tom pogledu, a u zavisnosti od stadija istrage i vrste krivičnih djela, obim informacija koji je dostupan javnosti je manji ili veći.

Tako u Engleskoj i Welsu, u toku istrage, tužiteljstvo (*Crown Prosecution Service*) će okvirno, na njihov upit, potvrditi medijima da razmatra dokaze koji se odnose na određeni incident.⁶⁴ U vrijeme optuživanja, tužiteljstvo nekad (proaktivno ili na upit) daje kratku izjavu u kojoj su sadržane osnovne informacije o činjenicama iz predmeta.⁶⁵ Ako je donijeta odluka da se ne ide u optuženje, tužiteljstvo će, ako za to postoji javni interes, objelodaniti razloge za svoju odluku, ukoliko je to moguće.⁶⁶ Nakon podizanja optužnice, ako se radi o predmetima od posebne važnosti ili o kompleksnim predmetima (tzv. *high profile cases*), mediji mogu biti pozvani da prisustvuju sastanku s tužiteljstvom, na kojem bi im se objasnile ključne činjenice slučaja i dogovorile tehničke pojedinosti u vezi s praćenjem postupka. Informacije date u ovom stadiju se ne mogu objavljivati dok ne budu iznesene na suđenju ili sve do

okončanja postupka.⁶⁷ Nakon početka suđenja, uvodna riječ tužiteljstva se nekad daje medijima kako bi oni što tačnije izvještavali o slučaju.⁶⁸

U Danskoj su istraga i procesuiranje krivičnih djela bazirani na principu otvorenosti prema javnosti i medijima.⁶⁹ Tužitelji sami komuniciraju s medijima. U skladu s danskim Zakonom o provođenju pravde [*Retsplejeloven*], mediji mogu dobiti pristup informacijama o predmetima koji su u toku, kao i predmetima koji su presuđeni, s tim da tužitelji ne mogu dati medijima informacije koje se smatraju povjerljivim, kao što je to npr. u slučajevima gdje bi davanje podataka ugrozilo dalju istragu, ili se informacije odnose na fizičko ili mentalno zdravlje osoba, njihovu raniju osuđivanost, političko ili religijsko opredjeljenje, seksualni život i sl.⁷⁰ U posebnim slučajevima i ovi osjetljivi podaci mogu se dati medijima ako se, na osnovu pojedinačne procjene, utvrdi da je uvid javnosti u rad sistema krivičnog pravosuđa važniji od zaštite javnih ili ličnih podataka.⁷¹ U Danskoj su u pravilu imena optuženih, svjedoka i drugih osoba u postupku poznata javnosti, ali ako postoji rizik da bi objavljivanje ovih podataka te osobe moglo izložiti opasnosti ili izazvati veliko narušavanje njihove privatnosti, sud može odlučiti da zabrani medijima da objavljuju imena, adrese i funkcije optuženog, svjedoka i drugih učesnika u postupku, uzimajući u obzir okolnosti slučaja (ali ako se optuženi bavi javnim zanimanjem, njegovi podaci će se u pravilu objaviti).⁷²

U Švedskoj, kao i u Danskoj, ne postoji posebna funkcija službenika za odnose s javnošću u tužiteljstvima, nego sami tužitelji koji rade na predmetima komuniciraju s medijima.⁷³ Tužitelji obično ne govore o imenima optuženih osoba, ali kako su suđenja u principu javna, u toku suđenja podaci iz optužnice postaju dostupni medijima.⁷⁴ U Finskoj se u toku predistražne faze ime osumnjičenog ne otkriva trećim osobama i medijima.⁷⁵

⁶⁷ Ibid.

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ Odgovori Danske na Upitnik napravljen u svrhu pripremanja CCPE Mišljenja broj 8 o odnosu između tužitelja i medija, para 1, dokument objavljen na web-stranici http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccpe/opinions/travaux/travaux_8_EN.asp

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ Ibid.

⁷² Ibid., para 18.

⁷³ Odgovori Švedske na Upitnik napravljen u svrhu pripremanja CCPE Mišljenja broj 8 o odnosu između tužitelja i medija, para 2, dokument objavljen na web-stranici http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccpe/opinions/travaux/travaux_8_EN.asp

⁷⁴ Ibid., para 18.

⁷⁵ Odgovori Finske na Upitnik napravljen u svrhu pripremanja CCPE Mišljenja broj 8 o odnosu između tužitelja i medija, para 18, dokument objavljen na web-stranici http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccpe/opinions/travaux/travaux_8_EN.asp

⁶² Čl. 437. Zakona o krivičnom postupku BiH, čl. 440. Zakona o krivičnom postupku FBiH, čl. 413. Zakona o krivičnom postupku RS, čl. 419. Zakona o krivičnom postupku BDBiH.

⁶³ Čl. 349. Zakona o krivičnom postupku BiH, čl. 370. Zakona o krivičnom postupku FBiH, čl. 7. i čl. 84. Zakona o zaštiti i postupanju s djecom i maloljetnicima objavljenog u "Službenom glasniku RS", br. 13/10, čl. 7. i čl. 84. Zakona o zaštiti i postupanju s djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku BDBiH.

⁶⁴ Odgovori Engleske i Welsa na Upitnik napravljen u svrhu pripremanja CCPE Mišljenja broj 8 o odnosu između tužitelja i medija, para 5, dokument objavljen na web-stranici http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccpe/opinions/travaux/travaux_8_EN.asp

⁶⁵ Ibid.

⁶⁶ Ibid.

Nakon što tužitelj donese odluku o tome da li će ili neće provesti dalju istragu protiv osumnjičenog, ime te osobe postaje javno.⁷⁶ I vrsta krivičnog djela, kao i sud pred kojim će se voditi postupak objavljuju se javnosti, dok se podaci o činjeničnom stanju i dokazima ne objavljuju dok ne budu izneseni na sudu u toku postupka.⁷⁷

Zaključak

U traženju odgovora na pitanje u kojem obimu je potrebno vršiti anonimizaciju tužiteljskih akata u toku istrage i procesa optuženja, potrebno je da pravna zajednica u BiH ima u vidu da se mora uspostaviti odgovarajući balans između različitih prava i interesa. Pri tom balansiranju, važno je uzeti u obzir da bi se uvidom javnosti u rad pravosudnih organa povećalo povjerenje u taj rad, te da bi potpuna anonimizacija tužiteljskih akata bila u suprotnosti s transparentnošću rada državnih organa. Druga bitna odrednica pri odlučivanju o količini podataka koje se daju javnosti svakako mora biti zaštita ciljeva istrage, a o tome najbolje može odlučiti postupajući tužitelj. Tu je i pravo na privatnost osumnjičenog, odnosno optuženog, ali, kako se to vidi iz prakse evropskih država i Evropskog suda, ono se može ograničiti u cilju usklađivanja s propisima o slobodi izražavanja.

Uvidom u rješenja u uporednom pravu se vidi da, iako sve navedene države imaju slične odredbe koje se tiču prava na privatnost kao i prava na slobodu izražavanja, sve one su se odlučile za različita rješenja u pogledu balansa prava u krivičnom postupku. U tom smislu, potrebno je da i BiH nađe rješenje koje će odgovarati njenoj pravnoj tradiciji i aktuelnom stanju u društvu.

Azra Kuči, LL.M. (Genf)

Anonymisierung von Akten der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren

(Zusammenfassung)

Der Artikel befasst sich mit dem derzeitigen Verfahren, persönliche Daten während des Ermittlungsverfahrens aus Gerichts- und Verfahrensdokumenten zu entfernen. Außerdem werden die diesbezüglich anzuwendenden Regelungen und internationalen Standards behandelt. Ziel des Artikels ist es, die einzelnen Rechte sowie Interessen während des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens zu bestimmen und zu ermitteln, wie sich diese gegenseitig beeinflussen. Die Analyse umfasst auch das Erfordernis der Transparenz der Arbeit der Staatsanwaltschaft und die Unschuldsvermutung als Verfahrensgrundsätze, den Schwerpunkt aber bilden das Recht auf Privat- und Familienleben sowie der Meinungsfreiheit als konkurrierende Rechte. Der Artikel untersucht die Frage, welchem dieser beiden Rechte während des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens der Vorrang zu geben ist. Hierbei werden die Argumente aus der Praxis des EuGH und aus Lösungsansätzen von Ländern mit langjähriger demokratischer Tradition, wie England und Wales, Dänemark, Finnland und Schweden, vorgestellt.

Removing personal data information from prosecutorial documents

(Summary)

The article deals with the current practice of removing personal data information from judicial and prosecutorial documents during the investigation phase, as well as legal framework and international standards that apply with regard to this issue. The aim of the article is to identify different rights and interests that arise during criminal investigation and to analyse their interplay. The analysis encompasses requirement for transparency in the work of prosecutor's office and presumption of innocence as a procedural requirement, but the main focus is on two competing rights – the right of respect for private and family life and the freedom of expression. The article wishes to provide an answer to the question as to which right to prioritize during the criminal investigation, providing arguments based on the practices of the European Court of Human Rights and the solutions used in countries with longstanding democratic tradition.

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ Ibid.

Aktuelnosti iz bosanskohercegovačkog prava

Problemi u dostavljanju pismena u FBiH s prijedlozima *de lege ferenda*

Mag. sci. Asmira Bešić*

Uvod

Mnoge statistike pokazuju da je pravosuđe opterećeno. To opterećenje karakterišu nagomilani predmeti, sporovi koji se rješavaju godinama i stranke koje se iscrpljuju u višegodišnjim procesima. Kako bi se smanjio broj zaostalih predmeta i poboljšala efikasnost rada, provode se razne metode: prenose se nadležnosti sa suda na notare, podstiču se postupci medijacije, istražuju se metode i tehnike za brzo i uredno obavještavanje stranaka.

Brzo i uredno obavještavanje stranaka u parnici o mjestu i vremenu preduzimanja procesnih radnji, od višestrukog je značaja. Ostvaruje se načelo saslušanja stranaka i kontradiktornosti, koncentracija množine procesnih aktivnosti, ostvaruje se načelo ekonomičnosti i ekspeditivnosti sudskog rada. Od urednosti dostave zavisi i pravo stranaka na suđenje u razumnom roku, koje je zagantovano Ustavom i članom 6. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, te smanjenje odštetnih zahtjeva prema BiH usljed nepoštivanja prava na suđenje u razumnom roku. Efikasno i brzo ostvarivanje pravne zaštite od posebnog je značaja u privrednim sporovima u kojima je brzina ostvarivanja kapitala od velike važnosti za subjekte privrednog prometa.

Dostavljanje, kao procesna radnja usporava rad suda zbog loše zakonske regulative i zbog nedovoljno razvijene svijesti pravnih subjekata i građana o saradnji i obavljanju svojih dužnosti. Način dostavljanja pismena u FBiH regulisan je odredbama Zakona o parničnom postupku Federacije BiH,¹ (u daljem tekstu ZPP). Članom 337. ovog zakona propisano je da se pismena dostavljaju putem pošte, preko ovlaštenog pravnog lica registrovanog za vršenje poslova dostavljanja ili preko ovlaštenog službenog lica suda.

Svrha dostave jest da se efikasno ostvare osnovni principi parničnog postupka, između ostalih da se stranci pruži mogućnost da sazna za sadržaj, mjesto i vrijeme preduzimanja parničnih radnji i da se izjasni o

prijedlozima i zahtjevima suprotne strane. Dostava se definiše na različite načine. Prema jednim, dostava je zakonom uređeni postupak koji radi predaje pismena određenom adresatu (primatelju) preduzima sud ili neko drugo tijelo. Prema drugima dostavljanje predstavlja zakonom propisanu aktivnost nadležnih organa usmjerenu na to da se adresatima pruži mogućnost da saznaju za sadržaj pismena koja im se uručuju. Dostava pismena ne podrazumijeva i nužnost da se primalac upozna sa sadržajem pismena, tako da bi se prvo definisanje dostave moglo brže opravdati.

Problemi u dostavi pojavljuju se prilikom dostave pismena fizičkim i pravnim licima, bez obzira na to o kojoj vrsti dostave se radi. Dostavljanje putem pošte nikako nije za pohvalu, s obzirom na to da se previše sudskih pošiljki vraća s naznakom "obaviješten, nije podigao pošiljku" ili "Zavod zdravstvenog osiguranja je otputovao", što ne predstavlja ni pokušaj uredne dostave pismena. Pokušaji da se problemi u dostavi otklone putem zamolnice sudu sjedišta primatelja, da putem ovlaštene osobe suda – kurira, pokuša uručiti pismeno, ostaju bez uspjeha, jer po mišljenju većine sudija ovakav način dostave nije izričito regulisan odredbama ZPP-a. Dostava putem upravnika pošte, kao druga mogućnost rješenja problema, nije dovela do rezultata, jer ako se u određenim slučajevima i uredno izvrši dostava, potrebno je dodatno utrošiti vremena i materijala svih učesnika, a i same pošte.

ZPP je odredio da se dostavljanje putem pošte vrši na dva načina: preporučenom pismonosnom pošiljkom s povratnicom i običnom pismonosnom pošiljkom u kojoj se uz pismeno dostavlja i obrazac o potvrdi prijema, koji lice kojem se pismeno dostavlja mora da potpiše i vrati sudu. Određujući obavezu da se uz običnu pošiljku mora dostaviti i obrazac o potvrdi prijema, zakonodavac je onemogućio primjenu propisa o poštanskim uslugama, prema kojima se obična pismonosna pošiljka dostavlja bez povratnice i znači urednu dostavu.

Obrazac o potvrdi prijema koji su sudovi dužni dostaviti uz pismeno, sudovi nisu prepoznali i primijenili, usljed čega je onemogućena i dostava pismena licu koje ne stanuje na adresi posljednjeg poznatog prebivališta, a sadašnje boravište ili radno mjesto se ne mogu utvrditi. Da bi se pismeno, prema zakonu dostavilo ovom licu, potrebno je kumulativno ispunjenje uslova: objavljivanje pismena na oglasnoj ploči suda i u najmanje jednim dnevnim novinama, uz obavijest o objavi slanjem pismene obavijesti preko pošte običnom pismonosnom pošiljkom, uz obrazac o potvrdi prijema.

* Autorica je stručni saradnik u Općinskom sudu u Tuzli.

¹ Zakon o parničnom postupku FBiH, "Službene novine FBiH", br. 53/03, 73/05 i 19/06, Glava XVII – dostava pismena.

Dostavljanje preko ovlaštenog službenog lica suda, kako je to regulisano ZPP-om, moguće je izvršiti ukoliko se primalac zatekne na mjestu dostavljanja. U suprotnom dostavljanje predajom odraslom članu domaćinstva ili susjedu iziskuje obavezu slanja pismenog obavještenja preko pošte licu kojem se pismeno dostavlja, uz obrazac o potvrdi prijema koji se mora potpisati i vratiti sudu.

Problemi u dostavljanju su česti i kod odbijanja prijema pismena. ZPP je odredio uslove koji se moraju ispuniti da bi se dostavljanje pismena smatralo urednim i kod odbijanja prijema i to: obaveza je dostavljača da ostavi pismeno, a na dostavnici da zabilježi dan, sat i razlog odbijanja prijema i mjesto gdje je pismeno ostavljeno. Postavlja se pitanje moraju li se ovi uslovi svi kumulativno ispuniti ili je dovoljno samo ostaviti pismeno, a na dostavnici upisati datum odbijanja pismena.

Predmet ovog rada je razmatranje instituta dostavljanja pismena prema pozitivnim propisima u Federaciji BiH, upoređujući ih s efikasnim propisima drugih pravnih sistema. Ukazuje se na probleme u primjeni pojedinih odredaba, razmatraju se moguća alternativna rješenja po uzoru na srodna zakonodavstva, odnosno ukazuje se na neophodne izmjene i dopune, a sve radi ubrzanja rada sudova, unapređenja i efikasnosti pravosuđa.

1. Dostavljanje pismena

1.1. Pojam i načini dostavljanja pismena

Pravovremeno obavješćavanje učesnika u parnici o sadržaju, mjestu i vremenu preduzimanja procesnih radnji od višestrukog je značaja. Pored ostvarenja načela obostranog saslušanja stranaka, pridonosi se pružanju pravne zaštite, ostvarenju pravne sigurnosti u građansko-pravnim odnosima, pravu stranaka na suđenje u razumnom roku i sprečavanje gomilanja odštetnih zahtjeva prema BiH.

Dostavljanje, u načelu, moguće je organizovati na dva načina. U BiH, dostavljanje je regulisano kao obaveza suda. Dostavljanje je moguće odrediti i kao obavezu stranaka. ZPP i Zakon o parničnom postupku RS,² regulisali su tri načina dostave pismena: preko pošte, ovlaštenog pravnog lica registrovanog za vršenje poslova dostavljanja ili preko ovlaštenog službenog lica suda. Svrha dostavljanja je da se stranci pruži mogućnost da sazna za mjesto i vrijeme preduzimanja parničnih radnji i za njihov sadržaj.³

ZPP nije odredio definiciju dostavljanja, ali iz načela parničnog postupka, poput odlučivanja suda u okviru zahtjeva koji su stavljeni u postupku ili svaka stranka ima pravo da se izjasni o prijedlozima i zahtjevima protivne stranke, može se zaključiti da je dostavljanje neizostavno. Bilo da se radi o dostavi podnesaka, poziva ili odluka, cilj dostave je da se pruži mogućnost stranci da se upozna sa sadržajem isprave.

Akcentat je na pružanju mogućnosti, jer pravilno izvršeno dostavljanje proizvodi svoje dejstvo bez obzira na to da li se adresat sa sadržinom pismena upoznao. U pravilu se dostavljaju podnesci, odluke i pozivi suda. Radi se o pismenima koja sud u vezi s vođenjem parničnog postupka dostavlja strankama i drugim sudionicima u postupku kao i osobama koje nisu sudionici u postupku, ali su dužni pružiti sudu određenu informaciju u vezi s predmetom spora ili su dužni postupiti po drugim traženjima suda.⁴

Da bi dostavljanje bilo pravilno izvršeno, potrebno je da se izvršava prema propisima određenim zakonom. Tako npr., uredno dostavljanje presude ima za posljedicu da počinje teći rok za pravni lijek, uredno dostavljanje poziva stranci predstavlja uslov da se prema njoj, ako ne dođe na ročište, primjenjuju odredbe za slučaj izostanka, uredno dostavljanje poziva svjedoku ima taj značaj da se prema njemu, ako ne dođe na saslušanje, primijene prinudne mjere.⁵

Neblagovremeno i nepravilno dostavljanje odredio je ZPP kao nezakonito postupanje koje onemogućava parničnu stranku da raspravlja pred sudom i utiče na donošenje nezakonite i nepravilne presude. Propuštanjem dostavljanja, drugostepeni sud će u sjednici vijeća ili na osnovu održane rasprave, rješenjem ukinuti prvostepenu presudu i predmet vratiti prvostepenom sudu radi održavanja nove glavne rasprave.⁶

Regulaciji instituta dostave potrebno je posvetiti najveću pažnju jer se kroz nju ostvaruju interesi koji su u većini slučajeva međusobno suprotni. S jedne strane, potrebno je pružiti mogućnost primaocu da se upozna sa sadržajem pismena, a s druge strane spriječiti primaoca da onemoguće izvršenje dostavljanja. Dakle, dostava mora biti brza, učinkovita i mora spriječiti sve zloupotrebe prava koje mogu proizaći.

Načine dostave moguće je podijeliti na nekoliko načina. Prema nekim autorima postoje tri načina dostave: obična dostava, lična dostava i dostava oglašavanjem.⁷ Prema ZPP-u, obična, lična i dostava oglašavanjem izvršavaju se na tri načina: preko pošte, ovlaštene pravne osobe registrovane za obavljanje poslova dostave ili ovlaštene službene osobe suda. Koji način dostave će se primijeniti zavisi od osoba kojima se dostavlja, tj. da li imaju sjedište izvan sjedišta suda ili u okviru sjedišta suda. Specifične osobine pojedinih primalaca određuju i različite metode u dostavljanju. Tako npr. prema Zakonu o parničnom postupku Republike Hrvatske (u daljem tekstu ZPP RH),⁸ određeno je da se

² "Službeni glasnik Republike Srpske", br. 85/03, 74/05, 63/07.

³ S. Triva, *Građansko procesno pravo I* (Zagreb, 1964), str. 289.

⁴ J. Čizmić, *Komentar Zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine* (Privredna štampa, Sarajevo, 2009), str. 717.

⁵ B. Poznić, *Građansko procesno pravo* (Savremena administracija, Beograd, 1986), str. 188.

⁶ Član 277. ZPP-a.

⁷ S. Triva, op. cit., 3., str. 292.

⁸ Zakon o parničnom postupku Republike Hrvatske, pročišćeni tekst, "Sl. SFRJ", br. 4/77, 36/77, 36/80, 69/82, 58/84, 74/87,

pismena dostavljaju preko pošte ili preko određenog sudskog službenika odnosno sudskog namještenika, preko nadležnog tijela uprave, preko javnog bilježnika ili neposredno u sudu.

Za razliku od regulacije ZPP-a koji ne omogućava sudu da aktivnim učestvovanjem pomogne strankama da dobiju potrebne podatke o adresi osobe kojoj se pismeno upućuje, procesno pravo RH izričito propisuje takvu mogućnost. Prema ZPP-u, parnični postupak pokreće se po zahtjevu uz obavezu da se u njemu navede adresa osobe, putem koje će sud izvršavati dostavu pismena.⁹ Sud će odbaciti podneske ili će smatrati da su povučeni ako u njemu nije naznačena adresa stranke ili drugog učesnika u postupku.¹⁰ Prema pravu RH, sud će nastojati da od nadležnog tijela uprave ili na drugi način dobije potrebne podatke ukoliko stranka ne može sama saznati adresu osobe kojoj se pismeno treba dostaviti.¹¹

1.2. Dostava putem pošte

Pošta je pravna osoba koja obavlja djelatnost dostave pismenih pošiljki. Pojam pošta se može odnositi i na druge pravne osobe registrovane u zemlji ili inozemstvu za dostavu pisanih pošiljki, kojima stranke mogu pisanim sporazumom sklopljenim prije pokretanja postupka ili tokom postupka pred sudom povjeriti dostavu, a kod te se dostave na odgovarajući način primjenjuju odredbe o običnoj dostavi preko pošte čak i kad se radi o dostavi pismena za koje je predviđena osobna dostava.¹²

ZPP je propisao dva načina dostave putem pošte. Dostava putem pošte obavlja se: preporučenom pismonosnom pošiljkom s povratnicom ili običnom pismonosnom pošiljkom u kojoj se uz pismeno dostavlja i obrazac o potvrdi primitka koji osoba kojoj se pismeno dostavlja mora potpisati i vratiti sudu. Razlika između ova dva načina dostave je što se kod dostavljanja preporučenom pošiljkom s povratnicom dan predaje pošti smatra danom predaje sudu kojem je poslan, a kod dostavljanja običnom poštanskom pošiljkom važan je datum kad pismeno stigne u sud i od tada se računa blagovremenost.

1.3. Dostava preko ovlaštene službene osobe suda

Kako bi se stranci omogućilo zakonito raspravljanje pred sudom, potrebno je da joj se pismeno uruči neposredno, štaviše, zakon je za neke podneske propisao obaveznu ličnu dostavu. Međutim, nije uvijek moguće lično uručiti pismeno, te kako bi se omogućio normalan tok postupka, određeni su i slučajevi kada pismeno za adresata može primiti drugo lice. S obzirom na to, dostava se može podijeliti na običnu i ličnu dostavu.

Pravila o običnoj dostavi ne jamče da će pismeno stvarno biti uručeno adresatu, jer se radi o pismenima kojima se ne pridaje posebno značenje; pravila o ličnoj dostavi su predviđena za pismena kojima se pridaje poseban značaj i samim tim su i pojačane aktivnosti s ciljem uručivanja pismena. Da se ne bi osujetio normalan tok postupka, predviđeni su slučajevi u kojima se pismeno može dostaviti nekom drugom za adresata, s tim da pravni učinci dostavljanja djeluju prema adresatu već od dostavljanja pismena tim trećim licima, a ne tek od dana kada ti treći, faktični primaoci pismena uruče ovo adresatu ili ga o tome makar samo obavijeste.¹³ ZPP je propisao obaveznu ličnu dostavu za tužbu, druga pismena zakonom izričito određena i pismena za koja sud smatra da je prilikom dostavljanja potrebna veća opreznost.¹⁴ Kad dostavljač zatekne primatelja na mjestu dostavljanja, nema procesne razlike u načinu dostavljanja jer i kod obične i kod lične dostave pismeno se uručuje lično primatelju.¹⁵

Dostava fizičkim i pravnim osobama obavlja se predajom pismena osobi na koju glasi, s tim da za pravno lice pored lica ovlaštenog za zastupanje može se predati i zaposleniku. Iako ZPP nije regulisao mogućnost da predsjednik suda odredi da svi advokati koji imaju pisarnicu na području njegovog suda, sudska pismena primaju preko pretinca u za to određenoj prostoriji suda, takva mogućnost se uveliko primjenjuje u sudovima na području FBiH.

2. Problemi dostave pismena fizičkim i pravnim osobama

Sudska praksa često se susreće s problemima dostave pismena na strani suda i adresata, kako tokom trajanja određenog postupka, tako i nakon njegovog okončanja. Uredna dostava je neophodna jer parnica počinje da teče dostavljanjem tužbe tuženom.¹⁶ Uz dostavu su vezani rokovi koji utiču na pravosnažnost sudskih odluka,¹⁷ bez uredne dostave nije moguće primijeniti i veliki broj instituta parničnog postupka, npr. presude zbog propuštanja.¹⁸

2.1. Obična dostava

Kada pismeno nije moguće uručiti neposredno primaocu, da se ne bi otežao normalan tok postupka, određeni su slučajevi u kojima se pismeno može dostaviti nekome drugom. ZPP je regulisao dvije vrste obične dostave.

57/89, 27/90, "NN", br. 26/91, 34/91, 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03. <http://gpp.pravo.hr>, 25. 12. 2013.

⁹ Član 53. u vezi s članom 334. ZPP-a.

¹⁰ Član 336. ZPP-a.

¹¹ Član 148. ZPP-a RH.

¹² J. Čizmić, op. cit., 4., str. 728.

¹³ S. Triva, op. cit. 3., str. 292.

¹⁴ Član 347. ZPP-a.

¹⁵ Z. Kulenović et al., *Komentari zakona o parničnom postupku u Federaciji BiH i Republici Srpskoj* (Savjet/Vijeće Evrope i Evropska komisija, Sarajevo, 2005), str. 565.

¹⁶ Član 60. stav 1. ZPP-a.

¹⁷ Član 196. ZPP-a.

¹⁸ Član 182. ZPP-a.

Prva se primjenjuje u slučaju kada dostavljač utvrdi da primalac stanuje na adresi na kojoj treba izvršiti isporuku pismena, a druga u slučaju kada je ustanovljeno da tuženi ne stanuje na adresi posljednjeg poznatog prebivališta/boravišta, a sadašnje boravište se ne može utvrditi. U slučaju da se osoba kojoj se pismo ima dostaviti ne zatekne u svom stanu, dostava se obavlja predajom pismena nekom od odraslih članova domaćinstva, koji je dužan primiti pismo, a ako se oni ne zateknu, pismo se predaje susjedu ili nastojniku, ako oni na to pristanu.¹⁹ Ako se niko ne zatekne na adresi na kojoj se dostava pokuša obaviti, a dostavljač utvrdi da primalac stanuje na toj adresi, ostavit će obavijest da će pismo biti ostavljeno u sudu i da ga tamo može preuzeti u roku od 15 dana od dana pokušaja dostave. U oba ova slučaja obaveza je suda da običnom pismonosnom pošiljkom obavijesti primaoca o načinu dostave pismena – predajom drugom licu.²⁰

U ovoj fazi dostave javljaju se problemi, s obzirom na to da je lice koje primi običnu pismonosnu pošiljku dužno potpisati obrazac o potvrdi prijema pošiljke koji mu se dostavlja uz običnu pošiljku. Dakle, neće biti izvršena uredna dostava u slučaju kada umjesto adresata pismo primi član domaćinstva ili susjed ili kada mu se ostavi obavijest o mogućnosti preuzimanja pismena na sudu, ukoliko primalac ne potpiše potvrdu o prijemu obične pismonosne pošiljke, koju je sud dužan dostaviti uz pismo, po ostavljanju obavijesti.

U jednoj odluci, Kantonalni sud u Tuzli ukinuo je prvostepenu presudu jer nije bila zasnovana na zakonskim odredbama o dostavljanju. Prema stavu Kantonalnog suda,²¹ tuženi nije bio uredno obaviješten o zakazanoj glavnoj raspravi jer mu nije ostavljen rok od 15 dana u kojem može preuzeti pošiljku, niti mu je upućena pismena obavijest, sa svim potrebnim podacima, običnom pošiljkom preko pošte, na koji način je onemogućen da raspravlja pred sudom. Stav je Kantonalnog suda da kada se osoba kojoj se ima uručiti pismo, nije zatekla na označenoj adresi, onda se toj osobi mora nakon ostavljene obavijesti, tokom istog ili slijedećeg radnog dana, u smislu odredbe člana 346. stav 2. ZPP-a poslati pismena obavijest, običnom pismenom pošiljkom u kojoj se, uz pismo dostavlja i obrazac o potvrdi prijema, koji osoba kojoj se pismo dostavlja mora potpisati i vratiti sudu (član 344. tačka 2. ZPP-a), pa ako osoba ne preuzme pismo u ostavljenom roku od 15 dana, shodno odredbi člana 346. stav 1. ZPP-a, dostava će se smatrati obavljenom istekom roka iz člana 346. stav 1. ZPP-a.

Prema ZPP RH, obična dostava se provodi na način da se pismo uručuje punoljetnom članu domaćinstva

koji je dužan primiti pismo, a kućepazitelju ili susjedu ukoliko oni na to pristanu. Umjesto obavještanja primaoca pismo putem pošte da mu je dostavljanje izvršeno uručenjem pismena trećim licima, prema pravu RH treći su izloženi odgovornosti za štetu koja bi mogla proisteći adresatu.²² Dakle, obaveza je trećeg lica da obavijesti primaoca o primljenom pismenu, bez obzira na to da li prima pismena dobrovoljno ili je to dužan učiniti, u suprotnom se izlaže odgovornosti za štetu koja bi za primaoca mogla nastati da ne sazna za sadržaj pošiljke.

Problemi koji se javljaju kod dostave putem pošte, često su nemarnost ili neobrazovanost službenika pošte koji vraćaju neuručena pismena s naznakom “pravna osoba otputovala” bez naznake od koga je tu činjenicu saznao, ili “obaviješteni nije podigao pošiljku, dva puta ili više puta”, dakle bez ikakvog truda da sudu dostavi neke činjenice koje će biti od značaja za daljnje pribavljanje adrese tuženog. U nekim pravima, poput prava RH, sud je u mogućnosti i dužan je da uputi dopis upravniku pošte uz ukazivanje na propuste poštunoše.²³

2.2. Lična dostava

Za razliku od obične dostave, kod dostave pismena poput tužbe, ZPP je prije primjene odredaba o običnoj dostavi propisao dodatne obaveze za dostavljača. Ako dostavljač ne zatekne tuženog tamo gdje se dostava ima obaviti, dužan je pokušati saznati kada i na kojem mjestu bi mogao zateći tuženog te ostaviti pismenu obavijest da radi primanja tužbe bude na određeni dan i sat u svom stanu.²⁴ Ovo iz razloga što se radi o dostavljanju pismena koje za adresata od dana prijema proizvode određene posljedice: obavezivanje na isplatu duga donošenjem presude zbog propuštanja, ukoliko u određenom roku ne dostavi odgovor na tužbu ili se radi o dostavi isprava u originalu kada je potrebna veća opreznost. Dostavljanje predajom

²² “Osobe kojima se prema odredbama prethodnih stavaka dostava obavi umjesto osobi kojoj se pismo ima dostaviti, dužne su pismo predati toj osobi. Ako svojom krivnjom propuste pismo predati, odgovaraju osobi za koju su pismo primili za štetu koju su joj time prouzročili”, član 141. ZPP-a RH.

²³ “Iz spisa proizilazi da je tužbu pisao advokat koji je u njoj označio adresu za tuženog a na navedenoj adresi tuženom se nije mogla uručiti tužba jer je na povratnici u prvom slučaju navedeno da je odseljen u selo, a u drugom slučaju da živi na adresi iz tužbe kada mu je pokušano uručivanje u selu. Sud je u takvoj situaciji vratio tužbu punomoćniku da označi pravu adresu, pa kako punomoćnik nije postupio po nalogu suda to je prvostepeni sud odbacio tužbu shodno članu 103. stav 6. ZKP. U konkretnoj situaciji prvostepeni sud je pogrešno primenio materijalno pravo jer nije imalo mesta postupanju shodno članu 103. stav 6. ZPP već na osnovu člana 136. ZPP jer je očigledno da dostava tužbe tuženom nije bila uredna i radi se o propustima dostavljača, pa je sud dužan da uputi dopis upravniku pošte uz ukazivanje na propuste poštunoše.” <http://www.sirius.rs/praksa/19417>, 10. 1. 2014. g.

²⁴ Član 347. ZPP-a.

¹⁹ Z. Kulenović et al., 15., str. 562.

²⁰ Član 344. i 345.

²¹ Rješenje Kantonalnog suda u Tuzli, broj 003-0-Pž-08-000308 od 22. 5. 2009. g.

pismena drugom licu punovažno je i kad primalac nije pismeno adresatu predao.²⁵

2.3. Lično preuzimanje pošiljke u sudu

Mogućnost preuzimanja pošiljke lično u sudu, primjenjuje se u sudovima na području FBiH, prema kojima svi advokati koji imaju pisarnicu na području suda sudska pismena primaju preko pretinca, a po rješenju predsjednika suda. U praksi su česti slučajevi neredovnog preuzimanja pošiljki, koji negativno utiču na učinkovitost postupka i odugovlače njegov tok, npr. nepreuzimanje poziva za ročište, pored troškova koji se gomilaju u postupku oduzima se vrijeme suprotnoj strani i sudu.

Greške se pokušavaju otkloniti povlačenjem odobrenja od strane predsjednika suda i dostava putem ovlaštene osobe suda, ali posljedice ostaju. ZPP nije propisao kao jedan od načina dostave – neposredno u sudu, te samim tim nije propisao ni sankcije za slučaj da advokat ili neko drugo ovlašteno lice neredovito preuzima pismena ili pokuša zloupotrijebiti takav način dostave. ZPP RH, regulisao je kao jedan od načina dostave – dostavu neposredno u sudu s negativnim posljedicama za osobu kojoj je dato odobrenje da poštu preuzima neposredno u sudu.²⁶

2.4. Dostavljanje putem oglasne ploče suda

Dostavljanje putem oglasne ploče suda primjenjuje se samo u izuzetnim slučajevima. Dostava putem oglasa smatra se sumnjivom metodom, koja je tradicionalna i samo izuzetno nadomješta neposredno dostavljanje.²⁷

Prema ZPP-u, takav način dostave predviđen je u dva slučaja: 1. kad stranka u toku parnice promijeni adresu, a o tome ne obavijesti sud, 2. ukoliko se ustanovi da tuženi ne stanuje na adresi svog posljednjeg poznatog boravišta, a njegovo sadašnje boravište ili radno mjesto se ne mogu ustanoviti. U prvom slučaju dostava se obavlja samo putem oglasne ploče suda. U drugom slučaju,²⁸ pismeno će se objaviti na način da će se istaknuti na oglasnoj ploči suda i u najmanje jednim dnevnim novinama koje se distribuiraju u FBiH. Međutim, i ovom zakonskom odredbom zakonodavac je onemogućio dostavu pismena, jer uz istovremeno objavljivanje pismena na oglasnoj ploči suda i u najmanje jednim dnevnim novinama, obaveza je da se osoba obavijesti slanjem pismene obavijesti preko obične pošiljke.

Regulacijom dostave, u određenim slučajevima u kojima nije moguće dostaviti pismeno primaocu, ZPP direktno povređuje načela Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, npr. načelo ravnopravnosti stranaka, pravo na pravično suđenje. Ravnopravnost stranaka u postupku obuhvata koncept po kojem obje strane u postupku imaju pravo na informacije o činjenicama i argumentima suprotne strane, kao i da svaka strana mora imati jednaku mogućnost da odgovori onoj drugoj.²⁹

Dostavljanje oglašavanjem putem dnevnih novina ne poznaje parnični postupak RH, jer propisuje da će se dostava obaviti stavljanjem pismena na oglasnoj ploči suda ukoliko se ne uspije dostaviti na adresu navedenu u tužbi i na adresu sjedišta osobe upisane u upisnik.³⁰ Parnični postupak Republike Srpske omogućava istovremeno objavljivanje putem dnevnih novina i oglasne table suda, ali samo pismena-tužbe.³¹ Objavljivanje oglasa, prema nekim starijim pravima podrazumijevalo je oglašavanje u republičkom službenom listu i preko oglasne ploče suda.³² Ukoliko bi kao ispravno prihvatili dostavljanje oglašavanjem, oglašavanje bi se trebalo izvršavati putem službenih glasila radi službenog informiranja javnosti, a ne putem dnevnih novina i drugih vijesti koje imaju karakter obične medijske informacije.

2.5. Odbijanje prijema pismena

O odbijanju prijema pismena kao osujećivanju ili otežavanju dostavljanja ne govorimo u slučajevima kada adresat ili druga ovlaštena osoba odbije da primi pismeno, jer se u tom slučaju dostavljanje vrši u skladu sa zakonom. Kako bi se spriječilo nesavjesno postupanje stranaka i pružila zaštita prava u parnici, ZPP-om je propisano da će se smatrati da je dostava uredna ako je primalac odbio da primi pismeno bez zakonitog razloga.

ZPP-om su propisani uslovi koji se moraju ispuniti da bi sud smatrao da je dostava izvršena u slučaju odbijanja prijema pismena i to: osoba ili odrasli član njezina domaćinstva odnosno ovlaštena osoba ili zaposlenik pravne osobe moraju bez zakonita razloga da odbiju primiti pismeno, pismeno će se ostaviti u prostoriji gdje se dostava obavlja i na dostavnici će naznačiti dan, sat i razlog odbijanja primitka te mjesto gdje je pismeno ostavljeno.

²⁵ B. Poznić, 5., str. 189.

²⁶ "... odvjetnici su dužni pismeno podići iz pretinca u roku od 8 dana (...) Ako pismeno ne bude podignuto u tom roku, dostava će se obaviti stavljanjem pismena na oglasnu ploču suda. Smatrat će se da je dostava obavljena istekom osmog dana od dana stavljanja pismena na oglasnu ploču suda. Predsjednik suda povući će odobrenje (...) ako utvrdi da osoba kojoj je ono dano neredovito preuzima pismena ili pokušava zloupotrijebiti takav način dostave." Član 134.b ZPP-a RH.

²⁷ S. Triva, op. cit., 3., str. 293.

²⁸ Član 348.

²⁹ D. Gomien, *Kratki vodič kroz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima*, 3. izdanje (Blicdruk, Sarajevo, 2000), str. 66.

³⁰ Članak 134.a. ZPP RH.

³¹ "Ako je utvrđeno da tuženi kome se dostavljanje pismena treba izvršiti ne stanuje na adresi svog posljednjeg poznatog prebivališta, a njegovo sadašnje boravište ili radno mjesto se ne mogu utvrditi, dostavljanje pismena će se izvršiti objavljivanjem pismena na oglasnoj tabli suda a u slučaju da se dostavlja tužba i u najmanje jednim dnevnim novinama koje se distribuiraju u Republici Srpskoj." član 86. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku RS ("Službeni glasnik RS", br. 58/03, 85/03, 74/05, 63/07, 49/09 i 61/13).

³² S. Triva, op. cit., 3., str. 293.

Postavlja se pitanje da li će se smatrati neurednom dostavom, ona dostava pismena koju odbije da primi primalac i istovremeno odbije da navede razlog odbijanja prijema. Prema mišljenju Vrhovnog suda BiH,³³ okolnost što dostavljač nije naveo u dostavnici čas i razlog odbijanja pismena ne predstavlja bitnu povredu odredaba parničnog postupka, ako sama stranka nije navela razlog odbijanja niti tvrdi da je dostavljanje izvršeno u nevrijeme. U prilog ovakvom mišljenju stoje i okolnosti pod kojima se uručuje pismeno, dakle primalac u nekim slučajevima odbija primiti pismeno prijetećim porukama dostavljaču, tako da bi bilo neopravdano smatrati neurednom dostavom ukoliko dostavljač nije naznačio razlog odbijanja prijema pismena, a što bi se moralo osporavati i dokazivati od slučaja do slučaja.

3. Neki od načina dostave prema pravu RH

Pravo RH, pored načina dostave pismena koje poznaje pravo FBiH poznaje i druge načine dostave pismena: preko javnog bilježnika, određene osobe i dostavljanje izravnim upućivanjem podnesaka od strane jedne stranke prema drugoj.

3.1. Dostava preko javnog bilježnika

Zakon RH odredio je uslove za izvršavanje dostave putem javnog bilježnika. Stranka je dužna snositi troškove dostave putem javnog bilježnika, a obaveza je suda da rješenjem odredi ovakav način dostave. Da bi se troškovi, nastali dostavom na ovaj način, ubrojili u parnične troškove, potrebno je da su bili nužni. Ovakav način dostave pismena ne bi funkcionisao u pravu FBiH, s obzirom na to da bi troškove morale snositi parnične stranke, što nije slučaj sa sudskim dostavljačima, koji dostavu obavljaju za račun suda. Javni bilježnik ima prava i dužnosti sudskog dostavljača.³⁴

3.2. Dostava preko određene osobe

Za dostavu preko određene osobe, potrebno je da je tuženi s tužiteljem zaključio sporazum da se dostava u sporovima na koje se sporazum odnosi obavlja preko određene osobe, te da je tužilac takav sporazum priložio uz tužbu. Posljedica nemogućnosti dostave pismena tuženom na ovaj način je što će sud odrediti da se daljnja dostava obavlja stavljanjem pismena na oglasnu tablu suda. Ovakav način dostave bi se mogao primjenjivati i u pravu FBiH, jer bi teret dostave prebacio na parnične stranke, olakšavajući rad suda s uticajem na ekonomičnost postupka.

3.3. Izravno upućivanje podnesaka jedne stranke prema drugoj

Za dostavu neposredno između stranaka neophodan je sporazum stranaka koji će postignuti tokom postupka.

Dostava se obavezno izvršava preko pošte uz povratnicu, izuzev dostave pravnoj osobi ili obrtniku jer se pismena mogu predati izravno u njihovom sjedištu uz potvrdu o preuzimanju pošiljke ovjerenu pečatom. Dostava neposredno između stranaka, s obzirom na razlog zbog kojeg su pokrenule sudski postupak – postojanje spora, ne bi rezultirala uspjehom u praksi sudova FBiH, posebno zbog svijesti građana koja usljed teške ekonomske situacije nije na odgovarajućem nivou.

Zaključna razmatranja s prijedlozima *de lege ferenda*

Dostavljanje je vrsta procesne aktivnosti putem koje se uspostavlja i održava komunikacija između suda i stranaka u građansko-pravnim sporovima. Način dostavljanja pismena regulisan je odredbama važećeg ZPP-a. Međutim, kako postoje nedostaci u regulaciji dostavljanja, u određenim slučajevima pismena nije moguće uručiti adresatu, a još manje upoznati ga sa sadržajem pismena. Na ovaj način povređuje se načelo saslušanja stranaka i kontradiktornosti. S druge strane, propuste u regulaciji dostavljanja iskorištavaju i adresati jer onemogućavaju izvršenje zadataka dostavne službe, a sve skupa onemogućava normalno funkcionisanje pravosuđa.

Dostavljanje pismena treba regulisati na način da bude brzo i efikasno, odnosno da omogući ostvarivanje osnovnih procesnih načela i da spriječi zloupotrebu procesnih prava. Iz navedenih razloga, hitno je potrebno pristupiti izmjenama i dopunama važećeg ZPP-a.

Po uzoru na hrvatsko pravo ili pravo RS, u svrhu olakšanja i ubrzanja dostave potrebno je propisati da je uredna dostava pismena ona koja se izvrši punoljetnom članu domaćinstva ili susjedu koji su dužni primiti pismeno i predati osobi kojoj se pismeno dostavlja. U suprotnom će odgovarati osobi za koju su pismeno primili. Ovakav način dostave može se primijeniti prilikom dostave pismena za koja je potrebna lična dostava, npr. tužba. Međutim, kako je za pismena poput tužbe, presude ili rješenja potrebna dodatna opreznost s obzirom na pravne učinke koje proizvode, moguće je prije obavezne dostave, pokušati obavijestiti na način da se članovima domaćinstva ili susjedu ostavi obavijest za primaoca da radi primanja pismena bude u određeni dan ili sat na svom radnom mjestu ili stanu i na taj način pokušati uručiti pismeno.

Dostava putem oglasne ploče suda, u svim slučajevima u kojima na drugi način nije moguće uručiti pismeno, uticala bi na ostvarivanje ekonomičnosti postupka. Prestale bi važiti odredbe ZPP-a koje su propisivale dostavu običnom pismonosnom pošiljkom uz obrazac o potvrdi prijema, bez da je propisao oblik obrasca, koji se u praksi nije ni pojavljivao i odredbe o dostavi putem dnevnih novina, koje ne samo da su skupe već su dodatno opterećene rokovima i procedurom objave.

Kada sud utvrdi da se stranka zaista trudi da sazna adresu suprotne stranke, bez pokušaja, a ne predlaže da

³³ Vrhovni sud BiH, Rev. 185/90 od 21. 12. 1990 g., objavljena u *Biltenu Vrhovnog suda BiH*, br. 2/91.

³⁴ Član 133. A ZPP-a RH.

sud preuzme određene radnje, trebalo bi regulisati kao obavezu suda da od nadležnog tijela uprave ili na drugi način dobije potrebne podatke. Potrebno je sud aktivno uključiti u dobijanje potrebnih podataka radi utvrđivanja tačne adrese, radi uticaja na zaštitu prava i pravičnosti i zaštitu načela da sud poznaje pravo, te uticati na uštedu u vremenu i troškovima postupka.

Kako bi se spriječile zloupotrebe advokata prilikom dostave koja se obavlja u sudu, u smislu da neredovno preuzima pismena, potrebno je ovakav način dostave regulisati odredbama ZPP-a, na način da će se propisati da su advokati dužni pismeno podići iz pretnica u određenom roku, u suprotnom će se dostava obaviti stavljanjem pismena na oglasnu ploču suda.

Flexibilnijim pristupom u regulaciji, ne narušava se načelno stajalište ZPP-a, prema kojem se dostava smatra obavljenom, samim tim što je obavljena prema zakonskim odredbama o dostavi. Ovo iz razloga što ni jednom zakonskom odredbom se ne može spriječiti i uticati da adresat svojim slučajnim ili namjernim djelovanjem onemogućiti da mu se pismeno zaista i preda i da dođe u priliku saznati za njegov sadržaj.

Imajući u vidu sve izneseno, intervencija zakonodavca za izmjenama, prevashodno dopunama ZPP-a u dijelu odredbi o dostavljanju pismena, neophodna je radi ubrzanja rješavanja sudskih postupaka, zaštita prava stranaka i ekonomičnost svih u postupku, a slijedom toga efikasnost u pravosuđu. Ukoliko intervenciju zakonodavca zanemarimo, doprinos ovog rada bi se jedino mogao ogledati u otvaranju mogućnosti da će se olakšati rad svih koji se bave, ili se nastoje baviti rješavanjem problema dostavljanja pismena.

Na kraju, ipak je najvažniji uticaj na pravnu sigurnost, koju je jedino moguće postići izmjenama i dopunama ZPP-a. Izmjenama i dopunama ZPP-a u dijelu odredbi o dostavljanju pismena uticat će se na pravnu sigurnost i pravednost koje predstavljaju temeljne preduslove za sticanje povjerenja građana u rad pravosuđa.

Mag. sci. Asmira Bešić

Probleme bei der Zustellung im Zivilverfahren der Föderation BiH mit Vorschlägen *de lege ferenda*

(Zusammenfassung)

Der Beitrag analysiert die geltenden Bestimmungen des Zivilverfahrensgesetzes der Föderation BiH über die Zustellung. Dabei werden Probleme aufgezeigt, die in der Praxis wegen der nicht sachgerechten Anwendung dieser Bestimmungen auftreten. Hierzu gehört zB die Zustellung mit Empfangsbestätigung, die in der Praxis einfach nicht angewendet wird, genau wie die Zustellung durch die Veröffentlichung in einer Tageszeitung, die sich als kompliziert und sehr kostenaufwändig erwiesen hat. Die geltenden Bestimmungen über die Zustellung lassen viel Raum für Mißbräuche, sowohl seitens der Parteien, als auch seitens ihrer Vertreter, der in der Praxis auch ausgespielt

wird. Mit Hilfe der Rechtsvergleichung entwickelt die Autorin daher alternative Lösungen. U.a. wird z.B. die Übernahme der kroatischen Lösung vorgeschlagen, nach der die Zustellung als ordentlich zu betrachten ist, wenn das Schriftstück einem volljährigen Mitglied des Haushaltes bzw. einem Nachbarn überreicht wurde, wobei diese Person dafür haftet, das Schriftstück an den Adressaten weiterzuleiten. Die Zustellung mittels Veröffentlichung in der Tageszeitung, sollte durch eine Veröffentlichung auf der Gerichtstafel ersetzt werden.

Durch den Beitrag will die Autorin auf die Notwendigkeit einer entsprechenden Änderung des Zivilverfahrensgesetzes aufmerksam zu machen. Durch diese sollte der Gesetzgeber eine schnelle und effiziente Zustellung sicherstellen und den Missbrauch von Prozessrechten unterbinden.

O nedostatku ustavnih odredbi o objavljivanju propisa – kritika na osnovu primjera iz sudske prakse

Prof. dr. Milan Blagojević*

I Uvodni dio

Pravno normiranje društvenih odnosa podrazumijeva određenu moć predikcije i to najprije onih subjekata koji u nomotehničkom smislu stvaraju određeni propis (pisci propisa), a potom i kod subjekata koji taj propis donose na osnovu odgovarajućeg ovlaštenja. Kao i u nauci, u kojoj vrhunac naučnog posla predstavlja predviđanje događanja (prirodnih, odnosno društvenih) na osnovu rezultata spoznaje koju nauka ima u određenom trenutku, i u području normiranja društvenih odnosa pomoću prava od normotvorca se (kao i od pisaca pravne norme) zahtijeva sposobnost da odgovarajućom pravnom normom obuhvate (na što bolji način) šaroliko mnoštvo pojedinačnih životnih situacija na koje će se odnositi ta norma, što podrazumijeva posjedovanje određene sposobnosti predikcije. Međutim, iskustvo nam govori da je čovjekova moć predikcije ograničena, što važi i za tu njegovu moć na polju prava. Stoga nisu rijetke situacije u kojima je normotvorac određenom pravnom normom (ili samo jednom njenom odredbom) propustio obuhvatiti određeni društveni odnos u svoj njegovoj punoći, iako je to trebao učiniti.

Kada se dogodi ovakav slučaj, subjekat koji je pozvan da protumači i primijeni pravnu normu nađe se pred ozbiljnim problemom. Teorija prava nas uči da se u

* Sudija Okružnog suda u Banjaluci i vanredni profesor ustavnog prava na Univerzitetu za poslovni inženjering i menadžment u Banjaluci.

ovakvim situacijama *može* (ali i ne mora) raditi o pravnim prazninama. U takvom slučaju je, prije odluke da prazninu treba popuniti odgovarajućim sredstvom tumačenja, prethodno potrebno utvrditi da li uopšte postoji interes društva da se taj odnos uređuje pomoću prava, jer se samo u slučaju postojanja takvog interesa može reći da se radi o *pravnoj* praznini. Dakle, tek kada utvrdi postojanje takvog društvenog interesa, što predstavlja veoma složen i odgovoran posao (rekli bismo ništa manje složen od tumačenja pravne norme), subjekat koji je nadležan da protumači i primijeni pravnu normu na konkretni društveni odnos može preći na popunjavanje postojeće pravne praznine odgovarajućim sredstvom pravnog tumačenja. U tu svrhu se, kao što je poznato, koriste različita sredstva iskristalisana u pravnoj nauci, kao što su jezičko tumačenje,¹ sistematsko tumačenje, istorijsko tumačenje, logičko tumačenje (s varijacijama u vidu analogije, *argumentum a fortiori*, *argumentum a contrario*), usko tumačenje izuzetaka. Vrhovno sredstvo tumačenja je ciljno ili teleološko tumačenje.

Međutim, *stricto sensu* postoje situacije u kojima nam nijedno od navedenih sredstava tumačenja pravne norme ne može pomoći i upravo jednoj od tih situacija je posvećen ovaj rad. U njemu ćemo analizirati odredbe člana 109. st. 1. i 2. Ustava Republike Srpske, jer one sadrže nedostatak koji se najbolje može uočiti na konkretnom primjeru.² Taj nedostatak se ne može otkloniti bilo kojim sredstvom tumačenja s obzirom na to da se, kako ćemo pokazati, prilikom upotrebe bilo kojeg od tih sredstava ne bi radilo o tumačenju, već o sudskom kreiranju jedne ustavne odredbe. Takav primjer pruža sudska praksa u kojoj je zapažen nedostatak u pomenutim ustavnim odredbama. Stoga ovaj rad sadrži i izlaganje odgovarajućih činjenica konkretnog upravnosudskog predmeta, na osnovu kojih se može steći potpuna slika o ovom problemu (iz razumljivih razloga u radu neće biti navođeno ime stranke u postupku). U cilju dobijanja takve slike o ovom problemu u nastavku

će najprije biti ukazano na to kako je ovo pitanje uređeno u Ustavu Bosne i Hercegovine, Ustavu Federacije Bosne i Hercegovine te Statutu Brčko distrikta Bosne i Hercegovine. Ovaj dio rada je neophodan s obzirom na činjenicu da i ostali ustavi u Bosni i Hercegovini, odnosno Statut Brčko distrikta, s tim u vezi sadrže nedostatke na koje je potrebno ukazati. Potom slijedi izlaganje činjenica iz jednog sudskog predmeta, u okviru kog će biti prikazana i odgovarajuća rješenja iz Ustava Republike Srpske. Na kraju ćemo, u okviru zaključnog razmatranja, iznijeti naš prijedlog u kom pravcu bi, u vezi s ovim pitanjem, trebalo mijenjati sve ustave u BiH, odnosno Statut Brčko distrikta.

II Kako je objavljivanje propisa uređeno u ustavnopravnom pogledu u Bosni i Hercegovini

Pažljivim čitanjem važećih ustavnopravnih akata u Bosni i Hercegovini (u daljem tekstu: BiH) može se zapaziti kako je u njima ovo pitanje uređeno na različit način. Ustav Bosne i Hercegovine sadrži samo jednu odredbu vezanu za ovo pitanje. Ona je sadržana u članu IV3. h) tog ustava prema kojoj "Odluke Parlamentarne skupštine neće stupiti na snagu prije nego što budu objavljene".³ Pojam "odluke" upotrijebljen na ovom mjestu treba šire tumačiti, tako da u sebi uključuje sve o čemu bude odlučeno u Parlamentarnoj skupštini BiH, a što predstavlja opšti pravni akt. Ovako tumačena, pomenuta odredba bi podrazumijevala da ustavni amandmani, zakoni BiH i drugi opšti pravni akti Parlamentarne skupštine BiH moraju biti prethodno objavljeni da bi stupili na snagu. Međutim, i u tom slučaju ostaje *ustavnopravna* praznina kada je riječ o objavljivanju propisa BiH koje donose Savjet ministara BiH, ministarstva na nivou BiH, kao i ostale institucije i organi na državnom nivou.

U slučaju Ustava Federacije Bosne i Hercegovine, on sadrži djelimična rješenja o objavljivanju pojedinih propisa, ali nema jedinstveno pravilo o tome. Naime, u članu IV A20. tačka d) Ustava ovog entiteta propisano je, u vezi s federalnim zakonima, da oni "...stupaju na snagu kako je u njima utvrđeno ali ne ranije nego što budu objavljeni u službenom glasilu Federacije". Član IVB 9. Ustava Federacije BiH sadrži odredbe koje ovlašćuju Vladu Federacije BiH da donosi uredbe sa zakonskom snagom, pod uslovima određenim tim članom. Iz sadržaja tih odredbi proizlazi, između ostalog, kako je neophodno da ove uredbe budu objavljene da bi proizvodile pravno dejstvo, mada nije jasno kada stupaju na snagu jer to nije određeno pomenutim odredbama. Ovaj nedostatak

¹ Jezičko tumačenje je sredstvo koje se najprije koristi u postupku tumačenja pravne norme, kako bismo utvrdili da li značenje norme koje dobijamo tim putem (*jezičko značenje*) odgovara *pravom značenju* pravne norme. Ako se ta dva značenja podudaraju neće ni biti potrebe za korištenjem ostalih sredstava tumačenja. Međutim, u životu najčešće nije tako, jer se u praksi vrlo često ne podudaraju jezičko i pravo značenje norme. Stoga u tom slučaju moramo koristiti ostala sredstva tumačenja, ali nam ni ona, kako ćemo vidjeti, ne mogu uvijek biti od pomoći.

² Član 109. Ustava Republike Srpske glasi: "Zakoni, drugi propisi i opšti akti stupaju na snagu najranije osmog dana od dana objavljivanja, osim ako iz naročito opravdanih razloga nije predviđeno da ranije stupe na snagu. Prije stupanja na snagu, zakoni, drugi propisi i opšti akti državnih organa objavljuju se u odgovarajućem službenom glasilu." Ustav Republike Srpske – "Službeni glasnik Republike Srpske", br. 21/92, 28/94, 8/96, 13/96, 15/96, 16/96, 21/96, 21/02, 26/02, 30/02, 31/02, 69/02, 31/03, 98/03, 115/05 i 117/05.

³ Treba reći da Ustav Bosne i Hercegovine na još jednom mjestu govori o objavljivanju. Naime, u članu VI 2b) tog ustava je propisano da će Ustavni sud Bosne i Hercegovine svoje odluke javno obrazlagati i *objavljivati*. Međutim, u ovom slučaju radi se o pojedinačnim sudskim odlukama, tako da ova ustavna odredba nije od važnosti za predmet ovog rada.

bi se mogao nadoknaditi tako što bi se na ovo pitanje primjenjivala prethodno citirana ustavna odredba o stupanju na snagu federalnih zakona, jer je jednom od odredbi iz člana IVB 9. Ustava Federacije BiH propisano da će svaka uredba imati snagu zakona. Najzad, Ustav Federacije BiH u članu V2.7. stav 7. propisuje stupanje na snagu kantonalnih zakona. Prema toj odredbi “Kantonalni zakoni stupaju na snagu kao što je u njima utvrđeno, ali ne prije nego što budu objavljeni”.⁴

Statut Brčko distrikta u članu 38. sadrži odredbe o objavljivanju propisa. Najprije je (u stavu 1. tog člana) propisano da se zakoni ovog distrikta, kao i odluke i rezolucije njegove skupštine objavljuju u “Službenom glasniku Brčko distrikta”. U pogledu ostalih propisa (odnosno “zvaničnih akata” kako stoji u pomenutoj odredbi) Statut Distrikta propisuje da se zakonima Distrikta *može predvidjeti* da se i ti ostali akti objavljuju u pomenutom službenom glasniku.⁵ Dakle, Statutom Brčko distrikta nije propisana obaveza objavljivanja drugih propisa (podzakonske pravne snage), što nije dobro rješenje, kao što nije dobro rješenje ni onaj dio člana 38. stav 2. tog statuta kojim je prepušteno zakonodavcu da zakonom određuje (bolje reći arbitrira) da li će i kada neki podzakonski propis biti objavljen. Umjesto toga, pitanja u vezi s objavljivanjem propisa trebaju biti uređena ustavom. Potreba takvog uređivanja najbolje se može uočiti u praksi, a o njoj govorimo u nastavku u kojem ćemo izložiti i odgovarajuća rješenja iz važećeg Ustava Republike Srpske, kao i jednog zakona kojim je pitanje objavljivanja propisa takođe uređeno u Republici Srpskoj.

III O načinu na koji je objavljivanje propisa uređeno u Republici Srpskoj i praktični problemi s tim u vezi

III.1. Kako je ustavno i zakonski uređeno objavljivanje propisa u Republici Srpskoj

Ovaj dio rada počecemo izlaganjem odgovarajućih rješenja (*de lege lata*) o ovom pitanju sadržanih u Ustavu Republike Srpske i Zakonu o objavljivanju zakona i drugih propisa Republike Srpske. Nakon toga ćemo kroz primjer iz prakse ukazati na nedostatke *ustavnopravnih* rješenja o objavljivanju propisa u Republici Srpskoj, usljed kojih su istim nedostacima opterećena i rješenja sadržana u pomenutom zakonu, s obzirom na to da zakonodavac tim zakonom i nije mogao predvidjeti ono što nije sadržano u samom Ustavu.

Dakle, Ustav Republike Srpske u članu 109. stav 1. propisuje (kurziv u citatu je naš) da:

“Zakoni, drugi propisi i opšti akti stupaju na snagu najranije osmog dana *od dana objavljivanja*, osim ako iz

naročito opravdanih razloga nije predviđeno da ranije stupe na snagu”.

Nakon toga u stavu 2. istog člana je propisano sljedeće:

“Prije stupanja na snagu, zakoni, drugi propisi i opšti akti *državnih organa* objavljuju se u odgovarajućem službenom glasniku”.

Iz odredbe stava 1. pomenutog člana proizlazi da je, u dijelu relevantnom za predmet ovog rada, ustavotvorac propisao obavezu objavljivanja svih propisa prije njihovog stupanja na snagu, s obzirom na to da u citiranom tekstu te ustavne odredbe stoji da ne samo zakoni, već i drugi propisi i opšti akti stupaju na snagu najranije osmog dana *od dana njihovog objavljivanja*. Međutim, slabost ovakvog ustavnog rješenja ogleda se u tome što nije uređeno (a trebalo je) gdje se to, odnosno na koji način, objavljuju drugi propisi i opšti akti. Stoga se u nedostatku ustavnog regulisanja i ovog pitanja otvara prostor da se pomenuta ustavna odredba u navedenom dijelu tumači i tako da se može smatrati kako je drugi propis i opšti akt objavljen i njihovim stavljanjem na oglasnu tablu njihovog donosioca. To nije smisao ove ustavne odredbe, ali subjekat koji je pozvan da tumači i primjenjuje pravo u konkretnom slučaju nema ovlaštenje da nadomješta nedostatak ove ustavne odredbe time što bi rekao kako se ne može smatrati da je podzakonski propis uopšte stupio na snagu zbog toga što nije objavljen u službenom glasniku. Ovo ne može biti urađeno ni od strane suda u odgovarajućem sudskom postupku, jer se ne bi radilo o tumačenju ustavne odredbe, već o stvaranju jedne nove ustavne odredbe od strane suda. Naime, u tom slučaju sud bi najprije morao reći kako podzakonski propis koji treba primijeniti ne može biti primijenjen jer nije stupio na snagu, a nije stupio na snagu zato što nije objavljen. Međutim, odmah se otvara sljedeće pitanje, a to je pitanje kada se podzakonski propis može smatrati objavljenim. Kako ćemo odmah niže vidjeti, problem se ne pojavljuje u slučaju podzakonskih propisa koje donose državni organi ili organi jedinica lokalne samouprave, jer se u tim slučajevima radi o propisima organa koji vrše javnu vlast pa se takvi propisi mogu smatrati objavljenim samo kada je to učinjeno u odgovarajućem službenom glasniku, a to je u Republici Srpskoj “Službeni glasnik Republike Srpske”, odnosno službeni glasnik odgovarajuće jedinice lokalne samouprave. No, kao donosioci podzakonskih propisa javljaju se i subjekti koji to čine na osnovu javnih ovlaštenja koja su im povjerena zakonom, a koji nisu ni državni organi niti organi jedinica lokalne samouprave. I baš u tom slučaju se otvara problem o kojem govorimo u ovom radu, odnosno tek tada se uočavaju nedostaci pomenute odredbe iz člana 109. stav 1. Ustava Republike Srpske. Oni se još bolje uočavaju kada se ta odredba dovede u vezu s odredbom stava 2. istog člana Ustava Republike Srpske. Naime, članom 109. stav 2. tog ustava je propisano: “Prije stupanja na snagu, zakoni, drugi propisi i opšti akti *državnih organa* objavljuju se u odgovarajućem službenom

⁴ Ustav Federacije Bosne i Hercegovine, “Službene novine Federacije BiH”, br. 1/94, 13/97, 16/02, 22/02, 52/02, 63/03, 9/04, 20/04, 33/04, 71/05, 72/05 i 88/08.

⁵ Statut Brčko distrikta Bosne i Hercegovine, “Službeni glasnik Brčko distrikta BiH”, br. 17/08 i 39/09.

glasilu". Kako vidimo, ustavotvorac je s izvjesnošću (i dovoljnom jasnoćom) uređio samo objavljivanje propisa *državnih organa* kao uslov da bi mogli stupiti na snagu. Samo je u slučaju propisa tih organa jasno da oni, prije stupanja na snagu, moraju biti objavljeni u odgovarajućem službenom glasilu a to je, s obzirom na to da se radi o propisima *državnih organa*, "Službeni glasnik Republike Srpske". Stoga ova ustavna odredba zaslužuje kritiku ne samo zato što njome nije (a trebala je biti) propisana obaveza objavljivanja u odgovarajućem službenom glasilu i propisa koje donose subjekti na osnovu povjerenih javnih ovlaštenja, već i zbog toga što navedena odredba ne obuhvata i propise organa jedinica lokalne samouprave koji nisu državni organi. U ovom potonjem slučaju taj nedostatak se može nadoknaditi odredbom stava 1. člana 109. Ustava Republike Srpske, jer je njome propisano da propisi i opšti akti stupaju na snagu najranije osmog dana *od dana objavljivanja*, što podrazumijeva obavezu jedinica lokalne samouprave da svoje propise objave u svom službenom glasilu (što je i praksa tih jedinica u Republici Srpskoj). No, predmet ovog rada nisu ti slučajevi, već slučajevi propisa subjekata koje su donijeli na osnovu javnih ovlaštenja, a oni nisu kako državni organi, tako ni organi jedinica lokalne samouprave. U tom slučaju postoji ustavnopravna praznina u Republici Srpskoj, koja se najbolje uočava na praktičnom primjeru o kojem ćemo govoriti u nastavku, nakon što u najkraćem podsjetimo i na odgovarajuća rješenja sadržana u zakonu spomenutom na početku ovog dijela rada.

Radi se o Zakonu o objavljivanju zakona i drugih propisa Republike Srpske.⁶ Suština rješenja sadržanih u njemu svodi se na to da je tim zakonom uređeno objavljivanje zakona, drugih propisa i opštih akata Republike Srpske u "Službenom glasniku Republike Srpske". Šta se podrazumijeva pod tim propisima, odnosno opštim aktima, zakonodavac je pojasnio u članu 3. Zakona. U tom članu je najprije propisano da se u pomenutom službenom glasilu objavljuju propisi i drugi akti koje u okviru svoje nadležnosti donose: predsjednik Republike Srpske, Narodna skupština Republike Srpske, Vlada Republike Srpske, Ustavni sud Republike Srpske, te visoki predstavnik za BiH. Zatim je određeno da se u istom službenom glasilu objavljuju i propisi i drugi akti koje donose ministarstva, republičke uprave i republičke upravne organizacije, Republička izborna komisija, Ustavni sud BiH, kao i drugi organi i institucije BiH i Republike Srpske, pod uslovom da je zakonom propisano njihovo objavljivanje.

Kako vidimo, ni u ovom zakonu nije uređeno pitanje objavljivanja propisa koje u vršenju javnih ovlaštenja

donesu pravni subjekti koji nisu državni organi, a nisu ni organi jedinica lokalne samouprave u Republici Srpskoj. Zakonodavcu se s tim u vezi ne bi trebao upućivati prigovor, s obzirom na to da se kretao u granicama odredbe iz člana 109. Ustava Republike Srpske. Dakle, nije problem u zakonodavnim rješenjima, već u odgovarajućim ustavnim odredbama o kojima smo prethodno govorili, to jest u nedostatku kojim su one opterećene, a koji je posljedica i nedovoljne predikcije onih koji su najprije pisali tekst Ustava Republike Srpske, a zatim i onih koji su ga u navedenom dijelu usvojili.⁷ Evo kakvi problemi nastaju usljed toga u praksi.

III.2. Praktični problemi u vezi s važećim ustavnopravnim odredbama o objavljivanju propisa u Republici Srpskoj

Predmet o kojem govorimo u nastavku odnosi se na javni prevoz lica u drumskom saobraćaju u Republici Srpskoj. Za tu oblast osnovni izvor prava je Zakon o prevozu u drumskom saobraćaju Republike Srpske.⁸ Prema tom zakonu javni linijski prevoz lica u drumskom saobraćaju obavlja se na osnovu registrovanog reda vožnje, a registracija redova vožnje vrši se na osnovu prethodno obavljenog postupka javnog usklađivanja redova vožnje, s tim što je ostavljena mogućnost da to bude učinjeno i na osnovu postupka dodjele koncesije, ali to nije od važnosti za predmet ovog rada.

U postupku javnog usklađivanja redova vožnje učesnik u tom postupku (prevoznik) predlaže red vožnje koji, prema članu 25. stav 1. pomenutog zakona, *treba biti usaglašen sa daljinarom*. Kako vidimo, ovom zakonskom odredbom se od jednog pravnog subjekta (prevoznika) traži da se ponaša u skladu s aktom koji zakonodavac naziva *daljinarom*. S tim u vezi odmah se postavlja pitanje pravne prirode daljinara, a važnost tog pitanja je pojačana činjenicom da zakonodavac u pomenutom zakonu prilično nespretno određuje značenje tog izraza. Naime, u članu 4 tačka e) navedenog zakona značenje izraza daljinar određeno je na sljedeći način:

"daljinar je dokument koji sadrži podatke o minimalnom vremenu vožnje izražen u minutama i časovima i udaljenost izraženu u kilometrima između pojedinih autobuskih stanica i autobuskih stajališta na autobuskim linijama".⁹

⁷ Rješenja iz člana 109. Ustava Republike Srpske kako smo ih prethodno izložili postoje od donošenja tog ustava 1992. godine do danas.

⁸ Objavljen u "Službenom glasniku Republike Srpske", broj 111/2008, s kasnijim izmjenama i dopunama objavljenim u istom službenom glasilu u brojevima 50/2010 i 12/2013.

⁹ Članom 4. tačka m) istog zakona izraz *minimalno vrijeme vožnje* je određen kao "... najmanje vrijeme vožnje između autobuskih stanica ili autobuskih stajališta, odnosno između autobuskih stanica i autobuskih stajališta iz utvrđenog daljinara".

⁶ Zakon je objavljen u "Službenom glasniku Republike Srpske", broj 67 od 21. jula 2005. godine, a do sada je u jednom navratu pretrpio izmjene i dopune koje su objavljene u "Službenom glasniku Republike Srpske", broj 110 od 26. novembra 2008. g.

Kako vidimo, zakonodavac ovaj akt naziva *dokumentom*, što je rješenje koje unosi zabunu o pravnoj prirodi daljinara. Međutim, kada se ima u vidu nastavak pomenute definicije, jasno je da se radi o opštem pravnom aktu. Naime, kada zakonodavac kaže da daljinar sadrži podatke o minimalnom vremenu vožnje izraženom u minutama i časovima, to znači da se *svaki prevoznik* mora ponašati u skladu s tim, to jest da vozilom kojim vrši uslugu javnog prevoza u drumskom saobraćaju razdaljinu između pojedinih stajališta, odnosno stanica, ne smije prelaziti u vremenu koje odstupa od onog utvrđenog važećim daljinarom. Ovakav zaključak pojačava i činjenica da je već pomenutim članom 25. stav 1. Zakona o prevozu u drumskom saobraćaju propisana obaveza za svakog prevoznika da predloži red vožnje koji je usaglašen s daljinarom. Stoga kada se navedene dvije zakonske odredbe posmatraju u međusobnoj vezi, onda se kao jedino ispravan zaključak nameće to da daljinar, uprkos tome što ga zakonodavac nesprenito naziva dokumentom, nije ništa drugo do opšti pravni akt. Naime, njegov sadržaj, u dijelu koji se tiče minimalnog vremena vožnje između pojedinih stajališta, odnosno stanica na određenoj autobuskoj liniji, ukazuje da se u tom dijelu radi o *opštim pravilima ponašanja* upućenim različitim destinaterima (adresatima norme), to jest o opštim pravnim pravilima ponašanja koji obavezujuće djeluju (*važe*) u odnose na *sve prevoznike* (subjektivna opštost) kojima je odobreno vršenje prevozničkih usluga na autobuskoj liniji na koju se odnosi daljinar, kao i *na neodređeni broj takvih slučajeva* (objektivna opštost). Pored toga, u dijelu koji se odnosi na minimalno vrijeme vožnje između pojedinih stajališta, odnosno stanica na određenoj autobuskoj liniji, daljinar je i *apstraktno pravno pravilo*, to jest *pravilo čija važnost nije iscrpljena u jednoj primjeni*, budući da daljinar u tom dijelu obavezuje *semper et ad semper*, odnosno sve dok je na snazi.

S obzirom na to da se u slučaju daljinara radi o opštem pravnom aktu, sljedeće što treba razmotriti jesu pitanja ko je pravni subjekat nadležan za njegovo donošenje te da li se i kako objavljuje ovaj pravni akt. U vezi s prvim pitanjem treba reći kako je članom 25. stav 2. Zakona o prevozu u drumskom saobraćaju propisano da daljinar utvrđuje “... organ nadležan za usklađivanje i registraciju redova vožnje”, a to je nadležna privredna komora ako se radi o *republičkom linijskom prevozu lica*, odnosno nadležni organ jedinice lokalne samouprave ako se radi o linijskom prevozu lica na teritoriji jedinice lokalne samouprave (član 24. istog zakona). Stoga je pravno neosnovano da ministar saobraćaja i veza Republike Srpske svojim pravilnikom utvrđuje daljinar kod republičkog linijskog prevoza lica, što je do sada učinio u dva navrata. Najprije je to učinio Pravilnikom o usklađivanju i registraciji redova vožnje iz 2009. godine,¹⁰ a potom i važećim Pravilnikom o

usklađivanju i registraciji redova vožnje iz 2013. godine.¹¹ Pravna neosnovanost, bolje reći nezakonitost tog pravilnika u pomenutom dijelu, ogleda se u tome što je Zakonom o prevozu u drumskom saobraćaju Republike Srpske (član 25), koji je i osnov za donošenje tog pravilnika, propisano da *organ koji je nadležan za usklađivanje i registraciju redova vožnje utvrđuje i daljinar*, a iz člana 24. istog zakona jasno proizlazi da *usklađivanje i registraciju reda vožnje u republičkom linijskom prevozu lica vrše nadležne privredne komore*. To što je članom 18. pomenutog zakona propisano da ministar saobraćaja i veza Republike Srpske donosi pomenuti pravilnik i da njime propisuje *način, kriterijume i postupak usklađivanja i registracije redova vožnje, kao i obrazac i sadržaj registra redova vožnje u republičkom linijskom prevozu lica*, nije osnova da ministar tim pravilnikom propisuje i *daljinar* (kao što je učinio), jer je to *expressis verbis* dato u nadležnost privredne komore odredbama čl. 24. i 25. Zakona o prevozu u drumskom saobraćaju Republike Srpske.

Kada se ovo ima u vidu, sljedeće pitanje koje se postavlja je to da li se i kako objavljuje daljinar koji utvrđuje nadležna privredna komora. S obzirom na to da se u slučaju daljinara radi o opštem pravnom aktu, da ga nadležna privredna komora donosi u vršenju *javnih ovlaštenja* koja su joj povjerena zakonom, očigledno je da se, kao u slučaju svakog drugog pravnog propisa, radi o aktu vlasti. Međutim, prethodna analiza relevantnih odredbi Ustava Republike Srpske i Zakona o objavljivanju zakona i drugih propisa Republike Srpske pokazala je kako ni jedan od njih ne sadrži odredbu da se u odgovarajućem službenom glasilu objavljuju i propisi pravnih subjekata koji nisu državni organi niti organi jedinica lokalne samouprave, a kojima se na osnovu javnog ovlaštenja uređuju društveni odnosi na opšti i apstraktan način.

Stoga ne treba da čudi problem pred kojim se nađe adresat takvog propisa, u ovom slučaju daljinara, koji iznosimo u nastavku. U predmetu Okružnog suda u Banjaluci, broj 11 0 U 010190 12 U, u upravnom sporu radi poništenja rješenja Ministarstva saobraćaja i veza Republike Srpske donesenog u postupku usklađivanja redova vožnje, u tužbi jednog od takvih adresata između ostalog se kaže i sljedeće (kurziv u citatu je naš):

“Tuženi (pomenuto ministarstvo – naša opaska) ne uvažava i ignoriše činjenicu na koju tužilac upozorava a to je da *daljinar nikada i nigdje nije bio objavljen u skladu sa zakonom (...)* te da se po istom nije moglo postupati, jer isti nije bio dostupan svim

Srpske”, broj 15/2009, s kasnijim izmjenama i dopunama objavljenim u istom službenom glasilu u brojevima 24/2009, 9/2011 i 5/2012.

¹¹ Važeći Pravilnik objavljen je u “Službenom glasniku Republike Srpske”, broj 6/2013, a i on je već u dva navrata pretrpio dvije izmjene i dopune koje su objavljene u pomenutom službenom glasilu u brojevima 116/2013 i 6/2014.

¹⁰ Taj pravilnik je objavljen u “Službenom glasniku Republike

prevoznicima na isti način. Prvostepeni organ je bio u obavezi *da predmetni daljinar oglasi u Službenom glasniku Republike Srpske i da isti stupi na snagu prije održavanja postupka i na taj način bi ispoštovao svoju obavezu obavještanja. Tek u tom slučaju bi taj daljinar pravno obavezivao učesnike u postupku i oni se ne bi mogli ekskulpirati od odgovornosti da nisu upoznati sa sadržinom istog*”.

Isti prigovor tužilac je, u bitnom, iznosio i u žalbi protiv prvostepenog rješenja (broj 05-04-90/12 od 11. 6. 2012. godine), koje je u upravnom postupku donijela Područna privredna komora Banja Luka. Tim rješenjem odbijen je tužiochev zahtjev za usklađivanje prijedloga novog reda vožnje na jednoj područnoj autobuskoj liniji. O toj žalbi odlučivalo je resorno Ministarstvo saobraćaja i veza Republike Srpske koje je, rješenjem broj 13.03/345-1559/12 od 12. 7. 2012. godine odbilo žalbu kao neosnovanu. U obrazloženju tog drugostepenog rješenja, čija zakonitost je predmet ocjene u navedenom predmetu Okružnog suda u Banjaluci, kaže se sljedeće:

“Iz sadržaja ožalbenog rješenja proizilazi da je prvostepeni organ rješavajući u ponovljenom postupku odbio zahtjev za usklađivanje novog reda vožnje područne autobuske linije (...). Prvostepeni organ je (...) upotpunio postupak, tako što je jasno i detaljno obrazložio razloge odbijanja prijedloga novog reda vožnje žalioaca, detaljno obrazložio greške u minimalnim vremenima vožnje, tako da drugostepeni organ ostaje kod navoda datih u prvostepenom rješenju”.

Drugostepeni organ ne iznosi svoje razloge zbog kojih odbija žalbu. Umjesto toga se poziva na razloge koje je dao prvostepeni organ u naprijed navedenom prvostepenom rješenju od 11. 6. 2012. godine. Nesumnjivo je da drugostepeni organ u obrazloženju svog rješenja može postupiti na takav način, jer je takvo pravo za njega sadržano u članu 230. stav 2. Zakona o opštem upravnom postupku, kojim je propisano da kad je već prvostepeni organ u obrazloženju svog rješenja pravilno ocijenio ono što se navodi i u žalbi, u tom slučaju se drugostepeni organ može pozvati na razloge prvostepenog rješenja. Međutim, ono što predstavlja problem u konkretnom slučaju, zbog čega je i navedeno postupanje drugostepenog organa nepravilno, jeste činjenica da ni pomenuto prvostepeno rješenje ne sadrži razloge u suštinskom pitanju ovog predmeta, a to je pitanje koji daljinar je prvostepeni organ primjenjivao, kao i da li je i gdje je objavljen taj daljinar. Ovaj nedostatak prvostepenog rješenja se jasno vidi iz relevantnog dijela tog rješenja koji dajemo u nastavku:

“Komisija je korištenjem relacije broj 29 iz Daljinara sa minimalnim vremenom vožnje, utvrdila greške u prijedlogu reda vožnje koje se odnose na vrijeme u polasku i kilometražu, tako što je predlagatelj u stajalištu naveo vrijeme 21,52 a prema Daljinaru je 21,53, u stajalištu navedeno je 21,54, prema Daljinaru

vrijeme je 21,56, i u stanici navedeno je 22,20 i 25 km, a prema Daljinaru je 22,22 i 26 km. U povratku iz vrijeme u stajalištu u prijedlogu reda vožnje je 23,00, a prema Daljinaru je 23,02, u stajalištu navedeno je 23,03, prema Daljinaru je 23,05 i u stajalištu navedeno je 23,20, prema Daljinaru je 23,22”.

Kako vidimo, prvostepeni organ se u svom rješenju sve vrijeme poziva na “Daljinar”, ali ne iznosi razloge (a trebao je) o tome koji je to daljinar, kao i da li je i gdje je (na koji način) objavljen. O tome nema nikakvih razloga ni u obrazloženju pomenutog drugostepenog rješenja resornog ministarstva, a sve to je posljedica problema koji je predmet ovog rada. Dakle, ono što se može zaključiti iz ovog primjera, bez obzira na to što se radi o samo jednom od sličnih, jeste to da daljinar, koji služi kao pravni osnov za odlučivanje u ovakvim upravnim stvarima, predstavlja opšti pravni akt donesen od pravnog subjekta u vršenju njegovih javnih ovlaštenja koje su mu povjerene zakonom. Stoga takav akt treba biti objavljen u odgovarajućem službenom glasniku prije stupanja na snagu, kako bi adresati tog daljinara (prevoznici) znali sadržaj njegovih odredbi, što je preduslov da bi se od njih tražilo ponašanje u skladu s daljinarom. Pored toga, objavljivanje daljinara u odgovarajućem službenom glasniku predstavlja i osnov za obavezu organa koji ga primjenjuje, a koja obaveza se sastoji u tome da se prilikom odlučivanja nadležni organ ne samo poziva na daljinar, kako se čini u pomenutom prvostepenom, odnosno drugostepenom rješenju, već i da se navede u kom službenom glasniku je objavljen. Samo na taj način se stvara i mogućnost sudu da u upravnom sporu ocjenjuje zakonitost upravnog akta u ovom pravno relevantnom dijelu. U odsustvu takvog postupanja sud biva doveden u takvu situaciju da ni sam ne zna koji propis (daljinar) treba primijeniti prilikom ocjene zakonitosti upravnog akta u upravnom sporu.

IV Zaključna razmatranja

Ovaj dio rada počecemo podsjećanjem na nešto što je u pravnoj nauci zapaženo još početkom dvadesetog vijeka. U to vrijeme (1913. godine) poznati francuski pravni teoretičar Leon Digi napisao je svoje čuveno djelo “Preobražaji javnog prava” (*Les transformations du droit public*). Suštinu njegovog učenja izloženog u toj monografiji čine sljedeće misli (kurziv u citatu je naš):

“Pojam javne službe zamjenjuje pojam suverenosti kao osnovu javnog prava. (...) Istog dana kad je pod uticajem vrlo različitih uzroka, čije izučavanje ne spada ovde, stvorena razlika između upravljača i onih nad kojima se upravlja, stvoren je i pojam javne službe. Zaista, shvatilo se još od tog trenutka da se upravljačima nameću izvesne obaveze prema onima kojima upravljaju, kao i da je izvršenje tih obaveza u

*isto vreme posledica i opravdanje njihove veće sile. To je u suštini pojava javne službe.*¹²

Iako su se još u vrijeme pojavljivanja navedenog djela, a i poslije toga, pojavile kritike na račun Digijevo shvatanja o *javnoj službi kao suštini države*, kojim je želio izbaciti pojam suverenosti kao suštinski prilikom određivanja pojma države, u jednom je vrijeme dalo Digi za pravo. Naime, od tog vremena pa sve do danas pojam javne službe je sve više dobijao na značaju. Određujući taj pojam Digi vršenje javne službe nije vezao isključivo za državne organe niti za organe vlasti u jedinicama lokalne samouprave. Umjesto toga, on tim organima daje ulogu *upravljajuča*, nakon čega pojam javne službe određuje tako što kaže (kurziv u tekstu je naš):

“Ukratko, izgleda da se pojam javne službe ovako može odrediti: to je svaka ona delatnost čije vršenje *upravljajuči* treba da *regulišu, obezbede i kontrolišu*, pošto je ona neophodna za ostvarenje i razvitak društvene međuzavisnosti i *takve je prirode da može biti potpuno obezbeđena samo posredovanjem sile kojom raspolažu upravljajuči.*”¹³

Ne može se, dakle, od države očekivati da ona neposredno obavlja sve poslove javne službe. Umjesto toga, država je tu da najprije pravno uredi ovu službu. Potom je država tu da obezbijedi njeno funkcionisanje, što može učiniti (i čini sve više, naročito danas) tako što obavljanje pojedinih poslova povjerava pravnim subjektima koji, kao u slučaju kojim smo se poslužili u radu, nisu državni organi niti organi jedinica lokalne samouprave (zbog čega ih u radu nazivamo *nedržavnim pravnim subjektima*), nakon čega ih kontrolišu u radu. Povjeravajući im poslove javne službe, država (a u složeno uređenim državama i njene konstitutivne jedinice) tim subjektima povjerava i normativna ovlaštenja kao dio javnih ovlaštenja. Stoga se sasvim prirodno nameće potreba da i ti subjekti u vršenju ovakvog normativnog ovlaštenja budu podvrgnuti *ustavnoj obavezi* da takve svoje propise prije njihovog stupanja objave u odgovarajućem službenom glasilu. Na takvu potrebu ukazuju i potreba za dobrom vladavinom, kao elementom konstitucionalizma i razvoja demokratije, kao i načelo vladavine prava na kojem počiva ustavno uređenje u BiH. U vezi s dobrom vladavinom u odgovarajućoj literaturi se ukazuje na to da njen neizostavni elemenat čini otvorenost (transparentnost) vladavinskih institucija.¹⁴ Iako se zapažanja s tim u vezi odnose na vladavinske institucije, navedeni element (načelo) se treba primijeniti i na *nedržavne pravne subjekte* kada vrše javna ovlaštenja na osnovu zakona. Na takvu potrebu ukazuju i načelo

vladavine prava. Naime, u načelo vladavine prava ugrađena su i određena svojstva koja trebaju imati propisi. Među njima su, između ostalog, opštost, postojanost, određenost i jasnost.¹⁵ No, da bismo mogli suditi o tome da li je nečije ponašanje u skladu s važećim propisom, kao i da li propis posjeduje sve navedene kvalitete, neophodno je da bude dostupan javnosti, a to se čini njegovim objavljivanjem. Stoga je i objavljivanje propisa neizostavan elemenat vladavine prava. *Iz ovoga slijedi da to kao pravilo mora važiti ne samo za propise državnih organa i organa jedinica lokalne samouprave, već i za sve one propise koje donose nedržavni pravni subjekti u vršenju javnih ovlaštenja.*

Prije nego što iznesemo prijedlog u kom pravcu bi trebalo doraditi važeće ustave u BiH u vezi s ovim pitanjem, daćemo kratak prikaz ustavnopravnih odredbi koje su na snazi u zemljama iz našeg najbližeg okruženja.

Ustavom Republike Srbije ovo pitanje je uređeno u članu 196. U stavu 1. tog člana je propisana obaveza da se svi zakoni i drugi opšti akti objave prije njihovog stupanja na snagu. To predstavlja dobro rješenje, ali mu je nedostatak što u nastavku tog člana nije propisano ništa o tome u kom službenom glasilu se objavljuju opšti akti koje donesu nedržavni pravni subjekti u vršenju javnih ovlaštenja. Umjesto toga, srbijanski ustavotvorac se u tom članu zadovoljio samo time da propiše u kom službenom glasilu se objavljuju Ustav, zakoni i podzakonski opšti akti Republike Srbije, zatim statuti, odluke i drugi opšti akti autonomnih pokrajina te statuti i opšti akti jedinica lokalne samouprave.¹⁶

Bolje rješenje u vezi s ovim pitanjem sadrži Ustav Republike Hrvatske. Naime, u članu 90. stav 2. tog ustava je propisano da:

“Propisi tijela koja imaju javne ovlasti prije stupanja na snagu moraju biti objavljeni na dostupan način u skladu sa zakonom.”¹⁷

Dakle, hrvatski ustavotvorac ima u vidu ovo pitanje, time što propisuje obavezu objavljivanja ovakvih propisa prije njihovog stupanja na snagu, ali je ostavljeno zakonodavcu da zakonom uredi način na koji će to biti učinjeno.

¹⁵ Više o ovome vidjeti u K. Čavoški: *Pravo kao umeće slobode*, 2. dopunjeno izdanje (Beograd, JP “Službeni glasnik”, 2005).

¹⁶ Član 196. Ustava Republike Srbije glasi: “Zakoni i svi drugi opšti akti, objavljuju se pre stupanja na snagu. Ustav, zakoni i podzakonski opšti akti Republike Srbije objavljuju se u republičkom službenom glasilu, a statuti, odluke i drugi opšti akti autonomnih pokrajina, objavljuju se u pokrajinskom službenom glasilu. Statuti i opšti akti jedinica lokalne samouprave, objavljuju se u lokalnim službenim glasilima. Zakoni i drugi opšti akti stupaju na snagu najranije osmog dana od dana objavljivanja i mogu da stupe na snagu ranije samo ako za to postoje naročito opravdani razlozi, utvrđeni prilikom njihovog donošenja.” Tekst Ustava Republike Srbije objavljen je u “Službenom glasniku Republike Srbije”, broj 98/2006.

¹⁷ Ustav Republike Hrvatske – pročišćeni tekst, “Narodne novine”, broj 85/2010.

¹² L. Digi: *Preobražaji javnog prava* (Beograd, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu – Centar za publikacije 1998), str. 40.

¹³ L. Digi op. cit. f. 9, str. 51.

¹⁴ B. Smerdel, S. Sokol: *Ustavno pravo* (Zagreb, Narodne novine, 2009), str. 55 i 56.

Najzad, Ustav Crne Gore u članu 146. propisuje da se zakon i drugi propis objavljuje prije stupanja na snagu.¹⁸ U suštini, ovo rješenje odgovara rješenju iz Ustava Republike Srbije, jer je i tim ustavom propisano da se svi zakoni *i drugi opšti akti* objavljuju prije njihovog stupanja na snagu. Međutim, i ovdje se može primijetiti kako je crnogorski ustavotvorac propustio urediti u kom službenom glasilu se objavljuju opšti akti koje donesu nedržavni pravni subjekti u vršenju javnih ovlaštenja.

U završnom dijelu rada želimo još jednom istaći potrebu *ustavnog* regulisanja pitanja objavljivanja propisa koje u vršenju javnih ovlaštenja donesu nedržavni subjekti. Bez takvog regulisanja subjekti koji su pozvani da tumače i primijene odgovarajući propis (posebno se to odnosi na sudove) nisu u mogućnosti da u svojim odlukama uspostavljaju takvu obavezu, kada ona nije propisana ustavom. Sud to ne može učiniti upotrebom bilo kojeg sredstva tumačenja, a ako bi to i pored toga učinio to ne bi bilo tumačenje i primjena prava, već njegovo stvaranje, što nije u nadležnosti sudova iz našeg pravnog podneblja. Ni pozivanje na pravna načela, čemu se sklono naročito u posljednje vrijeme, ovdje nije od pomoći, jer takvog načela naprosto nema. Stoga i eventualni pokušaj sudova da ga izvedu iz načela vladavine prava ne bi predstavljao tumačenje i primjenu prava, već bi se opet radilo o njegovom stvaranju od strane sudova. Naime, u tom slučaju problem se ne rješava time što ćemo reći kako nema vladavine prava bez prethodnog objavljivanja propisa koji treba primijeniti, a posebno kada se radi o propisima nedržavnih pravnih subjekata donesenih u vršenju javnih ovlaštenja. Odmah potom postavlja se sljedeće pitanje koje se može formulirati na sljedeći način: U kom to službenom glasilu je trebao biti objavljen takav propis? Kada se postavi ovakvo pitanje, a ono se mora postaviti, svaki dalji posao suda, to jest rješenje koje bi sud ponudio u svojoj odluci, nije primjena već stvaranje prava, s obzirom na to da i o ovom pitanju čute kako Ustav BiH, tako i ustavi Republike Srpske i Federacije BiH, odnosno Statut Brčko distrikta BiH.

Stoga, završavajući ovaj rad, predlažemo kao *ustavno* pravilo da se *opšti pravni akti, doneseni od nedržavnih pravnih subjekata u vršenju javnih ovlaštenja koja su im povjerena zakonom, prije stupanja na snagu moraju objaviti u odgovarajućem službenom glasilu*. Ovo bi važilo kao opšte pravilo u BiH, ali bi svakim od ustava u BiH to pravilo trebalo dopuniti i time što bi bilo određeno i koje je to službeno glasilo u kojem trebaju biti objavljeni ovakvi propisi.

U Ustavu BiH to pravilo bi moglo glasiti na sljedeći način: “Opšti pravni akti doneseni od nedržavnih pravnih

subjekata u vršenju javnih ovlaštenja koja su im povjerena zakonom donesenim na nivou BiH prije stupanja na snagu moraju se objaviti u ‘Službenom glasniku BiH’”.

U Ustavu Republike Srpske pravilo bi moglo glasiti na sljedeći način: “Opšti akti doneseni od nedržavnih pravnih subjekata u vršenju javnih ovlaštenja koja su im povjerena zakonom Republike Srpske prije stupanja na snagu moraju se objaviti u ‘Službenom glasniku Republike Srpske’”.

U Ustavu Federacije BiH ovo pravilo bi, zbog njenog složenog uređenja, moglo glasiti na sljedeći način: “Opšti pravni akti doneseni od nedržavnih pravnih subjekata u vršenju javnih ovlaštenja koja su im povjerena zakonom Federacije BiH prije stupanja na snagu moraju se objaviti u ‘Službenim novinama Federacije BiH’. Opšti pravni akti doneseni od nedržavnih pravnih subjekata u vršenju javnih ovlaštenja koja su im povjerena zakonom kantona prije stupanja na snagu moraju se objaviti u službenom glasilu tog kantona”. U ustavima kantona takođe bi trebalo biti propisano ovo potonje pravilo.

Najzad, u Statutu Brčko distrikta BiH ova odredba bi mogla glasiti: “Opšti pravni akti doneseni od nedržavnih pravnih subjekata u vršenju javnih ovlaštenja koja su im povjerena zakonom Distrikta prije stupanja na snagu moraju se objaviti u službenom glasilu Distrikta”.

U vezi s navedenim prijedlozima naglašavamo potrebu da se i ovim odredbama dodatno uredi još jedno važno pitanje, pored onog koje se tiče objavljivanja opštih pravnih akata koje su donijeli pravni subjekti u vršenju javnih ovlaštenja. Radi se o tome da se predloženim rješenjima uređuje i pitanje vrste pravnih akata kojima se ovim subjektima može povjeriti ovlaštenje da pravno uređuju određene društvene odnose. Takvo ovlaštenje može se povjeriti *samo zakonom*, a ne i podzakonskim propisom. Iako, primjera radi, Ustav Republike Srpske u članu 97. stav 4. sadrži odredbu prema kojoj se određena upravna ovlaštenja *zakonom* mogu povjeriti preduzećima i drugim organizacijama, nije suviše da se i u rješenju koje predlažemo ovim radom ovo pitanje uredi tako što bi bilo propisano da se i ovlaštenje za pravno uređivanje društvenih odnosa tim subjektima može povjeriti *zakonom*. Na potrebu takvog ustavnog rješenja ukazuje i praksa, u kojoj je primijećeno da se povjeravanje pomenutog ovlaštenja nedržavnim subjektima vrši aktom koji nije zakon, što je neustavno i nezakonito. Za potrebe ovog rada izdvojićemo jedan primjer, koji je dovoljno ilustrativan. Dakle, ministar saobraćaja i veza Republike Srpske je članom 18. već pomenutog Pravilnika o usklađivanju i registraciji redova vožnje iz 2009. godine¹⁹ privrednoj komori u Republici Srpskoj povjerio javno ovlaštenje

¹⁸ Član 146. Ustava Crne Gore glasi: “Zakon i drugi propis objavljuje se prije stupanja na snagu, a stupa na snagu najranije osmog dana od dana objavljivanja. Izuzetno, kada za to postoje razlozi utvrđeni u postupku donošenja, zakon i drugi propis može stupiti na snagu najranije danom objavljivanja.” Tekst Ustava Crne Gore sa amandmanima I do XVI objavljen je u “Službenom listu Crne Gore”, br. 1/2007 i 38/2013.

¹⁹ “Službeni glasnik Republike Srpske”, br. 15/09, 24/09, 9/11 i 5/12. Isto rješenje sadrži i važeći Pravilnik o usklađivanju i registraciji redova vožnje, “Službeni glasnik Republike Srpske”, br. 6/2013, 116/2013 i 6/2014, što ukazuje na perzistentnost ovakvog neustavnog stanja.

da uputstvom uređuje broj primjeraka redova vožnje za registraciju, kao i rokove za njihovo dostavljanje. Zatim je istim članom tog pravilnika određeno da ako se usklađeni redovi vožnje za registraciju ne dostave *u skladu s rokom utvrđenim pomenutim uputstvom* smatraće se da je prevoznik odustao od reda vožnje. Ovakvo postupanje resornog ministra je suprotno odredbi člana 97. stav 4. Ustava Republike Srpske, ali i odredbi člana 70. stav 2. Zakona o republičkoj upravi²⁰ kojim je zabranjeno da se podzakonskim propisima organa uprave (pravilnicima, naredbama i uputstvima) određuju svoje ili *tude nadležnosti*. Kada se postupi na način na koji je to učinjeno u prethodno navedenom primjeru, time se podzakonskim aktom od strane ministra određuje *nadležnost* nedržavnog subjekta da donese uputstvo kojim će urediti određene društvene odnose, što predstavlja i povjeravanje takvog javnog ovlaštenja. Stoga je odgovarajuće ustavno rješenje koje smo predložili u ovom radu korisno i zbog toga što se njime dodatno predupređuje i mogućnost nastanka ovakvih neustavnih i nezakonitih pravnih situacija.

Prof. Dr. Milan Blagojević

Über das Fehlen verfassungsrechtlicher Vorschriften über die Veröffentlichung von Rechtsakten – Kritik anhand eines Beispiels aus der Rechtsprechung

(Zusammenfassung)

Der Autor des Beitrags zeigt anhand eines Beispiels aus der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung, dass das Fehlen entsprechender verfassungsrechtlicher Regelung über die Veröffentlichung von Rechtsakten gewisse praktische Probleme bereitet. Er konzentriert sich dabei auf die Verfassung der Republika Srpska, obwohl die Verfassungen Bosnien und Herzegowinas und der Föderation Bosnien und Herzegowinas auch nicht gegen dieses Problem immun sind. Problematisch sind insbesondere Rechtsakte, welche von nicht-staatlichen Stellen, denen öffentliche Befugnisse verliehen wurden, im Rahmen dieser Befugnisse erlassen wurden. Der Autor schlägt vor, die Verfassungen mit einer entsprechenden Vorschrift zu ergänzen und gibt Formulierungsvorschläge diesbezüglich. Er vertritt die Ansicht, dass auf diese Weise für mehr Rechtssicherheit gesorgt, aber auch das Prinzip der good governance als Element des Konstitutionalismus gestärkt werden würde.

²⁰ "Službeni glasnik Republike Srpske", br. 118/08, 11/09, 74/10, 86/10 i 24/12.

Načelo povjerenja u zemljišnu knjigu u najnovijoj praksi Vrhovnog suda Federacije BiH

Prof. dr. Meliha Povlakić

1. Uvod

U novijoj praksi Vrhovnog suda Federacije BiH zamjetne su odluke u kojima ovaj sud načelu povjerenja u zemljišne knjige daje značaj prioritetnog načela. Nužno je odmah precizno odrediti da se u ovim slučajevima radi o postupcima povodom revizije, u kojima je sud odlučivao u slučajevima u kojima je do stjecanja stvarnih prava došlo prije primjene novog zemljišnoknjižnog i stvarnog prava Federacije BiH. U svojim odlukama sud je priznao mogućnost stjecanja prava vlasništva i drugih stvarnih prava na temelju povjerenja u zemljišne knjige, a time i mogućnost da treće savjesno lice stekne određeno pravo i na temelju netačne zemljišne knjige.

U ovom radu se analiziraju dva slučaja o kojima je povodom revizije odlučivao Vrhovni sud Federacije BiH (dalje i: VS FBiH). U jednom slučaju (slučaj 1.)¹ zemljišnoknjižni je vlasnik založio nekretninu nakon što je vlasništvo nekretnine stečeno vanknjižno putem dosjelnosti od strane višegodišnjeg posjednika. Ovdje se postavilo pitanje da li je moguće steći hipoteku (ili neko drugo stvarno pravo) od lica koje je upisano u zemljišnu knjigu, ali nije više njen vlasnik. U drugom slučaju² radilo se o sukcesivnim prijenosima jedne nekretnine, pri čemu je nakon više godina poništen prvi ugovor o prijenosu. Pred sudove se postavilo pitanje, da li kao posljedicu nevaljanosti prvog upisa, treba poništiti sve naknadne upise i uspostaviti prvobitno zemljišnoknjižno stanje, odnosno da li je moguće stjecanje od lica koje je upisano u zemljišnu knjigu, ali nije vlasnik, budući da je pravna osnova njegovog upisa nevaljana (slučaj 2.).

U osnovi su oba pitanja ista i tiču se dejstva načela povjerenja, i to njegove pozitivne komponente. Prema definiciji koju sadrži i ZZK FBiH³ i ZSP FBiH⁴ za treće je savjesno lice koje stječe na temelju pravnog posla sve što je upisano u zemljišnu knjigu tačno. Vrhovni sud FBiH, međutim, nije imao lak zadatak, kako se iz citiranih odredbi čini, jer je presuđivao slučajeve stjecanja stvarnih prava i upisa na nekretninama koji su se desili dok navedeni propisi još nisu bili na snazi.

¹ 23 0 P 015197 12 Rev od 20. 12. 2012. objavljeno u *Bilten Vrhovnog suda Federacije BiH* 1-2/2013, Odluka br. 21 – u daljem tekstu i: Presuda 1.

² 53 0 P 006550 11 Rev od 14. 2. 2013. (iz arhive suda) – u daljem tekstu i: Presuda 2.

³ Član 9. st. 2. ZZK FBiH.

⁴ Član 55. i 56. ZSP FBiH.

Prije nego što se analiziraju dvije navedene presude VS BiH, dat će se kratak pregled primjene načela povjerenja u dosadašnjoj sudskoj praksi (2.), kao i evolucija zakonodavnih rješenja (3.), budući da se samo tako može shvatiti značaj analiziranih odluka VS FBiH.

2. Načelo povjerenja u dosadašnjoj sudskoj praksi

Na području bivše SFRJ, a time i BiH, bila je formirana gotovo jedinstvena sudska praksa o rješavanju pitanja višestrukog otuđenja iste nekretnine i dejstva načela povjerenja u zemljišne knjige. U dvije analizirane sudske odluke radi se o višestrukom otuđenju i stjecanju na temelju načela povjerenja. Slučajevi višestrukog otuđenja iste nekretnine bili su veoma česti u sudskoj praksi, između ostalog i zbog neažurnosti zemljišne knjige. Osim toga, mogućnost vanknjižnog stjecanja dodatno je činila zemljišnu knjigu neažurnom. Situacije u kojima su se knjižno i vanknjižno stanje razilazili bile su veoma česte. Uknjiženi vlasnik je bio u mogućnosti istu nekretninu prodati više puta ili je prodati jednom licu, a zasnovati hipoteku za drugo lice, što je upravo slučaj u jednoj od ovdje analiziranih presuda (slučaj 2). Mnogobrojne su sudske odluke u kojima se odlučuje o sukobu pravnih osnova lica koja su zaključila ugovor s vlasnikom o kupovini iste nekretnine, o sukobu između savjesnog i nesavjesnog stjecatelja, između stjecatelja koji se uknjižio i onog koji nije i stjecatelja kojem je nekretnina predata u posjed i onoga kojem nije izvršena predaja u posjed.⁵ Po navedenom pitanju nastala je gotovo jedinstvena sudska praksa, koja je izgradila kriterije za odlučivanje o jačem pravnom osnovu.

Osim toga, sudska je praksa bila jedinstvena i u pogledu ocjene savjesnosti određenog stjecatelja. Savjesnost se zahtijevala kako u pogledu zemljišnoknjižnog tako i u pogledu vanknjižnog stanja. S izuzetkom pojedinačnih odluka, stjecatelj se nije smatrao savjesnim samo ako je izvršio uvid, odnosno pouzdao se u zemljišne knjige, već je bilo nužno da istražuje i vanknjižno stanje. U jednoj odluci se kaže da zemljišne knjige “ne treba apsolutizirati i

savjesnost zasnivati samo na pouzdanju u zemljišne knjige (...) ne treba se držati načela fikcije njihove apsolutne tačnosti, kada to demantuje stvarnost.”⁶ Navedena sudska praksa konsekvntno je pružala zaštitu samo onom potonjem kupcu koji se upisao u zemljišnu knjigu, a koji je bio savjestan, za šta je bilo potrebno da se istraži ne samo knjižno već i vanknjižno stanje. Činjenica da je nekom kupcu nekretnina već bila predata u posjed, činila je savjesnost potonjeg kupca teško mogućom i dodatno destabilizirala zemljišnu knjigu.⁷ U svojim odlukama Vrhovni sud FBiH napušta i ovo stajalište.⁸

Zbog navedene prakse, neki su autori smatrali da se načelo povjerenja primjenjuje s toliko izuzetaka, tako da se može smatrati da je u bivšoj SFRJ bilo napušteno.⁹ Napuštanje načela pouzdanja/povjerenja u zemljišne knjige istovremeno znači i napuštanje zemljišne knjige. Sva druga načela zemljišnih knjiga upravo treba da omoguće primjenu ovog načela, koje predstavlja bit zemljišne knjige i njene funkcije.¹⁰

Učestalost navedenih slučajeva u praksi bivše SFRJ uvjetovala je da su se ovim pitanjima pozabavili kako bivši Savezni sud tako i vrhovni sudovi bivših federalnih jedinica, te je na savjetovanju Saveznog suda, vrhovnih sudova republika i pokrajina, Vrhovnog vojnog suda usvojen zaključak prema kojem u slučaju da je “više lica zaključilo posebne pravne poslove radi sticanja prava svojine na istu nepokretnost, o jačem pravu sud odlučuje primjenom načela morala socijalističkog samoupravnog društva, savjesnosti i poštenja i načela zabrane zloupotrebe prava. Kada su svi kupci savjesni a nijednom od njih nepokretnost nije predata u državinu niti je ishodio upis prava u zemljišnu odnosno drugu javnu knjigu, jači pravni osnov ima raniji kupac. Kada su svi kupci savjesni jači pravni osnov ima kupac koji je ishodio upis u zemljišnu odnosno drugu javnu knjigu, a ako ni jedan od njih nije ishodio upis u zemljišnu odnosno drugu javnu knjigu jači je u pravu kupac kome je nepokretnost predata u državinu.

⁵ Primjera radi, Rješenje Vrhovnog suda BiH Rev. 363/85 od 26. 9. 1985, *Bilten VS BiH* 4/85, str. 11; Rješenje Vrhovnog suda BiH Rev. 224/84 od 24. 5. 1984, *Bilten VS BiH* 4/84, str. 14; Rješenje Vrhovnog suda BiH Rev. 598/89 od 23. 4. 1990, *Bilten VS BiH* 3/90, str. 41; Pž. 389/90 od 15. 11. 1990, Vrhovni sud BiH, *Bilten VS BiH* 1/91, str. 22; Vrhovni sud BiH, Rev. 56/91 od 5. 7. 1991, *Bilten Vrhovnog suda BiH* 3/91, str. 19; Vrhovni sud BiH Rev. 518/88 od 16. 3. 1989, *Bilten VS BiH* 2/89, str. 26; Vrhovni sud BiH, Rev. 224/88 od 16. 2. 1989, *Bilten VS BiH* 2/89, str. 22; VS BiH, Rev. 618/86 od 18. 6. 1987, *Bilten VS BiH* 4/87 str. 15. Takva je praksa postojala u cijeloj bivšoj SFRJ: Presuda Saveznog suda Gzs 60/76 od 17. 9. 1976, ZSO 1977, Knjiga II, sv. IV, odl. br. 445; presuda Višeg suda u Subotici, V. Gž. 175/82 od 29. 9. 1982, *Pravni život*, 4/83, str. 541; Presuda Vrhovnog suda Jugoslavije Gž. 56/68 od 5. 12. 1968, ZSO 1969, knj. IV, sv. 1, odl. br. 17 itd. Vrhovni sud BiH, Rev. 189/86 od 18. 6. 1987, navedeno prema Simonetti, *Stjecanje prava vlasništva na nekretninama*, str. 102.

⁶ Rješenje VS Jugoslavije Rev. 315/73 od 26. 12. 1973, ZSO, Beograd, 1976, Knjiga I, Sveska I, odl. br. 26.

⁷ Više o tome M. Povelkić, “Uloga savjesnosti kod višestrukog otuđenja iste nepokretnosti i predstojeća reforma zemljišnoknjižnog prava”, *XLII Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, 1999, 255, na str. 264.

⁸ U jednom slučaju Vrhovni sud Federacije BiH sudi: “...oba kupca savjesna jači pravni osnov ima kupac koji se upisao u zemljišnu knjigu, bez obzira što je ranijem kupcu nepokretnost predata (...) Kada su svi kupci savjesni a nijedan od njih nije upisan u zemljišnu knjigu prednost ima onaj kome je nepokretnost predata...” (20 0 P 005464 10 Rev od 25. 5. 2011, neobjavljeno).

⁹ O dejstvu načela povjerenja u bivšoj SFRJ Stanković/Orlić, *Stvarno pravo*, četvrto izmijenjeno i dopunjeno izdanje (Beograd, Savremena administracija 1989), str. 532–539.

¹⁰ U ovom smislu T. Josipović, “Zaštita povjerenja u pravnom prometu nekretninama”, vol. 35, *Pravo u gospodarstvu*, 1996, str. 199.

Raniji savjesni kupac ima jači pravni osnov od kasnijeg nesavjesnog kupca. Ovo i u slučaju kada je prodavac nepokretnost predao u državinu kasnijem nesavjesnom kupcu ili je nesavjesni kupac ishodio upis u zemljišnu odnosno drugu javnu knjigu.¹¹

Iako je za sudove citirani zaključak bio pravno neobavezujući, s obzirom na ustavnu normu da su sudovi nezavisni i da sude na osnovu ustava i zakona, sudska praksa nije odstupala od mišljenja izraženog u ovom zaključku, a sam je zaključak sublimirao dotadašnju sudsku praksu. On i dalje oblikuje i noviju sudsku praksu u BiH.¹² Navedeni zaključak regulirao je odnose između više savjesnih kupaca kada ne postoji niti jedna dodatna činjenica (posjed, upis), zatim između savjesnih kupaca posjednika i neposjednika, između savjesnog upisanog i neupisanog kupca, kao i između savjesnog i nesavjesnog kupca. Zaključkom nije obuhvaćena situacija u kojoj postoji više kombinacija, npr. jedan je kupac zaključio ugovor, drugi izdejtvoovao upis, a trećem je nepokretnost predata u posjed, pri čemu su svi savjesni. Iz samog zaključka bi ipak proizlazilo da bi prednost uživao onaj kupac koji je izdejtvoovao upis u zemljišnu ili drugu javnu knjigu. Zaključak postavlja pravilo “a ako nijedan nije ishodio upis u zemljišnu knjigu, jači je u pravu kupac kome je nepokretnost predata u državinu”. Primjenom *argumentum a contrario* slijedi da ako je upis izvršen, upisano lice ima jači pravni osnov. Upravo ovaj aspekt ovog zaključka bio je često zanemaren u sudskoj praksi.¹³

Takođe i u obrazloženju ovog zaključka stoji da “... kupac nepokretnosti svoju savesnost u sticanju ne može opravdati samo s pozivom na pouzdanje u apsolutnu tačnost zemljišno-knjižnih upisa, već je dužan da proveriti i posedovno stanje nepokretnosti...”

3. Zakonski okvir

Do donošenja Zakona o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima 1980. godine (dalje: ZOSPO)¹⁴ pitanje stjecanja stvarnih prava na nekretninama nije bilo riješeno pozitivnim propisima; ova su pitanja rješavana primjenom pravnih pravila zemljišnoknjižnog prava, sadržanih u tri zemljišnoknjižna zakona Kraljevine Jugoslavije iz 1930/31 godine, te pravnih pravila Općeg građanskog zakonika (OGZ). Sam ZOSPO je pitanje stjecanja povjerenjem u zemljišne knjige potpuno zaobišao, propisujući jedino članom 33. da se u

slučaju stjecanja na osnovu pravnog posla pravo vlasništva stječe upisom u javne registre nekretnina. Budući da se radilo o pravnoj praznini, ona je popunjavana u sudskoj praksi na način prikazan pod 2.

Zakon o vlasničkim odnosima FBiH (dalje: ZOVO)¹⁵ je citiranom rješenju dodao još samo odredbu koja je imala riješiti sukob više pravnih osnova stjecanja. Član 38. stav 2. ZOVO je regulirajući pitanje sukoba pravnih osnova na pogrešan način slijedio navedenu sudsku praksu i svojim je nemuštim rješenjima još više ugrozio zemljišnu knjigu. Prema odredbi ovog člana u slučaju više savjesnih stjecatelja iste nekretnine, pravo da zahtijeva upis ima onaj kojem je nekretnina prvo predata u posjed, pa zatim onaj ko je prvi zaključio ugovor; o situaciji da je neki treći savjesni stjecatelj prvi podnio zahtjev za uknjižbu, ovaj zakon ćuti, odnosno potpuno ignorira načela zemljišnoknjižnog prava.¹⁶ Odredba je bila izložena vehementnoj kritici upravo stoga što potpuno zanemaruje principe zemljišnih knjiga.¹⁷

Ovakva nepotpuna, ali i temeljno pogrešna odredba ponovo je ostavila sudsku praksu u Federaciji BiH bez pravog putokaza za situaciju da neko stječe određeno pravo na temelju pogrešne zemljišne knjige. Tako je došlo i do pravnih shvatanja izraženih i u odlukama nižestepenih sudova koje su dale povoda revizijskim odlukama VS FBiH koje se ovdje analiziraju. Nije se rezonovalo u pravcu mogućnosti stjecanja na temelju načela povjerenja, već su sudovi u slučaju pogrešnih i nevaljanih zemljišnoknjižnih upisa primjenjivali načelo da niko ne može na drugoga prenijeti više prava nego što sam ima. Ovo načelo i stjecanje stvarnih prava na temelju povjerenja u zemljišnu knjigu međusobno se isključuju, što znači da je primjena općeg principa *nemo ad alium plus iuris transferre potest quam ipse habet* negirala načelo povjerenja u zemljišnu knjigu.

Ovakva praksa i shvatanja su najkasnije donošenjem Zakona o zemljišnim knjigama FBiH, već zbog značaja koji je zemljišnoj knjizi dat u tranzicijskom procesu, morali biti revidirani. Pored toga je članom 5., osim u slučaju nasljeđivanja, onemogućeno vanknjižno stjecanje, a član 9. stav 2. ZZK FBiH je eksplicitno regulirao i stjecanje prava na temelju povjerenja u tačnost zemljišne knjige. Ipak se čini da je to nekim sudovima promaklo, kao što pokazuju neke novije odluke općinskih i kantonalnih sudova.¹⁸ Sudovi su se teško odlučivali dopustiti savjesno stjecanje

¹¹ Zaključak sa savjetovanja građanskih i građansko-privrednih odjeljenja Saveznog suda, republičkih i pokrajinskih vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda održanom 28. i 29. 5. 1986. godine u Beogradu, 3, *Bilten VS SRBiH*, 1986, str. 47.

¹² Presuda Općinskog suda u Tuzli 32 0 Ps 07 000268 od 31. 5. 2010, te presuda istog suda 32 0 Ps 128465 12 Ps od 9. 12. 2013 (neobjavljeno).

¹³ Za drugačije stajalište vidjeti odluku o reviziji VS FBiH broj 20 0 P 005464 10 Rev od 25. 5. 2011, neobjavljeno.

¹⁴ Sl. list SFRJ 6/80.

¹⁵ *Sl. novine FBiH* 6/98, 29/03.

¹⁶ U tom vremenu primjenjivala su se pravna pravila zemljišnoknjižnog prava, a na osnovu člana 199. Zakona o premjeru i katastru nekretnina (*Sl. list SRBiH* 22/84, 12/87, 26/90, 36/90, Sl. list RBiH 3/93, 4/93, 13/94, 20/95).

¹⁷ M. Povlakić, loc. cit., fn. 7, str. 270. i dalje.

¹⁸ Općinski sud u Tuzli, broj 32 0 Ps 07 000268 od 31. 5. 2010, Općinski sud u Tuzli broj 32 0 Ps 1284 65 12 Ps od 9. 12. 2013, Općinski sud u Čapljini broj 07 53 P 006550 07 P od 3. 2. 2009, Kantonalni sud u Mostaru broj 53 0 P 006550 09 Gž od 6. 5. 2001. (neobjavljeno).

na osnovu netačne zemljišne knjige. Ovakvu praksu bi najnovije presude Vrhovnog suda Federacije BiH trebale okončati i u pogledu slučajeva stjecanja koji su nastupili prije stupanja na snagu ZZK FBiH, a za sve slučajeve stjecanja stvarnih prava na nekretninama nakon stupanja na snagu ZSP FBiH¹⁹ ranija praksa bila bi *contra legem*.

Donošenjem Zakona o stvarnim pravima po prvi put je u jednom materijalnopравnom propisu u Federaciji BiH, a identična su rješenja i u Republici Srpskoj, izričito regulirano pitanje stjecanja prava na nekretninama na temelju načela povjerenja. Ovo je pitanje materijalnog stvarnog prava, pa je njegovo pozicioniranje u stvarnom, a ne u zemljišnoknjižnom pravu, ispravno. Tako je postupio i hrvatski zakonodavac.²⁰

Prema odredbi člana 55. ZSP FBiH zemljišna knjiga istinito i potpuno odražava činjenično i pravno stanje nekretnine, pa ko u dobroj vjeri postupa s povjerenjem u zemljišne knjige, ne znajući da ono što je u njih upisano nije potpuno ili da je različito od vanknjižnoga stanja, uživa u pogledu toga stjecanja zaštitu prema odredbama zakona. U pogledu činjeničnog stanja nekretnine smatra se da je zemljišna knjiga istinita i potpuna ukoliko je uspostavljena na osnovu podataka novog premjera.²¹

Odredbe članova 55. i 56. ZSP reguliraju stjecanje vlasništva na temelju povjerenja, ali ih je moguće, čak i nužno, šire tumačiti. Sve ono što važi za pravo vlasništva, važi i za druga stvarna prava ako zakonom nije drugačije određeno ili ako nešto drugo ne proizlazi iz njihove prirode.²² To znači da onaj ko postupa u dobroj vjeri može steći ne samo vlasništvo, već i druga stvarna prava od osobe koja je pogrešno upisana kao vlasnik. Ovakvo pravilo bi trebalo u budućnosti lišiti sud svih dilema; da su se navedena stjecanja hipoteke (slučaj 1.) i vlasništva (slučaj 2.) desila nakon 6. marta 2014. kao dana početka primjene ZSP FBiH, već bi nižestepeni sudovi bez nedoumica i teškoća zauzeli isto stajalište do kojih se u ovom slučajevima mukotrpno došlo tek u postupku po reviziji pred Vrhovnim sudom Federacije BiH.

ZSP FBiH daje i definiciju savjesnosti i savjesnim smatra onog stjecatelja koji u trenutku sklapanja pravnog

posla, a ni u trenutku kad je zahtijevao upis, nije znao niti je s obzirom na okolnosti imao dovoljno razloga posumnjati u to da stvar pripada otuđivaocu,²³ odnosno licu koje zasniva neko stvarno pravo na nekretnini. Posebno bitna je odredba člana 57. stav 3. prema kojoj se nedostatak dobre vjere ne može predbaciti nikome samo iz razloga što nije istraživao vanknjižno stanje. Ovu odredbu sadrži već hrvatski Zakon o zemljišnim knjigama²⁴ upravo iz razloga da bi se označio prekid sa sudskom praksom koja je prednost davala posjedovnom stanju. U Republici Hrvatskoj je ocijenjeno da su položaj savjesnih trećih lica i javno povjerenje u zemljišne knjige time ojačani,²⁵ a iste efekte treba očekivati i za pravo u BiH.

Savjesnost trećeg lica određuje i član 9. ZZK FBiH. Formulacije ova dva zakona nisu identične,²⁶ pa se može postaviti pitanje kojoj formulaciji dati prednost. ZSP FBiH je *lex posterior*, ali je ZZK FBiH *lex specialis*, pa bi prednost jednog od ta dva zakona bilo teško utvrditi. Ipak, definicije savjesnosti date u ova dva zakona nisu suprotne. ZSP FBiH definira da je savjestan onaj ko nije znao niti je s obzirom na okolnosti imao dovoljno razloga posumnjati da upisano lice nije titular prava kako slijedi iz zemljišne knjige. Odredba člana 9. stav 2. daje bliže upute kada se ima smatrati da neko ne zna niti može znati da je zemljišna knjiga pogrešna. Prvo je to slučaj ukoliko sama zemljišna knjiga na to ne upućuje ("ukoliko ispravnost zemljišne knjige nije osporena putem upisa prigovora"), drugo ukoliko stjecatelj ne zna za netačnost zemljišne knjige (pri čemu bi se npr. moglo dokazati da je znao da je drugi već kupio nekretninu, da mu je ona predata u posjed, da teče spor iako zabilježba spora nije izvršena itd.). Treće lice nije savjesno ni ukoliko mu netačnost zemljišne knjige nije poznata, ali je to nepoznavanje posljedica grube nepažnje. Savjesnost se pretpostavlja, a lica čije je pravo povrijeđeno ili koja imaju pravni interes će morati dokazati nesavjesnog trećeg stjecatelja. U osnovi, oni će moći dokazivati samo da su ispunjeni drugi ili treći uvjet za nesavjesnost. Ne može se biti nesavjestan u pogledu zemljišnoknjižnog stanja, jer postoji fikcija da je ono svima poznato.^{27,28} Ako u zemljišnoj knjizi ništa ne upućuje na neke sporne činjenice, a stjecatelj je izvršio uvid u zemljišnu knjigu, onda je moguće dokazivati da je nesavjestan samo iz druga dva razloga navedena u članu 9. stav 2. ZZK FBiH.

Savjesno treće lice je u novom stvarnom pravu Federacije BiH zaštićeno i novim rješenjima o nastupanju

¹⁹ Odredba člana 359. jasno razgraničava vremensko važenje starog i novog zakona i precizno određuje da se na stjecanja, promjene, pravne učinke i prestanak stvarnih prava do dana stupanja na snagu ovog zakona primjenjuje pravo koje je važilo u vremenu kada je došlo do stjecanja, promjene, učinka ili prestanka određenog prava.

²⁰ Odredbe člana 122. do 125. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Republike Hrvatske (*Narodne novine* 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12) reguliraju, iako na drugačiji način, stjecanje na temelju povjerenja u zemljišnu knjigu.

²¹ Ova rezerva ne postoji u ZSP RS, ali je ona logična s obzirom na činjenicu da se veliki broj zemljišnoknjižnih uložaka bazira na nekom od starih premjera, koji ne odgovaraju trenutnom stanju na terenu i novom premjeru.

²² Član 1. st. 3. ZSP FBiH.

²³ Član 55. st. 2. ZSP FBiH.

²⁴ *Narodne novine Republike Hrvatske* 91/96, 68/98, 137/99, 114/01, 100/04, 107/07, 152/08, 126/10, 55/13, 60/13.

²⁵ Tako T. Josipović, *Komentar Zakona o zemljišnim knjigama* (Zagreb, Informator 1998), str. 48.

²⁶ Za isti problem u hrvatskom pravu vidjeti kod M. Pvlakić, loc. cit., fn 7, str. 266.

²⁷ Tako i T. Josipović, op. cit., fn. 26, str. 48.

²⁸ Uvid u aktuelno stanje zemljišne knjige pri samom zaključenju ugovora će u svakom slučaju savjetovati notari.

dejstva povjerenja i novim pravilima o brisovnoj tužbi. Prema pravnim pravilima zemljišnoknjižnog prava,²⁹ a tako je još uvijek u pravu Hrvatske,³⁰ dejstva načela povjerenja ne nastupaju odmah u oba njegova pravca. Povjerenje u tačnost i istinitost zemljišnih knjiga (pozitivni pravac) prema tim rješenjima nastupa i prema trećem savjesnom licu tek nakon proteka roka od tri godine od pogrešnog upisa (fikcija apsolutne tačnosti zemljišnih knjiga). Tada prema trećoj savjesnoj osobi nije više moguće podići brisovnu tužbu. Novo zemljišnoknjižno, a ni stvarno pravo u Federaciji BiH, nema ovu odgodu nastupanja načela povjerenja. Osim toga, brisovna se tužba može podići u rokovima u kojima se može ostvarivati osporavanje pravnog osnova upisa, ali se ne može podići ukoliko je savjesna treća osoba pouzdajući se u zemljišnu knjigu upisala svoje pravo; brisovna tužba prema savjesnoj trećoj osobi nije više moguća.

4. Načelo povjerenja u odlukama

Vrhovnog suda Federacije BiH

4.1. Slučaj 1.

4.1.1. Činjenično stanje

Prodavac (docnije prvotuženi) i kupac (docnije tužitelj) su dana 4. 10. 1991. godine zaključili ugovor o kupoprodaji nekretnine, koja u naravi predstavlja kuću s dvorištem. Kupac (tužitelj) je najkasnije tog dana postao i posjednikom nekretnina. Ugovor je zaključen u pismenoj formi, potpisi nisu bili ovjereni od strane suda, cijena je bila plaćena u potpunosti. Prodavac (prvotuženi) je bio upisan kao zemljišnoknjižni vlasnik. Docnije (2002.) je prvotuženi, kao zemljišnoknjižni vlasnik založio predmetnu nekretninu banci (drugotužena) za osiguranje duga jednog preduzeća (trećetuženi). Ugovor o zalogu je zaključen u formi sporazuma stranaka pred sudom. Dana 26. 8. 2005. godine doneseno je rješenje o izvršenju na predmetnim nekretninama. Kupac (tužitelj) je podnio zahtjev za utvrđenje stjecanja vlasništva putem dosjeloosti, kao i zahtjev za brisanje hipoteke koja je na predmetnoj nekretnini bila upisana u korist banke, kada je njezin zemljišnoknjižni vlasnik bio prvotuženi. Prvostepeni i drugostepeni sud usvojili su oba zahtjeva, nakon čega je uložena revizija Vrhovnom sudu Federacije BiH, prije svega zbog pogrešne primjene materijalnog prava.

4.1.2. Pravno stajalište revizijskog suda

VS FBiH nije ustanovio pogrešnu primjenu materijalnog prava kada je u pitanju bilo usvajanje prvog zahtjeva tužioca, a to je utvrđenje da je putem redovne dosjeloosti

kao savjestan i zakonit³¹ posjednik stekao vlasništvo na predmetnoj nekretnini kroz period od 10 godina.

Sud je, međutim, držao osnovanim prigovor pogrešne primjene materijalnog prava u dijelu kojim je usvojen tužbeni zahtjev da se kao pravno nevaljana briše uknjižba hipoteke na predmetnoj nekretnini izvršena u korist tužene banke, u vrijeme kada je njezin zemljišnoknjižni vlasnik bio prvotuženi. Sud je smatrao da je pogrešno primijenjeno materijalno pravo od strane drugostepenog suda koji je smatrao da je hipoteka pravno nevaljana, budući da se ne može založiti tuđa, već samo vlastita nekretnina. Budući da je tužitelj pravo vlasništva dosjelošću stekao 5. 10. 2001. godine, a hipoteka na istim nekretninama zasnovana 2002. godine, proizlazi da prvotuženi nije mogao zasnovati hipoteku na nekretnini koja mu više ne pripada, neovisno o tome što je on u tom trenutku bio njezin zemljišnoknjižni vlasnik. Očigledno je da nižestepeni sudovi nisu uopće u obzir uzeli načelo povjerenja u zemljišne knjige, već implicitno načelo da niko ne može prenijeti na drugoga više prava nego mu pripada.

Revizijski sud ovakvo stajalište nije smatrao opravdanim i pozvao se na načelo povjerenja u zemljišne knjige. Odlučujući o primjeni načela povjerenja sud je primijenio pravno pravilo iz paragrafa 1500. Austrijskog građanskog zakonika (dalje OGZ), kojim je propisano da pravo koje je stečeno dosjelošću ili zastarom, ne može biti na štetu onome, koji je, oslanjajući se na javne knjige, pribavio sebi kakvu stvar ili pravo još prije nego što je to pravo bilo uknjiženo. Evidentno je da pravo dosjedatelja nije bilo uknjiženo. Osim toga, sud drži banku trećim savjesnim licem koje uživa zaštitu načela povjerenja.

U potpunosti se podržava pravno stajalište suda da stjecatelj u dobroj vjeri može stjecati stvarna prava na nekretninama na temelju netačne zemljišne knjige, te da se hipoteka može valjano steći i od lica koje je pogrešno upisano u zemljišnu knjigu. Iako nova praksa Vrhovnog suda Federacije BiH raduje i ulijeva optimizam da će

²⁹ Pravno pravilo sadržano u paragrafu 71. Zakona o zemljišnim knjigama iz 1930. god.

³⁰ Član 129. st. 2. Zakona o zemljišnim knjigama Republike Hrvatske. Više o tome kod T. Josipović, *Zemljišno-knjižno pravo* (Zagreb, Informator 2001), str. 133.

³¹ Iz objavljenog dijela obrazloženja se ne vidi da li su sudovi raspravljali o tome da li je posjed tužitelja podoban za redovnu dosjeloost. Ugovor zaključen u pismenoj formi, a bez ovjere potpisa u momentu njegovog zaključenja nije ispunjavao zahtjeve forme propisane članom 9. Zakona o prometu nepokretnosti. Međutim, docnijim izmjenama Zakona o prometu nepokretnosti iz 1992. (*Sl. list RBiH* 21/92) propisano je da su ugovori, koji nisu zaključeni u pismenom obliku do dana stupanja na snagu tog zakona, a stranke su izvršile svoje obaveze, punovažni – član 29. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o prometu nepokretnosti kojim je izmijenjen izvorni član 46. Pod ovim uvjetima je sud u pravu kada ovaj ugovor smatra valjanim, a posjed tužitelja zakonitim. U jednoj drugoj svojoj odluci je VS FBiH je odlučio da se ne može smatrati zakonitim osnovom za stjecanje vlasništva dosjelošću kupoprodajni ugovor koji je zbog nedostatka ovjere potpisa ugovarača ništav (Presuda Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine broj: 58 0 P 045867 13 Rev od 25. 7. 2013. godine, 1–2 *Bilten Vrhovnog suda Federacije BiH* (2013), odl. 20.

načelo povjerenja biti uvažavano kao prioritarno načelo, ova odluka ima nekoliko spornih momenata.

Prva nedoumica se tiče važećeg prava koje se ima primijeniti na stjecanje vlasništva na nekretnini i hipoteke, a druga savjesnosti banke.

Sud se pozvao na pravno pravilo sadržano u § 1500. Primjenu pravnog pravila iz OGZ Sud je obrazložio time da je načelo povjerenja u pravni sistem Federacije BiH uvedeno tek "stupanjem na snagu Zakona o zemljišnim knjigama, sa primjenom od 29. 11. 2003. godine – član 9. ovog zakona, kojim je u stavu 1. propisano da se upisano pravo u zemljišnoj knjizi smatra tačnim".

Prvo, nije jasno kako Sud zaključuje da je primjena ZZK FBiH počela 29. 11. 2003. godine? Naime, u toj je godini ovaj zakon objavljen u tekstu koji je usvojio entitetski parlament, ali je već 19. 11. 2002. ovaj zakon objavljen te stupio na snagu, nakon što ga je nametnuo visoki predstavnik za BiH, a počeo se primjenjivati šest mjeseci nakon toga, dakle u maju 2003. godine. Smatramo da je momenat prvog objavljivanja relevantan i da je sud trebao utvrditi da li je stjecanje hipoteke nastupilo prije ("prvog") stupanja na snagu ZZK FBiH. U konkretnom slučaju ova greška nije odlučujuća, jer je do stjecanja došlo i prije "prvog" i prije "drugog" mogućeg datuma stupanja na snagu (2002. godina), a do primjene ZZK FBiH je moglo doći najranije u maju 2003. godine. Iako je krajnji rezultat u konkretnom slučaju isti, preciznost je veoma bitna, jer je moguće zamisliti situaciju da se zavisno od određivanja momenta stupanja na snagu ZZK FBiH može doći i do različitih rezultata.

Takođe se ne bi moglo prihvatiti stajalište Suda da je načelo povjerenja u pravni sistem FBiH uvedeno tek Zakonom o zemljišnim knjigama. Ono je u pravnom poretku bivše SFRJ i BiH postojalo i ranije. I u situaciji kada to pitanje nije bilo regulirano pozitivnim zakonodavstvom, upravo je primjena pravnih pravila značila da je ovo načelo postojalo i primjenjivalo se u bivšoj SFRJ, a i u BiH. Vjerovatno je Sud nespretno formulisao stav da kako u momentu spornog stjecanja još nije bila započela primjena ZZK FBiH i da nema uporišta u pozitivnom propisu, ima mjesta primjeni pravnih pravila OGZ, i to konkretno pravnog pravila iz § 1500 OGZ.

Sud, međutim, ne navodi osnov za primjenu ovog pravnog pravila. Prvobitno je osnov za primjenu pravnih pravila, pa i pravnih pravila iz oblasti stvarnog i zemljišnoknjižnog prava, bio član 4. Zakona o nevažnosti pravnih propisa donesenih prije 6. aprila 1941. godine i za vrijeme neprijateljske okupacije.³² Međutim, nije bilo dovoljno samo da se radi o pravnoj praznini, već je bilo nužno obrazložiti i tu činjenicu, kao i činjenicu da određeno pravno pravilo nije u suprotnosti s načelima ustavnog uređenja, prinudnim propisima, moralu. Izostalo je obrazloženje suda o tome da postoje uvjeti za primjenu pravnih pravila.

Nije sporno da primjena pravnog pravila sadržanog u § 1500 OGZ ne bi bila suprotna pravnom poretku Federacije BiH, jer se rješenja podudaraju s pozitivnom pravom Federacije BiH. Ipak je sporno postojanje osnovnog uvjeta za primjenu pravnih pravila. Prvi uvjet za primjenu pravnih pravila jeste da se radi o pravnoj praznini. Sud smatra da načelo povjerenja nije bilo regulirano pozitivnim propisima, što je tačno. Međutim, u konkretnom se slučaju radilo o sukobu dva pravna osnova za stjecanje vlasništva i hipoteke. Pitanje sukoba pravnih osnova više stjecatelja bilo je regulirano u relevantnom momentu, pa se može postaviti pitanje da li se uopće ovdje radi o pravnoj praznini koja bi opravdala primjenu pravnih pravila? Sud se u svojoj odluci, kao i nižestepeni sudovi, poziva na odredbu člana 38. stav 1., a izbjegava primjenu člana 38. stav 2. koji regulira sukob pravnih osnova, što nije sasvim jasno. Odredba drugog stava je jedno od najmračnijih poglavlja u razvoju stvarnog prava u BiH i bila je kritizirana kao odredba koja potpuno dezavuirala zemljišnu knjigu.³³ Nažalost, ona je bila pozitivni propis u vrijeme stjecanja hipoteke od strane banke. Dalje, Sud je prije nego što primijeni pravno pravilo trebao primijeniti pozitivni propis, a to je u ovom slučaju član 38. stav 2. ZOVO ili adekvatno obrazložiti zašto sporno pitanje (stjecanje hipoteke od pogrešno upisanog lica) smatra pravnom prazninom i primjenjuje pravno pravilo. Samo u tom slučaju bi bio ispunjen temeljni uvjet za primjenu pravnih pravila.

Slijedeći problem predstavlja činjenica da Sud ne navodi ovlašćujuću normu za primjenu pravnih pravila. Zakon o nevažnosti pravnih propisa donesenih prije 6. aprila 1941. godine i za vrijeme neprijateljske okupacije nije na listi zakona koji su 1992. i 1993. preuzimani u pravni poredak Federacije BiH. Umjesto toga, pravni osnov bi trebao biti ZOVO. Naime, članom 94. ovog zakona bila je dopuštena primjena pravnih pravila, ali samo ako su u pitanju tačno određeni instituti (susjedska prava, realni tereti, osobne služnosti). Rješenje je bilo restriktivno i kontraproduktivno, jer je sprečavalo primjenu pravnih pravila u drugim oblastima, u kojima je takođe moglo doći do pravne praznine. U svakom slučaju ZOVO nije ukazivao na primjenu pravila koje regulira načelo povjerenja, pa se postavlja pitanje da li je to bilo moguće na bazi nekog drugog zakona?

Ukoliko se pravila o načelu povjerenja smatraju pravnim pravilima zemljišnoknjižnog prava u širem smislu (a ne samo pravilima koja su sadržana u tri zemljišnoknjižna zakona Kraljevine Jugoslavije), onda bi se osnov za primjenu mogao naći i u odredbi člana 199. Zakona o katastru i premjeru nekretnina iz 1984. Prema toj odredbi se pravna pravila zemljišnoknjižnog prava primjenjuju u BiH do potpune implementacije jedinstvenog katastra nepokretnosti. To se nije desilo, štaviše, odlukom visokog predstavnika donesena je strateška odluka da se

³² Službeni list FNRJ 84/46.

³³ M. Powlakić, loc. cit, fn. 7, str. 270. i dalje.

evidentiranje nekretnina i prava na njima vrši u klasičnoj zemljišnoj knjizi. Iz člana 87. stav 1 ZZK FBiH slijedi da stupanjem na snagu tog zakona prestaje primjena pravnih pravila zemljišnoknjižnog prava, te se može zaključiti da je primjena pravnih pravila zemljišnoknjižnog prava trajala sve do početka primjene ZZK FBiH. Stoga je pozivanje Vrhovnog suda Federacije BiH na pravna pravila OGZ moguće jedino ako se ta norma stvarnog prava, budući da se radi o načelu povjerenja, tretira kao norma zemljišnoknjižnog prava, koje je bilo u primjeni sve do stupanja na snagu Zakona o zemljišnim knjigama. Osnov za primjenu bi bio član 199. Zakona o premjeru i katastru nepokretnosti.

Dalje je sporno shvatanje da je banka savjesna. Sud je, polazeći od načela povjerenja, smatrao odlučujućom činjenicu da je tužena banka založno pravo stekla u dobroj vjeri, pouzdajući se u podatke iz zemljišne knjige, a prema njima je vlasnik založene nekretnine bio prvotuženi. "Pošto stečeno tužiteljevo pravo vlasništva dosjelošću na spornoj nekretnini nije bilo upisano u trenutku upisa založnog prava banke, to je banka (revident) u dobroj vjeri postupala s povjerenjem u zemljišne knjige i nije mogla znati da ono što je u nju upisano nije potpuno ili različito od vanknjižnog stanja, pa joj zbog toga na osnovu pomenutog pravnog pravila i pripada sudska zaštita."

Prema shvatanju Suda, prema utvrđenim činjenicama tužena banka nije imala razloga posumnjati da zemljišnoknjižno vlasništvo prvotuženog u odnosu na predmetnu nekretninu istinito i potpuno ne odražava činjenično i pravno stanje nekretnine. Sud smatra da povjerenje u zemljišnu knjigu ne može dovesti u pitanje ni činjenica da je tužitelj prije upisa hipoteke banci prezentirao kupoprodajni ugovor zaključen s prvotuženim u odnosu na spornu nekretninu, budući da on time nije mogao dokazivati pravo vlasništva na njoj, s obzirom na to da se pravo vlasništva na osnovu pravnog posla stječe tek upisom u javne knjige – član 38. stav 1. ZOVO, pa mu ugovor koji je predočio banci bez upisa u javnu knjigu nije mogao poslužiti kao dokaz prava vlasništva.

Zaključak koji je donio revizijski sud na pravi način tretira načelo povjerenja u zemljišne knjige, ali samo pod uvjetom da je banka kao stjecatelj hipoteke bila savjesna. Ipak, ne bi se moglo složiti s ocjenom Suda da je hipotekarni povjerilac bio savjestan. Prije upisa hipoteke banci je prezentiran kupoprodajni ugovor zaključen s prvotuženim. To je dovoljno da učini banku nesavjesnom, jer dolazi u situaciji da zna ili može znati da se zemljišnoknjižno i stvarno stanje ne slažu. U tom je momentu banka svjesna i proteka godina od zaključenja ugovora u kojima tužitelj posjeduje nekretninu. Tačno je da tužitelj nije mogao prezentirati dokaz da je postao vlasnik derivativnim putem, tačno je da tužitelj nije u tom trenutku imao ni presudu kojom je utvrđeno stjecanje vlasništva dosjelošću, ali je ipak banka mogla opravdano posumnjati da je tužitelj samo formalnopravni vlasnik i da

postoji mogućnost da tužitelj dokaže u sudskom postupku da je putem dosjlosti već postao vlasnik. Prema propisima koji su bili na snazi u tom momentu, vlasništvo se putem dosjlosti stjecalo *ex lege* momentom proteka roka, a ne upisom u zemljišnu knjigu. Znači, banka je morala biti svjesna činjenice da tuženi u naknadnom postupku može dokazati da je postao vlasnikom i to u momentu koji je prethodio stjecanju hipoteke.

Revizijski je sud pogrešno pošao od činjenice da je banka savjesna. Revizija se ne može ulagati zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja.³⁴ Sud je pošao od utvrđenih činjenica da je banci ugovor prezentiran, međutim, ove je činjenice Sud pogrešno kvalificirao. Sud zaključuje da savjesnost postoji jer drugo lice nije moglo dokazati svoje vlasništvo. Ipak, savjesnost se ne mora odnositi samo striktno na postojanje drugog prava, već i pravne pozicije (tužitelj je bio *in statu usucapiendi*). Dosadašnja sudska praksa raspravlja o sukobu pravnih osnova, i u konkretnom slučaju se upravo o tome radi. Stoga je saznanje za drugi ugovor kojim je prethodno nekretnina prodana licu A, isto tako relevantna za savjesnost stjecatelja hipoteke, kao što je relevantna za drugog stjecatelja kod višekratnog otuđenja nekretnine. Banka je znala za postojanje jednog obligacionog prava, a u doktrini je od tridesetih godina prošlog stoljeća nesporno da su i obligaciona prava suprotstavljiva trećim licima, ako ona za njih znaju. Stoga i saznanje za postojanje ugovora čini jedno lice nesavjesnim. Paragraf 1500 AGZ određuje nešto drugo upravo u situaciji da je jedno pravo stečeno putem dosjlosti; ovo se pravo ne može suprotstaviti trećemu kojeg štiti načelo povjerenja i koji se upisao u zemljišnu knjigu. Međutim, prvo, Sud nije obrazložio kako je ovo pravno pravilo uopće moguće bilo primijeniti i drugo, ono kao emanacija načela povjerenja štiti samo treće savjesno lice, što u konkretnom slučaju nije nedvojbeno.

4.2. Slučaj 2.

4.2.1. Činjenično stanje

Prodavac (tužilac) i kupac (drugotuženi) su zaključili 18. 4. 1997. ugovor o prodaji nekretnine u naravi njiva. Prodavac je bio zastupan po punomoćniku (prvotuženi). U ugovoru je navedena cijena od 8.000 KM umjesto 30.000 KM. U tužbi će tužitelj navesti da je drugotuženi dao neistinite podatke o cijeni. Drugotuženi se upisao u zemljišnu knjigu i izgradio je objekt na kupljenom zemljištu. Drugotuženi je 30. 9. 2002. prodao nekretninu trećetuženom, koji se takođe upisao u zemljišnu knjigu.

Deset godina nakon zaključenja prvog ugovora, a pet godina nakon zaključenja drugog ugovora, podnesena je tužba kojom se traži da se oba ugovora proglašavaju ništavim i da se izvrši povrat u pređašnje zemljišnoknjižno stanje. Zabilježba spora nije zahtijevana.

³⁴ Član 240. st. 2. ZPP FBiH (*Službene novine FBiH* 53/03,73/05, 19/06).

4.2.2. Pravno stajalište sudova

Prvostepeni i drugostepeni sud su usvojili tužbeni zahtjev, s obrazloženjem da je prvobitni ugovor između tužitelja i drugotuženog ništav kao nemoralan (čl. 103. ZOO), a sljedstveno tome i drugi ugovor između drugotuženog i trećetuženog. Budući da je ugovor bio ništav, drugotuženi nije bio vlasnik i nije mogao na trećetuženog prenijeti više prava nego što sam ima, pa je na osnovu člana 104. ZOO sud naredio uspostavu ranijeg zemljišnoknjižnog stanja.

Trećetuženi (lice koje je u tom momentu bilo upisano kao vlasnik u zemljišnu knjigu) je uložio reviziju.

Vrhovni sud FBiH je smatrao da je revizija osnovana i nižestepene presude preinačio i tužbeni zahtjev tužitelja u odnosu na utvrđenje ništavosti i brisanje upisa vlasništva po ugovoru o kupoprodaji između drugotuženog i trećetuženog odbio. Nižestepeni su sudovi usvojili oba zahtjeva s obrazloženjem da kad je poništen prvi ugovor između tužitelja i drugotuženog, on nije više bio vlasnik i nije na trećetuženog mogao prenijeti više prava nego što sam ima. Potpuno ispravno Vrhovni sud ovakvo pravno shvatanje ne smatra tačnim i utvrđuje pogrešnu primjenu materijalnog prava.

Obrazloženje revizijskog suda se u osnovi sastoji u tome da "... je princip povjerenja u zemljišnu knjigu trebalo primijeniti u ovom slučaju prioritarno, jer u momentu sklapanja drugog ugovora nisu postojala ograničenja u pravu drugotuženog na predmetnim nekretninama, kako je to propisao čl. 9 st. 3., a ispravnost upisa nije dovedena u pitanje na jedan od načina propisanih u čl. 9 st. 2. Zakona o zemljišnim knjigama u Federaciji BiH..."³⁵ Princip povjerenja u zemljišne knjige "... u ovom slučaju ima prioritet u odnosu na princip da 'niko ne može prenijeti više prava od onih prava je sam imao'".³⁶

Radi se o veoma značajnoj odluci. Očigledno su nižestepeni sudovi u oba slučaja potpuno zanemarili principe zemljišnoknjižnog prava primijenivši princip da niko ne može na drugoga prenijeti više prava nego što sam ima. Zbunjuje i čudi činjenica da za nižestepene sudove uopće ne postoje pravila zemljišnoknjižnog prava i načelo povjerenja. Na isti način su postupili nižestepeni sudovi u ovdje analiziranom slučaju 1. To upućuje na vrlo rašireno stajalište sudova koji zanemaruju da je suština zemljišne knjige da, pravne sigurnosti radi, omogućiti stjecanje trećeg savjesnog lica na osnovu pogrešne zemljišne knjige, "da privid prava zamjenjuje pravo"³⁷. Ovdje se ne radi o derivativnom stjecanju u pravom smislu riječi, jer prvi uvjet derivativnog stjecanja nedostaje. Naime, nedostaje prethodnik-vlasnik koji može prenijeti pravo vlasništva ili opteretiti svoje pravo. Ovdje se radi o posebnoj vrsti

stjecanja, stjecanju povjerenjem u zemljišne knjige. Ovako eksplicitno stajalište Vrhovnog suda FBiH u prilog stjecanja na osnovu povjerenja u zemljišne knjige će sigurno dovesti do neophodnog zaokreta u praksi nižestepeni sudova. Ipak se i Presudi 2, kao i Presudi 1, mogu izreći i određene zamjerke.

Budući da je samo trećetuženi uložio reviziju, revizijski sud se nije mogao upuštati u raspravu o valjanosti ugovora zaključenog između tužitelja i drugotuženog. Ovaj ugovor su nižestepeni sudovi smatrali nemoralnim i kao takvim ništavim. Iz samog obrazloženja revizije ne vidi se tačno zbog čega nižestepeni sudovi smatraju da je prvobitni kupoprodajni ugovor nemoralan. Nije sasvim jasno kako nižestepeni sudovi shvataju da je samo drugotuženi naveo pogrešnu (nižu) cijenu u ugovoru, pri čemu bi druga strana odnosno njen punomoćnik (prvotuženi) bili nedužni ili prevareni. Pogrešnu cijenu mogle su u ugovor zajedno unijeti samo obje stranke tj. kupac i punomoćnik prodavca. Nižestepeni sudovi se nisu morali pozivati na nemoralnost ugovora. Ukoliko su to ugovorne strane radile u cilju zaobilaženja propisa ili prevare nekog trećeg lica, ugovor je prije nezakonit. Naravno, posljedica je ista kao i kada je ugovor nemoralan, jer je prema članu 103. ZOO i takav ugovor ništav. Međutim, postoji još adekvatniji osnov zbog kojeg je ovaj ugovor nevaljan i kojeg su nižestepeni sudovi zanemarili. Stranke se nisu valjano sporazumjele o bitnom elementu ugovora – cijeni. One su sačinile jedan simuliran pravni posao. U simuliranom pravnom poslu stranke su navele nižu cijenu. Simulirani pravni posao, kojeg stranke u stvari uopće ne žele, prema odredbi člana 66. stav 1. ZOO je ništav.³⁸ Disimulirani pravni posao kojeg stranke žele, mogao bi biti valjan ako ispunjava sve uslove propisane zakonom (čl. 66. st. 2. ZOO). Međutim, kako se radi o ugovoru o nekretninama, ne može se usmeno sporazumijevati o cijeni kao bitnom elementu ugovora, pa ne vrijedi ni ovaj ugovor.

Revizijski sud se nije upuštao u ocjenu stajališta nižestepeni sudova, prema kojem je zbog toga što je ništav prvi ugovor o prodaji ništav i drugi. Iako ni ovo stajalište nije nedvojbeno, ispravno je stajalište revizijskog suda da se "sporno pravno pitanje odnosi na posljedicu ništavosti ugovora kao pravnog posla na temelju kojeg je izvršen upis prava vlasništva, u odnosu na slijedeći ugovor o kupoprodaji kao pravni posao na osnovu kojeg je treće lice (u ovom slučaju trećetuženi) postalo vlasnik istih nekretnina, kada je druga kupoprodaja izvršena sa povjerenjem u zemljišnu knjigu".³⁹ Formulacija je donekle

³⁵ Presuda 2, str. 4. posljednji pasus.

³⁶ Presuda 2, str. 5. drugi pasus.

³⁷ Baur/Stürner, *Sachenrecht*, 18. neu bearbeitete Auflage (München, Beck 2009) § 23 I Rn. 3.

³⁸ U tom smislu i presuda Vrhovnog suda Federacije BiH (43 0 P 006061 12 Rev od 18. 9. 2012): "Prividan (fiktivan) pravni posao-apsolutna simulacija, u smislu odredaba člana 66. ZOO, postoji u slučaju kada stranke samo prividno sklapaju pravni posao (...) Ovakav pravni posao je apsolutno ništav, jer kod njega postoji obostrani svjesni nesklad između volje i očitovanja."

³⁹ Presuda 2, str. 3, pasus 4.

konfuzna i teško razumljiva, ali se može prevesti u iskaz prema kojem, bez obzira na ništav osnov jednog upisa, treće lice koje postupa s povjerenjem u zemljišne knjige ne može trpjeti štetne posljedice. Zaključak da se radi o ništavom prvobitnom ugovoru, prema ispravnom stajalištu Suda, ne bi nikako utjecao na položaj trećetuženog. On o činjenicama za ništavost ne zna ništa, njegova nesavjesnost nije dokazana. Zemljišna knjiga je pogrešna, ali za trećetuženog, kao treće savjesno lice, to je irelevantno. On stječe na temelju načela povjerenja na osnovu pogrešne zemljišne knjige.

Vrhovni sud FBiH je višekratno odlučivao i o stjecanju na temelju načela povjerenja u situaciji da je jedan bračni drug upisan u zemljišne knjige kao individualni vlasnik, a predmetna nekretnina je bila bračna stečevina. Za Sud su takva raspolaganja bila ništava. Tako u jednoj odluci sud kaže: "U situaciji kad jedan bračni drug bez pristanka drugog bračnog druga raspolaže stvarima iz zajedničke imovine, a radi se o raspolaganju izvan granica redovnog raspolaganja, pravni posao kojim je raspolaganje preuzeto je ništav u smislu odredbe člana 103. stav 1. ZOO, jer je sklopljen protivno kongentnoj pravnoj normi iz člana 265. Porodičnog zakona SR BiH."⁴⁰ S ovim se stajalištem mora složiti, ali je bitno kakav zaključak iz njega sud izvlači. Naime, ništav osnov upisa još izdaleka ne znači da će doći do povrata u pređašnje (zemljišnoknjižno) stanje. To mora zavisiti prije svega od savjesnosti trećeg lica i toga da li se prema njemu može podići brisovna tužba. Pretpostavke za podizanje brisovne tužbe bile su različito regulirane u pravnom poretku BiH, odnosno Federacije BiH. Ako do stjecanja dođe poslije stupanja na snagu Zakona o stvarnim pravima, prema savjesnom trećem neće ni biti moguće podignuti brisovnu tužbu. U konkretnom slučaju do spornog stjecanja je došlo ranije, ali je veoma bitno da li se to desilo prije početka primjene Zakona o zemljišnim knjigama FBiH ili nakon toga. Naime, kako je objašnjeno pod 4.1.2. do početka primjene ZZK FBiH su se primjenjivala pravna pravila zemljišnoknjižnog prava. Prema pravnim pravilima zemljišnoknjižnog prava se brisovna tužba prema trećem savjesnom licu mogla podići najkasnije u roku od tri godine od prvobitnog pogrešnog upisa. Ako je do stjecanja došlo nakon početka primjene ZZK FBiH, onda se mora konstatirati da pitanje brisovne tužbe uopće nije bilo riješeno.

O roku za podizanje brisovne tužbu nema ni riječi u presudi Vrhovnog suda, i to se može smatrati velikim propustom ove presude. Također, Sud ne razmatra pitanje mjerodavnog prava. Sud se, pozivajući na načelo povjerenja, paralelno poziva na član 9. stav 2. ZZKBiH i pravno pravilo iz § 70. Zakona o zemljišnim knjigama. Sud se nije mogao paralelno pozvati na oba pravna izvora, jer se oni međusobno isključuju. Početkom primjene ZZK FBiH

prestala je primjena pravnih pravila zemljišnoknjižnog prava. Ne vidi se iz presude kada je došlo do upisa u zemljišnu knjigu, ali prvi ugovor je zaključen 1997. a drugi 30. 9. 2002. U drugoj u ovom radu analiziranoj odluci (Presuda 1) Sud polazi od toga da je primjena ZZK FBiH počela 29. 11. 2003. Isto je stanovište moralo biti zastupljeno i u ovoj odluci. Sljedstveno tome, sporna stjecanja su se odigrala prije početka primjene ZZK FBiH, te se na njih imaju primijeniti pravna pravila zemljišnoknjižnog prava. Ovdje bi mjerodavno bilo pravno pravilo iz § 72. Zakona o zemljišnim knjigama iz 1930. godine koje regulira fikciju apsolutne tačnosti zemljišnih knjiga. Tri godine nakon prvog nevaljanog upisa u zemljišnu knjigu, a to je bio upis drugotuženog (za pretpostaviti 1997. jer je ugovor zaključen 18. 4. 1997. godine), nastupila je u korist savjesnih trećih osoba tzv. fikcija apsolutne tačnosti zemljišnih knjiga. Ta fikcija je nastupila još prije nego je trećetuženi kupio predmetnu nekretninu i brisovna se tužba prema njemu nije mogla podići. Sudovi su, dakle, tužbu mogli odbaciti kao neblagovremenu.

5. Zaključak

U potpunosti se podržava pravno stajalište Vrhovnog suda FBiH izraženo u objema odlukama o reviziji prema kojem je stjecatelj u dobroj vjeri mogao još prije početka primjene ZZK FBiH stjecati vlasništvo ili druga stvarna prava na nekretninama na temelju netačne zemljišne knjige, te da su se vlasništvo i hipoteka mogli valjano steći i od lica koje je bilo pogrešno upisano u zemljišnu knjigu. U dva analizirana slučaja došlo je do spornih stjecanja prije početka primjene ZZK FBiH, što znači da je trebalo primijeniti pravna pravila zemljišnoknjižnog prava. Ne može se, međutim, pozitivno ocijeniti način na koji je Sud paušalno primijenio pravna pravila. Ni u jednom slučaju nije naveden zakonski osnov za primjenu pravnih pravila. On se mijenjao u toku vremena, pa je bilo nužno da Sud precizira na osnovu čega primjenjuje pravna pravila i da obrazloži postojanje pretpostavki za to. U slučaju 1. Sud je primijenio pravna pravila iako je imao važeći pozitivni propis, u drugom slučaju se sud poziva paralelno i na pravna pravila i na Zakon o zemljišnim knjigama, iako se oni međusobno isključuju. U slučaju 1. se ne bi mogao prihvatiti ni stav suda da samo ako drugo lice može dokazati vanknjižno vlasništvo, treći bi mogao biti nesavjestan. Savjesnost treće osobe može biti razorena i saznanjem za postojanje prethodnog ugovora, predaju u posjed i sl. što dokazuje suprotna strana.

Ipak, bez obzira na sve aspekte koji su kritizirani, analizirane odluke, uz spomenute druge odluke Vrhovnog suda Federacije BiH, svjedoče o jednom promijenjenom stavu u odnosu na načelo povjerenja. Za sve slučajeve stjecanja nakon početka primjene ZZK FBiH će se iz člana 9. stav 2. moći zaključiti o mogućnosti stjecanja na temelju povjerenja u zemljišne knjige, a nakon početka primjene

⁴⁰ Presuda Vrhovnog suda FBiH 65 0 P 049691 12 Rev od 29. 8. 2013.

ZSP FBiH će svakako važiti pravilo koje eksplicitno dozvoljava stjecanje na osnovu povjerenja u zemljišne knjige kao i ograničeniju mogućnost podizanja brisovne tužbe, i u takvim slučajevima bi sudovi trebali imati lakši zadatak i manje nedoumica, nego u starim slučajevima.

Međutim, sigurno je pred sudovima, a i pred Vrhovnim sudom FBiH, još mnogo neriješenih slučajeva stjecanja prava na nekretninama koja su se desila prije stupanja na snagu dva navedena zakona. Prije novog Zakona o zemljišnim knjigama i uvođenja notarijata, slučajevi vanknjižnog stjecanja, sukoba više pravnih osnova, višestrukog otuđenja bili su mnogobrojni. Nisu svi ti slučajevi još ni pravosnažno okončani, a nije odlučeno ni o svim uloznim revizijama. Veliki značaj obiju presuda Vrhovnog suda Federacije BiH ogleda se upravo u tome što je njima učinjen zaokret u odnosu na preovladavajući stav u dosadašnjoj sudskoj praksi, što je u njima zauzet potpuno drugačiji stav u odnosu na stajalište nižestepnih sudova i što bi trebali biti vodilja i za prosuđivanje drugih "starih" slučajeva primjenom načela povjerenja u zemljišne knjige.

Prof. Dr. Meliha Povlakić

**Das Prinzip des guten Glaubens
in das Grundbuch in der jüngsten
Praxis des Obersten Gerichtshofes der
Föderation Bosnien und Herzegowina**

(Zusammenfassung)

In diesem Beitrag analysiert die Autorin einige neuere Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes der Föderation Bosnien und Herzegowinas (weiter OG FBuH), die das Verhältnis mehrerer Erwerber von dinglichen Rechten an ein und demselben Grundstück zum Gegenstand haben. Vor der Analyse dieser Entscheidungen wird ein kurzer Überblick über die Anwendung und Bedeutung des Gutglaubensprinzips in der Gerichtspraxis in Bosnien und Herzegowina gegeben. Die im Grundbuchgesetz und im Sachenrechtsgesetz der FBuH enthaltenen Bestimmungen geben dem Gutglaubensprinzip eine vorrangige Bedeutung im Rechtsverkehr mit Grundstücken. Insbesondere gibt das Sachenrechtsgesetz FBuH der grundbuchrechtlichen Situation Priorität und schreibt (anders als es in der ehemaligen SFRJ und danach auch in Bosnien und Herzegowina der Fall war) keine Verpflichtung mehr vor, aktiv die faktische Situation einer Immobilie zu erforschen. Im Beitrag wird die in der jüngsten Rechtsprechung des OG FBuH ersichtliche Tendenz, wonach bereits in der Zeit vor der Verabschiedung des Sachenrechtsgesetzes das Gutglaubensprinzip angewandt wurde, positiv beurteilt. Dadurch wird der Erwerb dinglicher Rechte durch einen gutgläubigen Dritten auf Grund eines unrichtigen Grundbuches, beziehungsweise in einer Situation, in der eine Person ihr Recht "außergrundbücherlich" (vanknjižno stjecanje prava) erworben hat, aber noch keinen Eintragungsantrag beim Grundbuchamt gestellt hat, ermöglicht. Das Sachenrechtsgesetz FBuH enthält ausdrückliche Bestimmungen in dieser Richtung, was wesentlich zur Sicherheit des Rechtsverkehrs mit Grundstücken beiträgt.

O Noveli Zakona o parničnom postupku pred Sudom Bosne i Hercegovine

Živorad Rašević*

Uvod

S danom 31. 7. 2013. godine stupio je na snagu Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku pred Sudom Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu ZID ZPP BiH, "Službeni glasnik BiH", broj 58/13),¹ kao jedan od segmenata koordinisane intervencije u parnično zakonodavstvo u BiH, pripremljene od strane ekspertske radne grupe pod okriljem Visokog sudskog i tužilačkog savjeta BiH i misije OEBS u BiH.² *Ratio* ovog ambicioznog poduhvata jeste novi doprinos usklađivanju s evropskim standardima pozitivnog parničnog zakonodavstva u BiH, koje je od 2003. godine naovamo načinilo radikalni rez u odnosu na prethodnu, po mnogim ocjenama, sasvim uzornu procesnu tradiciju³ i praksu iz bivše nam savezne države.⁴ Priređivači su, polazeći od stavova procesne

* Autor je doktorant na Pravnom fakultetu Univerziteta Union u Beogradu.

¹ Njime je noveliran ZPP pred Sudom BiH, *Službeni glasnik BiH*, br. 36/04 i 84/07.

² U sklopu navedene reforme u Republici Srpskoj takođe je stupio na snagu ZID ZPP Republike Srpske (u daljem tekstu ZID ZPP RS, *Službeni glasnik RS*, broj 61/13). U vrijeme pisanja ovog rada, zakoni istog sadržaja su u skupštinskoj proceduri u Federaciji BiH i Brčko distriktu BiH.

³ "... ovdje svakako treba istaknuti da je domaća procesna teorija – naročito ona građanskopravna – u cjelini gledano, uz manje iznimke, odigrala herojsku ulogu u održavanju civilizacijskih standarda sudskog postupka u neobično teškim uvjetima vladavine monopola i monologa jedne 'supstancijalnim vrijednostima' iznimno obojene ideologije." A. Uzelac: *Istina u sudskom postupku*, (Zagreb, Pravni fakultet 1997) str. 221.

⁴ "Deset godina nije veliki period da se ocijeni domet jednog ZPP, ali je solidan period da se kaže kakve su odredbe postojećih zakona... Ovaj zakon (...) bio je suštinski nov zakon u odnosu na zakonska rješenja bivše nam savezne države i možda se BiH najmanje držala onih rješenja koje je imao ZPP bivše SFRJ u odnosu na druge zemlje nastale disolucijom bivše savezne države, kao npr. (...) Hrvatska i Slovenija. Oni su zadržali mnogo više rješenja a mi svi ovdje znamo (...) da naš ZPP je bio prevod austrijskog *Zivil Process Ordnung* i mi smo baštinili dobra rješenja evropskog kontinentalnog postupka." Neautorizovani transkript javne rasprave o prijedlogu ZID ZPP u organizaciji Ustavnopravne komisije Predstavničkog doma Parlamentarne skupštine BiH, održane 27. 3. 2013. godine, Izlaganje prof. dr. Ranke Račić iz radne grupe za izradu zakona, https://www.parlament.ba/sadrzaj/komisije/predstavnicki_dom/ustavnopravna/ostale_aktivnosti/Default.aspx?id=39941&langTag=bs-BA&pril=b, 22. 11. 2013. godine.

prakse i nauke,⁵ učinili značajan napor da u partikularnim građanskim procesnim zakonima u BiH konkretizuju nedovoljno određene procesne odredbe u skladu s načelom vladavine prava i na način blizak tradiciji evropskog kontinentalnog kruga.

U ovom radu će predmet pravnodogmatskih, komparativističkih i pravno-filozofskih sagledavanja biti navedena novela ZPP, i to najviše one odredbe koje impliciraju specifičnosti parničnja pred Sudom BiH. One će biti posmatrane pravnosistemski, u vezi s normama pravosudnog organizacionog prava, i to sa stanovišta konkretnih doprinosa zakonitosti, efikasnosti i svrshodnosti parničnog postupka pred Sudom BiH, kao suda s uskim, posebnim nadležnostima, polazeći od njegove misije efikasnog ostvarivanja nadležnosti BiH, obezbjeđenja poštovanja ljudskih prava i vladavine zakona.⁶

Nije naodmet odmah na početku izraziti sumnju da su odredbe koje reformišu opšti parnični režim u citavoj BiH u cijelosti ostvarile postavljeni cilj u specifičnim okolnostima pravosudnog organizovanja koje determinišu status Suda BiH u pravnom poretku.

U nastavku slijedi pravnosistemsko i teleološko objašnjenje i ocjena onih novosti koje privlače najviše pažnje, kao i neki prijedlozi *de lege ferenda*.

Rad je podijeljen na dvije grupe pitanja, koja se ne mogu potpuno razdvojiti. Prva grupa se odnosi na opšti režim parnične reforme u BiH, a druga grupa na ona *sui generis* rješenja koja se odnose samo na Sud BiH, odnosno na uticaje opštih procesnih rješenja na *sui generis* status Suda BiH. Na kraju slijedi zaključak o efektima predmetne novele.

I) O nekim zajedničkim rješenjima u parničnoj reformi u BiH

Poslije prvog uvida u pojedine odredbe i cjelinu ZID ZPP BiH, ZID ZPP RS i Nacrt ZID ZPP Federacije BiH⁷ i prečišćavanja izvornih tekstova ZPP, stiče se utisak da se ovdje radi o zaista temeljitoj i sveobuhvatnoj reformi parničnog zakonodavstva u BiH, jer je obuhvatila izmjene i dopune velikog broja odredbi iz svih oblasti parničnog zakonodavstva, grupisanih u preko 90 članova.

⁵ "Sa ciljem poboljšanja efikasnosti i kvaliteta postupka u interesu svih građana u BiH i realizacije njihovih prava ali i prava potencijalnih stranih ulagača, pristupilo se razmatranju istaknutih primjedbi uvažavajući, prije svega, mišljenja sudija, advokata i pravobranilaca odnosno onih koji direktno primjenjuju zakone." Parlamentarna skupština BiH, Obrazloženje ZID ZPP BiH, tačka II, https://www.parlament.ba/sadrzaj/ plenarne_sjednice/Default.aspx?wsid=29378, 22. 11. 2013. godine.

⁶ Vidjeti čl. 1. st. 1. Zakona o Sudu BiH – prečišćeni tekst (*Službeni glasnik BiH*, br. 49/09, 74/09 i 97/09).

⁷ Nacrt ZID ZPP FBiH dostupan na http://parlamentfbih.gov.ba/dom_naroda/bos/parlament/propisi/ El_materijali/ Nacrt%20Zakona%20o%20parnicnom%20postupku.pdf, 25. 11. 2013. godine.

1. Intervencije u osnovnim odredbama

Prva novost odnosi se na nedvosmisleno obavezivanje Suda da odlučuje o zahtjevu za koji je nadležan (u ZID ZPP BiH nalazi se u članu 1.⁸). Eliminisanje mogućnosti *justice denied*, iako samorazumljivo, svakako nije suvišno: time se diskrecija suda sužava i jasno mu se postavlja zadatak da stvaralački primjenjuje pravo. Na taj način osnažuje se pravo stranke na presudu, kao sastavnog dijela prava na pravično suđenje.⁹

Dalje, parničnim strankama se eksplicitno priznaje subjektivno pravo na suđenje u razumnom roku (u ZID ZPP BiH nalazi se u članu 6.). Dalja konkretizacija ovog subjektivnog prava u vidu obaveze suda da odluku donese unutar prethodno utvrđenog vremenskog okvira je izostala, pošto je ocijenjena neprikladno opterećujućom za sudove.¹⁰ Zakonodavac je ovdje imao da se opredijeli između stroge procesne discipline i zahtjeva pravičnosti, koji nalaže uvažavanje interesa stranaka u postupku koji nije potpuno predvidiv i čije okončanje ipak u velikoj mjeri zavisi od okolnosti koje su izvan domašaja procesnog zakona. Čini se da takvu ocjenu treba podržati, jer je postavljanje vremenskog okvira za vođenje postupka, tamo gdje je prihvaćeno, predmet ubjedljivih kritika.¹¹ Tako je zakonodavac, sasvim pravno-politički opravdano, umjesto striktnog obavezivanja suda na poštovanje unaprijed

⁸ Isto rješenje i u čl. 2. ZPP Republike Srbije, *Službeni glasnik broj 72/11*.

⁹ O značenju navedene dužnosti u teoriji građanskog prava: "... sudija je ovlašćen i dužan da učini sve što je potrebno da bi mogao da sudi. Ta obaveza *implicira* da je *dužan* da normu protumači i konkretizuje, jer bez tumačenja i konkretizovanja ne može da je primeni. Kad nema pravne norme ni u jednom izvoru prava (prava praznina), ta obaveza *implicira* da je tada *dužan* da popuni prazninu, da *sam* postavi pravnu normu za neuređen slučaj da bi mogao da presudi. Dužan je da učini u konkretnom slučaju sve ono što zakonodavac i drugi normotvorac *nije* mogao, kao i ono što je mogao ili *propustio* (sudija kao rezervni normotvorac)." V. Vodinić, *Građansko pravo* (Beograd, Pravni fakultet Univerziteta Union i Službeni glasnik 2012) str. 157 i 158.

¹⁰ Argument u tom smislu u Obrazloženju ZID ZPP RS: "Neki poslanici su zahtijevali da se ovaj rok decidirano reguliše u zakonu, plašeći se da pojam 'razuman rok' ne garantuje da će zapravo stranka ostvariti zaštitu svojih prava u roku koji očekuje (...) Nije moguće zakonom definisati u kom roku je sud dužan donijeti odluku, jer se zapravo postavlja pitanje šta bi se desilo, u slučaju da sud ne donese odluku u zakonom utvrđenom roku." Iz rasprave o Nacrtu ZID u Narodnoj skupštini Republike Srpske, Obrazloženje Prijedloga ZID ZPP RS, http://www.narodnaskupstinars.net/upload/documents/lat/materijali/materijali_za_28_sjednicu.zip, 22. 11. 2013. g.

¹¹ Tako npr. u čl. 10. ZPP Republike Srbije. Rakić-Vodinić kritikuje navedeno rješenje kao nejasno, nepraktično i nekonzistentno, koje može ugroziti pravo na pravično suđenje i koje nije prilagođeno pravosudnom organizacionom okviru u Srbiji. Vidjeti V. Rakić-Vodinić, "Zakon o parničnom postupku Srbije 2011. godine", *Pravni zapisi* br. 2/2011 (Beograd 2011) str. 516–526.

definisanih rokova, konkretizovao novopostavljeno subjektivno pravo svrsishodnim procesnim odredbama, kakve su npr. odredbe članova 36. i 38. ZID ZPP BiH, kojima se Sudu ostavlja mogućnost da prvostepenu presudu u žalbenom postupku ukine i vrati prvom stepenu samo jedanput, te nalaže dužnost da se u narednom žalbenom postupku predmet pravosnažno okonča raspravom pred drugostepenim vijećem.¹²

2. Proširenje domašaja deklarativne presude

Tužiocu se dodjeljuje ovlaštenje da zahtijeva deklarativnu presudu kojom se utvrđuje povreda prava ličnosti (u ZID ZPP BiH u članu 8. stav 1.), pored onih već poznatih ovlašćenja da zahtijeva utvrđenje postojanja nekog prava ili pravnog odnosa ili istinitosti isprave. Ovo se obrazlaže potrebom usklađivanja ZPP s odredbama Zakona o zabrani diskriminacije (u daljem tekstu ZOZD, Službeni glasnik BiH broj 59/09).¹³ Navedena izmjena izgleda korisno, ali ipak suviše, imajući u vidu da se i bez ove novine tumačenjem odgovarajućih odredbi ZPP i ZOZD može iznaći nedvosmisleno procesno ovlaštenje za ovakvu deklarativnu tužbu. U ZOZD-u se takvo ovlaštenje nalazi u članu 12. stav 1. t. a.), a u ZPP u odredbi koja sadrži neodređeni pravni pojam "pravni odnos", pod koji se u građanskopravnoj teoriji pravo ličnosti podvodi, kao jedan od mnogih pravnih odnosa,¹⁴ bilo da se radi o njegovom dejstvu *erga omnes* ili *inter partes*.¹⁵ Naravno, u ovoj odredbi potrebno je dokazati i pravni interes za utvrđivanje povrede prava ličnosti, što ne izgleda kao težak posao. Takođe, postoji i jasna mogućnost da se odredbe ZOZD

primijene blanketnom klauzulom iz iste odredbe ZPP: "... takva tužba se može podići kada je to posebnim propisima predviđeno".

Dalje, eksplicitno pozitivisanje deklarativne tužbe za utvrđivanje postojanja/nepostojanja činjenice "ako je to predviđeno zakonom ili drugim propisom" (u ZID ZPP BiH u članu 8. stav 2.), iako je na prvi pogled korisno, takođe može izgledati suviše.¹⁶ Ako neki posebni propis daje ovakvo procesno ovlaštenje, ono je važeće i bez odredbe ZPP. Ovakvo rješenje nema utemeljenja ni u procesnoj doktrini, u kojoj preovlađuje stav da svaka činjenica utvrđena u postupku ima pravni karakter i ne može se posmatrati izvan svijeta prava.¹⁷ Vraćajući se na odredbe ZOZD, *supra* je pokazano da tužba koja se odnosi na utvrđivanje diskriminacije nije tužba za utvrđivanje diskriminacije kao činjenice, nego kao pravnog odnosa. Tako se ni diskriminacija ne može posmatrati kao puka činjenica koja postoji van svijeta prava, nego se radi o pravnoj kvalifikaciji pravnog odnosa neopravdanog pravljenja razlika među ljudima po osnovu nekog njihovog ličnog svojstva.

Zbog povezanosti s deklarativnim tužbenim zahtjevom, postavlja se pitanje da li je bilo potrebno načiniti intervenciju u odredbe koje regulišu procesnu ustanovu prethodnog pitanja (u ZPP BiH nalazi se u članu 17. stav 1.)¹⁸ o postojanju nekog prava ili pravnog odnosa. Naime, ustanova prethodnog pitanja odnosi se i na odluke drugih parničnih sudova u BiH, u čijoj su sada nadležnosti (ili će, izvjesno, uskoro biti kada se donesu ZID ZPP tamo gdje do sada nisu doneseni) da utvrđuju ne samo postojanje prava, pravnog odnosa, istinitosti isprave, nego i povrede prava ličnosti i postojanje činjenice. Moglo bi se i ovdje argumentisati da u ovom dijelu nikakva intervencija nije potrebna, jer se, kako je pokazano *supra*, i povreda prava ličnosti i postojanje činjenice jednim širim tumačenjem

¹² Takvo rješenje je u ZID ZPP Hrvatske (*Narodne novine*, broj 25/13) u čl. 366a.: "Prvostupanjska se odluka u pogledu žalbe može ukinuti i predmet vratiti prvostupanjskom sudu na ponovljeno suđenje najviše jedanput."

¹³ "Sa obzirom da je Zakonom o zabrani diskriminacije predviđeno podnošenje tužbe kojom se utvrđuje povreda prava ličnosti, čime se otvara mogućnost da se pred sudom utvrđuje i činjenica da je prema osobi izvršen akt diskriminacije odnosno da je nekom radnjom povrijeđeno njeno pravo, to se predloženim izmjenama ovog člana vrši usklađivanje sa procesnim odredbama Zakona o zabrani diskriminacije." *op. cit.* (fusnota 5), Glava VII Obrazloženja ZID ZPP.

¹⁴ "Tužba za utvrđenje prava ličnosti, i onda kada nije postavljen kondemnatorni zahtev, bila je dopuštena i bez izričitog uređenja i to po opštem režimu... Ako se, međutim, u novom ZPP-u pominje utvrđivanje svojstva samo jednog pravnog odnosa koji nastaje povredom prava ličnosti, a *contrario* bi se moglo zaključivati da tako nešto, van ovog imenovanog izuzetka, nije dopušteno." *loc. cit.* (fusnota 11), str. 534.

¹⁵ O najprostijem pravnom odnosu koji nastaje povodom prava ličnosti: "Sadržinu ličnih prava čine prava vlasti; titular je ovlašćen da sam, neposredno na ličnom dobru svojim radnjama sprovede svoju volju, uživajući (upotrebljavajući) i dirajući u njega (faktički raspolazući dobrom). Tad ličnopравни odnos ima prostu strukturu: titular ima ovlašćenja da npr. živi, bude fizički – biološki celovit, (...) i dr., a svi ostali su titulari iste jednoobrazne negativne obaveze – ne mešati se." *op. cit.* (fusnota 9), str. 254.

¹⁶ Jedan stav iz Srbije, čiji ZPP sadrži slično rješenje; "Što se tiče tužbe kojom se traži od suda utvrđenje postojanja ili nepostojanja činjenice (...) strogo doktrinarno govoreći – u pitanju je zakonsko rešenje koje teško braniti (...) Otuda je jedna ovakva odredba, po svemu sudeći, inspirisana nedostatkom drugog vida pravne zaštite, a bio bi primereniji, kraći i efikasniji – vanparnični put." *loc. cit.* (fusnota 11), str. 533 i 534.

¹⁷ "Većina pisaca stoji na suprotnom stanovištu: pitanje da li činjenice (dokazane ili nesporne) daju u svom rezultatu jedan pojam koji u zakonu nije definisan, imaju pravnu prirodu. Ne može se zamisliti da sud do odgovora na to pitanje dolazi dokazivanjem. Ono je pravno jer se odnosi na sadržinu norme, uprkos tome što sud uzima u obzir uvek činjenice konkretnog spora. Sve ovo važi i kad je pojam definisan zakonom na način kojim se ne otklanja ocena." B. Poznić, V. Rakić-Vodinić, *Građansko procesno pravo*, (Beograd, Savremena administracija 2010) str. 420.

¹⁸ "Kad odluka Suda zavisi od rješavanja nekog prethodnog pitanja koje se odnosi na to da li postoji neko pravo ili pravni odnos, a o tom pitanju nije donio odluku sud ili drugi nadležni organ..." (citat odredbe).

mogu podvesti pod neodređene pravne pojmove “prava ili pravnog odnosa”. Međutim, argument koherentnosti nalaže drugačiji pristup: ako je intervencija, po ocjeni zakonodavca, bila pravno-politički neophodna u ustanovi deklarativne tužbe, onda je trebalo da obuhvati odgovarajuću dopunu odredbe koja reguliše prethodno pitanje.

3. Nova procesna ustanova “sporno pravno pitanje”

Sljedeća važna novost, koja nažalost nije našla mjesta u ZID ZPP BiH, jeste postavljanje nove procesne ustanove “spornog pravnog pitanja”, kojim se rješavanje kompleksnih pravnih problema u prvostepenom postupku neposredno povjerava trećestepenom sudu (vrhovnim sudovima entiteta) “preskakanjem” drugostepenog suda. Naime, određena je dužnost trećestepenim sudovima da u roku od 60 dana prema zahtjevima prvostepenih sudova u konkretnim predmetima donesu argumentovano pravno shvatanje, koje će poslužiti za odlučivanje u prvostepenom postupku. Navedeno rješenje je dobro poznato i teorijski i uporednopravno, a preporučeno je od strane Komiteta ministara Savjeta Evrope.¹⁹ U obrazloženjima ZID se navodi da je ovakav postupak definisan po uzoru na *acquis communautaire*, gdje Evropski sud pravde donosi *Preliminary ruling* po zahtjevima nacionalnih sudova,²⁰ u kojim tumači odredbe komunitarnog prava. Proklamovani *ratio* ustanovljenja navedenog postupka jeste uniformna primjena prava radi veće pravne sigurnosti i jednakosti u presuđivanju,²¹ te efikasniji i ekonomičniji postupak, kojim se obezbjeđuje pravni stav instanciono nadležnog suda u trećem stepenu, koji upravo ima nadležnost da u reviziji

ukine ili preinači presudu koja nije u skladu s njegovim pravnim shvatanjem. Ovome se zaista nema šta prigovoriti, jer će doprinijeti oživotvorenju ustavnog načela jednakosti pred zakonom, te efikasnijem i koherentnijem rješavanju kompleksnih pravnih problema.

Na ovome mjestu treba postaviti pitanje zašto u ovoj noveli nije bilo mjesta konkretizaciji postupaka parničnih sudova prema članu VI. stav 3 tačka (c) Ustava BiH,²² koji predviđa incidentalnu konkretnu kontrolu ustavnosti propisa koji se ima primijeniti u određenom parničnom (i svakom drugom) postupku.²³ Mogućnost analogne primjene noveliranih odredbi i na ovaj postupak, kojim se “preskaču” i vrhovni sudovi, izgleda izvjesno. Ipak, trebalo je za račun pravne sigurnosti jasno razdvojiti postupke po onim spornim pravnim pitanjima koja se odnose na ustavnost i koja stoga preskaču dvije instance, sve do Ustavnog suda BiH, od ostalih koja preskaču samo jednu, do vrhovnih sudova.

4. Preuređenje procesnih presuda

Po pitanju procesnih presuda, posebno je značajno preuređena presuda zbog propuštanja, (članovi 27. i 30. stav 1. ZID ZPP BiH), koja je bila predmet kritika zbog posebno oštre procesne sankcije u vidu nemogućnosti da se na nju izjavi žalba kao redovan pravni lijek. Izbrisane su odredbe koje regulišu povrat u pređašnje stanje kao pravni lijek za ovu presudu²⁴ i ustanovljena žalba koja je ograničena kao

¹⁹ Čl. 7. tačka d. Preporuke No. R (95) 5 Komiteta ministara Savjeta Evrope o uvođenju i unapređenju sistema pravnih lijekova i procedura u građanskim i privrednim stvarima od 7. 2. 1995. godine (*Recommendation of the Committee of Ministers to Member States concerning the Introduction and Improvement of the Functioning of Appeal Systems and Procedures in Civil and Commercial Cases*): “Države treba da razmotre o uvođenju sistema gdje bi trećestepeni sud mogao da rješava predmet direktno, npr. posredstvom pozivanja na preliminarno odlučivanje ili postupak koji preskače drugostepeni sud (‘preskok postupak’). Takav postupak bi mogao biti posebno prikladan za stvari koje uključuju pravna pitanja u kojima je vjerovatan pravni lijek trećestepenom sudu u svakom slučaju.”

²⁰ “...Evropski sud obavlja svoju pravosudnu funkciju tako što (...) donosi presude kojima tumači komunitarno pravo (...) – tzv. *preliminarni, prethodni postupak* ili *postupak prethodnog odlučivanja*...” N. Misita, *Osnovi prava Evropske unije*, 2. izdanje, (Sarajevo, Magistrat 2008) str. 691 i 692.

²¹ *Op. cit.* (fusnota 19), čl. 7. t. d.: “Pravni lijekovi trećestepenom sudu treba da budu korišćeni naročito u slučajevima koji zaslužuju odluku u trećestepenom nadzoru. Npr. slučajevi koji bi doprinijeli razvoju prava ili koji bi doprinijeli uniformnom tumačenju prava. Oni takođe mogu biti limitirani na pravne lijekove u kojima se predmet odnosi na pravna pitanja od opšteg javnog značaja. Apelant treba da bude dužan da iznese razloge zašto bi predmet doprinio ovakvim svrhama.”

²² Citat navedene odredbe: “Ustavni sud je nadležan u pitanjima koja mu je proslijedio bilo koji sud u Bosni i Hercegovini u pogledu toga da li je zakon o čijem važenju njegova odluka ovisi kompatibilan sa ovim ustavom, sa Evropskom konvencijom o ljudskim pravima i osnovnim slobodama i njenim protokolima ili sa zakonima Bosne i Hercegovine; ili u pogledu postojanja ili domašaja nekog opšteg pravila međunarodnog javnog prava koje je bitno za odluku suda.”

²³ U prilog dužnosti suda da proslijedi sporno pitanje koje se odnosi na ustavnost relevantnog propisa Ustavnom sudu BiH: “Sudovi su, stoga, dužni da u svakom pojedinačnom slučaju preispitaju da li je sporna norma u skladu sa ljudskim pravima i slobodama iz EKLJP, ali i da li je u skladu sa ostatkom ustavnog prava. Ukoliko nakon ispitivanja bude usvojen stav da to nije slučaj, onda su *sudovi obavezni* da prekinu postupak koji vode i da sporno pitanje o usklađenosti norme sa EKLJP prosljede Ustavnom sudu. Nakon odluke o tome, postupak pred nižestepenim sudom se nastavlja uz poštivanje pravnog stanovišta Ustavnog suda BiH.” C. Steiner i dr., *Ustav Bosne i Hercegovine, komentar*, (Sarajevo, Fondacija Konrad Adenauer 2010), str. 802 i 803.

²⁴ “Institut povrata u prijašnje stanje propisan je za slučaj da stranka opravdano propusti rok ili ročište, a ne za slučaj propusta Suda da pravilno primijeni odredbe parničnog postupka, pravilno i potpuno utvrdi činjenično stanje i pravilno primijeni materijalno pravo, što su zapravo razlozi za žalbu. Prema tome postojećom odredbom strankama je onemogućeno pravo na izjavljivanje djelotvornog pravnog lijeka protiv presude zbog propuštanja, što je u suprotnosti sa članovima 6. i 13. Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama.” *op. cit.* (fusnota 5), Glava VII.

i kod drugih procesnih presuda: isključen je žalbeni osnov pogrešnog ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja. Isključenje ovog žalbenog osnova se opravdava činjenicom da kod ove, kao i kod drugih procesnih presuda, nije bilo usmenog, javnog i kontradiktornog raspravljanja.²⁵ Ovaj argument ne zvuči ubjedljivo: kod presuda na osnovu priznanja i zbog odricanja nema ni spora u smislu kontradiktornih navoda suprotstavljenih parničnih stranki, dok kod presude zbog propuštanja spor jednostavno nije raspravljen. U tom svjetlu, prethodno rješenje se ipak čini boljim: ono jeste strogo, ali je u skladu s međunarodnim standardima procesnog sankcionisanja.²⁶ Pored svoje nesumnjive strogosti, ostavljalo je mogućnost savjesnoj stranci da se spasi od gubitka parnice primjenom instituta koji se zaista ne može prihvatiti kao uobičajen pravni lijek, ali koji kasnije omogućuje cjelovitu odbranu, jer uključuje i mogućnost pobijanja činjeničnih navoda tužbe. Novo rješenje, iako ublažava strogost prethodnog, čak je nepovoljnije za savjesnog tuženog koji je propustio da odgovori na tužbu, jer mu uskraćuje mogućnost da pobija činjenično stanje iz tužbe.

Dalje, eksplicitno se preciziraju do sada nedovoljno razjašnjene pravne posljedice odbacivanja odgovora na tužbu (vidjeti član 13. ZID ZPP BiH), u smislu nastupanja pravne fikcije da tuženi nije ni preduzeo ovu parničnu radnju. Praktično, ovo bi značilo sljedeće: Ako tuženi dostavi nerazumljiv ili nepotpun odgovor na tužbu, te propusti da ga po nalogu suda ispravi i dopuni, slijedi odbacivanje, koje se izjednačuje sa situacijom u kojoj tuženi nije uopšte odgovorio na tužbu.²⁷ Dalje, ako je u tužbi predloženo donošenje presude zbog propuštanja, sud će donijeti ovakvu presudu, što predstavlja zaista oštru sankciju za tuženog koji pogrešno, neuredno ili nepotpuno odgovori na tužbu. Navedeno rješenje je u uporednom pravu kritikovano kao nepravično i kao kršenje načela jednakosti,²⁸ ali se ipak može opravdati stavom da se

tuženom prije ovako oštre sankcije ipak ostavlja jedna mogućnost da otkloni nedostatke na koje ukaže sud.

Pored toga, jasno je dodijeljeno ovlaštenje strankama u žalbenom postupku da iznose nove činjenice i predlože nove dokaze koji se tiču mana volje kada pobijaju presude na osnovu priznanja i odricanja (član 30. stav 4. ZID ZPP BiH).

Iako su predložene značajne izmjene, zadržane su odredbe (član 149. ZPP BiH) koje određuju postupanje suda u slučajevima kada tuženi predloži donošenje presude zbog propuštanja, a tuženi ne odgovori na tužbu (sada se to nesumnjivo odnosi i na situacije kada odgovor na tužbu bude odbačen kao nerazumljiv ili nepotpun, *supra*). Zadržan je neodređeni pravni pojam "očigledno neosnovan tužbeni zahtjev" kao izuzetak kada se presuda zbog propuštanja neće donositi, iako je bilo predloženo njegovo eliminisanje zbog nejasnoća u situacijama kada sud ne može rezolutno ocijeniti da li je ovaj uslov ostvaren.²⁹ Predloženo rješenje predviđalo je zakazivanje pripremnog ročišta u ovim situacijama i davanje mogućnosti tužiocu da preinači tužbeni zahtjev. Ovakvo rješenje postoji u uporednom pravu i kritikovano je kao nedorečeno u situacijama kada tužilac preinači tužbu, a tuženi ne dođe na pripremano ročište.³⁰ Ako se uporedi izvorno rješenje s onim predloženim, čini se da je zakonodavac opravdano oklijevao: Pojam "očigledno neosnovan tužbeni zahtjev" solidno je utemeljen u međunarodnim preporukama,³¹ a mogućnost negativnih posljedica njegovog nepravilnog

odgovora na tužbu, naš zakonodavac je protumačio ovako: ako tužba mora sadržavati elemente propisane zakonom, ona i odgovor na tužbu mora sadržavati elemente propisane zakonom. Ali, treba imati na umu to da procesne sankcije ipak nisu jednake i da su nepovoljnije za tuženog. Krajnja "sankcija" za neurednost i nepotpunost tužbe (kao radnje tužioca) jeste njeno odbacivanje, a krajnja "sankcija" za neurednost i nepotpunost odgovora na tužbu (kao radnje tuženog) jeste fikcija da odgovor nije ni podnesen. Odbačena tužba može se ponovo podneti. Ako sud stane na stanovište da odgovor na tužbu nema sve elemente, nastupiće fikcija da tuženi nije ni odgovorio na tužbu, usled čega sud donosi redovno presudu zbog propuštanja kojom usvaja tužbeni zahtev, tj. tuženi gubi parnicu. Tuženi može izjaviti žalbu protiv ove presude, ali ne može napadati činjenično stanje na kome je zasnovana, čime su njegove šanse za uspeh žalbe bitno smanjene. Kad ova presuda postane pravosnažna, stvar je konačno rešena, tj. tuženi je meritorno izgubio spor, što nije slučaj s tužiocem čija je tužba samo odbačena." *loc. cit.* (fusnota 11), str. 529 i 530.

²⁹ Vidjeti *op. cit.* (fusnota 5), čl. 149. Glave VII.

³⁰ Tako u ZPP Srbije. Jedna argumentovana kritika: "... ako tuženi nije prisutan na pripremnom ročištu, a tužilac je preinačio tužbu, ročište se mora odložiti i tuženom se mora dostaviti prepis zapisnika da se izjasni o preinačenju (...) Dakle, ako se tuženi protivi preinačenju, sud ne bi mogao doneti ni presudu zbog propuštanja, ni presudu kojom se tužbeni zahtev odbija zbog nekonkluzivnosti tužbe." *op. cit.* (fusnota 5), str. 545.

³¹ "Kada stranka pokrene očigledno neosnovan postupak, sud treba da bude ovlašćen da odluči slučaj skraćenim putem, i gdje je podesno, izrekne kaznu ili dodijeli troškove drugoj strani." *op. cit.* (fusnota 26), st. 2. Načela 2.

²⁵ "Razlog tome jeste što se prilikom donošenja ove presude nije ni utvrđivalo činjenično stanje." *Ibid.*, Glava III.

²⁶ "Sankcije treba da budu izrečene kada stranka koja je obaviještena da postupi ne preduzme procesnu radnju u određenim zakonskim ili sudskim rokovima. Zavisno od okolnosti, takve sankcije mogu uključiti oglašavanje postupka prekinutim, naknadu štete, izricanje novčanih kazni ili skidanje predmeta sa liste." St. 2 Načela 1 Preporuke broj R (84) 5 o načelima građanskog postupka radi unapređenja funkcionisanja pravosuđa, (*Recommendation on the Principles of Civil Procedure Designed to Improve the Functioning of Justice*) Komitet ministara Savjeta Evrope, 28. 2. 1984. godine.

²⁷ "Predloženim stavom (2) omogućava se donošenje presude zbog propuštanja u slučaju odbacivanja odgovora na tužbu, a što je ranije bilo sporno, pošto se postavljalo pitanje da li se može donijeti presuda zbog propuštanja, ukoliko tuženi podnese odgovor na tužbu, a odgovor kao neuređan ili nepotpun bude odbačen." *op. cit.* (fusnota 5), Glava VII.

²⁸ "Dakle, ono što je bitno za pravičnost postupka jeste jednakost šansi i jednakost procesnopravnog tretmana. Sa stanovišta

tumačenja znatno je umanjena mogućnošću izjavljivanja novoustanovljenog redovnog pravnog lijeka (žalbe) na presudu zbog propuštanja.

5. Reforma vanrednih pravnih lijekova

Prvo, dopunjene su i precizirane odredbe koje odnose na fakultativnu reviziju, čime je sužena diskrecija trećestepenih sudova u odlučivanju o prihvatljivosti revizije u postupcima čija vrijednost spora ne prelazi prag za obaveznu reviziju. Dalje, sužava se mogućnost pristupa trećestepenom sudu, tako što se prati trend iz uporednog prava u podizanju imovinskog praga za obligatornu reviziju (u članu 46. ZID ZPP BiH s 10.000,00 KM na 30.000,00 KM), te oduzimanjem ili ograničavanjem postulacione sposobnosti potencijalnih revidenata, koji se upućuju na advokaturu i pravno obrazovana lica (po ZID ZPP BiH postulacionu sposobnost imaju samo advokati, a u ZID ZPP RS i lica s položenim pravosudnim ispitom³²). Ovo se obrazlaže potrebom da se suzbija nadripisarstvo. Više o tome u drugom dijelu rada.

Stavljanje ponavljanja postupka (član 59. ZID ZPP BiH) u funkciju provođenja odluka Evropskog suda za ljudskog prava (u daljem tekstu ESLJP) predstavlja sljedeću značajnu novost. Navedeno rješenje preporučeno je od Savjeta Evrope³³ i poznato je uporednopravno, ali za razliku od tamošnjih rješenja nije obuhvatilo provođenje odluka ustavnog suda. Naime, odluke Ustavnog suda BiH su prema članu 6. stav 4. Ustava BiH konačne i obavezujuće, a *ratione materiae* obuhvataju potpuno iste povrede ljudskih prava iz Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljem tekstu EK).³⁴ Dalje, odredbe Pravila Ustavnog suda BiH koje određuju provođenje njegovih odluka (Službeni glasnik BiH broj 60/05, 64/08 i 51/09³⁵) svakako

nisu ni dovoljno konkretne za operacionalizaciju parničnih radnji suda niti dovoljno autoritativne, budući da se odnose na regulisanje postupaka unutar Ustavnog suda i nisu donesene u demokratskoj zakonodavnoj proceduri, pa se prema praksi ESLJP po članu 6. EK ne mogu ni smatrati zakonom.³⁶ Ako su odluke ESLJP obavezujuće iz razloga što utvrđuju povrede međunarodno zajemčenih ljudskih prava, *argumentum a fortiori* nalaže da su odluke Ustavnog suda BiH u apelacijama zbog povreda tih istih prava podjednako obavezujuće.³⁷ U prilog tome govori da drugi ključni procesni zakon u BiH – zakon o krivičnom postupku izjednačuje odluke ESLJP i Ustavnog suda BiH u odredbi kojom se dozvoljava ponavljanje postupka u korist osuđenog.³⁸

Dalje, ukoliko bi odredba o provođenju odluka Ustavnog suda BiH po apelacijama građana bila opravdana, postavlja se pitanje *de lege ferenda* da li je na ovaj način moguće i potrebno provoditi odluke ustavnih sudova u BiH u predmetima apstraktne kontrole ustavnosti opštih pravnih akata. Naravno, ovo bi se odnosilo samo na parnične predmete u kojima je primjenom odredbi neustavnih opštih akata pravosnažno presuđeno na način kojim se ugrožavaju prava građana zajemčena ustavom i međunarodnim pravom. Dosljedna primjena odredbi članova 26. (rubrum *Pacta sunt servanda*) i 27. (rubrum Unutrašnje pravo i poštovanje ugovora) Bečke konvencije o ugovornom pravu,³⁹ koje obavezuju ne samo u smislu valjanog pravnog okvira, nego i konkretnih rezultata (*obligation of result*) upravo implicira rješenja kojim se eliminišu pravne posljedice bilo pojedinačnih, bilo opštih akata kojima se krše međunarodne obaveze, u ovom slučaju u vidu poštovanja ljudskih prava. Možda se nekome ovakav prijedlog čini pretjeranim sa stanovišta pravne sigurnosti, ali je izvjesno da jedan novi pravni lijek otvara mogućnost da se umanjí gužva pred sudom u Strazburu i otklone sistemski nedostaci za koje parnično zakonodavstvo ne treba da bude odgovorno.

³² Slična odredba u čl. 95a. ZPP Hrvatske. (*Narodne novine*, br. 53/91, 25/13).

³³ "Komitet ministara ... II. Ohrabruje države ugovornice da posebno ispituju svoje domaće prave sustave, kako bi se osiguralo postojanje odgovarajućih mogućnosti za preispitivanje predmeta, uključujući i ponovno otvaranje postupka, u slučajevima kad je došlo do kršenja Konvencije..." Preporuka broj R (2000) 2 Komiteta ministara Savjeta Evrope državama članicama za preispitivanje ili ponovno otvaranje predmeta na domaćoj razini nakon izricanja presude ESLJP, od 19. 1. 2000. godine.

³⁴ Npr. u čl. 426. ZPP Srbije: "Postupak koji je odlukom suda pravosnažno okončan može da se po predlogu stranke ponovi ako: ... 12) je Ustavni sud, u postupku po ustavnoj žalbi, utvrdio povredu ili uskraćivanje ljudskog ili manjinskog prava i slobode zajemčene Ustavom u parničnom postupku, a to je moglo da bude od uticaja na donošenje povoljnije odluke."

³⁵ "Čl. 67. Svako, kome je povrijeđeno pravo konačnim ili pravosnažnim pojedinačnim aktom, donesenim na osnovu odredbi koje su prestale da važe u smislu člana 63. ovih pravila, ima pravo da zatraži od nadležnog organa da izmijeni taj pojedinačni akt, a nadležni organ je obavezan da ponovi postupak i uskladi akt sa odlukom Ustavnog suda.

Čl. 68. Prijedlog za izmjenu konačnog ili pravosnažnog pojedinačnog akta iz člana 67. ovih pravila može da se podnese u roku od šest mjeseci od dana objavljivanja odluke Ustavnog suda u "Službenom glasniku Bosne i Hercegovine", ako od donošenja akta do donošenja odluke Ustavnog suda nije proteklo više od pet godina."

³⁶ Pravila Ustavnog suda BiH regulišu organizaciju i postupak pred Ustavnim sudom, a donesena su od strane predsjednika Ustavnog suda BiH. Vidjeti čl. 1. Pravila.

³⁷ "BiH i oba entiteta osiguravaju najviši nivo međunarodno priznatih ljudskih prava i osnovnih sloboda." Čl. 2. st. 1. Ustava BiH.

³⁸ Npr. čl. 327. stav (1) Zakona o krivičnom postupku BiH (SG BiH broj 3/03-72/13): "Krivični postupak završen pravomoćnom presudom može se ponoviti u korist osuđenog: (...) f.) ako Ustavni sud BiH, Dom za ljudska prava ili ESLJP utvrdi da su u toku postupka kršena ljudska prava i osnovne slobode i ako je presuda zasnovana na tom kršenju."

³⁹ *Službeni list SFRJ* (Međunarodni ugovori i drugi sporazumi) broj 30/72.

Dalje, u odnosu na garancije nepristrasnosti suda napravljena je korisna i precizna distinkcija između obligatornih i fakultativnih razloga za izuzeće, uvođenjem ustanove isključenja za obligatorne razloge (članovi 76. do 80. ZID ZPP).

6. Novina: uređenje intervencijskog dejstva presude

Vrlo je značajno i što se po prvi put kod nas reguliše intervencijsko dejstvo presude na umješača i treće lice koje je obaviješteno o otpočetoj parnici (član 83. ZID ZPP BiH). To je učinjeno na način kojim se primjereno pozitiviju stavovi domaće i kontinentalne građanskoprocenke doktrine. Zakon izričito određuje protezanje obaveznosti činjeničnih i pravnih utvrđenja iz pravosnažne presude izvan *inter partes*, i to na umješača i treća lica koja su obaviještena o parnici. Dozvoljava se i izuzetak, tako što se uvodi prigovor nesavjesnog vođenja spora (*exceptio male conducti processus*) u parnici koja nastupa poslije pravosnažnosti presude između pomognute stranke i umješača. Umješač će biti ovlašćen da pobija činjenična i pravna utvrđenja iz obrazloženja pravosnažne presude koja bi inače imala intervencijsko dejstvo i na njega, ukoliko dokaže nesavjesnost pomognute stranke. Ovakvo rješenje ide u prilog pravnoj sigurnosti i efikasnosti parničenja.⁴⁰

7. Novina: ustanovljenje kolektivnog parničenja

Na kraju, posebnu pažnju privlači pozitivisanje kolektivne tužbe, kojom se osnažuju preduslovi za strateško parničenje⁴¹ radi zaštite prava i interesa koji prevazilaze

subjektivna prava i interese *inter partes*. Ovim se otvara još jedna mogućnost da se u parnici štite osnovna ljudska prava,⁴² kako pojedinačna, tako i kolektivna.⁴³ Ova je mogućnost kod nas svakako već implicirana ustanovom *actio popularis* iz člana 156. Zakona o obligacionim odnosima (rubrum Zahtev da se otkloni opasnost od štete, Službeni list SFRJ broj 29/78, 57/89), odredbama ZOZD, pa i samim odredbama ZPP, i to onim blanketnim koje upućuju na posebne propise za priznavanje ko može biti stranka "osim pravnih i fizičkih lica", te onim koje određuju diskreciono ovlašćenje suda da "prizna svojstvo stranke i onim oblicima udruživanja koja nemaju svojstvo stranke..." ukoliko ocijeni da "udovoljavaju bitnim uslovima za sticanje stranačke sposobnosti, a posebno ako raspolažu imovinom na kojoj se može provesti izvršenje" (u ZPP BiH u stavovima 2. i 3. člana 235). Kolektivno parničenje svakako otvara jednu dodatnu mogućnost za sve one pojedince i organizacije orijentisane ka progresivnom pravnom i društvenom djelovanju, ali je uporednopravno predmet sporenja zbog brojnih nejasnoća i neodređenosti koje ugrožavaju pravnu sigurnost.⁴⁴ U svakom slučaju,

M. Dvořák et al., *Strateška parnica kao sredstvo za zaštitu od diskriminacije*, (Prah, Poradna pro občanství 2012) str. 52.

⁴⁰ "Izloženim pravilima izražava se druga uloga umješača u parnici: on kontroliše način na koji stranka vodi spor da bi, možda, u potonjoj parnici protiv nje upotrebio pomenuti prigovor. To je ono što mu daje podsticaj da interveniše i kad ga stranka ne poziva da to učini. Iz prikazanih pravila proističe i to da interes stranke za intervenciju ne leži samo u tome što će ona na navedeni način biti pomognuta. Njen interes ogleda se u tome što pozivanjem trećeg lica na učešće stranka koja savesno vodi spor obezbeđuje intervencijsko dejstvo presude." *op. cit.* (fusnota 17), s. 195.

⁴¹ "Strateška parnica, odnosno vođenje sudskog postupka je značajna metoda koja se koristi uglavnom od strane nevladinih organizacija sa ciljem jačanja zaštite ljudskih prava. (...) Cilj strateške parnice kao metode promovisanja predmeta od 'javnog interesa' je jačanje pravnog i činjeničnog položaja socijalno ugroženih grupa kroz optimizaciju odnosno poboljšanje: – pravne (regulatorne) sredine, uključujući i izmjene zakona (izmjena zakona, ukidanje dijelova zakonske regulative, itd.); – primjene prava u funkcionisanju javne uprave i pravosuđa, kao i u privatnom sektoru, (usklađivanje sudske prakse, promjena prakse pravosudnih organa, promjene u pristupu privatnih subjekata i sl.); – percepcije problema u široj javnosti (poziv na socijalni ili profesionalni dijalog – analizu, "osvajanje saveznika" u javnosti, itd.), (...) kroz pokretanje parnice u pojedinačnom slučaju koji je povezan sa konkretnim tužiteljem (podnositeljem sudskog procesa), uključujući njegovo zastupanje i podizanje javne svijesti o sredstvima pravne zaštite i medijsku pokrivenost ili drugi način obavještavanja o parnici i rezultatima sudskog procesa."

⁴² O prodoru prava ljudskih prava u privatno pravo i interakcijama: "Štaviše, dok uvođenje ljudskih prava u privatno pravo nosi sa sobom mnoge pojmove koji su već dobro ustanovljeni u privatnom pravu, ono takođe donosi vrijednosti kojima je privatno pravo da sada pripisivalo malu težinu. Privatno pravo će morati da se prilagodi tim vrijednostima, i posljedično, da doživi značajnu transformaciju. Druga odlika ovog procesa vezana je za potencijalnu transformaciju vrijednosti ljudskih prava unutar okvira privatnog prava (...) Kada se pojmovi ljudskih prava prenesu u okruženje privatnog prava, gdje je jednakost pred zakonom vodeće pravilo, oni moraju biti modifikovani i prilagođeni." A. Friedman, D. Barak-Erez, *Human Rights in Private Law*, (Oxford-Portland Oregon 2001) str. 3.

⁴³ Rakić-Vodinelic klasifikuje moguće mehanizme kolektivnih interesa u uporednom pravu u tri grupe: (1) Tužba ovlašćenog ili državnog ili paradržavnog organa (*Relator action*), kome se dodjeljuje ovlašćenje pokretanja sudskog postupka radi zaštite kolektivnih interesa, (2) Organizaciona tužba (*Organizational action, Verbandsklage*) koju podnosi organizacija, u svoje ime, a za račun pojedinaca čija prava i interese štiti, (3) Popularna tužba (*Actio popularis, Class Action*) koju podnosi pojedinac u svoje ime, a za račun prava i interesa neodređene grupe lica, bez njihove prethodne saglasnosti. Vidjeti V. Rakić-Vodinelic, "Ekološka tužba", *Pravni život* broj 9/1995, (Beograd 1995) str. 131–133.

⁴⁴ U Republici Srbiji odredbe ZPP koje se odnose na kolektivnu tužbu ukinute su odlukom Ustavnoeg suda. "... Ustavni sud konstatuje da analiza navedenih zakonskih rešenja (...) posmatrano sa stanovišta zahteva koji proizlaze iz ustavnih normi, pokazuje da su odredbe članova 494. do 505. zakona (ZPP, prim. aut.) nejasne i neprecizne, što objektivno ugrožava ostvarivanje prava na pravnu sigurnost i jednaku zaštitu prava pred sudovima što ih čini nesaglasnim sa Ustavom (...) da bi se jedan opšti akt smatrao zakonom ne samo formalno, nego i u sadržinskom smislu, taj zakon, odnosno njegove norme

zbog nedostatne parnične prakse za sada nije umjesno spekulirati o domašajima ovih odredbi, osim što se može konstatovati da je zakonodavac načinio hvale vrijedan napor da množini ekonomski slabih pruži jednu novu mogućnost u borbi s ekonomski moćnijim. U Republici Srpskoj usvojene su odredbe kojima se uvodi ovaj institut, u Federaciji BiH su u skupštinskoj proceduri, dok na nivou BiH, iz razloga nepoznatih autoru ovih redova, takve odredbe nisu bile čak ni predložene.

8. Ostalo

Ovdje nije bilo prostora za komentar brojnih odredbi ZID ZPP kojima su regulisani mjesna nadležnost suda, sadržaj tužbe i obrazloženja presude, preinačenje tužbe, povlačenje tužbe, sudsko poravnanje, izvođenje dokaza, mjere obezbjeđenja, odnos raspravnog i istražnog načela, apsolutno bitne povrede postupka, postupci po vanrednim pravnim lijekovima i povrat u pređašnje stanje, punomoćstvo, uvedena procesna ustanova zastoj postupka, i dr. Ipak, nije na odmet konstatovati da su njima konkretizovana brojna važna pitanja kojima se doprinosi pravnoj sigurnosti.

II) O specifičnim rješenjima u ZID ZPP BiH

U nastavku slijedi sagledavanje odredbi koje se specifično odnose na ZID ZPP BiH i onih njegovih odredbi koje se razlikuju od predloženog opšteg režima koji je objašnjen *supra*. Polazi se od kontroverzi statusa i organizacije Suda BiH i Pravobranilaštva BiH, koje su sistemski povezane s procesnim pitanjima.

Treba odmah napomenuti ono što je očigledno: u postupku donošenja novele težište je bilo na opštim rješenjima, a specifičnostima statusa Suda BiH poklonjeno je malo pažnje.⁴⁵ Pored toga, treba istaći i jednu indikativnu, a u isto vrijeme bizarnu teškoću s kojom se autor ovog rada susreo: radi se opskurnoj parničnoj praksi Suda BiH. Čini se da nijedan sud u BiH ne poklanja tako malo pažnje parničnim postupcima: za razliku od drugih sudova, na web-stranici Suda BiH uopšte nema podataka o parničnim predmetima koji su u toku (isto se može reći i za web-stranicu Pravobranilaštva BiH), a u njegovim dostupnim

biltenima sudske prakse iz 2005. i 2007. godine⁴⁶ skoro da nema objavljenih pravnih stavova i argumentacije iz parničnih postupaka. Rijetki izvori koji su bili dostupni autoru ukazuju da je parnična praksa Suda BiH manje dostupna za javnost od prakse ostalih parničnih sudova u BiH.⁴⁷

1. Odnos Ustava BiH i ZPP BiH

Pitanje ustavne nadležnosti za donošenje ZID ZPP izgleda podjednako nerazjašnjeno kao i u vrijeme donošenja ZPP BiH. Građanskopravna nadležnost i dalje u cijelosti pripada entitetima i Brčko distriktu BiH, a izvjesno je da ne postoji politička volja da se tu bilo šta promijeni.⁴⁸ Predlagač zakona se u obrazloženju zakona nije potrudio da ubjedljivije argumentuje ustavnopravni osnov donošenja zakona, pa je zaista osnovano postaviti pitanje kako je uopšte prošao skupštinsku proceduru.⁴⁹

Drugo važno pitanje odnosa Ustava BiH i ZPP BiH jeste kako ovaj zakon provodi i konkretizuje ustavne odredbe. Imajući u vidu sadržajno siromaštvo Ustava BiH, nije bilo dovoljno primijeniti opšti režim parničnih

⁴⁶ Bilteni dostupni na http://www.sudbih.gov.ba/?opcija=sadrza_j&kat=14&id=87&jezik=b, 25. 11. 2013. godine.

⁴⁷ Jedan indikativan primjer: "... evidentno je da je članom 294. stav 2. ZPP pred Sudom BiH propisano da se licima, koja imaju opravdan interes, a nisu stranke koje učestvuju ili su učestvovala u postupku, može dopustiti pregled i prepis spisa (...) Sud smatra da pokretanje parničnog postupka po istom pravnom osnovu i protiv iste tužene strane ne predstavlja "opravdani interes", Sud Vam ne može odobriti pregledavanje i prepis spisa..." Dopis Suda BiH broj Su-10-391/13 od 8. 11. 2013. godine, u posjedu autora. Ovakvim uskim tumačenjem metapravnog pojma "opravdan interes" praktično se onemogućuje spoznaja parnične prakse i pravnih shvatanja Suda BiH ne samo širokom krugu zainteresovanih lica, nego čak i licima koja imaju istovrsne postupke pred tim sudom, što je u suprotnosti s nekim od osnovnih sadržaja vladavine prava, kao što su pravna sigurnost, omogućavanje predvidljivosti postupanja sudske vlasti i zaštita legitimnih očekivanja građana.

⁴⁸ "Građansko pravo, da tako kažem, na Sudu BiH je u okviru Upravnog odjeljenja. To nema ni u jednom sudu. Mi smo ima možda 3-4 godine pokretali inicijativu da se izmijeni Zakon o Sudu BiH u smislu da se uvede građansko odjeljenje. Gro predmeta o kojima rješava građansko odjeljenje je upravo tu. Nije to usvojeno." *op. cit.* (fusnota 4), Izlaganje sudije Suda BiH Šide Jašarspahić.

⁴⁹ "Ustavnopravni osnov za donošenje ovog zakona sadržan je u članu IV 4 a.) Ustava BiH, prema kojem je Parlamentarna skupština BiH nadležna za donošenje zakona koji su potrebni za donošenje odluka Predsjedništva ili za vršenje funkcija Skupštine BiH po Ustavu. Ustavnopravni osnov za donošenje ovog zakona utvrđen je prilikom njegovog prvog usvajanja i ovaj zakon je do sada mijenjan jedanput." *op. cit.* (fusnota 5), čl. I Obrazloženja ZID ZPP. Sasvim je jasno da se procesna materija ni u čemu ne odnosi na odluke Predsjedništva niti na vršenje funkcija Skupštine BiH, koje se moraju kretati u okviru ustavnih nadležnosti BiH. Takođe, pozivanje na činjenicu da je ZPP već jednom mijenjan ni u čemu ne upućuje na postojanje valjanog ustavnopravnog osnova. Čini se da je tu bila nužna jedna opširnija pravna argumentacija, koja je očigledno izostala.

moraju u dovoljnoj meri biti precizne, jasne i predvidive tako da subjekti na koje se zakon odnosi mogu svoje ponašanje da usklade sa zakonom kako ne bi zbog nejasnih i nepreciznih, ali i nedostatnih normi i podnormiranosti bili uskraćeni u ostvarivanju svojih zajemčenih prava ili pravnih interesa." Ustavni sud Srbije, Odluka broj IV Uz-51/2012 od 23. 5. 2013, preuzeta s: <http://www.ustavni.sud.rs/page/predmet/sr-Latn-CS/8915/?NO>, 25. 11. 2013. godine.

⁴⁵ "Evo i sada kada su urađene ove izmjene i dopune, mi smo posljednji prijedlog naš uputili Visokom sudskom i tužilačkom vijeću da učestvujemo u tom procesu. Nismo nikada pozvani." *op. cit.* (fusnota 4), Izlaganje sudije Suda BiH Šide Jašarspahić.

izmjena i dopuna prilagođenih prvenstveno ZPP entiteta, s obzirom na to da su entitetski ustavi mnogo sadržajni i konkretniji. Iako tumačenje prava ne ulazi u procesnu materiju, pravnosistemske je bilo opravdano da se blanketne odredbe i neodređeni pojmovi Ustava BiH jasno izraze makar u ZPP, da bi se sudije i parnične stranke pouzdanije vodile u tumačenju i primjeni pozitivnog prava BiH kao koherentne, potpune i određene cjeline.⁵⁰ Pravno-politički, posebnu pažnju svakako je trebalo posvetiti konkretizaciji načela vladavine prava koje svakako izgleda nedostavno u Ustavu BiH.⁵¹ Zato član 1. ZID ZPP o kojem je bilo govora *supra* svakako popunjava zaista problematičnu pravnu prazninu, tako što osnažuje pristup pravdi. Naime, opasnost od široke diskrecije suda u ocjeni domašaja svojih nadležnosti, udružena s tradicionalnom sudijskom uzdržanošću i ekstenzivnim tumačenjem diskrecije javnih vlasti skrivenih iza pravnog subjektiviteta države (koja se pred Sudom BiH redovno pojavljuje kao parnična stranka), dovela je do oklijevanja suda u pružanju pravne zaštite, pa čak i do njenog uskraćivanja.⁵²

Međutim, sistematsko tumačenje prečišćene cjeline ZPP, Zakona o sudu BiH i Ustava BiH ukazuje i na brojne druge pravne praznine koje nisu predmet regulisanja

ZPP, ali bi njihovo popunjavanje svakako dobro došlo radi približavanja parničnja pred Sudom BiH evropskoj kontinentalnoj teoriji i praksi. Jedna takva sistematizacija konkretizuje te nedostajuće sadržaje sljedećim načelima kojima je trebalo naći mjesta u ZID ZPP: (1) vezanost Suda pravom (Sud je vezan pozitivnim pravom, svakom važećom obavezujućom pravnom normom); (2) načelo podjele vlasti (Sud mora da primijeni sve akte koje donosi zakonodavna i izvršna vlast i Ustavni sud, odnosno ne smije da ih tumači tako da bilo koja od tih normi nema smisla ili da je suvišna); 3. pravo na pristup pravosuđu; 4. načelo jednakosti pred pravom (jednako pravo svih na sudsku zaštitu, bez diskriminacije).⁵³ Iako i ova načela izgledaju samorazumljivo, čini se da u pozitivnom pravu BiH nema izvora u kojima su jasno izražena, što pozitivistički orijentisanim praktičarima prava predstavlja dodatnu teškoću koju je trebalo prevazići.

2. Pitanje stvarne nadležnosti Suda BiH

Odredbe koje uređuju stvarnu i instancionu nadležnost Suda BiH, i to članovi 1. i 18. ZPP, a u vezi s članom 8. Zakona o sudu BiH, nisu bile predmet intervencije zakonodavca. Međutim, težnja ka pravnoj sigurnosti nalaže jasnu distinkciju materijalnog i procesnog prava: materijalnopравnim odredbama o stvarnoj i instancionoj nadležnosti ne bi trebalo da bude mjesta u procesnim zakonima, jer su ova pitanja predmet regulisanja materijalnog pravosudnog organizacionog prava. Nomotehnički je možda prihvatljivo da se blanketnim odredbama procesnog zakona upućuje na materijalnopравne odredbe, ali bi to trebalo onda činiti bez konkretnog navođenja njihovog sadržaja, što je tu učinjeno. Takođe, ništa nije učinjeno po pitanju sasvim fluidnog razgraničenja upravne i parnične nadležnosti Suda BiH, koja prijeti pravnoj sigurnosti od samog osnivanja Suda BiH,⁵⁴ s obzirom na to da je Upravno odjeljenje Suda BiH funkcionalno nadležno ne samo za parničjenje, nego i za odlučivanje o zakonitosti upravnih akata.

Zbog razuđenosti pravnih izvora, potpuno i jasno naznačenje pravne materije koja čini stvarni djelokrug Suda BiH predstavlja posebnu teškoću, s kojom se treba odmah suočiti radi zauzimanja stava o prirodni nadležnosti Suda BiH. Iz izvora dostupnih autoru sačinjen je pregled nadležnosti u tabeli broj 1, koji možda nije iscrpan, ali sigurno jeste pogodan za sticanje jedne šire slike.

Jedan širi uvid ukazuje da Sud BiH svakako nije sud opšte građanske nadležnosti, jer ima sužen djelokrug i *ratione materiae* i *ratione personae*. Sporovi za koje je

⁵⁰ O koherentnosti, potpunosti i određenosti kao principima pravnog sistema vidjeti N. Visković, *Pojam prava*, (Split, Logos 1981) str. 244–254.

⁵¹ Značenje vladavine prava iz anglosaksonske pravne tradicije, koje je široko prihvaćeno u ustavnopravnoj teoriji, obuhvata sljedeće: (1) odsustvo arbitrarne vlasti (vlast je ograničena i pod kontrolom zakona); (2) pravna jednakost (vlast je ograničena pravima i slobodama građana); (3) sudska zaštita individualnih prava i sloboda. Prema Albertu Vennu Diceyju, interpretacija preuzeta iz K. Čavoški, *Pravo kao umeće slobode, Ogled o vladavini prava*, (Beograd, Službeni glasnik 2005) str. 61.

⁵² Jedan indikativan primjer iz prakse Suda BiH, u parnici zbog povrede prava iz radnog odnosa: "Sud nalazi utvrđenom činjenicu da je u konkretnom slučaju tužena učinila povredu postupka ocjenjivanja rada profesionalnih vojnih lica a samim time i procesa činovanja (...) Sud nije nadležan niti ovlašten odlučivati o ocjenjivanju i unapređivanju profesionalnih vojnih lica a samim time ni na donošenje odluke kojom će se naložiti tuženoj da unaprijedi tužitelja budući da bi to bilo uzurpiranje nadležnosti tužene u ovom slučaju Ministarstva (...) kao nadležne za postupanje u ovoj pravnoj stvari. Prema stavu Suda, Sud bi bio ovlašten raspravljati i odlučivati o zakonitosti određenih akata tužene..." Sud BiH, S. K. protiv BiH, broj S1 3 P 005652 11 P od 17. 2. 2012. Iako je utvrdio povredu prava iz radnog odnosa, Sud zauzima stav da nije nadležan da pruži pravnu zaštitu tužiocu za povrijeđeno pravo na pravične uslove rada, čiji se osnov nalazi u Ustavu BiH, odnosno u međunarodnom standardu iz čl. 7. stav 1. tačka c) Međunarodnog pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (Službeni list SFRJ broj 7/71) i Zakonu o radu u institucijama BiH, te suprotno načelu vladavine prava ne podvrgava sudskom nadzoru postupanje poslodavca kao organa javne vlasti. Začuđuje stav da sud u parnici zauzima stav da ne treba da ide dalje od ovlašćenja upravnog suda, tj. da može odlučivati samo o zakonitosti "određenih akata".

⁵³ Ova načela i njihov sadržaj formulisao je Vodinić kao pravni okvir tumačenja u građanskom pravu. Vidjeti: *op. cit.* (fusnota 9), str. 156–158.

⁵⁴ "... prepliće (se) šta je to nadležnost Upravnog odjeljenja a šta je to nadležnost građanskog odjeljenja. Primjera radi, prava službenika." *op. cit.* (fusnota 5), Izlaganje Šide Jašarspahić, sudije Suda BiH.

Tabela 1. Pregled nadležnosti Suda BiH

Pravni osnov	Nadležnost <i>ratione materiae</i>	Nadležnost <i>ratione personae</i>
– Čl. 8. st. 2. t. b.) Zakona o Sudu BiH; – Čl. 1. st. 1. ZPP	“rješava imovinske sporove” “rješava imovinske sporove (...) koje su povezane sa vršenjem javnih ovlaštenja”	Država, entiteti, Brčko distrikt BiH Institucije BiH
– Čl. 8. Zakona u upravi (SG BiH br. 32/02 i 102/09) – Čl. 1. st. 2. ZPP	– imovinski sporovi proistekli iz štete koja je nastala pri vršenju poslova organa uprave BiH	Država, državni službenici, zaposlenici, službena lica organa i institucija BiH, lica koja tvrde da im je pričinjena šteta nezakonitim radom uprave BiH
– Čl. 83. st. 4. Zakona o radu u institucijama BiH (SG BiH br. 26/04-32/13)	– “povreda prava iz radnog odnosa”	– Poslodavci (Institucije BiH, njeni organi i dr. pravna lica) – Zaposlenici, policijski službenici, vojna lica u institucijama BiH
– Član 1. stav 3. ZPP	– “drugi imovinski sporovi...”	Određena posebnim zakonima

nadležan proističu iz pravnih odnosa između različitih nivoa javne vlasti u BiH, kao i između tih javnih vlasti i građana, a krug procesno i stvarno legitimisanih lica je sveden na institucije javne vlasti, građane koji se nalaze u radnopravnom odnosu s tim javnim vlastima i građane koji tvrde da se nalaze u odnosu s vlastima u BiH po osnovu građanskopravnog delikta javnih vlasti.

S obzirom na to da je *ratione personae* jedna stranka u sporu uvijek javna vlast (ponekad i obje), s većim ili manjim stepenom zastupljenosti javnog interesa u igri, može se zaključiti da su sporovi u nadležnosti Suda BiH više u domenu javnog, nego privatnog prava.⁵⁵ Ako je to tako, postavlja se pravopolitičko pitanje zašto su ovom sudu potrebna procesna pravila privatnog prava za rješavanje javnopravnih sporova.⁵⁶ *Circulus vitiosus* navedenog rješenja se može sagledati u sljedećim naznakama: prvo, nadležnost Suda iz tačke 1. stav 1. ZPP BiH da rješava imovinske sporove između države i njenih

nižih nivoa vlasti u parnici podrazumijeva fragmentaciju njenog jedinstvenog pravnog subjektiviteta radi uspostave procesnog subjektiviteta, što zaista zvuči bizarno; drugo, sporenja između javnih vlasti predmet su upravnog prava i, u krajnjoj liniji, političke debate, a ne građanskog procesnog postupka; treće, na nivou BiH jednostavno nema materijalnih građanskih zakona koje bi Sud BiH mogao primijeniti, kada npr. postupa u parnicama zbog smetanja posjeda (član 356. do 360. ZPP BiH), i slično. Jedino opravdanje za ovakvo rješenje može se tražiti u shvatanju vladavine prava bliže anglosaksonskom pravnom krugu, koje je možda bilo presudno u oblikovanju prvobitno nametnutog Zakona o sudu BiH od strane visokog predstavnika međunarodne zajednice u BiH.⁵⁷

Dakle, Sud BiH treba posmatrati kao sud *sui generis*, a ne kao sud opšte građanskopravne nadležnosti. Imajući u vidu da njegova nadležnost iz člana 1. tačka 1. ZPP zaista izgleda deplasirano, praktično se njegova nadležnost svodi na radne sporove i građanskopravne delikte između BiH i njenih građana. Kako navedeni sporovi imaju pretežno javnopravni karakter, procesnu materiju nije bilo neophodno uređivati po pravilima kojima se rješavaju privatni sporovi i koji važe za sudove opšte građanskopravne nadležnosti. Zato su se međunarodni zahtjevi pravičnog suđenja pred Sudom BiH mogli oživotvoriti na drugačiji način u odnosu na opšti parnični režim.

⁵⁵ “Sledeći uzročni lanac tipičan je za javno pravo, a ne za građansko: 1. zato što javnopravne norme štite prvenstveno opšte interese – prvenstveno one u kojima učestvuje država, a 2. pošto su prvenstveno nosioci javne vlasti pozvani da ostvaruju opšti interes – prvenstveno su adresovane na subjekta u svojstvu nosioca javne vlasti, i – prvenstveno predviđaju takva prava i obaveze koje jedino može da ima subjekt sa takvim svojstvima, te nadalje 3. pošto prvenstveno opšti interes ne sme da ostane neostvaren – prvenstveno one: daju nosiocu javne vlasti pravno jaču volju, obezbeđujući mu nadređenost prema drugoj strani i – obavezuju titulara da vrši pravo, a ne ovlašćuju ga samo i – poseduju kogentnost, imaju se primeniti bez obzira na volju adresata, i – predviđaju sprovođenje normi prinudnim putem po službenoj dužnosti, a ne po privatnopravnom zahtevu, i – određuju za to podešen (tzv. vanredni) pravni put.” V. Vodinić, *Građansko pravo, uvodne teme*, (Beograd, Nomos 1991) str. 84.

⁵⁶ Uporednopravno, razlikovanje javnog i privatnog prava, je značajno za razgraničenje zakonodavne nadležnosti, sudske nadležnosti i razgraničavanje pravnog položaja javnopravnih i privatnopravnih subjekata. Vidjeti *ibid.*, str. 117.

⁵⁷ Jedno klasično shvatanje iz anglosaksonskog prava: “Kako se u zatečenom sistemu *common law*-a nije pravila razlika između privatnih i javnih prava niti su kao izdvojena grana prava postojali ustavno i upravno pravo, Dajsi je smatrao da se javnim službenicima ne mogu davati nikakva posebna prava niti izuzetan položaj pred zakonima i sudovima. Zato je smatrao da bi uspostavljanje posebnih upravnih sudova za sporove javnih vlasti i njihovih službenika sa privatnim licem bilo suprotno načelu potpune pravne jednakosti.” (Dicey u interpretaciji Čavoškog), *op. cit.* (fusnota 51), str. 62 i 63.

3. Uređenje delegacije i ordinacije nadležnosti

Jedan od razloga parnične reforme jeste i provođenje Odluke Ustavnog suda BiH broj U-6/12, kojom je, upravo po zahtjevu Suda BiH, oglašeno nekompatibilnim s Ustavom BiH postojanje pravne praznine koja se odnosi na slučaj nemogućnosti postupanja Suda zbog izuzeća sudija.⁵⁸ Zato je u 4. ZID regulisana nužna delegacija nadležnosti u ovakvim situacijama, na način što će se obavijestiti vrhovni sudovi entiteta prema mjestu prebivališta tužioca, koji će izvršiti dalju delegaciju ili ordinaciju nadležnosti. Navedenom se rješenju ima štošta prigovoriti, iako djeluje ubjedljivije od ponuđene alternative da sam Sud BiH vrši delegaciju i ordinaciju nadležnosti na entitetske sudove, za što bez ikakve sumnje nije nadležan.⁵⁹ Prvo, rješenje djeluje pravnotehnički nepotpuno, jer jedino upućuje na prebivalište tuženog kao kriterijum upućivanja predmeta na dalje postupanje. Šta ako je tužena država BiH, što će svakako biti čest slučaj? Drugo, ovim rješenjem je ipak određen jedan očigledan presedan u parničnom zakonodavstvu: sasvim je jasno da entitetski sudovi opšte nadležnosti, koji primjenjuju zakone entiteta, nemaju istu stvarnu nadležnost kao Sud BiH, koji je sud specijalne nadležnosti i primjenjuje državne zakone. Naime, delegirati i ordinirati se može samo mjesna, a ne i stvarna nadležnost,⁶⁰ a ovakva delegacija i ordinacija impliciraju upravo to. Činjenica da bi sudovi entiteta i Brčko distrikta BiH imali stvarnu građanskopravnu nadležnost u svim onim parnicama za koje je nadležno Upravno odjeljenje suda BiH, kada Sud BiH ne bi bio ustanovljen, nimalo ne mijenja na stvari: Sud BiH jeste ustanovljen, pa njegove nadležnosti isključuju u tom obimu nadležnosti drugih sudova. Naravno, tu je i očigledna činjenica da se delegacijom nadležnosti na ovaj način parničnim strankama ne mijenja samo nadležni sud, nego i pravila postupka (koja jesu prilično usklađena, ali ipak nisu ista), a često i pravni osnov njihovih zahtjeva, s

obzirom na to da entitetski sudovi (i Brčko distrikta BiH) primjenjuju entitetsko materijalno pravo (i Brčko distrikta BiH). Drugim riječima, ne mogu se entitetski zakoni (i Brčko distrikta BiH) o organizaciji pravosuđa tumačiti tako da ijedan sud u BiH bude stvarno nadležan da postupa u stvarima iz nadležnosti Suda BiH, niti da ijedan sud ima ovlašćenja da postupa po odredbama državnog materijalnog i procesnog prava umjesto domicilnog entitetskog (ili Brčko distrikta).⁶¹ U sadašnjem stanju horizontalne i vertikalne podjele vlasti⁶² i organizacije pravosuđa u BiH, a posebno statusa Suda BiH, navedeni problem predstavlja *circulus vitiosus*, pa nema druge nego da se izmijeni pravosudna organizacija i/ili unifikuje procesno pravo. Dok (ili ako) se to ne desi, čini se da nema druge nego da Sud BiH i vrhovni sudovi entiteta zažmure pred ovim paradoksom.

4. Nedostatak odredbi o pravobranilaštvu

Ako je *ratio legis* novele bio poboljšanje efikasnosti i ekonomičnosti postupka, propuštena je mogućnost da se pravobranilaštva kao zakonski zastupnici države stave u tu funkciju. Naime, ove institucije se skoro i ne spominju u izvornom tekstu zakona,⁶³ a izgleda da su u postupku donošenja predmetne novele na svim nivoima javne vlasti bile skrajnute. Na nivou BiH, iz dostupnih *travaux-preparatoires*, kao i transkripta javne rasprave u Parlamentarnoj skupštini BiH, nije jasno da li su predstavnici te institucije uopšte uzeli učešća; ako i jesu, bili su potpuno neprimjetni. Ovo se čini neprimjerenim iz više razloga: prvo, država je redovna parnična stranka pred Sudom BiH, a Sud BiH isključivo nadležan za imovinska sporenja s BiH; drugo, radi se o instituciji kojoj je država povjerila ovlašćenja za odbranu njenih prava i interesa u parnici; treće, već se duže vrijeme ističe potreba za reformisanjem ove institucije;⁶⁴ na kraju, u našoj pravnoj

⁵⁸ "Ustavni sud zaključuje da Zakon o parničnom postupku pred Sudom Bosne i Hercegovine ("Službeni glasnik BiH" br. 36/04 i 84/07) nije kompatibilan sa članom II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i članom 6. stav 1. Evropske konvencije. Činjenica da u navedenom zakonu nema odredaba o nužnoj delegaciji nadležnosti Suda BiH predstavlja pravnu prazninu koja vodi ka kršenju prava na pravično suđenje." Ustavni sud BiH, Odluka o dopustivosti i meritumu broj 6/12 od 13. 7. 2012, stav 33.

⁵⁹ "Prvo, mi smo sud koji nema neki sud iznad sebe (...) i ujedno je naša nadležnost da odlučujemo o sukobu nadležnosti između sudova (...) Pa smo mislili da bi bilo bolje rješenje (...) da u slučaju kada Sud BiH zbog isključenja sudija ne može postupati u nekom predmetu (...) o tome odluči opšta sjednica Suda koja će odrediti drugi sud iste stvarne nadležnosti." *op. cit.* (fusnota 4), Izlaganje sudije Suda BiH Srete Crnjaka.

⁶⁰ "Delegacija je dopuštena samo između sudova iste vrste i iste stvarne nadležnosti. Delegirati se može samo mjesna nadležnost, jer se stvarna nadležnost ne može prenositi ni po kojem osnovu." Zlatko Kulenović et al., *Komentari ZPP u FBiH i RS*, (Sarajevo, Savjet Evrope 2005) str.76.

⁶¹ Uporediti: Čl. IV.C.3. Ustava Federacije BiH: "Ukoliko ovim ustavom nije drugačije utvrđeno, pravila postupka potrebna da bi se osigurala jednakost u postupanju kao i osnovni principi pravičnosti u postupcima pred sudovima bit će utvrđeni zakonima Federacije". Takođe: Čl. 1. ZPP RS: "Ovim zakonom određuju se pravila postupka na osnovu kojih osnovni sudovi, okružni sudovi i Vrhovni sud Republike Srpske raspravljaju i odlučuju u građansko pravnim sporovima ako posebnim zakonom nije drugačije određeno."

⁶² "Sa izuzetkom sasvim malih država, sve ostale savremene države poznaju neki od oblika podele vlasti po uspravnoj ili vertikalnoj liniji, tj. između različitih nivoa unutar države (...) Pojam uspravna podela vlasti obuhvata dva klasična ustavnopravna pojma: oblike državnog uređenja i oblike teritorijalne decentralizacije vlasti." B. Milosavljević, *Uvod u teoriju ustavnog prava*, (Beograd, Pravni fakultet Univerziteta Union i Službeni glasnik 2011) str. 147.

⁶³ U izvornom ZPP BiH pravobranilaštvo je spomenuto samo u čl. 332., u odredbi o troškovima. U predmetnoj noveli uvrštena je odredba u st. 4. čl. 319b. koji uređuje obustavu postupka.

⁶⁴ Vidjeti npr. Projekat reforme pravobranilačke funkcije u

tradiciji, a i u sadašnjem trenutku u uporednom pravu lako je naći odredbe koje uređuju posebne parnične režime u situacijama kada je država jedna od parničnih stranaka.⁶⁵

U pogledu ovog posljednjeg, takvi posebni režimi se sastoje u propisivanju obaveze tužioca da se prije podnošenja parnične tužbe protiv javnih vlasti obrati pravobranilaštvu radi eventualnog postizanja vansudskog ili sudskog poravnanja. Ovakva obaveza može biti postavljena strogo, u vidu procesne pretpostavke za tužioca, čije neispunjavanje vodi oštroj sankciji – odbacivanju tužbe, a može biti postavljena i blaže. U literaturi postoje različita shvatanja prirode ovakvog obraćanja i posljedičnog postupanja pravobranilaštva, od shvatanja da se radi o obaveznoj medijaciji⁶⁶ do shvatanja da se radi o pregovaranju s državom.⁶⁷ Drugom shvatanju ide u prilog činjenica da je Zakon o postupku medijacije (Službeni glasnik BiH broj 37/04) praktično neupotrebljiv ako je jedna od stranaka država, a u tom smislu se izjašnjava i komunitarno zakonodavstvo.⁶⁸ Možda je zakonodavac prihvatio argumentovane kritike da se radi o neustavnoj privilegiji pravobranilaštva kojom

se dovodi u pitanje jednakost parničnih stranaka.⁶⁹ Ipak, trebalo je imati u vidu benefite ovakvih rješenja,⁷⁰ imajući u vidu sužene nadležnosti Suda BiH o kojima je bilo govora *supra*, koje se odnose na javnopravna, a ne privatnopravna sporenja, bliža upravnom nego građanskom sudovanju. Posmatrano šire, samo učešće države kao parnične stranke na bilo kom nivou javne vlasti i sudovanja preobražava prirodu privatnopravnog sporenja u javnopravno, pa poseban parnični režim treba da ima mjesta i u ostalim ZID ZPP u BiH. Pri tome se strogost navedene ustanove prethodnog obraćanja, koja ugrožava ravnopravnost države i privatnih lica kao parničnih stranaka, mogla ublažiti njenim određivanjem ne kao procesne pretpostavke, nego kao fakultativne radnje, odnosno subjektivnog ovlašćenja eventualnog tužioca. Ovom bi ovlašćenju bili suprotstavljeni: (1) korespondentna dužnost pravobranilaštva da odvojeno od organa javne vlasti koga zastupa ispita osnovanost navoda iz tužbe, odnosno izjašnjenje klijenta na tužbu; (2) ovlašćenje pravobranilaštva da, ukoliko utvrdi osnovanost navoda eventualne suprotne parnične stranke, ponudi vansudsko ili sudsko poravnanje i (3) dužnost pravobranilaštva da obezbijedi njegovo izvršenje. Predložene dužnosti i ovlašćenja pravobranilaštva bi se mogla propisati i u obrnutim slučajevima, kada organi javne vlasti nalažu pravobranilaštvu utuživanje privatnopravnih lica. Ovakvo rješenje podrazumijeva napuštanje sadašnje uloge pravobranilaštva u BiH, koja je u tradiciji, a i sadašnjem trenutku uporediva s ulogom ostalih privatnopravnih zastupnika, koji mogu da brane svoje klijente ne upuštajući se istinitost i zakonitost njihovih navoda. Zato bi neophodno bilo koordinisano izmijeniti i odredbe zakona o pravobranilaštvima u BiH, kojim bi ova institucija izašla iz uloge pukog čuvara državne imovine u ulogu čuvara zakonitosti. Ovo iz razloga što se funkcije pravobranilaštava ne mogu svesti samo na puko zastupanje i savjetovanje u imovinskim pitanjima – ona takođe imaju ulogu pregovarača/medijatora i institucije BiH koja je vezana ustavnim načelom vladavine prava.⁷¹

Federaciji BiH, Udruženje pravobranilaca u FBIH, februar 2011. god., http://upuf.ba/wp-content/uploads/Projekat_reforme_pravobranilastva.pdf, 6. 11. 2013. god.

⁶⁵ Npr. čl. 219. st. 2. Zakona o službi u Oružanim snagama SFRJ, (Službeni list SFRJ broj 7/85-26/90): “Oštećeni, pre nego što protiv federacije podnese tužbu, dužan je da postavi zahtev za obeštećenje van spora vojnom pravobranilaštvu JNA ili drugom nadležnom vojnom pravobranilaštvu.” Ili iz Republike Srbije, čl. 193. ZPP: “Lice koje namerava da podnese tužbu protiv Republike Srbije, dužno je da pre donošenja tužbe Republičkom javnom pravobranilaštvu dostavi predlog za mirno rešavanje spora, osim ako je posebnim propisom predviđen rok za podnošenje tužbe.” U Hrvatskoj, čl. 186a. st. 1. ZPP: “Osoba koja namjerava podnijeti tužbu protiv RH dužna se je prije podnošenja tužbe obratiti nadležnom državnom odvjetništvu zahtjevom za mirno rješenje spora.”

⁶⁶ *Op. cit.* (fusnota 11), str. 537.

⁶⁷ “Dakle, radi se o jednom postupku *sui generis*, koji nije pozitivisan, a koji se približava modelu autoritativnog odlučivanja uz participaciju protivne strane, jer je odnos između procesno legitimisane stranke i pravobranilaštva pretežno javnopravne prirode. Privatnopravna obilježja odnosa su slabije izražena, a dispozicija potencijalnog tužioca je svedena na mogućnost da podnese tužbu.” Ž. Rašević, “Javno pravobranilaštvo između pravosuđa i državne uprave”, *Pravni zapisi*, broj 1/2012, (Beograd 2012) str. 189.

⁶⁸ U tom smislu čl. 1. st. 2. Direktive 2008/52/EC Evropskog parlamenta i Savjeta o izvjesnim aspektima medijacije u građanskim i privrednim stvarima od 21. 5. 2008. (*Directive on certain aspects of mediation in civil and commercial matters*): “Ova direktiva će se primjenjivati, u prekograničnim sporovima u građanskim i privrednim stvarima osim ako se odnosi na prava i obaveze koja nisu na dispoziciji strankama po primjenjivom pravu. One se neće odnositi posebno na poreze, carine, upravna pitanja ili na odgovornost države za štetu (*sic!*) za radnje i propuštanja u vršenju državne vlasti (*acta iure imperii*).”

⁶⁹ Tako npr.: “Postavlja se pitanje je li ta norma protuustavna jer se uvodi obveza obraćanja prije podnošenja tužbe protiv RH radi pokušaja mirnog rješenja spora, na koji način bi moglo doći do toga da je jedna stranka u parničnom postupku u privilegiranom položaju u odnosu na druge stranke.” D. Šago, R. Domić, “Uloga državnog odvjetnika u parničnom postupku”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 50, 1/2013, (Split 2013)*, str. 213 i 214. Isto tako i *loc. cit.* (fusnota 11), str. 536 i 538.

⁷⁰ “Osnovni cilj i svrha ove odredbe je pokušati što više sporova, gdje je RH tužena, riješiti mirnim putem (...) radi se o pragmatičnom rješenju kojim se namjeravalo smanjiti broj parničnih postupaka protiv RH, ali je u praksi i dalje ta norma ostala bez svog učinka.” D. Šago, R. Domić, Uloga državnog odvjetnika u parničnom postupku, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 50, 1/2013, (Split 2013)*, str. 214.

⁷¹ O zastupničkoj, savjetničkoj, pregovaračkoj i institucionalnoj

Drugim riječima, potrebno je obezbijediti dosljednost institucionalnog postupanja,⁷² tako što bi se odustalo od kognitivnog relativizma⁷³ i omogućilo pravobranilaštvu da se uvjeri u istinitost i zakonitost navoda svog klijenta, kako bi se postupalo u skladu sa svojim sopstvenim činjeničnim i pravnim utvrđenjima i uvjerenjima. Time bi se eliminisala opasnost da pravobranilaštvo slijepim praćenjem naloga svojih klijenata bude dovedeno u situaciju da kompromituje koncepte savjesnog parničjenja i traganja za istinom i pravdom.⁷⁴

funkciji i interakciji ovih funkcija pravobranilaštva u *op. cit.* (fusnota 65). Tako: "... svodenje uloge pravobranilaštva na revnosnu zaštitu državne imovine i imovinskih interesa države uz zanemarivanje njegove prirode javnopravnog organa može opasno ugroziti ravnopravnost stranaka i vladavinu prava. Npr. u postupcima za naknadu štete uzrokovane vršenjem ovlašćenja državnog organa ili u postupku zbog diskriminacije protiv države, takav čuvar imovine neće osporavati tužbeni zahtjev iz uvjerenja o njegovoj neosnovanosti nego će osporavati tužbeni zahtjev radi zaštite državne imovine; kada zastupa tužioca, izgledi na prihod državnoj imovini mogu lako postati važniji od istine i subjektivnih prava tuženog. Ovakvim mogućnostima zanemarivanja istine za račun uspjeha u zaštiti imovine ne može se priznati legitimitet (...) opasnost od arbitrarnog djelovanja pravobranilaštva je izvjesna jer je lako pretjerati u ravnosti u zaštiti državne imovine i služenju izvršnoj vlasti (...) pogotovo što nisu obezbijeđene garancije nezavisnosti i nepristrasnosti ustanove." *Ibid.*, str. 183 i 184.

⁷² "Uočava se jedna kontradiktornost – pravobranilaštvo je ustrojeno zakonom kao javnopravni organ, a svoje funkcije vrši čas kao javnopravni organ, čas kao privatnopravno lice (...) ovlašćenja ustanove treba upodobiti ili ovlašćenjima javnopravnog organa ili privatnopravnog lica. Nedosljednost zakonodavca u dodjeljivanju različitih uloga ovoj ustanovi jeste svrsishodna za zaštitu imovinskih prava i interesa države, ali nije legitimna sa stanovišta procesne ravnopravnosti stranaka, vladavine prava, neposredne primjene ljudskih prava i pravne sigurnosti." *Ibid.*, str. 193 i 194.

⁷³ "Uopšteno, djelatnosti pravosudnih i upravnih organa mogu se izraziti na sljedeći način: u okviru svojih nadležnosti, na osnovu pozitivnopravnih normi, oni odlučuju o pravnim posljedicama na temelju utvrđenog činjeničnog stanja u sudskom postupku (...) S obzirom na to da ZPP, za razliku od drugih procesnih zakona, prepušta pokretanje parnice dispoziciji stranaka, pravobranilaštvo je zaista jedinstven državni organ koji nema zakonom određenu obavezu da traga za istinom prema određenim pravilima postupka (...) sa stanovišta vladavine prava jednostavno (je) neprihvatljivo da javnopravni organ (...) ne utvrđuje istinu (...) nego mu ostaje prostor za arbitrarno postupanje u skladu sa individualnim subjektivnim procjenama procesnih izgleda, što svakako pogoduje mogućnostima zloupotrebe procesnih ovlašćenja (...) Posljedično zadatku zaštite zakonitosti, treba ustanovu obavezati da traga za istinom i urediti takav jedan postupak u kome se dolazi do izvjesnog stepena uvjerenja o osnovanosti za dalje postupanje, nezavisno od naloga zastupanog lica (...) kako bi se smanjila mogućnost arbitrarnosti i zloupotrebe." *Ibid.*, str. 192 i 194.

⁷⁴ "Na posredan način sve to nekoga bi moglo nagnati na pomisao na inferiornosti građanskog procesa. Jer iz svega

Da bi se opravdala ambiciozna samoproklamacija *Attorney Generala*⁷⁵ na memorandumima Pravobranilaštva BiH, moralo bi se činiti puno više od pukog zastupanja države u imovinskim sporovima. Potrebno je uspostaviti odgovornu, centralizovanu i/ili koordinisanu državnu pravnu službu, koja prije svega štiti zakonitost, a tek potom državnu imovinu. Takva pravna služba treba da bude u stanju da precizno identifikuje i adresuje uzroke sporova države i građana, a ne samo da revnosno brani propuste i zloupotrebe neidentifikovanih nosilaca javne vlasti, koji ostaju uspješno zakamuflirani iza pravnog vela države. Traganje za istinom svakako podrazumijeva saradnju pravobranilaštava s nadležnim inspekcijama u organima uprave i drugim institucijama koje provode zakon.

Obavezivanje pravobranilaštva da prije ili u toku parničjenja ispita osnovanost činjeničnih i pravnih navoda svog klijenta i eventualne suprotne stranke, te da sporazumno razriješi sporni odnos, bilo bi višestruko korisno. Ono bi išlo u prilog efikasnosti, na način koji je izražen u međunarodnim preporukama,⁷⁶ i zaštiti subjektivnih prava građana, koji bi bez izlaganja sudskim troškovima i rizicima parničnijih radnji dobili novu pogodnost da ostvare svoja zakonita prava i interese. Time bi se doveli u povoljniji položaj u odnosu na onipotentnu državu, a omogućilo brže izvršenje njenih nespornih obaveza prema građanima.⁷⁷ Takođe, koristilo bi i samom pravobranilaštvu, koje bi pojačalo svoju institucionalnu ulogu u odnosu na svoje klijente, tako što bi omogućilo izvjestan stepen kontrole zakonitosti njihovog postupanja; omogućilo bi mu se da, nezavisno od naloga klijenta, traga

slijedi da se u kaznenom postupku ostvaruju Istina i Pravda; a u građanskom (eventualno) samo Pravda." *op. cit.* (fusnota 3), str. 191.

⁷⁵ Vidjeti www.pbr.gov.ba; Značenje izraza u zemljama iz kojih je potekao implicira instituciju sa znatno širim ovlašćenjima: "Tako u zemljama anglosaksonske pravne tradicije *Attorney General* predstavlja državu pred sudom, glavni je pravni savjetnik vlade, šef centralizovane pravne službe i član kabineta." *op. cit.* (fusnota 67), str. 178.

⁷⁶ "Treba donijeti odredbe za nesporne i dokazane zahtjeve da bi se osiguralo da se u ovim stvarima konačna odluka dostiže bez nepotrebnih formalnosti, pojavljivanja pred sudom i troškova." Čl. 9. Preporuke Komiteta ministara Savjeta Evrope o mjerama koje obezbjeđuju pristup pravosuđu, (*Recommendation on Measures Facilitating Acces to Justice*), broj (81) 7 od 14. 5. 1981.

⁷⁷ Međunarodni standardi nalažu automatsko izvršenje protiv države: "...u postupcima protiv države, u kojima država izgubi, izvršenje presude mora nastupiti automatski" ESLJP, *Glaser v. United Kingdom* i *Immobiliare Saffi v. Italy*, 28. jul 1999. godine, prema N. Mol i K. Harbi, *Pravo na pravično suđenje*, (Beograd, Savet Evrope 2007) str. 19. Slično: "Smatramo da bi se sve obveze države utvrđene pravomoćnim sudskim odlukama ili nagodbama morale uvijek izvršiti u danom roku. Pokretanjem ovršnih postupaka za državu i državni proračun nastaju novi, nepotrebni troškovi, (...) da se ne govori o opterećenju sudova i državnog odvjjetništva." *loc. cit.* (fusnota 70), str. 208.

za istinom, što je dužnost svakog savjesnog parničara; na kraju, pooštrila bi se odgovornost organa uprave kao klijenata pravobranilaštva za blagovremeno dostavljanje izjašnjenja i dokaza i za davanje naloga za preduzimanje parničnih radnji, koje se često pokazuju neosnovanim, zbog propusta, zloupotreba i nezakonitosti u njihovom radu.

5. O spornom pravnom pitanju i reviziji

Sljedeća kontroverza odnosi se na izostavljanje u ZPP ZID BiH ustanove spornog pravnog pitanja, o kojoj je bilo govora *supra* u dijelu koji se odnosio na opšta rješenja parnične reforme. Otežavajuća okolnost izostavljanja ove ustanove je što Sud BiH nema nikakvih konkretnih uputstava zakonodavca ni za postupak incidentalne konkretne kontrole ustavnosti pred Ustavnim sudom BiH po članu VI. stav 3 tačka (c) Ustava BiH. Oklijevanje zakonodavca da pozitivije navedenu procesnu ustanovu u ZPP BiH je vjerovatno rezultat *sui generis* instancionih nadležnosti Suda BiH, koji djeluje kao prvostepeni, drugostepeni i trećestepeni parnični sud. Pored toga, postavlja se pitanje: ako zakonodavac smatra da nema osnova za "preskakanje" drugostepene nadležnosti radi traženja mišljenja trećestepenog suda o spornom pravnom pitanju, zašto su onda opstale odredbe o reviziji kao pravnom lijeku u kojem se rješava u trećem stepenu? Drugim riječima, ako je trećestepena nadležnost Suda BiH donekle kompromitovana, zašto su zadržane odredbe o reviziji, kada ovaj pravni lijek nije obligatoran sa stanovišta međunarodnih standarda pravičnog suđenja? Kakav god odgovor bio, nedosljednost zakonodavca i odstupanje od opšteg režima parnične reforme su evidentni.

Kako su ovdje predmet razmatranja trećestepene nadležnosti Suda BiH, odmah treba istaći da ovakav sticaj nadležnosti jednog suda ne samo da nije u skladu s domaćom pravnom tradicijom, nego ni s međunarodnim standardom, koji određuje trećestepeni sud kao onaj koji "provodi kontrolu nad drugostepenim sudom"⁷⁸. Ne može se ni zamisliti argument kojim bi se mogao opravdati da sud, pa čak i isto vijeće nadzire samo sebe, a da to ne bude *contradictio in adjecto*.

Dalje, zakonodavac nije načinio nikakvu intervenciju u nadasve problematično rješenje o reviziji iz člana 18. stav 3. ZPP BiH, kojim se uređuje sastav revizijskog vijeća tako što se određuju trojica sudija Apelacionog odjeljenja koji nisu učestvovali u drugostepenom postupku. Dakle, sudije istog, Apelacionog vijeća, odlučuju i u drugom i u trećem stepenu, pri čemu se u ta dva postupka angažuje više od pola od broja sudija-članova tog vijeća, a imajući u vidu broj raspoloživih sudija, teško je zamisliti situaciju da su svi od njih parnične sudije.⁷⁹ Uz puno uvažavanje časne

sudijske profesije, ipak ne treba zanemariti činjenicu da se radi samo o ljudskim bićima: uzajamnost i bliskost sudija u instancionom odlučivanju, koji u međusobnom odnosu nadziru jedni druge, pa tako uzajamno utiču na rezultate rada kolega u istom vijeću, predstavlja svojevrsnu sivu zonu koja pogoduje oportunističkom i konformističkom solidaranstvu. Kako u kriterijume nezavisnosti i nepristrasnosti suda koje je postavio Evropski sud za ljudska prava (u daljem tekstu ESLJP) spadaju čak i sam utisak koji sud ostavlja, odnosno postojanje objektivno opravdanog straha da sudija nije nepristrasan,⁸⁰ ovakvo se rješenje čini posebno dubioznim i stoga teško odbranljivim u nekom predstojećem postupku pred ESLJP.

Nameće se pitanje zašto tu nije bilo intervencije zakonodavca. Sigurno je da razloge treba tražiti izvan onih koji se odnose na predmetnu parničnu reformu, a vjerovatno se radi o nedostatku političke volje da se nadležnosti i organizacija Suda BiH mijenjaju. Bilo kako bilo, ovakvo rješenje umanjuje mogućnosti pravičnog parničenja pred Sudom BiH, pa je trebalo makar nešto popraviti u članu 18. stav 3. ZPP. Npr., bilo je moguće izričito zabraniti mogućnost da sudije budu članovi i apelacionog i revizionog vijeća u svim predmetima, a ne samo u pojedinačnim. Ovakvo rješenje bi bilo problematično iz razloga što bi se procesnim zakonom uticalo na pravosudnu organizaciju, a apelaciono vijeće praktično podijelilo na dvije organizacione cjeline, što nije predviđeno Zakonom o Sudu BiH. Pored toga, rješenje bi bilo nepraktično zbog sužavanja broja raspoloživih sudija za drugostepeno i trećestepeno postupanje i još veće opasnosti od nemogućnosti postupanja u pojedinim predmetima zbog isključenja/izuzeća sudija. Druga mogućnost, u vidu povjeravanja trećestepene nadležnosti entitetskim vrhovnim sudovima, ne bi bila prihvatljiva iz razloga u kojima je bilo govora u onom dijelu ovog rada koji se odnosio na razmatranje rješenja o nužnoj delegaciji i ordinaciji nadležnosti. Kako ovom problemu nije bila posvećena dužna pažnja ni u Poslovniku suda BiH (Službeni glasnik BiH broj 82/05, 60/11), čini se da je ipak trebalo nešto učiniti s postavljenim dubioznim rješenjem. Bilo kako bilo, izostavljanje ustanove spornog pravnog pitanja ne doprinosi pravnoj sigurnosti, efikasnosti i zakonitosti postupka pred Sudom BiH, a odstupanje od opšteg režima parnične reforme u BiH čini Sud BiH još posebnijim i izolovanijim u odnosu na druge sudove BiH,

čl. 13. Zakona o Sudu BiH (rubrum Sudska odjeljenja) određuje da se Apelaciono odjeljenje sastoji od najmanje deset sudija.

⁸⁰ Kao kriterijumi nezavisnosti ističu se (1) sastav i izbor sudija; (2) utisak koji sud ostavlja; (3) potčinjenost drugim organima vlasti, a nepristrasnosti (1) postojanje subjektivne pristrasnosti sudije; (2) postojanje objektivno opravdanog straha da određeni sudija nije nepristrasan. Vidjeti N. Mol i K. Harbi, *Pravo na pravično suđenje*, (Beograd, Savet Evrope 2007) str. 58–71.

⁷⁸ *Op. cit.* (fusnota 19), čl. 7. t. a.

⁷⁹ Za drugostepeno i trećestepeno odlučivanje potrebno je angažovanje 6 različitih sudija Apelacionog vijeća, a odredba

koji će primjenom ovog instituta suditi ujednačenije.

Drugo rješenje kojim se odstupa od opšteg režima reforme jeste odredba člana 61. ZID ZPP, odnosno 241b. ZPP, koja određuje da u postupku po reviziji stranku “može zastupati samo advokat, osim ako je sama stranka advokat”. Sužavanje postulacione sposobnosti parničnih stranaka na višim nivoima sudskog nadzora jeste tendencija koja se može pratiti i uporednopravno, jer se njime ne uskraćuje pristup sudu, a istovremeno suzbija nadripisarstvo, te složena pravnička argumentacija prepušta najedukovanim profesionalcima.⁸¹ Međutim, u odnosu na prijedlog ZID ZPP⁸² i na rješenje koje je usvojeno u članu 301b. ZPP Republike Srpske, kojima je priznata postulaciona sposobnost advokatima i licima s položenim pravosudnim ispitom, zakonodavac je otišao korak dalje i eliminisao čak i ove druge. Slično rješenje postoji u uporednom pravu i kritikovano je kao pretjerano strogo i nedorečeno.⁸³ Ovakva strogost zakonodavca nesumnjivo pogoduje advokatima, ali ostalim parničarima pred Sudom BiH donosi više štete nego koristi. Kako je pokazano, potencijalne parnične stranke pred Sudom BiH su uglavnom pravobranilaštvo i lica u državnoj službi. Primjenom *argumentum a contrario* na citiranu odredbu, proizlazi da ni pravobranilaštvo ne bi moglo podnijeti reviziju, jer nije advokat. Što se tiče privatnih lica, među njima svakako ima mnogo onih s uporedivim pravničkim obrazovanjem, pa čak i onih sa stručnim i akademskim kvalifikacijama koje prevazilaze advokatske. Time se ograničava sloboda parničarima da samostalno odlučuju o parničnim radnjama⁸⁴ i oduzima postulaciona sposobnost sindikatima radnika, nevladinim i drugim organizacijama da podnose revizije u ime i za račun lica čije interese zastupaju ili štite. Navedeno rješenje djeluje promašeno naročito u onim postupcima

u kojima je zakonodavac posebnim zakonima dopustio reviziju u javnom interesu, bez obzira na vrijednost spora i složenost pravnog problema koji se raspravlja, kao što je npr. odredba o obaveznoj reviziji u antidiskriminacionim predmetima iz člana 13. stav 2. ZOZD.⁸⁵ Naime, pravno edukovana stranka koja skupi dovoljno hrabrosti i novca da samostalno postavi antidiskriminacioni zahtjev protiv države, susreće se s obavezom da mora angažovati advokata u revizijskom postupku, što će joj svakako izazvati dodatne troškove i povećati cijenu pravde.

6. Zašto je izostavljen postupak po kolektivnoj tužbi?

Sljedeći značajan nedostatak ZID ZPP BiH jeste izostavljanje postupka po kolektivnoj tužbi, koji čak nije ni bio predložen. Za navedeni nedostatak ne može se naći nikakvo opravdanje: čini se da nema baš nikakvih organizacijskih niti praktičnih poteškoća za vođenje postupka po kolektivnoj tužbi pred Sudom BiH. Osim toga, potreba za kolektivnim parničanjem pred Sudom BiH itekako postoji. Naime, ako je *ratio* ove ustanove davanje nove mogućnosti ekonomski slabijim da se udruživanjem bore za kolektivna prava i interese protiv ekonomski moćnijih, zašto je ta mogućnost uskraćena građanima u državnoj službi, tj. sindikatima koje oni obrazuju upravo u tom cilju, nevladinim organizacijama ili oštećenim u borbi protiv države? Dalje, ako je članom 17. ZOZD jasno određena kolektivna tužba kao sredstvo borbe protiv diskriminacije, zašto tom institutu nema mjesta pred Sudom BiH?⁸⁶ Ako je taj institut predviđen u ZID ZPP Republike Srpske, zašto nije u ZID ZPP BiH? Zaista je teško naći bilo kakvo suvislo rezonovanje koje opravdava ovaj nedostatak. Sve u svemu, oni koji personalno potpadaju pod nadležnost Suda BiH imaju zaista manje mogućnosti da zaštite svoja prava i interese protiv *de facto* nadmoćne države. Sindikati i nevladine organizacije nemaju eksplicitno izraženu stranačku sposobnost, ombudsmen BiH evidentno ne ispoljava neki pretjeran interes za ostvarivanje prava građana putem parnice, iako za to ima sasvim jasan pravni osnov,⁸⁷ tako da građaninu

⁸¹ Ustavni sud Srbije zauzima sljedeći stav po ovom pitanju: “Naime, profesionalna pomoć je bitna za ispravno vođenje postupka kod kompleksnih pravnih pitanja jer bi u suprotnom bila osujećena sama suština prava na pristup sudu, ali se tada zbog delotvornog pristupa sudu zahteva da se takva pomoć obezbedi, ukoliko sama stranka nije u mogućnosti da to učini.” *op. cit.* (fusnota 44), Obrazloženje.

⁸² U prijedlogu zakona bila su navedena i lica “sa položenim pravosudnim ispitom”: “Ovom odredbom je predviđeno da stranka može podnijeti reviziju posredstvom punomoćnika koji je advokat, a izuzetno sama, ako ima položen pravosudni ispit ili posredstvom punomoćnika koji ima položen pravosudni ispit.” *op. cit.* (fusnota 5), Obrazloženje. Nije jasno kako su i zašto u posljednjem trenutku otpala lica “sa položenim pravosudnim ispitom”.

⁸³ “U postupku po vanrednim pravnim lekovima, obavezno je zastupanje stranaka od strane advokata, sa komično naglašenim izuzetkom: stranku mora da zastupa advokat, *izuzev ako je sama advokat*. A šta, ako je stranka sudija Vrhovnog kasacionog suda?” *op. cit.* (fusnota 11), str. 532.

⁸⁴ “Tamo gdje bi prema prirodi pravne stvari bude poželjno za omogućavanje pristupa pravdi, da pojedinac izloži svoj slučaj pred sudom, tada predstavljanje od strane advokata ne treba da bude obavezno.” *op. cit.* (fusnota 76), čl. B. 4.

⁸⁵ “U postupcima propisanim u članu 12. ovog zakona uvijek je dozvoljena revizija.”

⁸⁶ Moglo bi se argumentisati da se pred Sudom BiH ne mogu ni voditi postupci po posebnim tužbama za zaštitu od diskriminacije, imajući u vidu odredbu čl. 13. stav 1. ZOZD o nadležnosti sudova “opšte mjesne nadležnosti”. Ako bi to bilo tako, ne bi trebalo dozvoliti obesmišljavanje posebnog parničnog režima ZOZD: parnična stranka – navodna žrtva diskriminacije koja traži zaštitu trebalo bi da uživa beneficije antidiskriminacionih postupaka, ako se diskriminacija javlja kao prethodno pitanje ili je antidiskriminacioni zahtjev izražen u kumulaciji s drugim tužbenim zahtjevima za koje jeste stvarno nadležan Sud BiH.

⁸⁷ Ombudsmen kao parnična stranka se izričito pominje u čl. 331. ZPP pred Sudom BiH, a u čl. 4. st. 2. Zakona o ombudsmenu za ljudska prava BiH (SG BiH broj 19/02) kao

ostaje sasvim nepovoljna mogućnost da sam donkihотовski juriša na vjetrenjače u borbi za prava i interese koje dijeli s drugima. Uskraćivanje mogućnosti Sudu BiH da postane forum za zaštitu kolektivnih interesa građana sigurno ne ide u prilog njegove misije zaštite ljudskih prava.

Zaključna razmatranja

Rezultati parnične reforme mogu se sumirati na sljedeći način.

1. Efekti reforme na parničenje u BiH

Na prvi pogled, čini se da su usvojena rješenja u priličnoj mjeri izbalansirana. Naime, razlozi pravne sigurnosti nalagali su konkretizaciju nedovoljno određenih procesnih pojmova u izvornim tekstovima ZPP. S druge strane, pretjerano detaljisanje bi ograničilo fleksibilnost postupka, koja je nužna zbog nepredvidivosti procesnih i životnih situacija. Ukratko, odnos fleksibilnosti i pravne sigurnosti je pitanje iznalaženja prave mjere u normiranju, što se teško može spoznati spekulativnim razmatranjima. U svakom slučaju, vrijeme će pokazati koliko se u tome uspjelo.

Izmjene i dopune partikularnih građanskih procesnih zakona u BiH djeluju vrlo usklađeno, pa je zato i njihov rezultat, sasvim izvjesno, koherentnije parnično zakonodavstvo u BiH.

Tekstovi ZID sadrže rješenja koja su solidno utemeljena pravnoteorijski i uporednopravno, čime se parnično zakonodavstvo u BiH približava svom imanentnom evropskom kontinentalnom miljeu.

Rješenja u noveli usmjeravaju pozitivno parnično pravo u BiH prema: (1) ostvarivanju najvišeg stepena međunarodno priznatih ljudskih prava,⁸⁸ posebno prava na pravično suđenje i zabrane diskriminacije; (2) harmonizaciji s preporukama Savjeta Evrope; (3) ostvarivanju vladavine prava, posebno putem preciznijeg sagledavanja i konkretizacije sadržaja načela pravne sigurnosti, efikasnosti i zakonitosti postupka, posmatranih samostalno i u njihovom međusobnom odnosu; (4) jačanju procesne discipline i sužavanju diskrecione vlasti sudova u odlučivanju o parničnim radnjama.

Na kraju jedna kritika: nova rješenja, koja su možda nužna sa stanovišta efikasnosti i ekonomičnosti postupka, ne idu u prilog socijalnom i pravnom aktivizmu koji je neophodan za razvoj pravnog i političkog diskursa o ljudskim pravima i vladavini prava. Ograničavanje postulacione sposobnosti građana i podizanje imovinskog praga za trećestepeni sudski nadzor, kao i upućivanje na advokaturu za pružanje pomoći neukim strankama,

predstavljaju udaljavanje građana BiH, posebno pravno neukih i siromašnih od pravosuđa, u krajnjoj liniji od pravde.

2. Uticaj novele na parničenje pred Sudom BiH

ZID ZPP BiH će sigurno imati iste one pozitivne efekte koji su navedeni *supra* na parnične postupke pred Sudom BiH. Sa druge strane, izostavljanje instituta spornog pravnog pitanja i kolektivne tužbe čini ovu novelu značajno nepovoljnijom za oživotvorenje načela pravne sigurnosti, jednakosti i nediskriminacije u BiH i umanjuje mogućnosti sagledavanja pravnog poretka BiH kao koherentnog, potpunog i određenog sistema. Osim toga, postojanje brojnih pravnih praznina u pravnom okviru koji uređuje organizaciju pravosuđa i konkretizuje ustavne odredbe u funkciji tumačenja prava nalagalo je unošenje onih odredbi kojim bi se jasnije izrazili ovi sadržaji, pa makar oni i ne bili procesna materija u užem smislu. Sve u svemu, izostanak pojedinih rješenja koja su našla ili će naći svoje mjesto u drugim parničnim zakonima u BiH, kao i zanemarivanje činjenice sadržajnog siromaštva ustavnog i pravosudnog organizacionog prava na nivou BiH još više udaljava Sud BiH od građana i čini njegov status sasvim ekskluzivnim u jednom negativnom smislu: Sud BiH, naime, kao parnični sud koji rješava javnopravne sporove, pruža manje mogućnosti građanima da ostvare svoja subjektivna građanska prava nego što to čine drugi sudovi u BiH.

Tako će Sud BiH i dalje odslikavati kontradiktornosti ustavnih rješenja u BiH i biti u raskoraku između svojih upravnih i građanskih nadležnosti.

3. *How much justice can you afford?*⁸⁹

Cinično, ali nadasve praktično pitanje iz naslova koje advokat postavlja klijentu može poslužiti kao rezime ovog istraživanja, u smislu postavljanja pitanja kakvo građani pravosuđe žele i kakvo mogu da priušte. Naime, pokazalo se da je reforma procesnih zakona u BiH dobrodošla, ali nije dovoljna za puno dostizanje evropskih standarda pravičnog suđenja u BiH. U tom cilju, potrebno je i dalje konkretizovati sadržaje vladavine prava u parničnom pravu i intervenisati u pravosudnu organizaciju.⁹⁰ I jedno i drugo podrazumijeva ekstenzivna metappravna razmatranja, a u krajnjoj liniji široku demokratsku političku debatu o tome kakvo je pravosuđe moguće, a kakvo je potrebno građanima

pokretač sudskog postupka ili kao intervenijent. Nažalost, parnična praksa ove institucije ili ne postoji, ili je potpuno nevidljiva. Vidjeti službenu internet stranicu institucije na <http://www.ombudsmen.gov.ba>, 25. 11. 2013. godine.

⁸⁸ Navedeno načelo formulisano je u čl. 2. st. 1. Ustava BiH.

⁸⁹ "Koliko pravde (pravosuđa) možete sebi priuštiti?" Navedeno pitanje preuzeto je iz stripa koji su objavile novine *New Yorker*, a koji je iz praktičnih razloga popularan kao idealan ukras svake advokatske kancelarije.

Vidjeti na http://www.condenaststore.com/-sp/You-have-a-pretty-good-case-Mr-Pitkin-How-much-justice-can-you-afford-New-Yorker-Cartoon-Prints_i8575520_.htm, 22. 11. 2013. godine.

⁹⁰ "Ukupno okruženje: organizaciono, stručno, upravno mora biti povoljno, pogodno za efikasno okončanje parnice. To zakon (misli se na ZPP, prim. aut.), ma kakav bio, sam po sebi ne može promeniti." *loc. cit.* (fusnota 11), str. 526.

BiH.⁹¹ To uključuje pitanja kakvu državu građani žele, količine javnih sredstava za pravosuđe, broja i vrste sudova i sudija, potrebne infrastrukture, i sl. Kada jednom sazri vrijeme za takvu debatu, izvjesno je da će sadašnji partikularizam parničnog zakona u BiH biti prevladan, jer zaista nema nikakvog racionalnog opravdanja za različito uređenje ove materije. Štaviše, ono je društveno štetno i opasno po vladavinu prava i ostvarivanje subjektivnih prava građana. Ako je ipak partikularizam procesnih zakona sudbina BiH, parnična pravila Suda BiH treba da budu prilagođena statusu tog suda. Time bi se išlo u prilog sistematizaciji pravnog poretka u BiH, barem u smislu jasnijeg uočavanja granice između javnog i privatnog prava.

Živorad Rašević

Über die Novelle des Gesetzes über das Zivilverfahren vor dem Gericht Bosnien und Herzegowinas

(Zusammenfassung)

Die Novelle des Gesetzes über das Zivilverfahren vor dem Gericht Bosnien und Herzegowinas (Amtsblatt des Gesamtstaates Bosnien und Herzegowina Nr. 58/13) bringt eine umfassende Reform dieses gesonderten Gesetzes auf Niveau des Staates Bosnien und Herzegowina. In dem Beitrag werden unter Anwendung rechtsdogmatischer und rechtsvergleichender Methoden die Auswirkungen dieser Reform auf die Umsetzung des Grundsatzes eines fairen Verfahrens kritisch analysiert. Dabei wird der Schwerpunkt auf die Besonderheiten des Zivilverfahrens vor dem Gericht Bosnien und Herzegowinas gelegt. Nach Ansicht der Autoren nähert diese Reform das Zivilverfahren in Bosnien und Herzegowina an die entsprechenden europäischen Standards und die good practice aus dem vergleichenden Recht an. Diese Gesetzesänderungen werden jedoch ohne entsprechende zusätzliche Änderungen auch in der Organisation der Gerichtsbarkeit, insbesondere hinsichtlich des Status und der Organisation des Gerichts Bosnien und Herzegowinas und der Institution des sogenannten "Rechtsverteidigers" (pravobranilaštvo; diese Institution kann wohl am ehesten als eine Art "Landesanwalt" in Zivilsachen bezeichnet werden), einen begrenzten Effekt haben wird. Deshalb wird vorgeschlagen, de lege ferenda die Aufgaben des Gerichtes Bosnien und Herzegowinas klarer festzulegen und die Durchsetzung der Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit und der Vereinheitlichung der Anwendung der Verfahrensvorschriften zu verbessern. Hierbei kommt nach Auffassung des Autors der Institution des "Rechtsverteidigers" eine besondere Rolle zu.

⁹¹ "Konstituisanje pravosuđa, kao treće državne vlasti u koju građanin može imati poverenja, a koje će obezbediti vladavinu prava, rezultat je političkih borbi, pre nego uspešnih pravnih formula." V. Rakić-Vodinić et al., *Reforma pravosuđa u Srbiji 2008–2012*, (Beograd, Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu i Službeni glasnik, 2012) str. 15.

Predstečajna nagodba – Mogućnosti u Bosni i Hercegovini

Mujo Vilašević, BA*

1. Uvodna razmatranja

U Bosni i Hercegovini svakodnevno raste broj stečajnih postupaka i to već ni za privredne subjekte ni za širu javnost nije nimalo senzacionalna vijest. Sasvim je logično da je proces "tranzicije" kroz koji Bosna i Hercegovina prolazi više od dvije decenije i proces prelaska na tržišni način privređivanja uzeo danak i čak doveo do masovnog gašenja privrednih društava. To se desilo zbog njihove nemoći suočavanja sa izazovima tržišne privrede, ali u posljednjih nekoliko godina, i zbog posljedica finansijske krize. U stečajnom postupku ne dobiva niko; naprotiv svi gube i dužnik koji se gasi, i povjerioci koji ne mogu dobiti potpuno namirenje (što je često slučaj i kada su različni povjerioci), a ponajviše cijela društvena zajednica (nezaposleni radnici, manji prilivi u budžet i fondove i sl.). Stoga su vrijedna razmišljanja koja idu u pravcu omogućavanja reorganizacije u toku stečajnog postupka ili predstečajne nagodbe.

Pri eventualnim reformskim zahvatima otežavajuću činjenicu predstavlja to što stečajni postupak nije jedinstveno uređen u Bosni i Hercegovini, te bi eventualne reforme trebalo voditi u tri pravca (entiteti, Brčko distrikt BiH). Jedno od pitanja o kojem bi zakonodavci trebali razmisliti jeste i uređenje predstečajne nagodbe, kako je to učinjeno u Republici Hrvatskoj. Stoga je centralni dio rada rezerviran za analizu instituta predstečajne nagodbe, kakav je primijenjen u Republici Hrvatskoj, kao jedan od metoda prevazilaženja finansijske i privredne krize. Završni dio rada posvećen je mogućnostima i prijedlozima koji su ostvarivi u zakonodavstvu Bosne i Hercegovine, odnosno, entiteta i Brčko distrikta BiH, a tiču se "transplantacije" instituta predstečajne nagodbe.

2. Kratki prikaz određenih pitanja stečajnog postupka u entitetima

Nadležnost za otvaranje i provođenje stečajnog postupka sukladno podjeli nadležnosti prema Aneksu IV Dejtonskog mirovnog sporazuma u Bosni i Hercegovini nije predviđena za nivo države, već entitetski nivo. S tim su u vezi, u sklopu sveobuhvatne reforme procesnog prava u Bosni i Hercegovini¹ 2003. godine izmijenjeni i zakoni o

* Student II ciklusa studija, smjer Građansko pravo u EU, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu; pripravnik Sektora za upravljanje rizicima, Sparkasse Bank dd BiH; mujo.vilasevic@gmail.com mujo.vilasevic@sparkasse.ba

¹ Vid. D. Medić, 'Reforma parničnog postupka u Bosni i

stečaju na nivou entiteta. U Federaciji BiH trenutno je na snazi Zakon o stečajnom postupku² iz 2003. godine, kao i u Republici Srpskoj.³ Ova dva zakona su u velikoj mjeri harmonizirana. U toku je proces novih izmjena oba ova zakona, u entitetskim parlamentima.⁴ U Brčko distriktu BiH donesen je Zakon o stečaju, prinudnom poravnanju i likvidaciji.⁵ Ovaj zakon je usvojen u tekstu u kojem je vidljiv snažan utjecaj hrvatskog zakonodavstva o stečaju i prinudnom poravnanju.⁶

Suštinski problem u vezi s nadležnosti u materiji stečaja je ograničavanje pitanja stečaja na nivo entiteta, odnosno Brčko distrikta. Ukoliko jedno privredno društvo posluje na teritoriji cijele BiH (što je i jedino logično za tendenciju jedinstvenog tržišta BiH), onda se postavlja pitanje pravnog režima imovine koja ulazi u stečajnu masu, a predmet je stečajnog postupka otvorenog u samo jednom entitetu. Nesporno, načelo atrakcije može da djeluje u ovom smislu, ako je riječ o imovini kao predmetu nekog sudskog spora. Međutim, jasno je da postoji “prazan prostor” za imovinu koja u navedenom slučaju ne bi bila obuhvaćena stečajem, ili bi to bila pod različitim pravnim propisima, što dovodi do pravne nejednakosti i nesigurnosti, a sve u cjelini i do neefikasnosti stečajnog postupka. U BiH nažalost ne postoje norme koje bi uređivale ovaj interlokalni sukob zakona.

Stečajni postupak u entitetima, s postojećom regulativom na snazi, je spor, nedovoljno efikasan i prenaplašeno “likvidaciono orijentiran”.

Stečajni postupak je spor budući da u prosjeku, od prijedloga za otvaranje stečaja, do zatvaranja stečajnog postupka prođe četiri do šest godina.⁷ Zakon u oba entiteta propisuje da je stečajni postupak hitan, i u Republici Srpskoj dodatno, da može trajati, u pravilu godinu dana, izuzetno dvije. Ovo vremensko preciziranje izbačeno je iz ZST FBiH.⁸ Međutim, kao što je gore navedeno, tih godinu

odnosno dvije godine dana su prije rijetkost nego pravilo, i uglavnom će biti zadovoljene ukoliko dužnik doista nema nikakve imovine na raspolaganju, a koja bi mogla biti stečajna masa.⁹

Da je stečajni postupak neefikasan, nije potrebno ni detaljno razmatrati. Uvjeti u kojima se trenutno nalazi privreda Bosne i Hercegovine, dovoljno su ogledalo neuspjelih stečaja, u oba entiteta i BDBiH. Sve navedeno ukazuje na hitnost izmjena koje su moguće u zakonskim rješenjima, a tiču se stečaja. Stečaj kao institut morao bi biti dovoljno analiziran, kako bi se pronašla nova rješenja primarno u poboljšavanju njegove efikasnosti.

Zakon određuje kao dispozitivno pravilo za sud da odredi usmenu raspravu.¹⁰ Međutim, u praksi će to zaista biti uglavnom slučaj. Stoga, načelo usmenosti prevladava. Štaviše, upravo i najveće vremensko opterećenje stečajnog postupka su usmene rasprave i vremenski razmak između njih.

Zatim, u oba entiteta je identično normirano načelo inkvizitornosti. Stečajni sudija je dužan po službenoj dužnosti istražiti sve značajne okolnosti za postupak.¹¹ Posebno je dužan u tom smislu saslušati stečajnog dužnika, njegove zakonske zastupnike, svjedoke i vještake. Iako je inkvizitornost u stečajnom postupku neophodna, ona ne bi smjela biti postavljena tako strogo. Naime, mogućnost stranačkog raspolaganja predmetom spora¹² kakva inače postoji u građanskim sudskim postupcima i u ovom slučaju morala bi biti dozvoljena u većoj mjeri. Stranke u stečajnom postupku imaju mogućnost da u toku rasprave iznesu činjenice vezane uz stečaj, no, stečajni sudija je primarno vezan dokazima skupljenim po službenoj dužnosti, u okviru kojih donosi odluku. Moralo bi biti moguće da se strankama da veća sloboda, posebno ako bi ta sloboda omogućavala vođenje postupka bez gašenja privrednog društva, kao krajnjeg ishoda stečaja.

Stečajni postupak, u oba entiteta, otvara se u slučaju platežne nesposobnosti dužnika.¹³ Platežna nesposobnost postoji ako stečajni dužnik nije u stanju izvršavati svoje dospjele a neisplaćene obaveze, u pravilu neprekidno 30 dana u FBiH a 60 dana u Republici Srpskoj. U oba entiteta, faze provođenja stečajnog postupka su:¹⁴

- prethodni postupak
- ročište za odlučivanje o prijedlogu za otvaranje stečajnog postupka
- ročište za skupštinu povjerilaca

Hercegovini’, *Pravo zemalja u regionu* (Beograd, 2010), str. 16, kao i: N. Milijević, *Priručnik za stečajne upravnike* (Sarajevo, 2005), str. 5, dostupno na: <http://www.rs.cest.gov.ba/index.php/cest-usaid-file/prirunici/prirunik-za-steajne-upravnike/lok-1/264-prirucnik-za-stecajne-upravnike/file>, posjećeno 1. 3. 2014. godine.

² “Službene novine FBiH”, br. 29/03, 33/04, 47/06, u daljem tekstu ZST FBiH.

³ “Službeni glasnik Republike Srpske”, br. 67/02, 77/02, 38/03, 96/04, u daljem tekstu ZST RS.

⁴ http://pdf.usaid.gov/pdf_docs/Pnadi327.pdf, posjećeno 28. 2. 2014. godine.

⁵ “Službeni glasnik Brčko distrikta BiH”, broj 1-02.

⁶ Vid. S. Grbić, et. al., ‘O položaju nagodbenog vijeća u postupcima predstečajne nagodbe iz perspektive članka 6. Europske konvencije’, u: *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* (2013), str. 473, fusnota 3.

⁷ N. Milijević, ‘Stečajni postupak u Bosni i Hercegovini’, u: *Zbornik radova III konferencije odbora pristupajućih zemalja INSOL EUROPE* (Beograd, 2007), str. 235.

⁸ Čl. 9. ZSP FBiH/ZSP RS.

⁹ Odluka Općinskog suda u Sarajevu broj 65 0 St 115069 09 St, od dana 1. 10. 2010. godine.

¹⁰ Čl. 9. st. 4. ZSP FBiH/ZSP RS.

¹¹ Čl. 9. st. 5. ZSP FBiH/ZSP RS.

¹² Oprednosti ovog načela vid. R. Keča, *Građansko procesno pravo* (Beograd, Pravni fakultet Univerziteta, 2010), str. 15, kao i: B. Čalija/S. Omanović, *Građansko procesno pravo* (Sarajevo, Pravni fakultet, 2000), str. 14.

¹³ Čl. 6. ZSP FBiH/ZSP RS.

¹⁴ Pobrojane faze su istaknute samo u svrhu ovog rada, te nisu taksativno zakonsko navođenje.

- ulazak u posjed imovine koja je stečajna masa
- popis i pregled imovine
- izvještajno ročište
- unovčavanje stečajne mase
- namirenje povjerenika
- zaključenje stečajnog postupka

Pored fiksno propisanih faza koje mogu biti smetnja efikasnosti prisutno je i načelo dvostepenosti. Dozvoljena je žalba u prvom i revizija u drugom stepenu u RS-u, a u FBiH samo žalba u prvom stepenu.¹⁵

S druge strane, već u članu 2. ZST FBiH, jasno je da zakonodavac kroz cilj stečajnog postupka prednost daje povjeriocu. Ovo rješenje nije najpogodnije. Iako se u stavu 2. istog člana ZST FBiH naglašava i mogućnost reorganizacije dužnika, ona je data samo kao opcija, pod uvjetima i na način određen glavom V istog zakona. Ravnoteža bi morala postojati.¹⁶ Prevaga interesa povjerenika i eventualna mogućnost reorganizacije dužnika nisu optimalne opcije. To u praksi usmjerava stečajni postupak ka ubrzanju namirenja i prodaje cjelokupne imovine koja može ući u stečajnu masu. Tako, od spašavanja dužnika ostane samo ideja i eventualna mogućnost reorganizacije. Zbog toga kažemo da je stečajni postupak u entitetima prenaplašeno "likvidaciono orijentiran".

Kao što vidimo, stečajni postupak, kako je reguliran u entitetima, po ispunjenju za to predviđenih uvjeta, ide ka jedinstvenom cilju – namirenju povjerenika. Postavlja se pitanje krajnje efikasnosti odnosno društvene opravdanosti takvog koncepta. Još važnije, postavlja se pitanje postoje li alternative gore pobrojanim fazama, odnosno, da li je moguća situacija u kojoj i pored uvjeta za otvaranje stečaja, do njega neće doći, tako što će dužnik, zajedno s povjericima ići u pravcu koji je uravnotežen – i spasenju dužnika od potpune likvidacije, i namirenju povjerenika. Odgovor na ovo pitanje djelomično daje institut predstečajne nagodbe.

3. Predstečajna nagodba u Republici Hrvatskoj

3.1. Uopće o predstečajnoj nagodbi

Predstečajna nagodba je institut prelaznog karaktera. Ovaj institut izraz je stranačkog disponiranja sporom, i rezultat načela stranačke autonomije volje. Uvodi se kao ekonomska mjera prevazilaženja finansijske krize.¹⁷ Cilj

¹⁵ Čl. 11. ZSP FBiH/ZSP RS.

¹⁶ Oporavak dužnika i nastavak poslovanja po okončanju stečajnog postupka, tendencija je u sve većem porastu još od osamdesetih godina prethodnog stoljeća. Utjecaj američkog postulata "fresh start philosophy" (filozofija novog početka) otvorio je mogućnosti balansiranja položaja povjerenika i dužnika u stečajnom pravu mnogih zemalja. Više: M. Poveljak, *Moderne tendencije u razvoju sredstava objezbjeđenja potraživanja s posebnim osvrtom na bezposjedovnu (registriranu) zalogu: doktorska disertacija*, (Sarajevo, Pravni fakultet Univerziteta, 2001), str. 13.

¹⁷ V. Brkanić, 'Neki aspekti provedbe zakona o finansijskom

ove mjere je sprječavanje otvaranja stečajnog postupka i krajnje konsekvence do koje stečaj može dovesti – gašenja privrednog društva. Predstečajna nagodba se uvodi kako bi amortizirala posljedice privredne krize s kojom se EU, a tako i zemlje "u tranziciji" suočavaju posljednjih pet godina. Ovaj institut nije trajno rješenje. Predstečajna nagodba je prenosnica ka oporavku privrednih društava. Na primjeru Republike Hrvatske bit će pokazano kako je, i u kojoj mjeri uopće, ovaj institut zaživio u pravnom poretku bliskom bosanskohercegovačkom (sada već uvjetno govoreći).¹⁸

Predstečajna nagodba poznata je u pravnim sistemima država članica Evropske unije.¹⁹ Na nivou Evropske unije, na snazi je Uredba o stečajnom postupku.²⁰ Evropska unija se nije opredijelila za ovaj institut. Uredba o stečaju prepoznaje stečajnu nagodbu, dakle, nagodbu stečajnog povjerenika i dužnika nakon što je pokrenut stečajni postupak.²¹ Prednost ove uredbe utoliko je u tome što vrši unifikaciju određenih pravila stečajnog postupka u Evropskoj uniji. Vidljivo, ova uredba rezultat je procesa stvaranja jedinstvenog tržišta Evropske unije.²²

3.2. Osnovna obilježja predstečajne nagodbe u RH

Predstečajna nagodba je institut prisutan u Republici Hrvatskoj od 2012. godine, uveden kao ekonomska mjera povećanja likvidnosti privrednih društava. Ovaj institut uveden je u hrvatsko zakonodavstvo Zakonom o finansijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi.²³ U javnosti se mnogo govori o prednostima koje je ovaj institut uveo u hrvatsko gospodarstvo. Čak je i Međunarodni monetarni fond pohvalio predstečajne nagodbe kao jednu od reformi hrvatskog zakonodavca u procesu mjera uštede i finansijskog oporavka.²⁴ Predstečajna nagodba je dobrovoljni postupak, čija je svrha uspostavljanje likvidnosti i solventnosti dužnika. Predstečajna nagodba ima dva cilja:

- da se dužniku koji je postao nelikvidan i/ili insolventan omogući finansijsko restrukturiranje na temelju kojeg će postati likvidan i solventan i

poslovanju', *Finansijsko poslovanje i predstečajna nagodba* (Zagreb, 2011), str. 2, <http://www.rrif.hr/fppn-2012-11.html>, posjećeno 28. 2. 2014.

¹⁸ S obzirom na to da je Republika Hrvatska od 1. jula 2013. godine punopravna članica Evropske unije.

¹⁹ Austrija, Njemačka, Slovenija.

²⁰ Uredba Vijeća EZ broj 1346/2000. Zanimljiva stajališta o Uredbi vid. V. Radović, 'Osnovno koliziono pravilo u međunarodnom stečaju sa posebnim osvrtom na Uredbu o stečajnom postupku', 1 *Harmonius, Journal of Legal and Social Studies in South East Europe* (2013) str. 240. i dalje.

²¹ Čl. 2. i dalje Uredbe 1346/2000.

²² Tač. 9. Preambule Uredbe 1346/2000.

²³ "Narodne novine", br. 108/2012, 144/2012, 81/2013, u daljem tekstu ZFIN.

²⁴ <http://www.hnb.hr/mmhf/hmmf.htm>, posjećeno 3. 3. 2014. godine.

- da se povjeriocima omoguće povoljniji uvjeti namirenja njihovih tražbina od uvjeta koje bi vjerovnik ostvario da je protiv dužnika pokrenut stečajni postupak.²⁵

Ovaj postupak može se provesti nad pravnom osobom i dužnikom pojedincem (trgovac pojedinac i obrtnik), a ne može se provesti nad fizičkom osobom koja obavlja registriranu djelatnost, a nije upisana u Obrtni registar kao vlasnik obrta niti sudski registar kao trgovac pojedinac.²⁶ Dobrovoljnost ovog instituta iskazana je kroz odredbu da se postupak predstečajne nagodbe pokreće isključivo na temelju prijedloga dužnika. Predstečajna nagodba bit će sklopljena tek ukoliko na nju dobrovoljno pristanu dužnik i vjerovnici koji zadovoljavaju kriterij iznosa tražbine, u skladu sa Zakonom.²⁷ Dužnik je dužan podnijeti prijedlog za stečajnu nagodbu kada se ispune uvjeti sukladno zakonskim odredbama i to:

- ako dužnik u roku od 60 dana poduzetim mjerama finansijskog restrukturiranja izvan postupka predstečajne nagodbe ne može uspostaviti likvidnost;
- najkasnije 21 dan od nastanka nelikvidnosti.²⁸

Osim načela dobrovoljnosti, ZFIN definira i načelo jednakog postupanja prema vjerovnicima²⁹ prema kojem se zabranjuje postupanje dužnika na bilo koji način koji bi doveo povjerioce u nejednak položaj, zatim, načelo postupanja svih učesnika u postupku u dobroj vjeri, te načelo slobode pristupa informacijama koje je dužan osigurati dužnik, u svrhu pravilne procjene finansijskog restrukturiranja.³⁰ ZFIN normira i dvostепенost postupka – na rješenja i zaključke donesene u postupku zaključenja predstečajne nagodbe, dozvoljena je žalba Ministarstvu finansija, odnosno nadležnom sektoru.³¹ U hrvatskoj javnosti postoji izvjesna debata o jednom specifičnom aspektu predstečajne nagodbe, a to je da je ona zapravo upravni postupak. To definira i ZFIN članom 31. i odgovarajućom primjenom Zakona o općem upravnom postupku, kao i normiranjem organa u postupku predstečajne nagodbe, odjeljkom 3. istog zakona. Organi u postupku predstečajne nagodbe su nagodbeno vijeće (Finansijska agencija – FINA)³² i povjerenik predstečajne nagodbe. Vijeće ima tri člana. Predsjednika i članove imenuje ministar finansija. Vijeće donosi odluke o predstečajnoj nagodbi. Povjerenik predstečajne nagodbe ima “ulogu” stečajnog upravnika u redovnom stečajnom postupku.³³

Odnos Vijeća i povjerenika je paralelan odnosu skupštine povjerilaca i stečajnog upravnika.

3.3. Provođenje postupka predstečajne nagodbe

Postupak predstečajne nagodbe ima dvije faze: upravnu i sudsku. Kao što je navedeno, postupak predstečajne nagodbe provodi se isključivo po prijedlogu dužnika, koji je nelikvidan ili insolventan. ZFIN je postavio kao imperativ za takvog dužnika da postavi prijedlog za otvaranje predstečajne nagodbe, prije pokretanja stečaja, osim izuzetno, ukoliko nema imovine ili je ona neznatne vrijednosti i dužnik nema zaposlenih lica, kada je predstečajna nagodba alternativa stečajnom postupku.³⁴ Zakonodavac je imao lošu formulaciju u stavu 4. spomenutog člana gdje navodi da predstečajna nagodba nije moguća ako je pokrenut stečajni postupak. Praktično, nema ni potrebe za ovakvom odredbom budući da je već iz stava 1. jasno da u hronologiji postupanja dužnika koji je insolventan ili nelikvidan prioritet mora imati predstečajna nagodba. Zakon potom definira obavezu davanja podataka nagodbenom vijeću i povjereniku, bez odgode, a koji mogu biti od značaja za postupak.³⁵ Posebno je značajan plan finansijskog i operativnog restrukturiranja u postupku predstečajne nagodbe, koji je dužnik obavezan priložiti u prijedlogu za otvaranje postupka.³⁶ Uz opće informacije o likvidnosti i činjenica bitnih za otvaranje postupka, dužnik je obavezan priložiti i ponudu vjerovnicima o načinu, rokovima i uvjetima namirenja tražbina. Vidljivo, dužnik je taj koji daje ponudu za izmirenje dugovanja. Dužnik također predlaže i mjere finansijskog restrukturiranja, koje, između ostalog, olakšavaju otplatu dugovanja, vrše produženje rokova i eventualno otpis dugova ili kamata. Plan i mjere koje dužnik u postupku predstečajne nagodbe nudi povjeriocima upravo su “mjere spasenja” dužnika, kojim se otvara prostor da dužnik ponovo uspostavi likvidnost. Dužnik, međutim, ne može predložiti umanjenje tražbina ispod iznosa od 30% za otplatu do četiri godine ili ispod 40% za otplatu dužu od četiri godine. Zakon sadrži specijalna pravila za restrukturiranje dioničkih društava.³⁷

Po prijedlogu za predstečajnu nagodbu, dužnik je obavezan nagodbenom vijeću dostaviti nacrt stečajne nagodbe, koji je usklađen s planom finansijskog i operativnog restrukturiranja.³⁸ Ukoliko ne postoje procesne niti materijalne pretpostavke, nagodbeno vijeće donosi rješenje o otvaranju postupka predstečajne nagodbe.³⁹ Postoje vrlo identična rješenja s postupanjem u stečajnom postupku, u odnosu na donošenje rješenja, objavu i tok postupka

²⁵ http://www.hgk.hr/wp-content/blogs.dir/1/files_mf/predstečajna_nagodba.pdf, posjećeno 3. 3. 2014. godine.

²⁶ Čl. 3. i 25. ZFIN.

²⁷ Čl. 21. ZFIN.

²⁸ Čl. 18. ZFIN.

²⁹ Čl. 22 ZFIN.

³⁰ Čl. 23. i 24. ZFIN.

³¹ Čl. 30. ZFIN.

³² <http://www.fina.hr/Default.aspx>, pogledano 3. 3. 2014. g.

³³ Čl. 33. i 34. ZFIN.

³⁴ Čl. 39. st. 1. i 2. ZFIN.

³⁵ Čl. 40. ZFIN.

³⁶ Čl. 43. ZFIN.

³⁷ Čl. 45. ZFIN.

³⁸ Sve dužnikove poduzete radnje podvrgnute su kontroli eksternog revizora u svrhu finansijske kontrole.

³⁹ Čl. 51. ZFIN.

predstečajne nagodbe.⁴⁰ Izlučni i razlučni povjerioci imaju položaj kao i u “klasičnom” stečajnom postupku, te ne mogu učestvovati u namirenju putem predstečajne nagodbe, osim ukoliko se izjavom ne odreknu izlučnih, odnosno razlučnih prava.⁴¹

3.3.1. Vrste postupaka predstečajne nagodbe; druga faza postupka

Sukladno odredbama ZFIN-a, razlikuju se:

- skraćeni postupak predstečajne nagodbe (ukupan iznos obaveza u izvještaju o finansijskom stanju i poslovanju ne prelazi iznos od dva miliona kuna, a dužnik ne zapošljava više od 30 radnika). Ova dva uvjeta moraju biti kumulativno ispunjeni.
- redovni postupak predstečajne nagodbe – provodi se u svim ostalim slučajevima kada nisu kumulativno ispunjeni uvjeti za skraćeni postupak.⁴²

Ponovo zaključujemo da je i sama vrsta postupka “u rukama” dužnika. Kako on podnosi finansijski plan nagodbenom vijeću, tako i prikazuje svoje prihode i obaveze. Naravno, pod strogom kontrolom neovisnog revizora, prostor malverzacija je sužen, iako je skraćeno rješavanje pitanja u interesu svih stranaka u postupku.

Po provođenju postupka, vijeće donosi rješenje, koje je dužnik obavezan uputiti sudu uz prijedlog za sklapanje predstečajne nagodbe.⁴³ Po predaji istog, dužnik traži od Finansijske agencije da preusmjeri cjelokupan spis nadležnom sudu. Od tog trenutka ulazi se u drugu fazu predstečajne nagodbe – sudsko odlučivanje. Sud potom zakazuje ročište, te usvaja predstečajnu nagodbu kada je potpišu sva lica navedena u podnesenom prijedlogu. Sud cijeni i materijalne i procesne aspekte prijedloga stečajne nagodbe, pri donošenju rješenja.⁴⁴ U ovom postupanju, sud shodno primjenjuje odredbe vanparničnog postupka.

3.3.2. Pravne posljedice otvaranja postupka i zaključenja predstečajne nagodbe

Interesantno je da pravne posljedice otvaranja postupka započinju objavljivanjem rješenja o otvaranju postupka na web-stranici Finansijske agencije (FINA). Objavljivanje djeluje retroaktivno u ovom smislu, ukoliko je žalba na prvoobjavljeno rješenje odbijena te postupak ponovo otvoren.⁴⁵ Zabrana ispunjenja obaveza koje su nastale i dospjele prije otvaranja ovog postupka je prva pravna posljedica otvaranja postupka.⁴⁶ Za obaveze nastale po otvaranju postupka, dužnik je u mogućnosti ispunjenja samo ukoliko ima saglasnost povjerenika predstečajne

mase. Osim krivičnog, svi parnični, izvršni, upravni i postupci osiguranja, po prijedlogu dužnika, prekidaju se nakon objave rješenja o otvaranju postupka predstečajne nagodbe, i za vrijeme trajanja postupka nije dozvoljeno otvaranje novih.⁴⁷ Sva potraživanja nastala prije otvaranja postupka podliježu posljedicama predstečajne nagodbe, bez da se dira u prava prioritarnih namirenja, razlučnih i izlučnih povjerilaca. Pokretanjem postupka, sva potraživanja prema dužniku koja nisu dospjela, prijevremeno dopijevaju. Uvjetna potraživanja smatraju se od otvaranja postupka bezuvjetnim, imajući u vidu svrhu ovog postupka. ZFIN dalje kao pravne posljedice ističe pravila o otuđenju potraživanja po otvaranju postupka, prijeboj (kompenzaciju), prekid zastare itd.⁴⁸ Vidljiva je sličnost ovih pravnih posljedica koje su prisutne u stečajnom postupku i u Republici Hrvatskoj i u entitetskim zakonima u BiH.⁴⁹ To su potpuno logična rješenja jer ona služe kako zaštititi dužnika, povjerilaca tako i trećih strana u pravnom prometu, i zaštitna potreba je identična u oba postupka.

Na osnovu zaključene predstečajne nagodbe, dužnik se oslobađa obaveza prema povjeriocima u onoj mjeri kako je u nagodbi navedeno, te otplatu vrši na način i u rokovima predviđenim nagodbom. Nije dozvoljeno pokretanje izvršnog, upravnog ili parničnog postupka za potraživanja koja su nastala prije nagodbe, a nisu u postupak predstečajne nagodbe uredno prijavljena od strane povjerioca. Već pokrenuti postupci, za potraživanja koja su obuhvaćena nagodbom, obustavljaju se.⁵⁰ Za slučaj djelomičnog namirenja, povjerioci imaju pravo naknadno tražiti otvaranje stečajnog postupka. Predstečajna nagodba dobija javnost upisom u javni registar društava, odnosno nadležnih institucija evidencije.

4. Mogućnosti u Bosni i Hercegovini

4.1. Mogućnosti u entitetima

Već je navedeno da je u Bosni i Hercegovini stečajna materija uređena odvojenim (ali u znatnoj mjeri harmoniziranim) zakonima o stečajnom postupku. Ukoliko bi ideja predstečajne nagodbe bila prihvaćena u entitetima, bilo bi potrebno izvršiti izmjene zakona, ali opredjeljujući se za jednu od dvije opcije, ili kompromisnim rješenjem, kao u Republici Hrvatskoj. Dvojba je, naime, da li predstečajnu nagodbu predati u cijelosti u nadležnost sudova ili nadležnost upravnog organa, ili izvršiti kompromis pa prvu fazu postupka staviti u nadležnost uprave, a drugu u nadležnost suda. U Republici Hrvatskoj već

⁴⁰ Up. čl. 8. i dalje Stečajnog zakona Republike Hrvatske, “Narodne novine”, br. 44/96, 29/99, 129/00, 123/03, 82/06, 116/10, 25/12, 133/12.

⁴¹ Čl. 59. ZFIN.

⁴² Čl. 67. ZFIN.

⁴³ Čl. 66. ZFIN.

⁴⁴ Čl. 66. st. 9. ZFIN.

⁴⁵ Čl. 68. ZFIN.

⁴⁶ V. Brkanić, *loc. cit.*, str. 3, fusnota 17.

⁴⁷ Čl. 70. ZFIN.

⁴⁸ Čl. 75. – 80. ZFIN.

⁴⁹ Vid. M. Trifković, et. al., *Poslovno pravo : ugovori, vrijednosni papiri i pravo konkurencije*, (Sarajevo, Ekonomski fakultet, 2004.) str. 345. i dalje.

⁵⁰ Čl. 81. ZFIN.

postoje izvjesne kritike na račun upravnog vođenja ovog postupka,⁵¹ iako postoje tvrdnje da institut u praksi još nije ni dovoljno zaživio.⁵²

Primarno iz razloga preopterećenosti sudova u entitetima, činilo bi se svrsishodnijim gotovo u potpunosti ovo pitanje usmjeriti na organe uprave, pri nadležnom Ministarstvu finansija, a konačnu potvrdu predati organu “ne tako dalekom od uprave” – notarima! Notar ima sasvim dovoljne kompetencije da izvrši potvrdu isprave kakva je predstečajna nagodba, budući da je sudski dio ovog postupka u principu, vanparnično postupanje, a istovremeno i znanje i odgovornost da podučiti stranke o njihovom postupanju, te pravima i obavezama koje zasnivaju stavljanjem potpisa na predstečajnu nagodbu.⁵³ Stoga bi domaći zakonodavac trebao razmišljati u pravcu jedinstvenog zakona o predstečajnoj nagodbi, koji bi preusmjerio prvi dio postupka pred upravni organ, pri entitetskom ministarstvu finansija, a potvrdu predstečajne nagodbe i njeno zaključenje povjeriti notarima. Na ovaj način ne bi bilo potrebe za dodatnim zakonskim intervencijama u postojeću regulativu, nego donošenja sasvim novih, usklađenih propisa u entitetima, s jasno propisanim obavezama svih učesnika postupka, s posebnim naglaskom na obaveze i odgovornosti organa u postupku, budući da se sud u ovaj postupak ne bi uključivao. Takvo rješenje čini se efikasnim i za nadati se da će zakonodavac imati na umu prednosti koje ovaj institut donosi.

Na ovaj bi se način doprinijelo ne samo efikasnijem postupku i prihvatljivijim socijalnim posljedicama po nacionalnu ekonomiju, već bi se rasteretilo pravosuđe.

4.2. Mogućnosti u Brčko distriktu BiH

Već je navedeno da je u Brčko distriktu BiH zakonodavstvo o stečaju u velikoj mjeri oslonjeno na hrvatske propise o stečaju. Za razliku od entiteta, Brčko distrikt BiH poznaje institut prinudnog poravnanja.⁵⁴ Međutim, prinudno poravnanje moguće je tek po otvaranju stečajnog postupka. Radi se dakle, o trendu kojeg smo primijetili čak i na nivou EU, koji doduše isti postupak naziva stečajnom nagodbom. Radi se, u pravilu, o situaciji da stečajni sud odluči da se, po prijedlogu dužnika, donese odluka o

poravnanju potraživanja, kako je navedeno u prijedlogu za poravnanje, uz shodnu primjenu odredaba o stečajnom postupku. Ustvari, na ovaj način pokušava se skratiti put stečaja, i izvršiti bolja (eventualna!) reorganizacija dužnika.

Stoga, kako u entitetima, tako i u Brčko distriktu BiH, bilo bi poželjno donijeti novi zakon, koji će tretirati institut predstečajne nagodbe. Nema pravnih zapreka da se ovo pitanje na izrazito harmoniziran i poprilično jednostavan način uredi i u entitetima i u Brčko distriktu BiH.

5. Zaključna razmatranja

Predstečajna nagodba je institut privremenog karaktera koji može pomoći u velikoj mjeri prevazilaženje efekata finansijske, ekonomske i privredne krize. U Republici Hrvatskoj, i po izvještajima i preporukama međunarodnih finansijskih tijela, ovaj institut pokazao se kao odličan modus suočavanja s finansijskom recesijom, s kojom su Evropa, zemlje okruženja, ali i Bosna i Hercegovina suočene posljednjih nekoliko godina. Ovaj institut omogućava spasenje dužnika od vođenja dugotrajnog i skupog stečajnog postupka, i u konačnici, od gašenja privrednog društva. Bosna i Hercegovina, na razini entiteta i Distrikta, ima mogućnosti uvođenja instituta predstečajne nagodbe. Optimalno u ovom trenutku čini se donošenje harmoniziranih zakona, sukladno podjeli nadležnosti, a koji bi regulirali predstečajnu nagodbu, koja bi se u prvoj fazi provodila pred upravnim organom, a potvrđivala pred notarima. Na opisani način, svakako preopterećeni domaći sudovi imali bi pogodnost da ih u većoj mjeri zaobilaze stečajni postupci, a istovremeno, stvorila bi se prenosnica u poslovnom kretanju prezaduženih i nelikvidnih privrednih društava. Vrijeme će pokazati koliko je domaći zakonodavac ozbiljno shvatio sve izazove trenutne finansijske krize, te koliko je u mogućnosti da realno nauči od hrvatskog zakonodavca, te pokuša “uskočiti u voz” privrednog spasenja.

Mujo Vilašević, BA

Der Insolvenzvergleich – Möglichkeiten in Bosnien und Herzegowina

(Zusammenfassung)

Der Beitrag befasst sich mit den Möglichkeiten eines Insolvenzvergleichs im Recht Bosnien und Herzegowinas. Einleitend wird zur praktischen Bedeutung des Themas dargestellt, dass in Folge des Transitionsprozesses, aber auch der Finanzkrise, in Bosnien und Herzegowina von Tag zu Tag mehr Insolvenzverfahren eröffnet werden. Weiter wird ausgeführt, dass diese Verfahren sehr langwierig sind und mit ihrem Abschluss meist die Beendigung des Insolvenzschuldners einhergeht. Dies wiederum hat nicht nur für den Schuldner selbst negative Konsequenzen, sondern auch für seine Angestellten, die Gläubiger und die nationale Wirtschaft als solche. Der Autor greift in dem Beitrag die in dem rechtsvergleichenden Schrifttum bereits seit zwei bis drei Jahrzehnten behandelte Frage, wie das Insolvenzverfahren als eine Chance für die Wiederbelebung des Schuldners

⁵¹ U 2013. godini, potraživanja prijavljena u predstečajne nagodbe u Republici Hrvatskoj činila su 16% GDP-a, što je iznos od preko 49 mlrd kuna, ali je i 948 preduzeća uspješno zaključilo i provelo nagodbu, te izbjeglo stečaj. Preuzeto sa: http://www.banka.hr/UserDocsImages/Dokumenti/Korporativno_restrukturiranje/2013-12-11/Koscak_2023-12-11.pdf, posjećeno 4. 3. 2014. godine.

⁵² <http://www.politikaplus.com/novost/97740/predstečajne-nagodbe-instrument-koji-treba-drasticne-promjene>, posjećeno 3. 3. 2014. godine.

⁵³ O notarskom pravu u BiH – Vid. E. Bikić, et. al., *Notarsko pravo* (Sarajevo, Deutsche Gesellschaft für internationale Zusammenarbeit (GIZ), 2013).

⁵⁴ Glava V Zakona o prinudnom poravnanju, stečaju i likvidaciji BDBiH.

gesehen werden kann, auf. Als eine solche Möglichkeit sieht der Autor das Institut des Insolvenzvergleichs. Er analysiert die neuen diesbezüglichen Regelungen im kroatischen Recht und beantwortet die Frage ob und wie diese in die bosnisch-herzegowinische Gesetzgebung aufgenommen werden können. Der Autor kommt zu dem Schluß, dass sich die kroatischen Lösungen durchaus in das Insolvenzrecht in BuH fügen können, allerdings wäre dafür eine harmonisierende gesetzliche Intervention in beiden Entitäten und im Brčko Distrikt BuH nötig.

Der Autor kritisiert außerdem die Regelung des Insolvenzverfahrens in Bosnien und Herzegowina als langwierig, nicht

effizient und zu sehr an der Liquidation des Schuldners orientiert. Außerdem wird betont, dass jede Reform des Insolvenzverfahrens auch wegen der verfassungsrechtlichen Struktur des Landes mit Problemen konfrontiert werden würde, weil die Insolvenzgesetze in beiden Entitäten und im Brčko Distrikt BuH verabschiedet werden. Deshalb setzt sich der Autor für eine Harmonisierung der Entitätsvorschriften ein. Außerdem hebt er hervor, dass ein solches Vorgehen Schwierigkeiten, die durch das Fehlen von Regelungen über interlokale Kollisionsprobleme verursacht werden, vermeiden würde.

Aktuelnosti iz evropskog prava

Prof. dr. Zlatan Meškić*

Nastavljajući dosadašnji pristup informativnog predstavljanja planirane i donesene legislative EU uz najvažniju praksu Suda EU i Evropskog suda za ljudska prava (ESLJP), za rubriku "Aktuelnosti iz evropskog prava" nema dovoljno sadržaja kako bi se objavljivala dva puta godišnje. Ova činjenica govori sama za sebe. Čini se da se neuspjeh velikih zakonodavnih projekata početkom ovog stoljeća odrazio na suzdržaniji pristup zakonodavca EU. Kao što je to uvijek bio slučaj u historiji EU, u vremenima smanjene političke volje za novim zakonodavnim aktima, primarnu ulogu u razvoju prava EU preuzima Sud EU, što se odražava i na sadržaj ove rubrike.

Stoga je prikladno izvještaj početi s najavom povećanja broja sudija pri Sudu EU u Luksemburgu na četrdeset. Odbor za pravna pitanja Parlamenta usvojio je 11. februara 2014. dogovoreni kompromis o izmjeni Protokola o Statutu Suda Evropske unije. Povećanjem broja sudija očekuje se brže rješavanje sporova, a time dugoročno i smanjenje broja predmeta koji su istovremeno u toku pred Sudom EU. Prema čl. 19. st. 2. Ugovora o funkcioniranju EU (UFEU) Sud se sastoji od najmanje jednog sudije po državi članici. U obrazloženju Nacrta Uredbe o izmjeni Protokola o Statutu Suda EU povećanjem broja sudija na Sudu navodi se da je putem čl. 19. st. 2. UFEU već osigurana geografska ravnoteža, te su uzeti u obzir pojedinačni nacionalni pravni poreci. Zbog toga bi dodatne sudije trebale biti imenovane isključivo na osnovu njihovih stručnih i ličnih osobina, pri čemu se njihovo poznavanje pravnih poredaka EU i država članica treba uzeti u obzir. Ostaje otvoreno da li će se dodatne sudije moći kandidovati bez prijedloga vlade države čiji su državljani. Pri tome neće biti više od dvojice sudija iz jedne države članice. Parlament je na plenarnoj sjednici održanoj 15. aprila 2014. godine usvojio ovakav

prijedlog, ostavljajući mogućnost državama članicama da daju svoje nominacije za dodatne sudije. Konačni izbor sudija vršio bi se neovisno od države porijekla sudije. Za sada nema usaglašenog stava o ovom pitanju u Savjetu, zbog čega se ne očekuje skoro usvajanje izmjena.

Pravo intelektualnog vlasništva

Pravni odbor Parlamenta usvojio je 11. februara 2014. godine Nacrt Prijedloga izmjene Uredbe (EU) br. 1215/2012 Evropskog parlamenta i Savjeta od 12. decembra 2012. godine o nadležnosti i priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim predmetima (Sl. list EU 2012, L 351/1). Izmjena ove nove uredbe, koja ni u važećoj verziji još nije počela s primjenom, nužna je kako bi na snagu stupio **Sporazum o osnivanju jedinstvenog patentnog suda**. Dok se uredno nastavlja sa stvaranjem zakonodavnih pretpostavki od strane EU, ratifikacija Sporazuma teče sporije nego što je očekivano. Najmanje trinaest država mora ratificirati Sporazum da bi stupio na snagu, do sada su to uradile samo Malta i Austrija.

Savjet je 20. februara 2014. godine usvojio **Prijedlog Direktive o kolektivnom ostvarivanju autorskih i srodnih prava** i multiteritorijalnom licenciranju prava na muzičkim djelima koja se *online* koriste na unutrašnjem tržištu COM (2012) 372. Direktivom se nastoji postići više transparentnosti i nadzora nad radom organizacija za kolektivno upravljanje autorskim pravima, kao i unaprijediti konkurencija između njih. Dodatno se želi olakšati izdavanje multiteritorijalnih licenci od strane organizacija za kolektivno upravljanje autorskim pravima za *online* korištenje autorskih prava na muzičkim djelima.

Sud EU je 13. februara 2014. u predmetu C-466/12 donio temeljnu presudu o pitanju da li je dozvoljeno da se **putem linkova upućuje** na javno dostupne sadržaje na internetu koji su zaštićeni autorskim pravima. Prethodno pitanje je doneseno na zahtjev švedskog sudstva pred kojim

* Pravni fakultet Univerziteta u Zenici.

su autori javno dostupnih članaka zaštićenih autorskim pravima podigli tužbu protiv preduzeća koje vodi internet stranicu na kojoj se postavljaju linkovi koji vode do datih članaka bez navođenja autora članaka. Osnovno pravno pitanje koje se postavilo jeste da li je u pitanju radnja "priopćavanja autorskog djela javnosti", u smislu čl. 3. st. 1. Direktive 2001/29/EZ Evropskog parlamenta i Savjeta od 22. maja 2001. o usklađivanju određenih aspekata autorskog i srodnih prava u informacijskom društvu, kada se na jednoj stranici postave linkovi na koje je moguće kliknuti, a koji vode do zaštićenih autorskih djela na drugoj internet stranici gdje su ta djela slobodno dostupna. Sud EU je u svojoj odluci od 13. februara 2014. godine zauzeo stav da link putem kojeg se dostiže do zaštićenih autorskih djela spada u "priopćavanje autorskog djela javnosti" samo onda ako je upućen novoj javnosti, koju vlasnik autorskog prava nije htio obuhvatiti kada je dozvolio izvorno priopćenje javnosti. U slučaju slobodno dostupnih članaka na internetu, javnost koja je putem linka s druge internet stranice dospjela na stranicu na kojoj se nalaze dati članci, nije nova javnost, jer je obuhvaćena prvobitnom javnosti kojoj je upućeno izvorno priopćenje. Stoga je konačan stav Suda EU da je dozvoljeno postavljati linkove na internet stranicu kojim se putem klika dostiže do autorskih djela slobodno dostupnih na drugoj internet stranici, bez potrebe navođenja autora zaštićenog djela, jer to ne predstavlja priopćavanje autorskog djela javnosti.

Presuda dostupna na hrvatskom jeziku na službenoj stranici Suda EU: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62012CJ0466:HR:HTML>

Krivično pravo

Iz oblasti krivičnog prava EU daljnji razvoj donosi nam praksa Suda EU u dva zanimljiva predmeta.

U predmetu C-398/12 pred Sudom EU postupak prethodnog odlučivanja još uvijek je u toku, u okviru kojeg mora odlučiti o granicama važenja načela *ne bis in idem*, u slučaju kada je u jednoj državi članici obustavljen postupak zbog nedostatka dokaza protiv osumnjičenog i to prije otvaranja glavnog pretresa, te odgovoriti na pitanje da li takva obustava u jednoj državi članici sprečava krivično gonjenje u drugoj državi članici. Kao pravni osnov u datom slučaju javlja se čl. 54. Konvencije o provedbi Šengenskog sporazuma, koji glasi: "Osobu čije je suđenje konačno dodijeljeno jednoj ugovornoj stranci se ne može goniti u drugoj ugovornoj stranci za ista djela pod uvjetom da, ukoliko je kazna određena, ista je i izvršena, trenutno je u postupku izvršenja ili se više ne može izvršiti prema zakonima ugovorne stranke koja je kaznu izrekla." U konkretnom postupku radilo se o italijanskom državljaninu s prebivalištem u Belgiji, koji je osumnjičen da je počinio zabranjene seksualne radnje nad maloljetnom unukom. Prijava je podnesena u Italiji, a na temelju nje je pokrenut istražni postupak u Italiji i Belgiji koji se

odvijao paralelno. Međutim, nakon otvaranja glavnog pretresa u Italiji optuženi se pozvao na *ne bis in idem*, jer je nekoliko dana ranije u Belgiji postupak obustavljen. Postupak u Belgiji obustavljen je rješenjem, koje se, uz određena ograničenja, može ukinuti ukoliko se otkriju nove činjenice ili dokazi protiv osumnjičenog. Prema mišljenju općeg pravobranioca Sharpstona od 6. februara 2014. ovdje se radi o konačnom okončanju postupka u Belgiji, s obzirom na to da je o obustavi postupka konačno odlučeno pred Kasacionim sudom, čime je rješenje suda prve instance postalo pravosnažno. Pri tome nije od značaja što su postupci u Italiji i Belgiji tekli paralelno, jer osoba u krivičnom pravu ne smije izgubiti zaštitu koju mu pruža nacionalno pravo samo zato što je koristila pravo na slobodu kretanja koju joj pruža EU. Ostaje da se sačeka da li će sudije Suda EU slijediti mišljenje općeg pravobranioca u konačnoj presudi.

U drugom predmetu C-285/12, Sud EU donio je konačnu odluku o tumačenju pojma "unutrašnjeg naoružanog sukoba" u okviru prava EU, a drugačije od istovjetnog pojma iz međunarodnog (humanitarnog) prava. Pred Sudom EU postavilo se pitanje tumačenja "unutrašnjeg oružanog sukoba" iz čl. 15. lit. c. prema Direktivi 2004/83/EZ o minimalnim standardima za kvalifikaciju i status državljanina treće države ili osoba bez državljanstva kao izbjeglica ili osoba kojima je na drugi način potrebna međunarodna zaštita, te o sadržaju odobrene zaštite. Prema navedenoj odredbi pruža se supsidijarna zaštita osobama koje ne ispunjavaju uslove pojma "izbjeglica" iz Ženevskih konvencija, ako osoba može dokazati da bi povratkom u domovinu postojale "ozbiljne i pojedinačne prijetnje životu i nepovredivosti osobe u okviru unutrašnjeg (ili međunarodnog) oružanog sukoba, zbog nekontroliranog (općeg) nasilja (eng. 'indiscriminate violence'; njem. 'willkürliche Gewalt') koje je doseglo tako visok stepen da bi data osoba već samim prisustvom u toj državi ili eventualno u tom regionu bila izložena tom nasilju. Tumačeći pojam "unutrašnjeg oružanog sukoba", Sud EU je pošao od pretpostavke da međunarodno humanitarno pravo, koje je za razliku od Direktive 2004/83/EZ veoma blisko povezano s međunarodnim krivičnim pravom, slijedi različite ciljeve i uvodi različite mehanizme zaštite u odnosu na pravo EU. Stoga se Sud EU odlučio za autonomno tumačenje pojma "unutrašnji oružani sukob", koji prema njegovom stavu postoji onda kada se redovne oružane snage jedne države suprotstavljaju jednoj ili više naoružanih grupa. Pri tome ovaj sukob ne mora biti kvalificiran kao oružani sukob koji nema međunarodni karakter u smislu međunarodnog humanitarnog prava i intenzitet oružanog sukoba, stepen organizacije oružanih snaga ili trajanje sukoba ne treba biti predmet neke druge analize od one kojom se utvrđuje stepen nasilja na datom području. Nadalje, prema Sudu EU u što većoj mjeri osoba uspije dokazati da postoje posebne okolnosti zbog kojih je specifično pogođena, to će biti potreban niži stepen općeg

nasilja kako bi osoba dobila supsidijarnu zaštitu. Presuda dostupna na hrvatskom jeziku na službenoj stranici Suda EU: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62012CJ0285:HR:NOT>

Radno pravo

Savjet EU je 17. februara 2014. godine usvojio Direktivu o uslovima za ulazak i boravak državljana **trećih država u svrhu izvođenja sezonskog zanimanja**. Ovom direktivom se povećavaju prava radnika u pogledu ponovnog ulaska u državu članicu u svrhu sezonskog rada, smještaja, uslova rada, minimalne starosne dobi za zapošljavanje, radnog vremena, otkaza, produženja ugovora, naknade i prava da pristupe sindikalnim organizacijama. Istovremeno poslodavci koji se ne pridržavaju propisa podliježu strožijim kaznama. Državama članicama ostavljen je rok od 30 dana za implementaciju Direktive od dana njene objave u Službenom glasniku EU.

Poljski **Zakon o advokaturi** izuzetno dozvoljava bavljenje pravničkim zanimanjem u Poljskoj i bez polaganja poljskog pravosudnog ispita, ali Ministarstvo pravde Poljske Zakon tumači na način da se u pogledu prethodnog iskustva (čak i u pogledu poljskog prava), ne uzima u obzir stručno iskustvo koje nije stečeno u okviru ugovora s advokatskom kancelarijom osnovanom prema poljskom pravu. Upravo ovo tumačenje Komisija kritizira u svom obrazloženom mišljenju od 23. 1. 2014. godine. Naime, sloboda poslovnog nastana u skladu s čl. 49. UFEU zahtijeva da se uzme u obzir svako znanje i iskustvo koje je kandidat stekao u okviru prakse, a da pri tome niti odnos u kojem je kandidat stajao s advokatskom kancelarijom niti sjedište te kancelarije ne smiju igrati ulogu. Ukoliko Poljska ne ispuni zahtjeve Komisije u roku od dva mjeseca ili se izjasni da će ih ispuniti u Komisiji prihvatljivom roku, Komisija može podići tužbu pred Sudom EU.

Komisija EU je 23. 1. 2014. godine odlučila da tuži Latviju zbog uslova da **notarskoj službi** u Latviji mogu pristupiti i istu obavljati samo domaći državljani. Komisija je već 2007. godine u obrazloženom mišljenju upozorila Latviju da izmijeni uslov državljanstva Latvije za notarsko zanimanje. Od tada nije poduzimala nikakve korake jer je odlučila da sačeka ishod odluke o ovom pitanju pred Sudom EU protiv šest drugih država članica. Podsjećamo da je Sud EU u svojoj presudi od 24. maja 2011. godine u povezanim predmetima C-47/08, C-50/08, C-51/08, C-53/08, C-54/08, C-61/08 i C-52/08 odlučio da notarska služba nije u dovoljnoj mjeri povezana s vršenjem javne vlasti kako bi predstavljala izuzetak od slobode poslovnog nastana u smislu čl. 51. UFEU. Zbog toga je u ovoj presudi utvrđeno da je uslov domaćeg državljanstva za obavljanje notarske službe u Belgiji, Njemačkoj, Grčkoj, Francuskoj, Luksemburgu, Austriji i Nizozemskoj suprotan slobodi poslovnog nastana. Latvija se uprkos ovoj presudi Suda EU i dalje poziva na to da je obavljanje notarske službe u

Latviji izuzeto od slobode poslovnog nastana prema čl. 51. UFEU, jer notari u Latviji vrše javnu vlast. Komisija smatra da ovlaštenja notara u Latviji nisu ništa bliža vršenju javne vlasti u odnosu na države o kojima je Sud EU već odlučio.

Građansko pravo

Na plenarnoj sjednici Parlamenta EU od 5. februara 2014. usvojen je izvještaj o Prijedlogu Uredbe o izmjeni Uredbe br. 1346/2000 o **stečajnom postupku** (COM (2012) 744). Prijedlog izmjena tiče se problema "središta glavnog interesa" dužnika kao osnovne tačke vezivanja za utvrđivanje nadležnosti za otvaranje stečajnog postupka. Središte glavnog interesa uzrokovalo je mnogo različitih tumačenja nacionalnih sudova i otvorilo prostor za "forum shopping". U prijedlogu izmjena u recitalu br. 13. Uredbe uspostavlja se oboriva pretpostavka da se sjedište glavnog interesa nalazi na mjestu statutarnog sjedišta društva. Ova pretpostavka se može oboriti ukoliko se glavna uprava nalazi na drugom mjestu u odnosu na statutarno sjedište i kada sveobuhvatno posmatranje svih relevantnih faktora dozvoljava tvrdnju, koju treća lica mogu provjeriti, da se sjedište glavnog interesa zapravo nalazi u toj drugoj državi. Ostaje otvoreno da li će ova formulacija otkloniti postojeće probleme. Nadalje se kod prekograničnih stečajnih postupaka umrežavaju nacionalni registri stečajnih postupaka i standardnim formularima se olakšava prijava potraživanja. Očekuje se skoro usvajanje prijedloga izmjena u Savjetu.

U oblasti **zračnog prevoza** postojeće uredbe EU br. 261/2004 i br. 2027/97 usklađuju se s praksom Suda EU i osnažuju prava putnika. Kako je autor Riđanović detaljno obrazložio u izdanju Nove pravne revije br. 2/2012, Sud EU je prava putnika u slučajevima kašnjenja leta od tri sata ili više izjednačio s pravima koja imaju kada je let otkazan (Sud EU, Surgeon, povezani predmeti C-402/07 i C-432/07), te suzio mogućnost avioprevoznika da se pozivaju na "vanredne okolnosti" u slučaju tehničkih problema aviona kako bi se oslobodili od obaveza prema putnicima (Sud EU, Wallentin-Hermann, C-549/07). Izvještaj o prijedlogu Komisije usvojen je na plenarnoj sjednici Parlamenta 5. februara 2014. godine i sada se čeka na usvajanje u Savjetu.

U nastojanju **otklanjanja birokratskih prepreka** u EU, Komisija je u 2013. godini predložila Uredbu o unapređenju slobode kretanja građana i preduzeća pojednostavljenjem priznanja određenih javnih isprava unutar EU. Određene javne isprave trebaju se moći koristiti i u drugim državama članicama bez postupka legalizacije ili apostila, ili drugih formalnosti koje postoje prema Haškoj konvenciji o ukidanju potrebe legalizacije stranih javnih isprava iz 1961. godine. Kopije i prevodi iz drugih država članica trebaju se prihvatati, osim ako postoji opravdana sumnja u njihovu istinitost. Konačno, nastoje se uvesti uniformni višejezični formulari na svim službenim jezicima EU za uvjerenja o rođenju, smrti, zaključenju braka, registriranom

partnerstvu, te oblik i zastupanje preduzeća. Izvještaj o prijedlogu Uredbe usvojen je 4. februara 2014. godine na plenarnoj sjednici Parlamenta i predstoji odlučivanje u Savjetu.

U oblasti **naknade štete uzrokovane neispravnim proizvodom**, Sud EU je 16. januara 2014. godine u predmetu C-45/13 odlučio da se šteta, osim pred sudovima koji imaju opću nadležnost zasnovanu na prebivalištu odnosno sjedištu tuženog, može potraživati samo pred sudovima države u kojoj je proizvod proizveden. U datom sporu austrijski državljaniin potražuje štetu uzrokovanu neispravnim biciklom koje je kupio u Austriji, a koje je proizvedeno u Njemačkoj. Postavilo se pitanje tumačenja odredbe čl. 5. st. 3. Uredbe br 44/2001 o nadležnosti, priznanju i izvršenju odluka u građanskim i trgovačkim stvarima, prema kojoj je međunarodno nadležan sud države u kojoj se dogodio štetni događaj. Pri tome je Sud EU uzeo u obzir da je u 7. recitalu Uredbe br. 864/2007 o mjerodavnom pravu za vanugovornu odgovornost za štetu navedeno da bi odredbe ove uredbe trebale biti u skladu s Uredbom br. 44/2001. Prema čl. 5. Uredbe br. 864/2007 kao mjerodavno pravo za štetu od neispravnog proizvoda određuje se mjesto sopstvenog uobičajenog boravišta, ako je taj proizvod u toj državi bio u slobodnom prometu, odnosno pravo države u kojoj je proizvod kupljen, ako je proizvod u toj državi bio u slobodnom prometu te konačno države u kojoj je šteta nastala, ako je proizvod u toj državi bio u slobodnom prometu. Sud EU je prvo utvrdio da recital br. 7 Uredbe br. 864/2007 ne znači da Uredbu br. 44/2001 treba tumačiti u smislu Uredbe br. 864/2007. Sud EU je potvrdio raniju praksu prema kojoj čl. 5. st. 3. Uredbe br. 44/2001, za razliku od čl. 5. Uredbe br. 864/2007, nema za svrhu da zaštiti oštećenika. Država u kojoj se dogodio štetni događaj je, prema stavu Suda EU, država u kojoj je nastala šteta na samom proizvodu, a to će u pravilu biti država proizvodnje. Sud EU argumentira da nije ispravno mišljenje tužioca da bi mjesto predaje proizvoda bilo pogodnije za tužioca, jer to ne mora biti isto mjesto u kojem tužilac ima prebivalište. Stoga potrošač proizvođača može tužiti samo u državi proizvodnje, a ne u državi u kojoj je kupio sam proizvod. Presuda dostupna na hrvatskom jeziku na službenoj stranici Suda EU: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62013CJ0045:HR:HTML>

U oblasti **obaveznog osiguranja od građanskopravne odgovornosti** Sud EU je u odluci od 23. 1. 2014. u predmetu C-371/12 utvrdio da je dozvoljeno da nacionalni propisi za štetu nastalu automobilskom nesrećom predvide za žrtve nepovoljniji sistem naknade u odnosu na opći sistem građanskopravne odgovornosti. U sporu koji je vođen pred italijanskim pravosuđem, tužioci, vlasnik udarenog auta kojem je nastala imovinska šteta i vozač koji nije vlasnik auta kojem je nastala neimovinska šteta, zahtijevali su od osiguravaoca tuženog naknadu potpune štete koja bi im pripadala prema italijanskom Građanskom

zakoniku. Prema ustaljenoj sudskoj praksi italijanskih sudova, neimovinska šteta sastoji se od narušenja zdravlja nastalog uslijed povrede fizičkog i/ili psihičkog integriteta, psihičke štete nastale zbog duševnih boli koje je uzrokovala navedena povreda i preostale štete do koje je došlo zbog nemogućnosti obavljanja uobičajenih i svakodnevnih aktivnosti, naročito zbog nemogućnosti nadprosječnog ličnog ispunjenja. Ustavni sud (Corte costituzionale) u presudi iz 2003. smatrao je da neimovinska šteta ima jedinstvenu strukturu i da se ne dijeli na kategorije ili posebne dijelove. Međutim, sudska praksa nastavlja razlikovati sastavne dijelove, te italijanski pravni sistem prepušta sudiji procjenu te štete. U cilju ograničenja troškova usluga osiguranja, italijanski je zakonodavac u čl. 139. Zakonika o privatnim osiguranjima predvidio poseban sistem određivanja iznosa koje treba isplatiti na ime neimovinske štete koju su pretrpjele žrtve prometnih nezgoda u cestovnom prometu ili u pomorskim nesrećama. Taj sistem predviđa ograničenja u vezi s kriterijima procjene koji se primjenjuju na druge sporove i ograničava mogućnost sudije da u predmetnom slučaju iznos naknade štete povisi za petinu iznosa koji je određen na temelju čl. 139. Zakonika o privatnim osiguranjima. Poredeći ove dvije metode obračuna naknade nematerijalne štete, vozač bi prema općem sistemu Građanskog zakonika mogao dobiti 5485,00 eura više nego što dobija prema Zakonu o privatnim osiguranjima. Prethodno pitanje koje se postavilo pred Sudom EU jeste da li se propisi Prve direktive (Direktiva Savjeta 72/166/EEZ od 24. aprila 1972. o usklađivanju zakona država članica u odnosu na osiguranje od građanskopravne odgovornosti u pogledu upotrebe motornih vozila i izvršenje obveze osiguranja od takve odgovornosti, SL L 103, str. 1.) i Druge direktive (Direktiva Savjeta 84/5/EEZ od 30. decembra 1983. o usklađivanju zakona država članica u odnosu na osiguranje od građanskopravne odgovornosti u pogledu upotrebe motornih vozila, Sl. list EU 1984, L 8, str. 17, kako je izmijenjena Direktivom 2005/14/EZ Evropskog parlamenta i Savjeta od 11. maja 2005, Sl. list EU L 149, str. 14.) protive nacionalnom sistemu koji ograničava obim naknade štete nastale motornim vozilom u odnosu na opći sistem građanskopravne odgovornosti. Sud EU je pozivajući se na raniju sudsku praksu utvrdio da direktive nalažu da građanskopravna odgovornosti za štetu uzrokovanu trećima motornim vozilima bude pokrivena od strane osiguravaoca, ali ne nalažu obim naknade te štete koji samim time ostaje uređen nacionalnim pravom. Svrha Prve i Druge direktive nije usklađivanje sistema građanskopravne odgovornosti država članica, pa su one slobodne same urediti svoj sistem građanskopravne odgovornosti koji se primjenjuje na nezgode izazvane upotrebom motornih vozila. Stoga je Sud EU zaključio da nije protivno Prvoj i Drugoj direktivi kada nacionalno zakonodavstvo predviđa poseban sistem naknade nematerijalne štete zbog lakših tjelesnih povreda uzrokovanih saobraćajnim nesrećama,

ograničavajući navedene štete u odnosu na ono što je dopušteno dosuditi na području naknade jednake štete uzrokovane na drugačiji način, a ne tim nesrećama.

Presuda dostupna na hrvatskom jeziku na službenoj stranici Suda EU: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62012CJ0371:HR:NOT>

U oblasti **potrošačkog prava** Sud EU je u odluci od 19. septembra 2013. godine u predmetu C-435/11 odgovarao na pitanje da li je zavaravajuća reklama protivpravna i kada je trgovac koji je koristio reklamu ispunio kriterije profesionalne pažnje kako bi osigurao istinitost reklame, te nije znao da je reklama neistinita. Pitanje se postavilo u sporu pred austrijskim sudstvom u kojem je tužena strana turistička agencija koja je u svojoj brošuri aranžmane u određenim prenoćištima navela kao svoju ekskluzivnu ponudu. Prethodno se osigurala u datim hotelima da u vrijeme zaključenja ugovora s njima nijedna druga agencija nije imala rezervaciju niti su smještajni kapaciteti bili dovoljni da bi kasnije neka agencija mogla zaključiti ugovor s njima, a u sam ugovor s hotelima unesena je klauzula o ekskluzivnom poslovanju. Međutim, kasnije je druga agencija dogovorila aranžmane s datim prenoćištima, koja su time prekršila ugovornu klauzulu zaključenu s tuženom agencijom. Druga agencija je kasnije tražila pred sudom donošenje privremene mjere kojom bi se tuženoj agenciji, koja nije mogla znati da su hoteli prekršili ugovornu klauzulu, zabranila neistinita reklama u kojoj se tvrdi da se data prenoćišta mogu uplatiti samo kod nje. U datom slučaju primjenjiv je nacionalni zakon kojim je implementirana Direktiva 2005/29/EZ koja u svom čl. 5. sadrži generalnu klauzulu prema kojoj je poslovna praksa nepoštena: (a) ako je u suprotnosti sa zahtjevima u pogledu profesionalne pažnje; i (b) ako bitno narušava (...) privredno ponašanje prosječnog potrošača (...) kojem je namijenjena u odnosu na proizvod. Nasuprot tome, čl. 6. st. 1. Direktive navodi da je reklama zavaravajuća ako sadrži lažne informacije te je stoga neistinita, bez dodatnih uslova koji moraju biti ispunjeni. Pravno pitanje koje se postavilo jeste da li je i prema čl. 6. st. 1. Direktive nužno da je trgovac postupio suprotno profesionalnoj pažnji, s obzirom na to da to zahtijeva generalna klauzula iz čl. 5. te direktive, ili je dovoljno što je reklama neistinita. Sud EU je odgovorio da navedene propise treba tumačiti na način da, u slučaju kada poslovna praksa zadovoljava sve uslove propisane u čl. 6. st. 1. ove direktive da bi bila kvalificirana kao zavaravajuća praksa u odnosu na potrošača ne treba provjeravati je li takva praksa u suprotnosti i sa zahtjevima u pogledu profesionalne pažnje u smislu čl. 5. st. 2. (a) iste direktive, jer se ista može valjano smatrati nepoštenom i time zabranjenom.

Prof. Dr. Zlatan Meškić

Aktuelles aus dem Europarecht

(Zusammenfassung)

In dieser Ausgabe der Rubrik "Aktuelles aus dem Europarecht" werden wichtige Rechtsetzungsvorhaben und Rechtssetzungsakte der EU in Vorbereitung, sowie mehrere Entscheidungen des EuGH vorgestellt. Im Rahmen der institutionellen Neuigkeiten wird die Initiative zur Erhöhung der Zahl der Richter am Gericht der EU auf 40 erläutert. Im Rahmen des geistigen Eigentums steht die Entwicklung um die Schaffung eines Gemeinsamen Europäischen Patentgerichts und die angenommene Richtlinie über die kollektive Wahrnehmung von Urheber- und verwandten Schutzrechten im Mittelpunkt (KOM (2013) 372). Im selben Gebiet hat der EuGH in einer wichtigen Entscheidung in der Rs C-466/12 das Bereitstellen von anklickbaren Links auf einer Internetseite zu urheberrechtlich geschützten Werken, die auf einer anderen Internetseite frei zugänglich sind, für zulässig erklärt. Im Rahmen des Strafrechts muss der EuGH in der laufenden Rs C-398/12 zu den Grenzen des Grundsatzes ne bis in idem Stellung nehmen und hat im Rahmen des Internationalen Strafrechts in der Rs C-285/12 über die Auslegung des Begriffes "innerstaatlicher bewaffneter Konflikt" zu entscheiden. Im Arbeitsrechts werden die neuen Rechte der Arbeitnehmer in der angenommenen Richtlinie über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen zwecks Ausübung einer saisonalen Beschäftigung kurz vorgestellt. Ausserdem wird auf die Aufsichtsklagen der Kommission gegen Polen wegen diskriminierender Praxis beim Zugang zum juristischen Beruf und gegen Lettland wegen des Staatsangehörigkeitserfordernisses für den Zugang zum Notarberuf Bezug genommen. Im Bereich des Zivilrechts wird auf die Eckpunkte der Reform der Verordnung EG Nr. 1346/2000 über Insolvenzverfahren hingewiesen. Zudem wird die Stärkung der Fluggastrechte im Kommissionsvorschlag (KOM (2013) 130) zur Änderung der bestehenden Verordnungen (EG) Nr. 261/2004 und (EG) Nr. 2027/97 über die Haftung von Luftfahrtunternehmen angesprochen. Der EuGH befasste sich in der Rs C-371/12 mit der Frage des Gerichtsstands für Produkthaftung, in der Rs C-45/13 mit der Zulässigkeit einer Haftungsbeschränkung für immaterielle Schäden durch Verkehrsunfälle sowie in der Rs C-435/11 mit der Frage, ob eine irreführende Praxis im Sinne der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken vorliegt, wenn der Unternehmer trotz beruflicher Sorgfalt von der Unrichtigkeit seiner Werbung keine Kenntnis haben konnte.

Aktuelnosti iz njemačkog prava

Dr. Stefan Pürner

Pravni život u Njemačkoj u proteklih nekoliko mjeseci obilježilo je prije svega nekoliko krivičnih postupaka koji su se odvijali pod velikom pažnjom javnosti.

NSU-postupak: Ustavni sud odlučuje o medijskoj javnosti sudskih postupaka

Činjenično stanje: Treba spomenuti prvenstveno tzv. NSU-postupak (skraćenica stoji za "Nationalsozialistischer Untergrund" – nacionalsocijalističko podzemlje) koji se vodio pred državnim sudom u Minhenu. U ovom postupku se sudi u slučaju u Njemačkoj dosad neviđene serije ubistava u okviru koje je u periodu od 2000. do 2006. godine u nekoliko njemačkih metropola ubijeno osam osoba turskog porijekla, jedan grčki trgovac, te jedna njemačka policajka. Ovaj postupak je iz nekoliko razloga vrijedan pažnje: prije svega policija je dugo i bezuspješno istraživala moguću pozadinu ovih djela u okviru organiziranog kriminala. To je rezultiralo činjenicom da su žrtve, ali i članovi njihovih porodica i sami pali u sumnju kao involvirani u kriminalne aktivnosti (naprimjer u trgovinu drogom). Kada se kasnije ispostavilo da je jedna neonacionalsocijalistička grupa neprijateljska prema strancima ubijala strance nastanjene u Njemačkoj kako bi zastrašila imigrante, postalo je očigledno da su organi krivičnog gonjenja u Njemačkoj, nakon što su sedamdesetih godina bili konfrontirani prije svega s djelima lijevih radikalnih terorističkih organizacija ("Baader-Mainhof grupa", "Rote Armee Fraktion" kratko: RAF), podcijenili opasnost desno-radikalnog terorizma. Godinama se, a što je s obzirom na istu nacionalnost većine žrtava bilo donekle i logičan zaključak, nije dovoljno ozbiljno razmatrala mogućnost desno-radikalne pozadine ovih djela. Jedan od razloga što su istrage godinama tekle u pogrešnom pravcu, ležao je i u nedostatku saradnje između organizacija za zaštitu ustava različitih saveznih država. Nadležni organi su desno-radikalnu pozadinu ubistava prepoznali tek nakon što su u novembru 2011. godine dvojica osumnjičenih glavnih izvršilaca djela nakon neuspjelog pokušaja pljačke banke izvršila samoubistvo. Nakon toga su u okviru istrage u ovom slučaju pronađene indicije koje su upućivale na desno-radikalnu pozadinu ubistava. Kako glavni osumnjičeni izvršioци djela više nisu u životu, postupak se pokrenuo protiv pet osumnjičenih saizvršilaca i tri pomagača.

Problem javnosti postupka: Još jedna okolnost koja ovaj postupak stavlja u centar pažnje jesu i kontroverze koje od samog početka postoje u vezi s pristupom novinara u toku postupka. Osnovni problem je ležao u činjenici da sudska sala nije bila dovoljno velika kako bi smjestila sve novinare koji su bili zainteresirani da prate postupak. (Posebno osigurana sala ima mjesto za sud, optužene, mnoštvo njihovih advokata, publiku i 50 novinara). Zato je Sud odlučio da novinarska mjesta popunjava po principu *prior tempore potior jure*. Na taj način turskim medijima, koji su zbog velikog broja turskih žrtava pokazivali veliko interesovanje za postupak, nije bilo moguće pratiti postupak u sudu. Turske novine "Sabah" su zbog toga Sudu podnijele hitni zahtjev, a po kojem je sud odlučio da zbog velikog broja stranih država mora biti utvrđen sistem dodjele mjesta koji bi i stranim medijima omogućio praćenje postupka.

Odluka Saveznog ustavnog suda po hitnom zahtjevu: Jedan od osnovnih razloga zbog kojih je Sud zahtijevao postupak dozvole pristupa postupku u okviru kojeg bi strani mediji bili uzeti u obzir u većoj mjeri ležao je u načelu javnosti postupka. Ono mora biti implementirano na način da bi i pripadnici grupe kojoj pripadaju žrtve, u ovom slučaju Turci, neovisno o tome da li oni poput žrtava žive u Njemačkoj ili u Turskoj, kao i mediji koje koriste pripadnici te grupe, bili u mogućnosti da prate tok postupka. Mogućnost da se postupak prenosi putem televizije, kako je to moguće u SAD-u ili trenutno u Južnoafričkoj Republici u postupku Pistorius koji uživa pažnju svjetske javnosti, u Njemačkoj ne postoji. Smatra se da "previše javnosti" također može povrijediti načelo javnosti sudskog postupka. Time se želi spriječiti da s jedne strane optuženi u takvom javnom postupku postanu objekti senzacionalizma, čime se ugrožava njihovo dostojanstvo, a s druge strane se (opravdano) izražava sumnja da optuženi, advokati i sudije u toj situaciji više ne bi reagirali na prirodan način, znajući da ih gleda nekoliko miliona gledalaca.

Ovaj postupak još uvijek traje. Tekst odluke Saveznog ustavnog suda po hitnom zahtjevu (- 1 BvR 990/13 -) dostupan je na internetu : https://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rk20130412_1bvr099013.html

Izjava za štampu Suda na njemačkom jeziku nalazi se na stranici: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/en/press/bvg13-024.html>, a na engleskom jeziku na stranici: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/en/press/bvg13-024en.html>.

Bivši savezni predsjednik oslobođen od prigovora sticanja koristi

Činjenično stanje: Neuporediv s NSU-postupkom i njegovom strašnom pozadinom, ali također politički vrlo značajan, bio je proces koji je okončan pred Državnim sudom Hanover u februaru 2014. godine. U ovom slučaju koji je budno pratila njemačka, ali i internacionalna javnost, radilo se o navodnom prihvatanju koristi u vrijednosti od 720,00 eura od strane jednog političara. Korist se sastojala u preuzimanju troškova hotela, obroka i dadilje, tokom posjete optuženog i njegove supruge poznatom minhenskom Oktoberfestu. Posebnost ovog slučaja ležala je u tome da se kod optuženog radilo o bivšem njemačkom saveznom predsjedniku Christianu Wulffu. Radilo se o prvom krivičnom postupku protiv jednog njemačkog saveznog predsjednika. Wulff je navodno, dok je još bio predsjednik Vijeća ministara Donje Saksonije, dozvolio da mu jedan filmski poduzetnik G., tokom posjete u Minhenu plati navedene troškove. Motiv filmskog poduzetnika G., koji je bio ujedno i Wulffov privatni prijatelj, navodno je bio da se ovaj nadao da će Wulff u svom svojstvu predsjedavajućeg Vijeća ministara podržati podršku jednog filmskog projekta. Dolazak ovih (i nekih drugih) prigovora u javnost doveo je do povlačenja Wulffa s funkcije saveznog predsjednika.

Diskusija u Njemačkoj: U Državnom tužilaštvu Hanover su 24 tužioca i jedan istražni službenik godinu dana radili na ovom slučaju. U medijima se žustro diskutiralo o postupanju tužilaštva. Dok su jedni s obzirom na značaj funkcije saveznog predsjednika smatrali primjerenim da se postupa i upotrebljavaju svi navedeni kapaciteti i povodom manjeg iznosa, drugi su kritizirali činjenicu da rezultati tužilaštva nikako ne stoje u srazmjeru s enormnim poslom, troškovima i mogućim djelom, i da je bivši savezni predsjednik upravo zbog svoje pozicije nesrazmjerno oštro tretiran. Također se zamjerilo da su mnogi detalji iz istražnog postupka postali javni, čime je povrijeđena privatnost Wulffa, te da nije poštovana presumpcija nevinosti. Wulff nije optužen zbog podmitljivosti, što je bio prvobitni plan tužilaštva, nego zbog uzimanja koristi. Ovo krivično djelo prema njemačkom pravu pokazuje nekoliko specifičnosti, zbog čega će biti ukratko detaljnije predstavljeno.

Krivično djelo uzimanja koristi naročito njegovo razlikovanje od podmitljivosti u njemačkom pravu. Uzimanje koristi jedan je od kažnjivih oblika korupcije u Njemačkoj. Uzimanje koristi prema § 331. Krivičnog zakona postoji kada, ukratko rečeno, nosilac određene funkcije zahtijeva određenu korist, zahtijeva obećanje koristi ili prihvati korist kako bi izvršio svoju dužnost.

Stav 1. § 331. Krivičnog zakona – uzimanje koristi – glasi: (1) Nosilac određene funkcije ili osoba koja je posebno zadužena za javnu službu, koja za izvršenje dužnosti zahtijeva za sebe ili za drugoga određenu korist,

prihvati obećanje koristi ili prihvati korist, kaznit će se oduzimanjem slobode u trajanju do tri godine ili novčanom kaznom.

Ovdje se ne radi o podmitljivosti, koja je u Njemačkoj regulirana § 332. Krivičnog zakona, a čiji stav 1. glasi:

(1) Nosilac određene funkcije ili osoba koja je posebno zadužena za javnu službu, koja za sebe ili za drugoga zahtijeva, primi obećanje ili prihvati korist kao protučinidbu za određenu uslugu ili za buduću u uslugu i time povrijedi ili bi povrijedila svoje službene obaveze, kaznit će se oduzimanjem slobode u trajanju od šest mjeseci do pet godina.

Usporedba ovih odredbi pokazuje da je uzimanje koristi blaži oblik korupcije. Ovo proizlazi s jedne strane iz blaže predviđene sankcije (tri umjesto pet godina kod podmitljivosti), a s druge strane iz činjenice da se kod uzimanja koristi ne zahtijeva da radnjom koju počinilac poduzima u okviru svog službenog djelovanja krši njegove službene obaveze. Neko može počiniti krivično djelo uzimanja koristi i u slučaju uzimanja koristi za radnju za koju je ovlašten. U ovom se slučaju, dakle, ne kažnjava protupravno vršenje službenih dužnosti. Za kažnjavanje je dovoljno da su davanje koristi i vršenje službene radnje makar prešutno međusobno povezani. Kažnjivost prihvatanja koristi, koja se ne može konkretno dovesti u vezu (ne može se dokazati) s određenom službenom radnjom, cilja na sprečavanje već samog privida potkupljivosti nosioca dužnosti. Drugačije formulirano, nosilac dužnosti se ne kažnjava prema ovoj odredbi zato što prihvata korist za određenu nezakonitu radnju. On se ne kažnjava i zato što prihvata korist za zakonitu radnju (npr. preko reda).

Zaštitna svrha odredbe § 331. Krivičnog zakona jeste povjerenje građana da nosioci službi nisu potkupljivi. Odredba treba spriječiti da nosilac službe prihvatanjem koristi "odaje dojam potkupljivosti".

Presuda Državnog suda Hanover: Sud je oslobodio bivšeg saveznog predsjednika iz razloga što jedan dio koristi navedenih u optužnici, a koju je Wulff navodno primio, nije mogao biti dokazan. U pogledu ostalih tačaka optužnice Sud je donio oslobađajuću presudu jer Wulff s tim u vezi ili nije stekao ličnu korist preuzimanjem troškova od strane poduzetnika G., ili pak, ukoliko je preuzimanjem troškova u pivskom šatoru, tzv. *Käfer-Zeltu* stekao korist, ona nije bila u vezi s njegovim službenim obavezama.

Dokazano je, naime, da je poduzetnik G. za Wulffa platio dio troškova noćenja i da je povodom poziva Wulffa G. preuzeo troškove jela i pića za niz drugih osoba. U pogledu preuzimanja troškova noćenja Sud je utvrdio da za Wulffa tim povodom nije nastala korist, jer bi mu se ti troškovi svakako odbili kao putni troškovi, s obzirom na to da se nalazio na službenom putovanju. Sud je detaljno razmatrao preuzimanje troškova hrane i pića tokom Oktoberfesta. U konačnici je odbio kažnjivost iz razloga što su Wulff i poduzetnik G. dugogodišnji prijatelji koji su

se međusobno "častili" prilikom raznih prilika. Osim toga, poduzetnik G. je ovom prilikom častio i niz drugih osoba, tako da ništa ne govori u prilog tomu da je Wulff morao pretpostaviti da se ovaj poziv odnosi na vršenje njegovih službenih dužnosti. Osim toga, s aspekta poduzetnika G. postoje mnogi drugi razlozi zbog kojih je preuzeo troškove za Wulffa i druge goste.

Sud je između ostalog našao:

"Uzimajući u obzir opisano prijateljstvo u okviru kojeg je postojala praksa uzajamnog čašćenja i činjenicu da je optuženi W... i bez plaćanja od strane optuženog G... imao mogućnost refundiranja troškova smještaja i hrane u *Käfer*-šatoru, nije dokazano da postoji nezakoniti sporazum u vezi s vršenjem dužnosti optuženog W... niti općenito niti u pogledu neke određene službene radnje koja bi se odnosila na raspravljane koristi. Osim toga važne indicije govore protiv pretpostavke nezakonitog sporazuma..."

Nadalje nije nezamislivo postojanje drugog motiva od strane optuženog G. za preuzimanje troškova, poput stvaranja privida važnog čovjeka ili općenito velikodušnost...

U pogledu troškova hrane i pića u svečanom šatoru postoje davanje i primanje koristi koji su pokriveni i odgovarajućim znanjem i voljom optuženih. Ipak, komora nije uvjerena da je ova korist bila predmetom nezakonitog sporazuma. U korist optuženih treba poći od toga da se u pogledu preuzimanja ovih troškova, kod kojih se, imajući u vidu životni standard optuženih, radi o iznosu male vrijednosti, radi o socijalno adekvatnoj koristi u okviru postojećeg prijateljstva među optuženim, koja je uz to i u okviru uobičajene prakse uzajamnih poziva i uzvratanja poziva među optuženima, te zbog toga nije predmet nezakonitog sporazuma. Ovo vrijedi i zbog činjenice da je u *Käfer*-šatoru uobičajeno da domaćin stola preuzme cjelokupni račun, te se s obzirom na to pretpostavlja da optuženi nisu imali namjeru zaključiti nezakoniti sporazum u pogledu čašćenja u šatoru."

Presuda Državnog suda Hanover na njemačkom jeziku nalazi se na: <http://bilder.bild.de/media/vw-pdf-36104152/Download/1.bild.pdf>

Tužilaštvo je protiv ove presude uložilo reviziju koju je, međutim, u junu 2014. povuklo, te je presuda u međuvremenu pravomoćna.

Fudbalski menadžer Hoeneß osuđen na kaznu zatvora

Kratki prikaz slučaja Hoeneß: Kratko nakon ovog postupka, u Njemačkoj je još jedna poznata ličnost stajala kao optuženi pred sudom, bivši profesionalni fudbaler i kasniji menadžer fudbalskog kluba Bayern, Uli Hoeneß, kojem već godinama pripada i uspješna fabrika mesnih preradevina. On je u Minhenu osuđen na ukupnu kaznu zatvora od tri godine i šest mjeseci zbog utaje poreza u sedam slučajeva u periodu između 2003. i 2009. godine. Kod kazne ove visine nije moguće izreći uslovnu osudu, pa će Hoeneß uskoro morati pristupiti izdržavanju kazne. Porezna obaveza je nastala u vezi s poslovima s vrijednosnim papirima i kladenjem u vezi s valutama u Švicarskoj. Hoeneß ostvarenu dobit iz ovih poslova nije naveo u svojim poreznim izvještajima u Njemačkoj, iako su osobe koje su neograničeni porezni obveznici u Njemačkoj, dužne prikazati "svjetski prihod", dakle i dobit koju su stekle u inostranstvu.

Hoeneß je priznao utaju poreza: Da je Hoeneß utajio porez on kao optuženi nije osporavao. Tokom postupka je podnio priznanje u okviru kojeg je priznao utaju poreza u visini od nevjerovatnih 28,5 miliona eura. To je za javnost bilo iznenađujuće utoliko što je on izvorno optužen za utaju poreza u visini od "samo" 3,5 miliona eura. (*Nota bene* – iznosi se odnose "samo" na utajeni porez, dok je neoporezovana dobit daleko veća).

Samoprijavlivanje kao centralno pravno pitanje: Centralno pravno pitanje ovog postupka bilo je da li Hoeneß možda ne može biti kažnjen, jer je sam sebe prijavio s oslobađajućim dejstvom. Hoeneß je, naime, zaista podnio prijavu protiv samog sebe i priznao utaju poreza. Ovo se, međutim, desilo u velikoj žurbi, te se postavilo pitanje da li je ova samoprijava iz razloga nepotpunosti bila valjana.

Radi boljeg razumijevanja ove situacije neophodno je pobliže predstaviti institut samoprijavlivanja kod utaje poreza, koji predstavlja posebnost njemačkog prava (iako neke druge države također poznaju uporediva rješenja).

Mjerodavne odredbe njemačkog prava: Relevantne odredbe u ovom kontekstu su odredbe § 371 i § 398a) Zakona o odbicima (Abgabenordnung, AO), koji u Njemačkoj regulira opće odredbe o postupanju u poreznim stvarima. Ove odredbe glase (Autor je podvukao dijelove teksta koji su za razumijevanje predmetnog slučaja posebno bitni):

§ 371 Samoprijavlivanje kod utaje poreza

(1) Ko prema finansijskim organima u pogledu svih nezastarjelih poreznih krivičnih djela u punom obimu netačne navode korigira, nepotpune navode dopuni i izostavljene podatke naknadno dostavi, on se neće kazniti za ta porezna krivična djela prema § 370.

- (2) Oslobođanje od kazne neće uslijediti ako je
1. u pogledu samoprijave nezastarjelog poreznog krivičnog djela prije korekture, dopune odnosno naknadnog dostavljanja podataka
 - a) počiniocu objavljen nalog za inspekciju prema § 196 ili
 - b) počiniocu ili njegovom zastupniku bilo poznato pokretanje krivičnog ili prekršajnog postupka ili
 - c) finansijski službenik pristupio kontroli u cilju istrage određenog poreznog krivičnog djela odnosno prekršaja ili
 2. jedno od poreznih krivičnih djela u momentu korekcije, dopune odnosno naknadnog dostavljanja već u potpunosti ili djelomično bilo otkriveno i počinitelj je za to znao ili je uz stručnu procjenu situacije na to mogao računati ili
 3. ako uskraćeni porez prema § 370. st. 1., ili za sebe ili za drugoga stečena korist prelazi iznos od 50.000 eura po djelu.

(3) Ako je uskraćivanje poreza ili sticanje poreznih koristi već nastupilo, onda za učesnika u krivičnom djelu nastupa oslobođanje od kazne samo onda ukoliko je u vlastitu korist utajene poreze platio u ostavljenom roku.

(4) Ako se prijava predviđena § 153. blagovremeno i uredno podnese, onda treće lice koje je propustilo da podnese izvještaj u skladu s § 153. ili je podnijelo nekorektan ili nepotpun izvještaj, neće biti krivično gonjeno, osim u slučaju da mu je ili njegovom zastupniku prije obznajeno pokretanje krivičnog ili prekršajnog postupka zbog tog djela. Ako je treći djelovao u svoju korist, shodno se primjenjuje stav 3.

§ 398a Odustajanje od gonjenja u posebnim slučajevima

U slučajevima u kojima se oslobođanje od kazne ne dozvoljava samo zato što utajeni iznos prelazi 50.000 eura (§ 371. st. 2. br. 3.), odustaje se od gonjenja poreznog krivičnog djela kada počinitelj u okviru za njega određenog primjerenog roka

1. plati iznos poreza koji je utajio u vlastitu korist, a na koji se odnosi djelo i
2. plati novčani iznos u visini od 5% utajenog poreza u državnu kasu.

Pozadina ovih odredbi: Ovim odredbama, koje se baziraju na odredbama usvojenim još 1919. godine, osobe koje su utajile porez i koje pokazuju kajanje ("tätige Reue"), trebaju dobiti mogućnost da se i nakon okončanog krivičnog djela oslobode kazne. Samoprijavlivanjem se, dakle, postiže retroaktivno oslobođanje od kazne. Razlog zašto je zakonodavac ovu, inače sistemu nepoznatu mogućnost, predvidio samo za utaju poreza je ekonomske

prirode: Država na ovaj način želi stvoriti porezne izvore koji su joj dotad bili nepoznati. Po svojoj pravnoj prirodi valjana je samoprijava zbog toga tzv. lični razlog ukidanja kazne (*persönlicher Strafaufhebungsgrund*). Valjana samoprijava predstavlja prepreku krivičnom gonjenju (§ 398a AO).

Pretpostavke i djelovanje oslobođanja od kazne:

Ova posljedica samoprijave nastupa samo ukoliko je ona valjana. Pretpostavka valjanosti je prije svega njena potpunost. Samo u tom slučaju se počinilac vratio "poreznoj iskrenosti". Sljedeća pretpostavka valjanosti jeste da počinilac pokajnik (ako porezni dug prelazi iznos od 50.000,00 eura što je kod Hoeneßa bio slučaj) plati dodatni iznos u visini od 5% na utajeni porez (vidi § 371. (2) br. 3., § 398. a) AO).

Retroaktivno oslobođanje od kazne vrijedi samo za utaju poreza. Ukoliko je, a što je u praksi često slučaj, utaja poreza počinjena u sticaju s nekim drugim krivičnim djelom (poput krivotvorenja isprava), oslobođanje od kazne se ne odnosi i na ova djela. Osim toga, putem valjane samoprijave ne sprečavaju se određene mjere iz oblasti prava industrijskog vlasništva, poput oduzimanja koncesije ili drugih dozvola zbog nepouzdanosti, jer se u tom slučaju ne radi o krivičnopravnim posljedicama.

Aktuelna diskusija o reformi u Njemačkoj: Slučaj Hoeneß i druge utaje poreza od strane poznatih ličnosti koje su izašle na vidjelo u skorijoj prošlosti, otvorile su diskusiju u Njemačkoj o ukidanju ili barem ograničenju instituta oslobođajuće samoprijave. Protivnici postojećeg rješenja ističu da se počinioci određenog krivičnog djela privilegiraju u odnosu na one počinioce krivičnih djela za koja ova mogućnost nije predviđena. Zagovornici ove mogućnosti, a među njima i ministar finansija Wolfgang Schäuble, nasuprot tome ističu da ovakva regulativa državi donosi dodatne prihode. Upravo je posredstvom slučajeva koji su izazvali pažnju javnosti, poput slučaja Hoeneß, u Njemačkoj porastao broj samoprijava.

Prema navodima glavnog dnevnika na prvom saveznom zajedničkom programu Njemačkih saveznih država (ARD) tzv. "Tagesschau", u 2013. godini u odnosu na 2012. godinu utrostručio (!) se broj počinilaca utaje poreza koji su iskoristili ovu mogućnost. Dodatni prihodi od poreza na osnovu dobiti koji su zbog dinamike obrade samoprijava (iz 2014. i prethodnih godina) tek objavljeni za 2014. godinu iznose cijelih 3,5 milijardi eura. (uporedi <http://www.tagesschau.de/wirtschaft/steuerhinterziehung150.html>).

Ova diskusija o tome da li i u kojoj mjeri bi trebalo i dalje zadržati oslobođajuće samoprijavlivanje u njemačkom poreznom pravu, sigurno će potrajati. U konačnici se kod ove regulative radi i o tome koji cilj pravo u konfliktu između ideala i pravičnosti i praktičnih razmatranja može i/ili treba da postigne.

Dodatni izvori na internetu:

Detaljne informacije o sačinjavanju porezne samoprijave nalaze se na web-stranici Vrhovne finansijske direkcije Donje Saksonije na: http://www.ofd.niedersachsen.de/portal/live.php?navigation_id=17534&article_id=67252&psmand=110. Poučan na ovu temu je i prilog Hansa von Hagen u novinama *Süddeutsche Zeitung* od 15. marta 2014, pod naslovom "Pet velikih zabluda prilikom samoprijavlivanja" (<http://www.sueddeutsche.de/geld/steuerhinterziehung-die-fuenf-grossen-irrtuemer-bei-der-selbstanzeige-1.1913110>).

Pregled prijedloga reforme daje prilog Clausa Hulverscheidta pod naslovom "Rokovi zastare i 'pooštrenje kazne' – ministri finansija žele pooštriti pravila samoprijavlivanja" u novinama *Süddeutsche Zeitung* od 8. marta 2014. <http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/verjaehrungsfrist-und-strafzuschlag-finanzminister-wollen-regeln-fuer-selbstanzeige-verschaerfen-1.1923569>.

Dr. Stefan Pürner

Aktuelles aus dem deutschen Recht

(Zusammenfassung)

In der Rubrik "Aktuelles aus dem deutschen Recht" wird dieses Mal über drei Strafverfahren, die die deutsche Öffentlichkeit beschäftigten und beschäftigen, berichtete, nämlich den NSU-Prozess sowie die Strafverfahren gegen den ehemaligen Bundespräsidenten Wulff und gegen Uli Hoeneß. Im Zusammenhang mit den beiden letztgenannten Verfahren werden auch die einschlägigen Vorschriften des deutschen Rechts (Vorteilnahme und strafbefreiende Selbstanzeige wegen Steuerhinterziehung) erläutert und im übersetzten Wortlaut wiedergegeben. Zu allen Beiträgen werden Informationen zu weiterführenden Quellen, insbesondere auch den betreffenden Entscheidungen, im Internet gegeben.

Aktuelnosti iz prava regiona

Kratak kritički osvrt na priznanje i izvršenje stranih javnobeležničkih isprava prema Zakonu o javnim beležnicima Srbije

Dr Slavko Đorđević*

Uvod

U Republici Srbiji je 2011. godine donet Zakon o javnim beležnicima (ZJB)¹ koji još uvek "čeka" početak svoje primene. Pored gotovo svih značajnih pitanja koja neizostavno spadaju u materiju javnobeležničkog prava, ZJB posvećuje pažnju i pitanju priznanja i izvršenja stranih javnobeležničkih isprava u čl. 8:

"Strane javnobeležničke isprave imaju, pod uslovom uzajamnosti, isto pravno dejstvo kao i javnobeležničke isprave sačinjene po ovom zakonu.

Strane javnobeležničke isprave ne mogu u Republici Srbiji imati pravna dejstva koja nemaju po zakonu države po kome su izdate.

Potvrđenim međunarodnim ugovorima mogu se predvideti i druga pravna dejstva strane javnobeležničke isprave.

Pod uslovima iz stava 1. ovog člana, strani javnobeležnički zapisi koji su neposredno izvršni po stranom pravu, neposredno su izvršni i u Republici Srbiji, ako se odnose na prava koja nisu u suprotnosti sa pravnim poretkom Republike Srbije i ako sadrže sve elemente koji su po zakonu Republike Srbije potrebni za izvršenje.

Ako su javnobeležnički zapis sastavili domaći i strani javni beležnik, javnobeležnički zapis se smatra domaćom javnom ispravom, ako je overen pečatom i štambiljem domaćeg javnog beležnika."

Iako smatramo da uvođenje ovih odredaba u pozitivno pravo Republike Srbije treba pozdraviti, istovremeno upućujemo zamerku zakonodavcu da je priznanje i izvršenje stranih javnobeležničkih isprava morao urediti potpunije i preciznije. U ovom prilogu ukazaćemo na nedostatke odredaba čl. 8 ZJB i na eventualne nedoumice i probleme koje bi njihova primena mogla da prouzrokuje.

Pojam strane javnobeležničke isprave

Zakon o javnim beležnicima nije izričito predvideo šta se smatra stranom javnobeležničkom ispravom, tj. nije dao odgovor na pitanje koje su strane javnobeležničke isprave podobne za priznanje i izvršenje. Prema opšteprihvaćenom

* Docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.

¹ Zakon o javnim beležnicima (ZJB), *Službeni glasnik RS*, br. br. 31/2011, 85/2012 i 19/2013.

stanovištu (koje je dosledno sprovedeno u čl. 86 ZRSZ u pogledu stranih sudskih odluka), treba početi od *lex cause* kvalifikacije i stranu javnobeležničku ispravu odrediti kao ispravu koju izdaje strani javni beležnik i koja mora ispunjavati uslov autentičnosti i druge uslove za javnobeležničku ispravu prema pravu države porekla.

Možda je zakonodavac smatrao da se podrazumeva da se strana javnobeležnička isprava utvrđuje u skladu s pravom države porekla, što je zaista i logično. Međutim, smatramo da se to treba izričito navesti, jer se može dogoditi da strani javni beležnik sastavi ispravu kojoj prema stranom pravu nedostaje neki element koji je neophodan da se ona smatra javnom ispravom (npr. ovo se može dogoditi i našim javnim beležnicima kada sastavljaju domaće isprave što je predviđeno u našem ZJB²). Prema tome, potrebno je biti oprezan i zato je uvođenje odredbe o pojmu strane javnobeležničke isprave smisljeno i neophodno.

Priznanje strane javnobeležničke isprave koja nije izvršna

Zakon o javnim beležnicima je pošao od tzv. principa upodobljavanja i predvideo da se priznanjem strana javnobeležnička isprava izjednačava s domaćom javnobeležničkom ispravom i ima ista dejstva kao i domaća isprava, ali je istovremeno ograničio ovaj princip propisujući da strana javnobeležnička isprava ne može imati dejstva koja ima domaća isprava, ukoliko ta dejstva nisu predviđena i pravom države porekla isprave.³ Kao jedini uslov za priznanje stranih javnobeležničkih isprava (koje nisu izvršne prema pravu države porekla) predviđen je uslov uzajamnosti. Začuđujuće je što zakonodavac nije predvideo povredu ustanove javnog poretka kao drugi uslov za priznanje.

Iako se u ZJB to izričito ne navodi, važno je istaći da se kod priznanja stranih javnobeležničkih isprava prvenstveno radi o potvrđivanju njihove autentičnosti i priznanju njihove dokazne snage kao formalnog (procesnog) pravnog dejstva. Otuda, princip izjednačavanja strane s domaćom javnobeležničkom ispravom, koji je predviđen čl. 8 st. 1 ZJB, obezbeđuje da strane javnobeležničke isprave mogu na domaćoj teritoriji proizvesti samo ona dokazna dejstva koja poznaje naše pravo, što ima za posledicu da je u tom segmentu (tj. u pogledu dejstva isprave) domaći pravni poredak "potpuno zaštićen", tako da je intervencija javnog poretka nepotrebna. Međutim, strana javnobeležnička

isprava bi mogla proizvesti i meritorne (materijalnopravne) efekte za koje nije uobičajeno da se "izjednačavaju" s meritornim efektima domaće javnobeležničke isprave, s obzirom na to da bi to "povuklo" sa sobom menjanje sadržine strane isprave (nismo pronašli takvo rešenje u uporednom pravu i sumnjamo da ćemo ga ikada naći!), a neretko takvo izjednačavanje nije ni moguće. "Neželjeni" meritorni efekti strane javnobeležničke isprave se jedino mogu sprečiti javnim poretkom kao ustanovom međunarodnog privatnog prava – meritorno dejstvo vređa naš javni poredak, pa se priznanje odbija (tj. strana isprava ne proizvodi dejstva), ili je u skladu s našim javnim poretkom, pa se priznanje prihvata (tj. strana isprava proizvodi dejstva). Pored toga, zakonodavac je propustio da uzme u obzir činjenicu da se strane javnobeležničke isprave sačinjavaju i izdaju u odgovarajućem postupku propisanom u stranoj državi, te da može doći do povreda pravila ovog postupka koje ujedno mogu predstavljati i povredu našeg javnog poretka kao ustanove međunarodnog privatnog prava (npr. strana javnobeležnička isprava ne sadrži neki element zbog čijeg nedostatka bi se domaća javnobeležnička isprava smatrala nepostojećom;⁴ javni beležnik je istovremeno bio stranka u postupku, što je kod nas zabranjeno i predstavlja disciplinski prestup⁵ itd.).

Prema tome, smatramo da je zakonodavac načinio ozbiljan propust time što nije predvideo povredu domaćeg javnog poretka kao smetnju za priznanje strane javnobeležničke isprave.

Izvršenje strane javnobeležničke isprave

Prema čl. 8 st. 4 ZJB, za izvršenje strane javnobeležničke isprave, pored uslova uzajamnosti, potrebno je da budu ispunjeni sledeći uslovi:

- a) da je reč o stranom javnobeležničkom zapisu kao vrsti javnobeležničke isprave,
- b) da strani javnobeležnički zapis bude neposredno izvršan prema pravu države porekla,
- c) da se strani javnobeležnički zapis odnosi na prava koja nisu u suprotnosti s pravnim poretkom RS i
- d) da strani javnobeležnički zapis sadrži sve elemente koji su po zakonu RS potrebni za izvršenje.

1) Izdvajanjem stranih javnobeležničkih zapisa kao jedine vrste stranih javnih isprava koje se mogu izvršiti u RS, naš zakonodavac je očigledno pošao od kategorija domaćeg prava i pretpostavke (ili čak fikcije) da i druge države, bez izuzetka, na isti način razvrstavaju javnobeležničke isprave (na zapise, zapisnike, potvrde i overe), da strani javni beležnici sastavljaju isprave koje se isto nazivaju "javnobeležničkim zapisima" i da se isti pravni poslovi i izjave, koje predviđa naše pravo, moraju ili mogu sačiniti u obliku javnobeležničkog zapisa u inostranstvu.

² Vidi čl. 84 st. 2 ZJB.

³ Ovaj sistem priznanja dejstava se u literaturi naziva sistemom kumulacije (dejstva stranih isprava procenjuju se kumulativno i po pravu države priznanja i po pravu države porekla isprave). Kada je reč o priznanju stranih sudskih odluka vidi I. Grbin, *Priznanje i izvršenje odluka stranih sudova*, Zagreb 1980, str. 13–14; Varadi, Bordaš, Knežević, Pavić, *Međunarodno privatno pravo*, Beograd 2007, str. 548.

⁴ Vidi čl. 84 st. 3 ZJB.

⁵ Vidi čl. 150 st. 3 tač. 3 u vezi sa čl. 54 ZJB.

Ako se baci pogled na uporedno javnobeležničko pravo, može se uočiti da pojedini strani zakoni ne razvrstavaju tako strogo javnobeležničke isprave, dajući im formalno tačno određene nazive, ili pak razvrstavanje čine na drugačiji način i prema drugačijim merilima.⁶

S druge strane, istine radi, nije teško utvrditi koje bi se strane javnobeležničke isprave smatrale javnobeležničkim zapisima u smislu našeg ZJB, s obzirom na to da je data jasna zakonska definicija da su to isprave o pravnim poslovima i izjavama volje. Međutim, sasvim je izvesno da se u obliku javnobeležničkih isprava u nekoj stranoj državi može sačinjavati širi (ili uži) krug pravnih poslova i izjava volje nego što to predviđa naše pravo. Zato se može postaviti pitanje da li se strane javnobeležničke isprave koje bi mogle predstavljati javnobeležničke zapise u smislu opšte definicije iz čl. 6 našeg ZJB, a koje sadrže pravne poslove ili izjave koje ne mogu biti sačinjene u obliku javnobeležničkog zapisa prema našem pravu, mogu izvršiti u Srbiji? Da bismo izbegli ovakve probleme, smatramo da ZJB treba da govori o izvršenju stranih javnobeležničkih isprava bez ikakve njihove specifikacije (naročito ne prema domaćem pravu) i, pri tom, kao “ključnu smetnju” za njihovo izvršenje predvidi ustanovu javnog poretka.

2) Uslov da se strani javnobeležnički zapis ne sme odnositi na prava koja su u suprotnosti s pravnim poretkom Republike Srbije nije dovoljno jasan. Zakonodavac je verovatno ovde mislio na javni poredak kao ustanovu međunarodnog privatnog prava (u suprotnom bi došlo do “nerazumnog” proširenja kruga stranih isprava koje se ne mogu izvršiti). Međutim, nije dovoljno u čl. 8 st. 3 ZJB “pravni poredak” zameniti terminom “javni poredak”. Naime, ako se navede da se strana javnobeležnička isprava ne sme odnositi “na prava koja su u suprotnosti sa domaćim javnim poretkom”, imaju se u vidu samo “meritorne karakteristike (dejstva)” strane javnobeležničke isprave, dok su potpuno zanemarene njene “procesnopravne karakteristike”, tj. da se ona sačinjava i izdaje u odgovarajućem postupku u stranoj državi, te da može doći do povreda pravila ovog postupka koje ujedno mogu predstavljati i povredu našeg “procesnog” javnog poretka. Prema tome, smatramo da je zakonodavac morao na jasan i nedvosmislen način da predvidi povredu javnog poretka kao smetnju za izvršenje strane javnobeležničke isprave, tako da u ZJB treba da stoji da se strane javnobeležničke isprave neće izvršiti “ako je njihovo izvršenje u suprotnosti sa javnim poretkom RS”. Na ovaj način bi se jasno istaklo da je reč o javnom poretku kao ustanovi međunarodnog privatnog prava i da njegovu eventualnu povredu treba

ispitivati kako u pogledu prava na koja se isprava odnosi, tako i u pogledu “procesnih karakteristika” isprave.

3) Prema našem mišljenju, uslov da strana javnobeležnička isprava treba da sadrži sve elemente za izvršenje koje predviđa naše pravo jeste prestrog. Smatramo da je dovoljan uslov da strana javnobeležnička isprava bude izvršna prema pravu države porekla. To bi bilo u skladu sa savremenim tendencijama u evropskom i uporednom međunarodnom privatnom pravu. Uslov javnog poretka i uslov uzajamnosti su sasvim primereni i dovoljni.

Automatsko priznanje i izvršenje

Zakon o javnim beležnicima nije uredio poseban postupak za priznanje i izvršenje niti je spomenuo sprovođenje bilo kakvog postupka u tom smislu, pa se može nedvosmisleno zaključiti da je naš zakonodavac usvojio tzv. princip automatskog priznanja i izvršenja stranih javnobeležničkih isprava. Prema tome, za upotrebu stranih javnobeležničkih isprava na teritoriji Republike Srbije nije potrebno prethodno sprovesti postupak egzekviture u kome bi se ovim ispravama posebnom odlukom priznala dejstva, odnosno u kome bi se strana javnobeležnička isprava oglasila izvršnom (tj. priznalo dejstvo izvršnosti). Uslove koji moraju biti ispunjeni da bi one proizvele dejstva u našoj zemlji ispituje domaći organ (sud ili upravni organ) u redovnom postupku u kome se strana javnobeležnička isprava upotrebljava (parnični, vanparnični ili upravni postupak).

Kada je reč o izvršenju strane javnobeležničke isprave, zainteresovana stranka direktno podnosi predlog za izvršenje nadležnom izvršnom sudu u Srbiji koji u postupku izvršenja ispituje uslove za priznanje i izvršenje predviđene u ZJB (odlučuje o priznanju i izvršenju kao o prethodnom pitanju). Zakon o izvršenju i obezbeđenju Srbije (ZIO)⁷ predviđa posebna pravila za izvršenje strane izvršne isprave u čl. 7 i 21, koja bi se primenjivala i na strane izvršne javnobeležničke isprave. Rok za odlučivanje o predlogu za izvršenje je ovde duži i iznosi 30 dana od dana podnošenja predloga.

Na kraju, valja istaći da ZJB ne zabranjuje zainteresovanoj stranci da nadležnom domaćem sudu u vanparničnom postupku, a u skladu sa čl. 86 st. 3 i 101 Zakona o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja⁸ (ZRSZ), podnese predlog za priznanje strane javnobeležničke isprave koja je, prema pravu države porekla, izjednačena sa sudskom odlukom.

⁶ Zakon o notarima FBiH kao vrste notarskih isprava predviđa isprave nastale notarskom obradom, notarske overe i notarske potvrde. Ovaj zakon pod notarski obrađenom ispravom podrazumeva isprave koje su prema našem zakonu obuhvaćene i javnobeležničkim zapisima i javnobeležničkim zapisnicima.

⁷ Zakon o izvršenju i obezbeđenju (ZIO), *Službeni glasnik RS*, br. 31/2011, 99/2011 – dr. Zakon i 109/2013 – odluka US.

⁸ Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja (ZRSZ), *Sl. list SFRJ*, br. 43/82 i 72/82 - ispr., *Sl. list SRJ*, br. 46/96 i *Sl. glasnik RS*, br. 46/2006 – dr. Zakon.

Odnos čl. 8 ZJB sa ZRSZ (ZMPP)

Ako je strana javnobeležnička isprava izjednačena u dejstvima sa sudskom odlukom prema pravu države porekla, da li se tada primenjuje čl. 8 ZJB ili odredbe ZRSZ? ZJB je *lex specialis* u odnosu na ZRSZ, tako da njegova pravila imaju prednost u odnosu na pravila o priznanju i izvršenju stranih sudskih odluka iz ZRSZ. To je razlog više da pravila o priznanju i izvršenju stranih javnobeležničkih isprava budu jasnije i preciznije formulisana. Međutim, već smo izneli stav da ZJB ne isključuje u potpunosti ZRSZ, pošto ne postoji zapreka da se pravila postupka o priznanju iz ZRSZ primene i na priznanje strane javnobeležničke isprave, ako zainteresovana stranka to želi.

S druge strane, može se postaviti pitanje da li je odredbama o priznanju i izvršenju stranih javnobeležničkih isprava mesto u ZJB ili možda u ZRSZ, odnosno zakonu koji uređuje međunarodno privatno pravo (ZMPP)? Prema našem mišljenju, njihovo mesto je u ZMPP-u, jer one moraju u određenoj meri biti komplementarne odredbama o priznanju i izvršenju stranih sudskih odluka.

Zaključak

Nema sumnje da odredbe čl. 8 ZJB o priznanju i izvršenju stranih javnobeležničkih isprava treba menjati. Ključne promene bi se ogledale u jasno formulisanom uslovu zaštite javnog poretka kao ustanove međunarodnog privatnog prava i određivanju pojma strane javnobeležničke isprave. Pored toga, smatramo da priznanje i izvršenje stranih javnobeležničkih isprava treba da bude uređeno u zakonu o međunarodnom privatnom, a ne u ZJB. S obzirom na to da se u Srbiji uveliko radi na izradi nacarta novog Zakona o međunarodnom privatnom pravu, mišljenja smo da bi odredbe o ovom pitanju morale naći svoje mesto u konačnom tekstu ovog nacarta. Štaviše, smatramo da je potrebno formulisati pravila o priznanju i izvršenju koja bi važila ne samo za strane javnobeležničke isprave, već za sve strane javne isprave, jer treba imati u vidu da u nekim stranim zemljama određene javne isprave donose sudovi i da one, iako ne predstavljaju sudske odluke, proizvode određena dejstva čije bi se priznanje moglo postaviti u našoj zemlji.⁹ Uostalom, propisivanje

jedinstvenih pravila o priznanju i izvršenju za strane javne isprave (bez njihovog diferenciranja) predstavlja savremeni trend u evropskom međunarodnom privatnom pravu (vidi npr. Brisel I uredbu,¹⁰ Brisel I Rekast,¹¹ Uredba o nasleđivanju¹²). Zato je neophodno izvršiti detaljnu analizu kako bi se na ozbiljan način pristupilo uređenju ovog značajnog pitanja.

Dr. Slavko Đorđević

Ein kurzer kritischer Blick auf die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer notarieller Urkunden nach dem Notargesetz Serbiens

(Zusammenfassung)

In dem Beitrag kritisiert der Autor die Bestimmungen des Art. 8 des Notargesetzes Serbiens, der die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer notarieller Urkunden regelt. Der Autor vertritt die Ansicht, dass diese Bestimmungen unvollständig und unklar sind und ernsthafte Probleme bei der Anwendung hervorrufen können. Der serbische Gesetzgeber hat es zunächst versäumt, den Begriff der ausländischen notariellen Urkunde, die für eine Anerkennung und Vollstreckung geeignet ist, zu definieren. Außerdem hat er aus nicht nachvollziehbaren Gründen die Verletzung des ordre public nicht als Hindernis der Anerkennung vorgesehen. Bezüglich der Vollstreckung sieht der Gesetzgeber die Unvereinbarkeit mit der serbischen Rechtsordnung als Vollstreckungshindernis vor: Dies ist ein ernsthafter Fehler, der zur Erweiterung des Kreises der ausländischen notariellen Urkunden, die nicht vollstreckt werden können, führen könnte. Der Autor ist der Auffassung, dass diese Bedingung als Verletzung des ordre public ausgelegt werden sollte, da dies weitaus sinnvoller erscheint. De lege ferenda sollte geregelt werden, dass ein ausländischer Akt nicht vollstreckt werden kann, wenn die Vollstreckung dem einheimischen ordre public widerspricht. Abschließend stellte der Autor fest, dass die Bestimmungen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer notarieller Urkunden revidiert werden müssten und dass ihr Platz nicht im Notargesetz, sondern im Gesetz, das das internationale Privatrecht regelt, ist.

⁹ Na primer, u Nemačkoj i Švajcarskoj ostavinski sudovi donose tzv. potvrde o nasleđivanju (*Erbschein* odnosno *Erbbescheinigung*) koje predstavljaju javne isprave koje imaju dokazna i legitimaciona dejstva – na osnovu ove isprave jedno lice se legitimše kao naslednik i može zahtevati predaju stvari ili upis prava svojine na nepokretnostima koje ulaze u zaostavštinu (tj. koje je nasledio).

¹⁰ Art. 57–58 Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, OJ L 12, 16/01/2001, p. 1–23

¹¹ Art. 58–60 Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast), OJ L 351/1, p. 1–32.

¹² Art. 59–60 Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession, OJ L 201/107.

Propisi i materijali

Uvod u upravne propise u vezi s vrednovanjem rada sudija u Nemačkoj

Dr. Gerd Heinrich Kemper*

Uvodna napomena redakcije:

U jedan od najosetljivijih zadataka u oblasti pravosuđa spada vrednovanje rada sudija koje je relevantno posebno u vezi sa izborom na višu funkciju. U ovoj oblasti nemačko pravo postupa na drugačiji način nego mnoga prava na području distribucije NPR: dok se u regionu ovakva vrednovanja ("evaluacije") vezuju pre svega za brojčane pokazatelje (naročito za broj zaključenih predmeta) kao tzv. "čvrste faktore", u Nemačkoj značajnu ulogu imaju "meki faktori" kao što je socijalna kompetentnost. Prevod upravnih propisa Savezne pokrajine Severna Rajna-Vestfalija u vezi s vrednovanjem rada sudija i javnih tužilaca, koje objavljujemo u nastavku, pruža nam uvid u nemački sistem. Uvodni komentar ovih propisa sačinio je dr Gerd Hajnrih Kemper, koji u toku svoje karijere ne samo da je i sam bio ocenjivan kao sudija, već je u svojstvu predsednika Ustavnog suda Savezne pokrajine Zaksen-Anhalt i Višeg upravnog suda u Magdeburgu i sam sačinjavao ocene rada sudija tih sudova.

I. Uvod**1. Pravna priroda i sadržaj upravnih propisa, čiji je prevod objavljen u nastavku**

Upravni propisi, čiji je prevod objavljen u nastavku, a koji su vezani za vrednovanje rada sudija i javnih tužilaca, zajedno sa propisanim kriterijumima objavljenim u prilogu, sadrže pravne norme koje državni organi i administracije sudova moraju da poštuju prilikom utvrđivanja kvalifikovanosti sudija i javnih tužilaca. Kako se radi o upravnim propisima, oni, za razliku od zakona i uredaba, imaju samo *interno obavezujuće dejstvo*. Lica čiji se rad vrednuje ne mogu da iz ovih propisa neposredno izvode svoja prava. Posredno, ove odredbe su za lica na koja se odnose relevantne utoliko što odstupanje od tih odredaba ili njihovo nepoštovanje predstavljaju kršenje načela jednakosti protiv kojeg postoji pravo obraćanja sudu, jednako kao što konačne ocene na osnovu vrednovanja rada generalno mogu da se napadaju, a i napadaju se, na sudu.

Zahtevani profili odražavaju kriterijume koji moraju da se uzimaju u obzir prilikom izbora novih sudija, prilikom vrednovanja njihovog rada koje se sprovodi po isteku određenih rokova, te, konačno, prilikom eventualnog predstojećeg izbora na višu funkciju. Pošto prilikom izbora na višu funkciju po pravilu za tu funkciju konkuriše više

lica, a kandidati koji tom prilikom ne budu izabrani često koriste svoje pravo da se obrate sudu, rezultati vrednovanja u takvim slučajevima imaju veoma važnu ulogu.

Na prvi pogled je uočljivo da su propisani kriterijumi formulisani veoma uopšteno i neprecizno. Time je otežano i precizno vrednovanje. Uz sve to, i sami upravni propisi označavaju ove kriterijume kao kriterijume koji *"nisu ni konačni ni obavezujući u smislu jednog taksativnog spiska"*, što dodatno otežava vrednovanje rada pojedinca.

2. Argumenti u prilog "mekim kriterijumima"

Bilo bi sigurno mnogo jednostavnije kada bi se vrednovanje sprovodilo u skladu s nekom brojčanom statistikom, npr. prema ocenama koje su lica čiji se rad vrednuje postigla na pravosudnom ispitu, a koje često odražavaju razmere njihovog poznavanja prava, ili, pak, u slučaju izbora na višu funkciju, prema broju zaključenih predmeta. Pošto je već i univerzitetsko pravno obrazovanje, kao i pravno obrazovanje u okviru pripravničkog staža, za razliku od obrazovanja u drugim oblastima kao što su npr. sociologija ili ekonomija, u velikoj meri usmereno na analizu i rešavanje slučajeva, a taj način rada je od posebnog značaja upravo u sudijskom pozivu, stiče se utisak da je ocena s pravosudnog ispita posebno važna i adekvatna kao kriterijum prilikom izbora sudije koji se prvi put bira.

No, u isto vreme, ocena sa pravosudnog ispita ne sme da bude odlučujući kriterijum ni prilikom prvog izbora, a pogotovo ne prilikom kasnijeg vrednovanja ili izbora na

* Autor je bivši predsednik Ustavnog suda Savezne pokrajine Zaksen-Anhalt i Višeg upravnog suda u Magdeburgu u penziji.

višu funkciju: za funkciju sudije pri nekom osnovnom sudu na selu samo ukazivanje na to da je kandidat i na završnom i na pravosudnom ispitu dobio ocenu “dobar”¹, te da je pored toga imao praksu na Harvardu, po sebi nije dovoljno da nekoga kvalifikuje za tu funkciju.

Osim toga, način i kriterijumi ocenjivanja su često relativni: ocene na kojima se u mnogo slučajeva nezvanično zasniva odluka o tome ko će da bude izabran na neku funkciju neretko pokazuju dosta međusobnih odstupanja: generalno, za funkciju u okviru pravosudnih organa preduslovom se smatra ocena “potpuno zadovoljava”, postignuta na pravosudnom ispitu. S druge strane, tokom obnove strukture pravosudnih organa u istočnom delu Nemačke posle ponovnog ujedinjenja često je i ocena “zadovoljava” bila dovoljna, iz prostog razloga što nije bilo dovoljno kandidata, a mesta su i pored toga morala da se popune. Napomenimo usput da su se kandidati, koji su, gledajući isključivo po ocenama sa pravosudnog ispita, imali lošije kvalifikacije, najčešće dobro pokazivali u praksi i da su svoju sudijsku funkciju vršili na sasvim zadovoljavajući način, što još više doprinosi naknadnoj relativizaciji njihovih ispitnih ocena.

Posle spajanja upravnih sudova Berlina i Brandenburga često se prilikom vršenja redovnog vrednovanja rada sudija isticala zamerka da su ocene u Berlinu mnogo blaže nego u Brandenburgu. Zbog toga je izvršeno ponovno vrednovanje rada svih sudija pri upravnim sudovima, da bi krajnji ishod i tog ponovnog vrednovanja bio gotovo isti. Ova okolnost nam pokazuje da, slično kao kod propisanih kriterijuma, ni kod ocena nisu od presudne važnosti njihova definicija i opis, već praksa koja je uobičajena u organima pravosuđa. Posle ovoga su za potrebe vrednovanja prilikom izbora na višu funkciju, kada postoji neophodnost upoređivanja kandidata, ustanovljeni različiti kriterijumi za Berlin i Brandenburg.

3. Vrednovanje isključivo na osnovu brojčanih pokazatelja i moguće posledice

Drugačiji osnov vrednovanja, koje se orijentiše isključivo u skladu s brojčanim pokazateljima, doživio sam kao predsednik Višeg upravnog suda Savezne pokrajine Saksen Anhalt. Ministarstvo pravde je stalno zahtevalo da se kvartalno dostavljaju tzv. *statistički izveštaji* za svakog sudiju pojedinačno. Te statistike su sadržavale sve brojčane pokazatelje iz delokruga svakog pojedinačnog sudije,

¹ Napomena redakcije: Nemački sistem ocenjivanja, koji važi za pravnike, strancima, ali i Nemicima koji nisu pravnici, teško je razumljiv. Osnovni uzrok za ovo je u tome što ogromna većina apsolvata pokazuje rezultate koji su ispod granice koja je potrebna za ocenu “zadovoljava”, a najbolje ocene daju se izuzetno retko. Ocenu “vrlo dobar” u proseku postigne manje od 0,1% svih apsolvata. Ocenu “dobar” dobije 2-3% apsolvata. A ocenu koja se pominje dalje u tekstu, “potpuno zadovoljava”, dostigne u proseku 10% apsolvata. Upor. o ovome NPR 1/2 2010, str. 64 i dalje.

vezane za pokrenute postupke, postupke u toku i okončane postupke, udeo okončanih postupaka na mesečnom nivou, i mnoge druge podatke. Ti brojčani podaci trebalo je da posluže kao osnov za “rangiranje” sudija i sudova, ali i kao osnov za prigovore i za izbor na višu funkciju. Pošto sam strahovao da će Ministarstvo ove brojčane pokazatelje uzeti kao jedini ili preovlađujući kriterijum prilikom vrednovanja rada sudija, a, osim toga, pribojavao sam se da to ne rezultira prevelikim pritiskom na sudije u smislu što bržeg okončanja postupaka, a koji teško da je spojiv sa nezavisnošću svakog pojedinačnog sudije, odbio sam da statističke izveštaje predočavam Ministarstvu pravde. Posle dugačkih rasprava, koje su vođene i u kabinetu šefa pokrajinske vlade, došlo se konačno do kompromisa: vođena je evidencija, ali izveštaji nisu dostavljani Ministarstvu, već sam ih ja čuvao pod ključem. Prilikom izbora na višu funkciju, o kojem sam ja pre toga morao da napišem izveštaj, ovi brojčani podaci su uzimani u obzir, ali sam ja uvek dodavao uz njih i svoj komentar u vezi s tim kako je u pojedinačnom slučaju došlo do tih brojčanih rezultata. Jasno je, naime, da sudija koji mesecima obrađuje neki obiman predmet vezan za slučaj aerodroma ne može na kraju da pokaže iste brojčane rezultate kao neki drugi sudija koji je u istom tom vremenskom periodu obrađivao tzv. masovne predmete, npr. u vezi sa prijemom studenata na fakultete za koje postoji *numerus clausus*, ili sa odobravanjem azila, pri čemu ovde apsolutno nije reč o kvalifikovanosti jednog ili drugog sudije.

4. Zadatak sudije kao pozadina kriterijuma za vrednovanje

Klaus Renert (Rennert), potpredsednik Saveznog upravnog suda, opisuje suštinu rada sudija na sledeći način: “... zadatak je sudije, da u sporu, koji pred njega iznesu strane u postupku, u okviru jednog fer postupka i nezavisno, te u skladu sa pravnom normom koja obavezuje obe strane, donese odluku i uspostavi pravni mir” (JZ 2013, 297). Lične osobine koje su za to potrebne sežu od sposobnosti da se razume pismeni podnesak i saslušanje u okviru usmenog pretresa, preko razjašnjavanja eventualnih pitanja sa učesnicima u postupku, spremnosti na očuvanje distance, posvećenosti zakonu i pravdi, pa sve do hrabrosti, odlučnosti i jasnoće u odlučivanju kakvo u napred navedenom citatu detaljno opisuje Renert. Takve osobine ne mogu da se izmere i izraze brojem, pa stoga ne mogu ni da se opišu u jednoj ili dve reči. Iz tih razloga je teže da se formulišu “meki” kriterijumi vrednovanja, ali je to zarad vršenja sudske prakse i vrednovanja lica koja tu praksu vrše nezaobilazno.

5. Različite sudijske funkcije – različiti profili – različiti kriterijumi

Situacija se dodatno komplikuje time što konkretne sudijske funkcije zahtevaju različite propisane kriterijume. Postoje, kao što smo već napred nagovestili, odeljenja

pri sudovima koja se bave obimnim predmetima, kao i odeljenja koja obrađuju masovne predmete. Ovde nije u pitanju samo razlika između rezultata u pogledu okončanja postupka i zaključenja slučaja, već se i kriterijumi koje sudije moraju da ispune međusobno razlikuju. U prvom slučaju traže se temeljitost i, kod komplikovanih pravnih pitanja, sklonost ka naučnom pristupu, a u drugom slučaju smisao za organizaciju i strukturisanje. U vreme kada sam ja bio biran u Savezni upravni sud, moje veće se nije bavilo sofisticiranom sudskom praksom vezanom za neke pravne kontroverze, već je imalo zadatak da savlada veliki broj postupaka vezanih za odobravanje azila koji su u to vreme rešavani pred Saveznim upravnim sudom. Bilo je perioda kada sam donosio i po 60 rešenja dnevno. Neke kolege su se pitale da li to uopšte može da se nazove sudskom praksom, ali, bez obzira na to, posao je morao da bude obavljen.

Potreba da kvalifikacije nekog sudije budu u skladu sa poslom koji ga očekuje u okviru njegovog odeljenja opravdava potrebu da se u postupak odlučivanja o izboru uključi predsednik suda, pa i predsedavajući veća u kojem bi sudija trebalo da radi. Istina je da krajnju odluku o izboru donose ministar ili komisija za izbor i imenovanje sudija, ali i pored toga ova odluka ne bi trebalo da se donosi bez saglasnosti ili, u najboljem slučaju, na predlog predsednika suda. Na taj način će u ovom postupku, pored propisanih objektivnih kriterijuma, na značaju dobiti i subjektivni kriterijumi, npr. ocena da li se sudija uklapa u veće u čiji rad treba da se uključi, te da li postoji njegova spremnost da se uklopi u to veće i u sud uopšte. Upravni propis ovo uzima u obzir tako što izričito propisuje da se vrednovanje "oslanja i na lični utisak lica koje, kao neposredni pretpostavljeni, vrši ocenjivanje" (Br. I 2).

Naravno, ovo ne sme da dovede do precenjivanja prikazane relativizacije propisanih objektivnih kriterijuma zbog konkretnih zahteva mesta na koje se konkuriše. Pogotovo mlade sudije u Nemačkoj koji su prvi put izabrane i nalaze se na početku karijere nisu već time što su primljeni u sud dobili unapred definisano sistematizovano radno mesto. Oni ne samo da imaju mogućnost, već bi i trebalo, da se tokom probnog radnog odnosa u trajanju od najmanje tri godine angažuju na različitim pozicijama u okviru pravosuđa, po mogućstvu i u sudskoj administraciji, u ministarstvu, a sudije upravnih sudova i u javnoj i opštinskoj upravi. Na samom početku još uvek nije moguće da se tačno definiše njihov konačni angažman. Preterano vezivanje za određeni način rada bi u velikoj meri negativno uticalo na njihovu mogućnost angažovanja u raznim oblastima, što bi imalo loš efekat po njih same. Zahtevana fleksibilnost nalaže da propisani kriterijumi ostanu u velikoj meri opšti i objektivni. Sudije koje imaju iskustva u personalnim pitanjima imale bi ovo svakako u vidu i bez posebnog ukazivanja na to.

6. Nezavisnost sudija i vrednovanje rada sudija

Kod sudija je vršenje njihove funkcije obeleženo osobenošću da oni svoje oduke, ali i sve ostale profesionalne aktivnosti, zasnivaju na načelu *nezavisnosti*. To znači da oni ne podležu nikakvim instrukcijama, tako da, za razliku od javnih tužilaca (upor. *Propisani kriterijumi za sudije i javne tužioce*, str. 58 br. 7), za njih ne može da se zahteva da ispunjavaju kriterijum pouzdanosti prilikom izvršenja naloga. Pretpostavke za nezavisnost jesu samostalnost i odgovornost. Još mi je živo u sećanju da su pre dvadeset godina sudije koje su prvi put birane odmah na početku vršenja svoje funkcije dobijali ročišta na osnovnom sudu, i morali su, bilo kao sudije pojedinci, bilo, u slučaju da se radi o krivičnom veću, zajedno s još dvoje sudija porotnika koji nisu bili pravnici, da ispunjavaju svoje zadatke. Sigurno je da bi oni u tom trenutku voleli da je uz njih još jedan sudija kojeg bi mogli da pitaju za savet ako dođu u situaciju da ne znaju šta da rade. Ali, bili su sami. Veoma je teško da se unapred proceni ili čak vrednuje njihovo ponašanje u takvoj situaciji. Danas su okolnosti nešto drugačije, pošto se sudije koje su prvi put izabrane na početku najčešće angažuju u okviru jednog od veća višeg suda, zajedno sa predsedavajućim veća i još jednim sudijom koji mogu da mu priteknu u pomoć. Ali i u ovom slučaju praktični aspekt vršenja funkcije za njih je još uvek nepoznanica.

Pružanje pomoći tek izabranom sudiji nimalo ne utiče na činjenicu da će on kasnije morati da svoj rad u velikoj meri organizuje samostalno. Sudija je nezavisan, i to ne samo kod donošenja odluke o tome da li da odbije ili prihvati tužbu. Predsedavajući nema pravo da mu upućuje zamerke oko toga. On takođe nema pravo da mu prigovara da odluka koju je sam doneo ili koju je predložio veću pogrešna. Shodno tome, ispravnost odluke ne može da bude predmet vrednovanja. U suštini nisu dopuštene ni formulacije kao npr. "odluke sudije o kojem je reč retko podležu reviziji". Naime, ovakve formulacije na posredan način vrednuju ispravnost donetih ili predloženih odluka i stvaraju osnov za kvalifikaciju sudije koji je te odluke predložio.

Nezavisnost sudijske funkcije obuhvata i način organizacije njegovog rada. Sudija odlučuje o tome u kojem je trenutku predmet koji se obrađuje u njegovom odeljenju zreo za pretres ili odlučivanje.

7. Brzina obrade predmeta i nezavisnost sudijske funkcije

U slučaju *presporog obrađivanja predmeta* mogući su konflikti s predsedavajućim i sa sudskom administracijom koji mogu da se odraze na rezultat vrednovanja. Ukoliko do odugovlačenja kod zakazivanja termina dođe zbog toga što sudija radi izuzetno savesno i temeljno, pa detaljno pretražuje sudsku praksu i literaturu u vezi s pitanjem o kojem je reč, to do određene granice može da se toleriše. Ukoliko se, međutim, stekne utisak da sudija jednostavno ne radi dovoljno, to već može da predstavlja povod da se

preduzmu određeni koraci. Ali uzimanje u obzir ovakvih okolnosti prilikom vrednovanja u sebi krije i određene opasnosti: u Br. II 3 naredbe Ministarstva pravosuđa o vrednovanju rada sudija i javnih tužilaca izričito se ukazuje na to: "Kod vrednovanja rada sudija potrebno je da se vodi računa o ograničenjima koja proizlaze iz §§ 25, 26 Saveznog zakona o sudijama". Tamo je u § 26 stav 1 Saveznog zakona o sudijama navedeno da je službeni nadzor nad sudijama moguć samo ukoliko se time ne ugrožava njegova nezavisnost. Službeni nadzor se dalje u stavu 2 precizira u tom smislu što stav 2, uz ograničenja iz stava 1, obuhvata i ovlašćenje da se "ukaže na neuredno izvršavanje poslova iz službenog delokruga i da se uputi opomena radi urednog i blagovremenog obavljanja poslova iz službenog delokruga". Time za problematiku neizvršenja ili odugovlačenja u pogledu okončanja postupka nije jasno postavljena granica između nezavisnosti sudijske funkcije i službenog nadzora. Situaciju otežava i to što svaki sudija ima pravo da se samim pozivanjem na tvrdnju da neka mera ugrožava nezavisnost njegove funkcije obrati disciplinskom sudu za sudije, za koji je poslednjoj instanci nadležan Savezni vrhovni sud. Ovaj sud je u prošlosti donosio odluke koje su, kada je u pitanju bila nezavisnost sudijske funkcije, itekako bile naklonjene sudijama. Kada bi u mom sudu dolazilo do odugovlačenja u obradi predmeta, nisam bio sklon tome da izričem formalne opomene u smislu §§ 25 f. Saveznog zakona o sudijama, koje su često ostavljale utisak disciplinske mere. Radije sam se ograničavao na to da u razgovoru u četiri oka lično pitam sudiju šta je razlog odugovlačenja i da ga zamolim da sam predloži načine na koje bi ovaj problem mogao da se reši. Ovakvo postupanje najčešće je rezultiralo uspehom. Ponekad je bilo moguće da se problem odugovlačenja reši i tako što bi se predmet uz pomoć sudskog prezidijuma uputio na obradu drugom veću, a u nekim slučajevima, uredbom, i drugom sudu.²

8. Značaj socijalne kompetentnosti (umesto brojčane statistike)

Još veći problem predstavlja uključivanje socijalne kompetentnosti u ukupnu ocenu. Da li spremnost na timski rad, komunikativnost, sposobnost rešavanja konflikata i posredovanja, te orijentisanost ka pružanju usluga mogu precizno da se izmere kod čoveka generalno i kod sudije konkretno, i da li je to uopšte potrebno za

njihovu kvalifikaciju? Jedan kolega, koji je prešao iz administracije u Savezni upravni sud, jednom prilikom mi se požalio da sam sebi izgleda kao pustinjač koji radi u izolaciji. Ukoliko se glavni zadatak sudije vidi u tome da on dostavi mišljenje u postupku koji treba da se okonča predlogom sudske odluke, onda takvu vrstu posla sudija zaista i obavlja samostalno i individualno. Za razliku od državnih službenika zaposlenih u nekom ministarstvu, komunikacija je ovde svedena na minimum. Ovo u izvesnoj meri predstavlja i odraz nezavisnosti sudijske funkcije koja za posledicu ima razgraničavanje sopstvenog posla od onoga što rade drugi. Uz sve to, pri osnovnim sudovima radne zadatke obavlja u prvom redu jedan sudija, a slično je i pri višim sudovima, gde sudije sve češće odlučuju ne u okviru veća, već kao sudije pojedinci.

Istovremeno, međutim, ova samostalnost sudije, koja se nekada graniči sa izolovanošću, zahteva ipak jedan minimum spremnosti na komunikaciju, ukoliko želimo da sud funkcioniše kao celina. Sudije osnovnih sudova o predmetima ne odlučuju samo na osnovu akata, već ako postoji želja strana u postupku, i na osnovu usmenog pretresa za koji je neophodna komunikacija usmerena na strane u postupku i njihove advokate. Učestvovanje sudija porotnika, koji nisu pravnici po obrazovanju, u krivičnim predmetima nalaže da sudija izvestilac na razumljiv i prihvatljiv način objasni svoje mišljenje vezano za predlog odluke. Interno, u okviru samog suda, svaki sudija mora da bude spreman na kompromise prilikom raspoređivanja predmeta i da bude spreman da prihvati odluke prezidijuma. Zamenjivanje kolega koji se nalaze na godišnjem odmoru i zakazivanje pretresa zahtevaju da postoji saglasnost među kolegama. Takođe je potrebno da postoji dobra komunikacija sa daktilo-biroom, ukoliko želimo da se pretres uspešno odvija. Pored toga, skoro svaki sudija mora da obavlja i zadatke vezane za administraciju, kao i zadatke vezane za obuku, što sve zahteva sposobnost i spremnost na komunikaciju. Konačno, socijalna kompetentnost se u još većoj meri zahteva kod izbora na funkciju predsedavajućeg veća ili predsednika suda. To su takođe razlozi zbog kojih ovi kriterijumi ne smeju da se izostave prilikom redovnog vrednovanja rada sudija. Međutim, teško je proceniti socijalnu kompetentnost. Ona se često razvija vremenom, a na nju mogu da utiču međuljudski odnosi i opšta atmosfera u sudu.

Kod kriterijuma za izbor na višu funkciju je naročito vidljivo da brojčana statistika, npr. radni staž ili ocena postignuta na pravosudnom ispitu, ne mogu da imaju presudnu ulogu kod odlučivanja, pošto prevagu dobijaju neke druge kvalifikacije koje je sudija pokazao tokom vršenja svoje funkcije. Nije neophodno da se za izbor na višu funkciju povećava obim poznavanja prava, dovoljno je da se predsedavajući sudija odlikuje dobrim uvidom u pravni položaj, uvidom koji je stekao na osnovu praktičnog iskustva, kao i osećajem za primenu odgovarajućih kriterijuma u rešavanju slučaja. Uzgred, ne samo da je

² Napomena redakcije: U Nemačkoj zbog načela iz člana 101 Osnovnog zakona, odnosno prava na nezavisnog i nepristrasnog sudiju određenog po zakonu, postupak može da se prebaci na drugo veće samo na osnovu rešenja takozvanog sudskog prezidijuma, a u nekim slučajevima čak i isključivo na osnovu uredbi. Raspoređivanje predmeta po većima vrši se, naime, samo na osnovu unapred zaključenog plana raspodele predmeta. Dodela već "raspodeljenog" predmeta – npr. od strane predsednika suda – bila bi, prema tome, neustavna zbog povrede načela kojim se garantuje pravo na nezavisnog i nepristrasnog sudiju određenog po zakonu.

propisano, već se i preporučuje da predsedavajući veća, pa čak i predsednik suda (upor. § 21e stav 1 reč. 3 Zakona o ustrojstvu sudova), i dalje obavljaju zadatke iz delokruga sudija. Što se mene lično tiče, ja sam i kao predsednik suda insistirao na tome da u ograničenom obimu obavljam delatnost izvestioca u nekim postupcima, ako ništa drugo, da bih pokazao šta je to što očekujem od drugih.

9. Kriterijumi za rukovodeće funkcije u sudovima

Rukovodeće funkcije, kao što su predsedavajući veća i predsednik suda, zahtevaju, upravo u odnosu na sudije koje svoju funkciju obavljaju nezavisno, naročit senzibilitet i fleksibilnost. Delegiranje zadataka saradnicima u okviru veća, odnosno suda u celini, nešto je što se uči vremenom. S druge strane, ljudi na rukovodećim funkcijama moraju da budu u stanju da snažno zastupaju interese svojih saradnika u odnosu na rukovodstvo suda, odnosno nadležno ministarstvo. Predsednik suda mora dobro da poznaje hijerarhiju u okviru svoje kuće, da bude u stanju da angažuje saradnike na pravi način i integriše podmladak. Nabrojane sposobnosti teško mogu da se primene ili pokažu pre izbora na višu funkciju. Prilika za to je obavljanje funkcije privremenog ili stalnog zamenika sudije na višoj funkciji.

Vrednovanje rada sudija i javnih tužilaca

Naredba Ministarstva pravosuđa od 2. maja 2005. godine (2000 – Z. 155)

– Glasnik Ministarstva pravosuđa
Savezne države Severna Rajna – Vestfalija, str. 121. i dalje

Na osnovu §§ 4 stav 1 reč. 1 Zakona savezne države o sudijama, 104 stav 1 Zakona savezne države o državnim službenicima određuje se sledeće:

I.

Ova naredba primenjuje se na vrednovanje rada sudija redovnih sudova, upravnih sudova, finansijskih sudova, sudova za sporove iz oblasti radnih odnosa i sudove za sporove iz oblasti socijalne zaštite, kao i javnih tužilaca savezne države Severna Rajna – Vestfalija.

II.

1. Vrednovanje rada predstavlja osnov za donošenje kadrovskih odluka; ono služi za ostvarivanje načela napredovanja u službi u zavisnosti od rezultata. Zbog toga se posebna pažnja poklanja ocenjivanju dostojnosti, sposobnosti i stručnim rezultatima. Od naročitog je značaja da se dobije potpuna i tačna slika ličnosti onoga čiji se rad vrednuje i da se ta slika verno predstavi.

2. Vrednovanje rada sudija i javnih tužilaca oslanja se i na lični utisak lica koje, kao neposredni pretpostavljeni, vrši ocenjivanje.

3. Kod vrednovanja rada sudija potrebno je da se vodi računa o ograničenjima koja proizlaze iz §§ 25, 26 Saveznog zakona o sudijama.

III.

1. Rad sudija i javnih tužilaca ocenjuje se:
 - a) prilikom svakog konkurisanja na prvu funkciju ili na višu funkciju;
 - b) iz razloga privremenog raspoređivanja na drugo radno mesto ili odsustva u trajanju dužem od tri meseca, osim u slučaju da je prethodno ocenjivanje rada izvršeno u poslednjih šest meseci i da ne postoji razlog za ocenu koja bi bila drugačija od ocene date tom prilikom, kao i po okončanju takvog privremenog raspoređivanja. Ovo ne važi u slučaju raspoređivanja sudija na probnom radu unutar okruga neposrednog pretpostavljenog;
 - c) po okončanju perioda provere prilikom raspoređivanja na višu funkciju u skladu sa br. V Naredbe Ministarstva pravosuđa o proveri prilikom raspoređivanja na višu funkciju u važećoj verziji. Ovo ne važi u slučaju da je period provere prekinut pre isteka perioda od tri meseca;
 - d) prilikom premeštaja;
 - e) u redovnim vremenskim razmacima.

2. Službeno ocenjivanje rada u redovnim vremenskim razmacima vrši se:

- a) pre imenovanja na doživotnu funkciju posle šest, osamnaest i trideset šest meseci od stupanja na funkciju u okviru pravosudnog organa, a posle toga na svake dve godine,
- b) posle imenovanja na doživotnu funkciju na svake četiri godine, a prvi put u januaru 2009. godine,
- c) od ocenjivanja rada u redovnim vremenskim razmacima izuzimaju se predsednici viših sudova savezne države, glavni tužioci savezne države, kao i sudije i javni tužioci koji su navršili 55. godinu života. Sudije i javni tužioci koji su navršili 50. godinu života mogu da se na zahtev izuzmu od daljeg redovnog ocenjivanja rada. Redovno ocenjivanje rada se, osim toga, ne vrši za period provere prilikom raspoređivanja na višu funkciju u smislu Naredbe Ministarstva pravosuđa od 2. maja 2005. godine (2000 – I B. 61) – JMBL.NRW str. 136–.

3. Pored toga, sudije na probnom radu ili sudije koji još nisu izabrani na doživotnu funkciju ocenjuju se po potrebi, i to blagovremeno pre isteka rokova predviđenih u §§ 22 stav 1, 2 i 4, 23 Saveznog zakona o sudijama.

IV.

1. Ocenjivanje rada sudija i tužilaca spada u delokrug zadataka pretpostavljenog u smislu § 1 stav 1 Uredbe o nadležnostima Ministarstva pravosuđa (SGV. NRW 2030), te, pored toga, i pretpostavljenog koji je nadležan u smislu

§ 4 stav 1 br. 8 ove uredbe (supervizija ocene).

U okviru sudova koji se bave sporovima iz oblasti radnih odnosa u postupak ocenjivanja uključuje se i potpredsednik suda.

2. Za postupak ocenjivanja koristi se obrazac br. 195 (Ocena lične i stručne sposobnosti).

V.

1. Pretpostavljeni je dužan da ocenjivanje sposobnosti i rezultata rada izvrši na osnovu propisanih kriterijuma za izbor na funkciju. Propisani kriterijumi nalaze se u prilogu ove naredbe kao njen sastavni deo. Prilikom tog ocenjivanja pretpostavljeni je dužan da se izjasni o sledećim osnovnim karakteristikama:

- objektivnoj i stručnoj kompetentnosti,
- ličnoj kompetentnosti,
- socijalnoj kompetentnosti,
- liderskoj kompetentnosti,

kao i o posebnim kriterijumima vezanim za ove uslove (“podnaslovi”).

Ukoliko se u zagradaama dodatno navode drugačije formulacije osnovnih karakteristika ili kriterijuma, onda one imaju isključivo egzemplaran, a ne zaključan karakter, i daju se samo radi objašnjenja.

2. Postupak vrednovanja se zaključuje sveobuhvatnom ocenom sposobnosti i rezultata, a ta ocena može da bude:

- izvanredno
- značajno iznad proseka
- iznad proseka
- prosečno ili
- ispod proseka.

Radi mogućnosti označavanja različitih stepena unutar jedne ocene – osim u slučaju najviše ocene – koriste se oznake “ka gornjoj granici”, odnosno “ka donjoj granici”; druge ocene ili dodaci nisu dopušteni. Tekst ocene mora jednoznačno da upućuje na ukupnu ocenu i ne sme da bude usmeren na diferenciranje ukupne ocene.

3. Prilikom ocenjivanja koje se sprovodi u okviru konkurisanja za funkciju daje se, uz napred rečeno, i prognoza dostojnosti za funkciju za koju se konkuriše. Ova prognoza se daje prema merilima propisanih kriterijuma za funkciju. Stepem dostojnosti prikazuje se ukupnom ocenom, i to:

- izvanredno dostojan
- natprosečno dostojan
- veoma dostojan
- dostojan ili
- nije dostojan

Br. 2 reč. 2 i 3 shodno se primenjuju.

VI.

1. Licu čiji se rad vrednuje dostavlja se na uvid nacrt nameravane ocene i pruža mu se prilika da se usmeno

izjasni o vrednovanju koje treba da se izvrši. Ovo važi i za superviziju vrednovanja od strane pretpostavljenog, osim u slučaju da ne postoje nikakva odstupanja, ili da postoji odstupanje koje služi isključivo radi ujednačavanja kriterijuma vrednovanja. U sklopu tog razgovora prikaz rezultata, sposobnosti i napredovanja, koji pretpostavljenom treba da posluže kao osnov za ocenu, treba da se upoređi sa sopstvenom procenom lica čiji se rad vrednuje, te da se tom licu da mogućnost da sa svog stanovišta predstavi tačke koje su relevantne za vrednovanje. Pri tome moraju da se na zahtev obelodane osnove za formiranje ocene.

2. Pre uključivanja službene ocene u personalna akta licu čiji se rad vrednuje dostavlja se shodno § 104 stav 1 reč. 4 do 6 Zakona savezne države o sudijama kopija ocene uz instrukciju da postoji mogućnost da se o toj oceni razgovara sa pretpostavljenim, te uz napomenu da će po isteku roka od dve nedelje ocena biti uneta u personalna akta. Ovo važi i za supervizije ocena. Eventualni odgovor lica čiji se rad vrednuje na ocenu takođe se unosi u personalna akta.

3. Ukoliko je bilo potrebno da se radi pripreme ocena pribavljaju mišljenja u pisanoj formi, pretpostavljeni imaju pravo da ta mišljenja čuvaju samo do unošenja ocene kao i eventualnog odgovora na ocenu u personalna akta.

VII.

Prilikom vrednovanja rada lica koja rade sa skraćenim radnim vremenom potrebno je da se uzme u obzir § 13 stav 4 reč. 2 Zakona savezne države o ravnopravnosti polova, a prilikom vrednovanja rada lica sa teškim invaliditetom načela navedena u br. 10 Smernica o licima sa teškim invaliditetom u važećoj verziji.

VIII.

1. Ova naredba stupa na snagu 1. jula 2005. godine. Istovremeno se ukidaju Naredba od 20. januara 1972. godine (2000 – I B. 155) – JMBl. NRW S. 38 – i 8. novembra 1974. godine (2000 – I B. 155) – JMBl. NRW S. 278–, Uredba od 8. oktobra 1973. godine (2000 – I B. 155), Odeljak II Ukaza Ministarstva za rad, zdravstvenu i socijalnu zaštitu od 19. 12. 1994. godine (I B. 2 – 2003. A) – MBl. NRW. 1995 S. 88 – i Odeljak II Ukaza Ministarstva za rad, zdravstvenu i socijalnu zaštitu od 19. 12. 1994. godine (I B. 2 – 2003. S) – MBl. NRW. 1995 str. 90.

2. Ovim se ne menja ništa u vezi sa terminima redovnog ocenjivanja rada u okviru sudijskih funkcija u okviru sudova koji se bave sporovima iz oblasti radnih odnosa. Isto važi i za sudove koji se bave sporovima iz oblasti socijalne zaštite do sledećeg opšteg termina za redovno ocenjivanje u januaru 2009. godine. Nadalje će se redovna ocenjivanja u okviru sudova koji se bave sporovima iz socijalne zaštite vršiti u redovnim terminima za ocenjivanje.

Propisani kriterijumi za sudije i javne tužioce Savezne države Severna Rajna – Vestfalija

Deo 1. Opšte napomene

A.

Propisanim kriterijumima za izbor na funkciju sudija i javnih tužilaca opisuju se znanja, sposobnosti, osobine i načini ponašanja koje treba da poseduju sudije i tužioci da bi na odgovarajući način mogli da vrše svoju funkciju. Ovi uslovi **omogućavaju sistematsko upoređivanje profila ličnosti sa zahtevima koje postavlja funkcija** i oni čine osnov za izdiferenciran, objektivan i transparentan sistem vrednovanja rada sudija i tužilaca.

B.

Propisani kriterijumi spadaju u osnovne instrumente za **izbor**, a time i za **unapređivanje ljudskih resursa**. Oni služe približavanju idealu u smislu ispravne i pravedne odluke o izboru, uključujući i optimalno unapređenje ljudskih resursa. Oni nude i veoma važne **orijentire** kako onima čiji je zadatak vrednovanje rada i donošenje kadrovskih odluka, tako i onima koji konkurišu na neku funkciju, odnosno streme ka određenom profesionalnom napredovanju. Prema propisanim kriterijumima upravljače se ne samo kadrovske odluke, već i planiranja vezana za sistematizaciju radnih mesta. Utvrđivanje kriterijuma za izbor i njihovo objavljivanje nude svim licima uključenim u ovaj proces više **transparentnosti**, pa samim tim i **prihvatljivosti**.

C.

Kriterijumi za izbor – bez obzira na to o kojoj se funkciji pri sudovima ili tužilaštvima radi (**osnovni kriterijumi**) – dele se na sledeće **zahteve koji su svrstani u četiri osnovna obeležja**:

I. Stvarna i stručna kompetentnost

1. stručne kvalifikacije
2. razumevanje funkcije
3. sposobnost argumentacije i ubedljivost
4. sposobnost vođenja rasprave i saslušanja
5. pedagoška kompetentnost

II. Lična kompetentnost

1. opšte karakteristike ličnosti
2. odnos prema obavezama i odgovornost
3. spremnost na angažovanje i podnošenje dodatnih napora
4. samostalno upravljanje svojim vremenom i organizovanost
5. odlučnost i spremnost na donošenje odluka
6. inovativnost i fleksibilnost

III. Socijalna kompetentnost

1. spremnost na timski rad
2. komunikativnost

3. sposobnost rešavanja konflikata i posredovanja
4. orijentisanost ka pružanju usluga

IV. Liderska kompetentnost

Osnovno obeležje "liderska kompetentnost" i pojedinačni zahtevi vezani za ostala osnovna obeležja ("podnaslovi") moraju da se navedu u obliku **formulacija navedenih u zagradaama**. Ove formulacije u zagradaama predstavljaju, međutim, isključivo egzemplarne pojavne oblike određenog kriterijuma; one ne predstavljaju ni zaključnu ocenu, niti su obavezujuće u smislu liste koja treba da se čekira. Oni su samo pomoć kojom treba da se olakša utvrđivanje i opisivanje nekog kriterijuma. Ovo, u skladu sa datim objašnjenjem, uključuje mogućnost da se kriterijumi opišu i uz pomoć nekih drugih formulacija koje ovde nisu navedene.

D.

Propisani kriterijumi u svojim obavezujućim delovima moraju da predstavljaju osnov za vrednovanje rada svakog sudije, bez obzira na to kojem sudu pripada, kao i svakog tužioca.

Onaj ko pretenduje na višu funkciju bilo koje vrste podleže dodatnim **posebnim uslovima**. Ovi posebni uslovi navedeni su **pod tačkama** i njihov je cilj da podstaknu onog ko vrši vrednovanje da ih analizira. To znači da ti posebni uslovi moraju da se ispitaju tačku po tačku. Ukoliko su u zagradaama navedene formulacije određenih obeležja, onda u tom slučaju ovo ne važi (Odeljak C poslednji pasus).

U slučaju kriterijuma koji izlaze izvan okvira osnovnih kriterijuma moramo da postavimo razliku između onih koji su vezani **isključivo za napredovanje u funkciji u okviru pravosudnog organa** i onih koji se odnose na **rukovodeće funkcije**. U slučaju ovih drugih, istaknutih funkcija osnovno obeležje "liderska kompetentnost" dopunjuje se sledećim posebnim kriterijumima ("podnaslovima"):

1. sposobnost učenja i kritike, fleksibilnost
2. kooperativnost i timska orijentisanost
3. sposobnost delegiranja zadataka
4. podsticanje zaposlenih na napredovanje
5. sposobnost motivisanja drugih
6. sposobnost rešavanja konflikata i posredovanja
7. sposobnost strukturiranja
8. usmerenost ka postizanju ciljeva
9. odlučnost
10. preduzetnički duh i preduzetnička aktivnost u upravljanju
11. lojalnost
12. reprezentativnost.

Svi ovi kriterijumi moraju da se dopune **formulacijama u zagradaama**, za koje važi ono što je rečeno u Odeljku C poslednji pasus.

E.

Sve u svemu, kriterijumi za izbor polaze od **jedinstvene slike** sudijske funkcije i funkcije tužioca; zbog toga se

oni u velikoj meri podudaraju. Istovremeno su navodeni zasebno za svaku funkciju radi lakšeg snalaženja. Ukoliko su u kriterijumima za izbor u okviru pojedinih sudova ili tužilaštava izuzetno sadržane različite formulacije pojedinačnih kriterijuma (upor. u prethodnom tekstu Odeljak C poslednji pasus), one u svojoj izdiferenciranosti predstavljaju izraz osobenosti pojedinačnih grana.

F.

Propisani kriterijumi za izbor opisuju **idealne zahtevane kvalifikacije**. Zbog toga ovi kriterijumi, prema našem iskustvu, mogu da se ispune **samo približno u različitim vidovima**. Pri tome se podrazumeva da manje razvijeni kriterijumi, ili, pak, oni koji nedostaju, mogu da se **kompenzuju** drugim kriterijumima koji su izraženiji. Ovo će da se odrazi u vidu **izdiferencirane i personalizovane ocene** sposobnosti i rezultata s jedne, i, po potrebi, dostojnosti s druge strane. Kod donošenja odluka o izboru reč je o tome da se ustanovi ko je generalno najbliži ispunjenju navedenih kriterijuma.

U slučaju prelaska na višu funkciju u načelu važi da **zahtevi vezani za kriterijume za izbor rastu proporcionalno** statusu, odnosno platnom razredu vezanom za funkciju. Zbog toga moraju da se postave i merila vezana za sposobnosti, rezultate i dostojnost, koja će shodno tome biti stroža. Drugim rečima, zahtevi iz kriterijuma moraju da budu ispunjeni u to većoj meri, što je viša funkcija kojoj se teži, ili koja se obavlja.

Ovo naročito važi za različite **funkcije rukovodilaca organa**. Koliko god da su međusobno slični kriterijumi vezani za zadatke rukovodilaca organa, toliko se **zahtevi menjaju proporcionalno sa** rastućim značajem funkcije i odgovornosti koju ta funkcija nosi. Ovo, naravno, ne može da se formuliše u vidu nekih fiksnih brojčanih vrednosti, već mora da se procenjuje za svaki pojedinačni slučaj. Na kraju krajeva, odlučujuće pitanje je da li i – u slučaju konkurencije – u kojoj meri neko zadovoljava **kriterijume koji su u skladu sa funkcijom**. Samo tako može da se obezbedi da se prilikom donošenja personalnih odluka ispuni načelo izbora najboljih.

G.

Propisani kriterijumi za izbor koji su ovde navedeni usklađeni su sa aktuelnim idejama; oni moraju da ostanu otvoreni za eventualne dopune, da bi odgovorili budućim pravcima razvoja.

Deo 2. Redovni sudovi

Sudije pri osnovnim i višim sudovima (Platni razred R 1)

I. Stvarna i stručna kompetentnost

1. Stručne kvalifikacije

(Raspolaže širokom lepezom znanja iz građanskog i krivičnog prava, kao i sposobnošću da ih praktično

primenjuje; vlada pravnom metodologijom; u stanju je da samostalno ovladava novim oblastima prava; u stanju je da lako sagledava činjenično stanje i razlikuje bitno od nebitnog; radi organizovano i temeljno uz konsultovanje sudske prakse i literature; u stanju je da analitički razmišlja; poseduje dobru moć prosuđivanja; shvata kontekste koji prevazilaze okvire struke – socijalne, ekonomske, tehničke, političke –, raspolaže solidnim opštim obrazovanjem i informisan je o dnevno-političkim zbivanjima; koristi informacione tehnologije; usavršava se u struci i izvan nje; poseduje iskustva vezana za radno okruženje, kao i poznavanje ljudi i životno iskustvo).

2. Razumevanje funkcije

(Ne zauzima stranu u odsustvu lica; distanciran je i suzdržan; ispituje mogućnosti sopstvene pristrasnosti; odupire se uticajima i mogućnostima uticaja sa strane; ima u vidu posledice privatnih postupaka na funkciju; poseduje građansku hrabrost; svestan je interne i eksterne nezavisnosti).

3. Sposobnost argumentacije i ubedljivost

(Formuliše jasno i razumljivo; razumljivo prikazuje i složene sadržaje i ukazuje na njihovu poentu; argumentuje jasno i metodološki korektno; detaljno, individualno i korektno obrazlaže; izbegava nepotrebnu naučnost; tačno sažima; otvoren je u odnosu na primedbe i diskutuje argumentovano o njima).

4. Sposobnost vođenja pretresa i saslušanja

(Temeljno se priprema; poseduje sigurno poznavanje akata; dobro organizuje tok pretresa; poseduje dobru sposobnost reagovanja; povlači jasne granice; ima sposobnost empatije; vodi računa o ličnim sposobnostima i slabostima; deluje smirujuće, ima razumevanja, pomaže, pokazuje osećajnost i strpljenje – stvara konstruktivnu atmosferu poverenja; na pretresu nastupa sigurno i učtivo; štiti učesnike u postupku od neopravdanih napada; prepoznaje mogućnosti mirnog rešavanja spora i podstiče ih).

5. Pedagoška kompetentnost

(Upoznaje pripravnike sa svakodnevnim odvijanjem poslova; u načelu je spreman da preuzme rukovođenje radnim grupama za obuku pripravnika).

II. Lična kompetentnost

1. Opšte karakteristike ličnosti

(Poseduje – i izvan profesionalnih okvira – različita interesovanja; odaje priznanje tuđim rezultatima; ima prirodan autoritet; nastupa sigurno, suvereno vladajući formama ophođenja, i opušteno; suočava se i sa teškim zadacima; kontroliše emocije, promišljen je i smiren; kontroliše ponašanje i u kritičnim situacijama; sposoban je za lično sagledavanje; poznaje sopstvene prednosti i nedostatke i aktivno radi na sopstvenim deficitima).

2. Odnos prema obavezama i odgovornost

(Svestan je društvene odgovornosti i uloge kao uzora; preuzima odgovornost i za unutrašnju organizaciju; u stanju je da proceni posledice odluka; temeljno i stručno ispunjava zadatke; trudi se da bude dostupan za saradnike i zaposlene; ravnopravno uključuje sudije porotnike; efikasno koristi ljudske i materijalne resurse; otvoren je za potrebe drugih zaposlenih u pravosudnim organima).

3. Spremnost na angažovanje i podnošenje dodatnih zahteva

(Može da podnese psihičke i fizičke napore i poznaje sopstvene granice; spreman je na preuzimanje dodatnih zadataka; i pored pritiska radi koncentrisano i brzo; i kod veće opterećenosti poštuje standard kvaliteta; izdržava pritisak i ostaje smiren; preuzima inicijativu; spreman je da pomogne).

4. Sef-menadžment i organizovanost

(Planira svoje vreme i posao, određuje prioritete; radi samostalno i orijentisan je na ciljeve; efikasno organizuje i unapređuje svoj rad; sprovodi svoj plan rada korak po korak; u stanju je da motiviše i sebe i druge; delegira zadatke; vodi računa o procesima rada; kod zakazivanja ročišta vodi računa o potrebama učesnika).

5. Odlučnost i spremnost na donošenje odluka

(Obezbeđuje brzu pravnu zaštitu; prepoznaje pravi trenutak za donošenje odluka ili ga stvara; donosi odluke brzo i na sopstvenu odgovornost; ne preza od nezaobilaznih rasprava).

6. Inovativnost i fleksibilnost

(Otvoren je prema novim tehnikama i metodama rada, kao i prema modernizaciji pravosudnih organa; koristi nova iskustva i razvija nove ideje i rešenja; reaguje na novonastale situacije; spreman je da se uključi u različite strukture suda i organa).

III. Socijalna kompetentnost

1. Spremnost na timski rad

(Prenosi informacije, iskustva, znanja i rešenja; podstiče i jača osećaj zajedništva; integriše sebe i druge; zajednički razrađuje rešenja; traži sagovornika i sam je dobar sagovornik; uspostavlja kontakte).

2. Komunikativnost

(Prilazi drugima; aktivno sluša; izražava se jasno i razumljivo; jasno argumentuje i poziva na objektivnost; objašnjava odluke; govori o problemima i traga za rešenjima; podstiče razmenu iskustava).

3. Sposobnost rešavanja konflikata i posredovanja

(Razmatra argumente drugih i spreman je na kompromis; ponaša se pravično i kolegijalno; konstruktivno raspravlja i kritikuje; ne izbegava donošenje neophodnih odluka; pronalazi razloge konflikata; zauzima jasne pozicije; apeluje na razumevanje i poziva na pomirenje)

4. Orijentisanost na pružanje usluga

(Vodi računa – i prilikom zakazivanja ročišta – o interesima učesnika i svedoka; ljubazan je i učtiv; poštuje dogovore; odvaja vreme za druge).

IV. Liderska kompetentnost

(Daje povratne informacije u vezi sa rezultatima rada; ima poverenja u druge; uspostavlja – naročito sa pisarnicom – dobru radnu atmosferu; daje jasna uputstva; podstiče saradnju; otvoren je za potrebe saradnika).

Predsedavajući sudija pri višem sudu (Platni razred R 2)

Zahtevi koji se postavljaju pred sudije osnovnih ili viših sudova moraju da budu ispunjeni u još većem stepenu. Pored toga, potrebno je i sledeće:

I. Stvarna i stručna kompetentnost

- posle imenovanja bavio se u okviru različitih veća pri višem sudu ili odeljenja pri osnovnom sudu obradom parničnih i krivičnih predmeta, i to najmanje u trajanju od po godinu dana;
- raspolaze naročito izraženom sposobnošću vođenja pretresa i saslušanja;
- podstiče ujednačenost presuda unutar veća i njihovu jasnu i razumljivu strukturu;
- detaljno se bavi pravnim problemima i prepoznaje praktične posledice pravnih rešenja.

IV. Liderska kompetentnost

(Organizuje rad veća na racionalan i efikasan način; daje primer svojim angažovanjem i prisustvom; zastupa interese veća i članova veća u odnosu na predsedništvo suda i sudsku administraciju i pri tome vodi računa o potrebama suda; podstiče mlade saradnike, integriše ih i motiviše njih i druge članove veća; prepoznaje prednosti i nedostatke članova veća i vodi računa o njima)

Sudija pri viši zemaljskom sudu (Platni razred R 2)

Zahtevi koji se postavljaju pred sudije osnovnih ili viših sudova moraju da budu ispunjeni u još većem stepenu. Pored toga, potrebno je i sledeće:

I. Stvarna i stručna kompetentnost

- raspolaze iskustvima u obradi različitih prvostepenih odluka
- tamo gde to predmet zahteva u stanju je da se bavi naučnim radom

Predsedavajući sudija pri višem zemaljskom sudu (Platni razred R 3)

Zahtevi koji se postavljaju pred sudije osnovnih ili viših sudova moraju da budu ispunjeni u još većem stepenu. Pored toga, potrebno je i sledeće:

I. Stvarna i stručna kompetentnost

- po pravilu se potvrdio
 - u različitim većima višeg zemaljskog suda
 - ili kao zamenik predsedavajućeg veća
 - ili u jednom veću višeg zemaljskog suda i na još jednoj višoj funkciji
 - ili kao predsedavajući sudija pri višem sudu u različitim većima uz naročit naučni ili stručni angažman
- raspolože naročitom sposobnošću vođenja pretresa i saslušanja
- podstiče ujednačenost presuda u okviru veća i njihovu jasnu i razumljivu strukturu
- detaljno se bavi pravnim problemima i prepoznaje praktične posledice pravnih rešenja

IV. Liderska kompetentnost

(Organizuje rad veća na racionalan i efikasan način; daje primer svojim angažovanjem i prisustvom; zastupa interese veća i članova veća u odnosu na predsedništvo suda i sudsku administraciju i pri tome vodi računa o potrebama suda; podstiče mlade saradnike, integriše ih i motiviše njih i druge članove veća; prepoznaje prednosti i nedostatke članova veća i vodi računa o njima)

Sudija pri osnovnom sudu kao nadzorni sudija (Platni razred R 2)

Zahtevi koji se postavljaju pred sudije osnovnih ili viših sudova moraju da budu ispunjeni u još većem stepenu. Pored toga, potrebno je i sledeće:

I. Stvarna i stručna kompetentnost

- kao sudija koji radi na sačinjavanju godišnjeg rasporeda poseduje raznovrsna iskustva iz različitih oblasti rada osnovnog suda (npr. parnični postupak, krivični postupak, sporovi iz oblasti porodičnog prava, vanparnični postupak)
- treba da poseduje iskustva u obradi administrativnih zadataka organa pravosuđa
- uvek je spreman i u stanju je da preuzme zadatke iz oblasti sudske uprave

II. Liderska kompetentnost

- poseduje spremnost da upućuje druge u različite oblasti, u stanju je da motiviše i ocenjuje

Funkcije direktora osnovnih sudova (Platni razredi R 1 sa službenim dodacima, R 2 i R 2 sa službenim dodacima) predsednika osnovnih, viših i viših zemaljskih sudova, kao i njihovih zamenika

Zahtevi vezani za osnovne kriterijume moraju da budu ispunjeni u zahtevanom obimu. Pored toga, važi i sledeće:

I. Stvarna i stručna kompetentnost

Vršilac funkcije

- poseduje prethodna iskustva u obradi administrativnih predmeta u okviru pravosudnih organa, po mogućstvu na više nivoa
- ispunjava zahteve koji se postavljaju pred predsedavajućeg veća određenog suda, ukoliko je funkcija povezana sa predsedavanjem većem.

IV. Liderska kompetentnost

1. Sposobnost učenja i kritike, fleksibilnost

(Aktivno traži povratne informacije od drugih, ocenjuje ih i sprovodi konkretne predloge; spreman je na improvizovanje i razvija nove ideje i rešenja)

2. Kooperativnost i timska orijentisanost

(Usaglašava ocene i odluke sa drugim faktorima odlučivanja i odgovorno saraduje sa predstavnicima zaposlenih; uključuje saradnike u proces odlučivanja i uzima u obzir njihova stanovišta; orijentisan je na tim; daje primerene, blagovremene i razumljive informacije).

3. Sposobnost delegiranja zadataka

(Prenosi zadatke i odgovornost na saradnike i pri tome uzima u obzir njihove sposobnosti, sklonosti, mogućnost podnošenja pritiska; vodi računa o konkretnom definisanju oblasti koja se delegira – ciljeva, zadataka, nadležnosti i sl. – i sklapa jasne dogovore; podstiče saradnike na očuvanje sopstvene odgovornosti u svojoj oblasti i obezbeđuje dvosmerni protok informacija; blagovremeno upućuje potrebne korekcije i izbegava nepotrebna uplitanja u oblast koju je delegirao saradnicima; vrši fer i objektivan nadzor, tako da saradnici osećaju da ih podržava i motiviše u njihovom obavljanju zadataka, otvoren je za postavljanje dodatnih pitanja i pružanje pomoći).

4. Podsticanje zaposlenih u napredovanju

(Preuzima na sebe brigu o zaposlenima i ozbiljno je izvršava; odvaja dovoljno vremena za vrednovanje rada i razgovore vezane za napredovanje; ciljano angažuje saradnike u okviru njihove oblasti, da bi na taj način razvijao njihove sposobnosti i ublažio nedostatke; podstiče saradnike na preuzimanje odgovornosti u obavljanju zadataka i na aktivno učešće u radnim procesima; aktivno utiče na ravnopravnost polova).

5. Sposobnost motivisanja drugih

(Motiviše druge tako što sam služi kao uzor; prepoznaje faktore koji utiču na postizanje rezultata i ponašanje; blagovremeno prepoznaje promene u postizanju rezultata i ponašanju i reaguje na njih; ističe ono što je pozitivno i odaje priznanje za postignute rezultate; podstiče inicijativu saradnika).

6. Sposobnost rešavanja konflikata i posredovanja

(Na vreme prepoznaje potencijalne konflikte i utiče na

učesnike u smislu smirivanja konflikta; u stanju je da podnese konflikte, podstiče saradnike da sami rešavaju konflikte i po potrebi se uključuje; otvoreno razgovara o konfliktima i traga za optimalnim rešenjima).

7. Sposobnost strukturiranja

(Usmerava aktivnosti na radne procese i u stanju je da predstavi zadatke po fazama; u stanju je da raščlani kompleksna činjenična stanja i da ih na razumljiv način prezentuje u opštem okviru; u stanju je da organizuje radne procese prema prioritetima, imajući u vidu realne mogućnosti).

8. Orijentisanost ka postizanju ciljeva

(Daje podstrek u okviru radnih procesa radi postizanja cilja; u stanju je da jasno navede ciljeve, da ih objasni na konstruktivan način i da druge zainteresuje za njih; radi na osnovu jasnih dogovora u smislu ciljeva koji treba da se ostvare, nadgleda koliko se ti dogovori poštuju i aktivno usmerava u slučaju odstupanja od dogovora; u stanju je da razlikuje strateške od operativnih ciljeva i da svoje aktivnosti usmerava u skladu s tim).

9. Sposobnost odlučivanja

(Sagledava i uzima u obzir širi kontekst i odmerava posledice odluka; donosi i zastupa odluke i onda kada nisu po volji onima na koje se odnose).

10. Preduzetnički duh i aktivnosti u upravljanju

(Prilikom planiranja i odlučivanja vodi računa o ekonomičnom angažovanju svih resursa – vremena, materijalnih sredstava, finansijskih sredstava i ljudskih resursa –; transparentno formuliše i kanališe budžet; stara se o postupku nadzora usmerenom na kvalitet; identifikuje nedostatke i prednosti i inicira poboljšanja; unapređuje organizacioni i personalni razvoj).

11. Lojalnost

(Učestvuje u sprovođenju obavezujućih odluka; po potrebi se suočava sa zaposlenima povodom tih odluka).

12. Reprezentativnost

(Aktivno i ubedljivo predstavlja sud kako interno, tako i eksterno).

Deo 7. Javno tužilaštvo

Javni tužioci (Platni razred R 1)

I. Stvarna i stručna kompetentnost

1. Stručne kvalifikacije

(Raspolaže širokom lepezom znanja iz građanskog i krivičnog prava, kao i sposobnošću da ih praktično primenjuje; vlada pravnom metodologijom; u stanju je da samostalno ovladava novim oblastima prava; u stanju je da lako sagledava činjenično stanje i razlikuje bitno od nebitnog; radi organizovano i temeljno uz konsultovanje sudske prakse

i literature; u stanju je da analitički razmišlja; poseduje dobru moć prosuđivanja; shvata kontekste koji prevazilaze okvire struke – socijalne, ekonomske, tehničke, političke –, raspolaže solidnim opštim obrazovanjem i informisan je o dnevno-političkim zbivanjima; koristi informacione tehnologije; usavršava se u struci i izvan nje; poseduje iskustva vezana za radno okruženje, kao i poznavanje ljudi i životno iskustvo; poznaje Obavezna uputstva za izricanje novčane kazne i odgovarajuće upravne propise, poseduje osnovna znanja iz sudske medicine i forenzičke psihijatrije).

2. Razumevanje funkcije

(Ne zauzima stranu u odsustvu lica; distanciran je i suzdržan; ispituje mogućnosti sopstvene pristrasnosti; odupire se uticajima i mogućnostima uticaja sa strane; ima u vidu posledice privatnih postupaka na funkciju; poseduje građansku hrabrost; ne preza od neugodnosti u vršenju funkcije).

3. Sposobnost argumentacije i ubedljivost

(Formuliše jasno i razumljivo; razumljivo prikazuje i složene sadržaje i ukazuje na njihovu poentu; argumentuje jasno i metodološki korektno; detaljno, individualno i korektno obrazlaže; izbegava nepotrebnu naučnost; tačno sažima; otvoren je u odnosu na primedbe i diskutuje argumentovano o njima).

4. Spretnost u vođenju pretresa i saslušanja

(Temeljno se priprema; poseduje sigurno poznavanje akata; dobro organizuje tok pretresa; poseduje dobru sposobnost reagovanja; povlači jasne granice; ima sposobnost empatije; vodi računa o ličnim sposobnostima i slabostima; deluje smirujuće, ima razumevanja, pomaže, pokazuje osećajnost i strpljenje – stvara konstruktivnu atmosferu poverenja; na pretresu nastupa sigurno i učtivo; štiti učesnike u postupku od neopravdanih napada).

5. Pedagoška kompetentnost

(Upoznaje pripravnike sa svakodnevnim odvijanjem poslova; u načelu je spreman da preuzme rukovođenje radnim grupama za obuku pripravnika).

II. Lična kompetentnost

1. Opšte karakteristike ličnosti

(Poseduje – i izvan profesionalnih okvira – različita interesovanja; odaje priznanje tuđim rezultatima; ima prirodan autoritet; nastupa sigurno, suvereno vladajući formama ophođenja, i opušteno; suočava se i sa teškim zadacima; kontroliše emocije, promišljen je i smiren; kontroliše ponašanje i u kritičnim situacijama; sposoban je za samosagledavanje; poznaje sopstvene prednosti i nedostatke i aktivno radi na sopstvenim deficitima).

2. Odnos prema obavezama i odgovornost

(Svestan je društvene odgovornosti i svoje uloge kao uzora; preuzima odgovornost i za unutrašnju organizaciju; u stanju je da proceni posledice odluka; temeljno i stručno ispunjava

zadatke; trudi se da bude dostupan za saradnike i zaposlene; efikasno koristi ljudske i materijalne resurse; otvoren je za potrebe drugih zaposlenih u pravosudnim organima; odgovorno postupa u slučajevima velike opterećenosti).

3. Spremnost na angažovanje i podnošenje dodatnih zahteva

(Može da podnese psihičke i fizičke napore i poznaje sopstvene granice; spreman je na preuzimanje dodatnih zadataka; i pored pritiska radi koncentrisano i brzo; i kod veće opterećenosti poštuje standard kvaliteta; izdržava pritisak i ostaje smiren; preuzima inicijativu; spreman je da pomogne).

4. Samostalno upravljanje svojim vremenom i organizovanost

(Planira svoje vreme i posao, određuje prioritete; radi samostalno i orijentisan je na ciljeve; efikasno organizuje i unapređuje svoj rad; sprovodi svoj plan rada korak po korak; u stanju je da motiviše i sebe i druge; delegira zadatke; vodi računa o procesima rada; kod zakazivanja ročišta vodi računa o potrebama učesnika; vodi računa o ekonomičnosti postupka).

5. Odlučnost i spremnost na donošenje odluka

(Obezbeđuje brzu pravnu zaštitu; prepoznaje pravi trenutak za donošenje odluka ili ga stvara; donosi odluke brzo i na sopstvenu odgovornost; ne preza od nezaobilaznih rasprava).

6. Inovativnost i fleksibilnost

(Otvoren je prema novim tehnikama i metodama rada, kao i prema modernizaciji pravosudnih organa; koristi nova iskustva i razvija nove ideje i rešenja; reaguje na novonastale situacije; spreman je da se uključi u različite strukture organa).

7. Lojalnost

(Pouzđano izvršava instrukcije; iscrpno informiše pretpostavljene o bitnim događajima i službenim potrebama; iscrpno izveštava i ukazuje na moguće probleme; prihvata instrukcije i savete).

III. Socijalna kompetentnost

1. Spremnost na timski rad

(Prenosi informacije, iskustva, znanja i rešenja; podstiče i jača osećaj zajedništva; integriše sebe i druge; zajednički razrađuje rešenja; traži sagovornika i sam je dobar sagovornik; uspostavlja kontakte).

2. Komunikativnost

(Prilazi drugima; aktivno sluša; izražava se jasno i razumljivo; jasno argumentuje i poziva na objektivnost; objašnjava odluke; govori o problemima i traga za rešenjima; podstiče razmenu iskustava).

3. Sposobnost rešavanja konflikata i posredovanja

(Razmatra argumente drugih i spreman je na kompromis; ponaša se pravično i kolegijalno; konstruktivno se raspravlja i kritikuje; ne izbegava donošenje neophodnih odluka; pronalazi razloge konflikata; zauzima jasne pozicije; apeluje na razumevanje i poziva na pomirenje).

4. Orijentisanost na pružanje usluga

(Vodi računa – i prilikom zakazivanja ročišta – o interesima učesnika i svedoka; ljubazan je i učitiv; poštuje dogovore; odvaja vreme za druge).

IV. Liderska kompetentnost

(Daje jasna uputstva i stara se i u odnosu na pomoćne službe u tužilaštvu da se ta uputstva izvršavaju; daje povratne informacije u vezi sa rezultatima rada; ima poverenja u druge; uspostavlja dobru radnu atmosferu; daje jasna uputstva; podstiče saradnju; otvoren je za potrebe saradnika).

Javni tužilac kao rukovodilac radne grupe (Platni razred R 1 sa službenim dodacima)

Zahtevi vezani za osnovne kriterijume moraju da budu ispunjeni u zahtevanom obimu. Pored toga, važi i sledeće:

I. Stvarna i stručna kompetentnost

- potvrdio se u više oblasti rada i u više oblasti prava
- u slučaju sprečenosti rukovodioca odeljenja preuzima njegove tekuće zadatke

IV. Liderska kompetentnost

(Zalaže se za potrebe odeljenja i zaposlenih u odeljenju; u stanju je da razumljivo i ubedljivo izloži mere; miri i podstiče solidarno ponašanje; pomaže mladim zaposlenima u upoznavanju sa radnim procesima predstavljajući im uzor; kao rukovodilac ogranaka obavlja organizacione poslove i stara se o zaposlenima; stvara osnov za radnu atmosferu poverenja i stara se o tome da sve službe imaju osećaj jednake vrednosti)

Viši javni tužilac pri glavnom zemaljskom tužilaštvu (Platni razred R 2)

Zahtevi vezani za osnovne kriterijume moraju da budu ispunjeni u zahtevanom obimu. Pored toga, važi i sledeće:

I. Stvarna i stručna kompetentnost

- potvrdio se u više oblasti rada i u više oblasti prava
- dublje zalazi u pravnu problematiku i prepoznaje praktične posledice načelnih pravnih rešenja
- vrši službeni i stručni nadzor uz svest o odgovornosti i na komunikativan način

**Viši javni tužilac, javni tužilac kao rukovodilac
odeljenja ili glavnog odeljenja pri javnom tužilaštvu
ili glavnom tužilaštvu
(Platni razred R 2 do R 3)**

Zahtevi vezani za osnovne kriterijume moraju da budu ispunjeni u zahtevanom obimu. Pored toga, važi i sledeće:

I. Stvarna i stručna kompetentnost

- potvrdio se u više oblasti rada i u više oblasti prava
- preuzima u većem obimu poslove upravljanja organom
- vrši službeni i stručni nadzor uz svest o odgovornosti i na komunikativan način
za funkciju vezanu za platni razred R 3:
- potvrdio se u okviru više organa krivičnog gonjenja i pravosudnih organa
- dublje zalazi u pravnu problematiku i prepoznaje praktične posledice načelnih pravnih rešenja i stara se o ujednačenoj primeni prava

IV. Liderska kompetentnost

(Optimalno angažuje zaposlene; rukovodi na kooperativan način i podstiče ih uz poštovanje načela ravnopravnosti; zalaže se za potrebe odeljenja i saradnika u odeljenju; u stanju je da na razumljiv i ubedljiv način izloži mere; miri i podstiče solidarno ponašanje; pomaže mladim zaposlenima u upoznavanju sa radnim procesima predstavljajući im uzor; uviđa težišta rada i na odgovarajući način planira i usmerava organizacione procese; predstavlja odeljenje ka spolja i održava kontakte sa organima sa kojima saraduje i eksternim partnerima)

**Funkcije rukovodilaca javnih tužilaštava i glavnih
tužilaštava kao i njihovih zamenika
(Platni razredi R 2 sa službenim dodacima do R 6)**

Zahtevi vezani za osnovne kriterijume moraju da budu ispunjeni u zahtevanom obimu. Pored toga, važi i sledeće:

I. Stvarna i stručna kompetentnost

- potvrdio se u više oblasti rada i u više oblasti prava, kao i u okviru više organa krivičnog gonjenja i pravosudnih organa
- poseduje visok nivo poznavanja prakse upravljanja i vrednovanja

IV. Liderska kompetentnost

1. Sposobnost učenja i kritike, fleksibilnost

(Aktivno traži povratne informacije od drugih, ocenjuje ih i sprovodi konkretne predloge; spreman je na improvizovanje i razvija nove ideje i rešenja).

2. Kooperativnost i timska orijentisanost

(Usaglašava ocene i odluke sa drugim faktorima odlučivanja i odgovorno saraduje sa predstavnicima zaposlenih;

uključuje saradnike u proces odlučivanja i uzima u obzir njihova stanovišta; orijentisan je na tim; daje primerene, blagovremene i razumljive informacije).

3. Sposobnost delegiranja zadataka

(Prenosi zadatke i odgovornost na saradnike i pri tome uzima u obzir njihove sposobnosti, sklonosti, mogućnost podnošenja pritiska; vodi računa o konkretnom definisanju oblasti koja se delegira – ciljeva, zadataka, nadležnosti i sl. – i sklapa jasne dogovore; podstiče saradnike na očuvanje sopstvene odgovornosti u svojoj oblasti i obezbeđuje dvosmerni protok informacija; blagovremeno upućuje potrebne korekcije i izbegava nepotrebna uplitanja u oblast koju je delegirao saradnicima; vrši fer i objektivan nadzor, tako da saradnici osećaju da ih podržava i motiviše u njihovom obavljanju zadataka, otvoren je za postavljanje dodatnih pitanja i pružanje pomoći).

4. Podsticanje zaposlenih u napredovanju

(Preuzima na sebe brigu o zaposlenima i ozbiljno je izvršava; odvaja dovoljno vremena za vrednovanje rada i razgovore vezane za napredovanje; ciljano angažuje saradnike u okviru njihove oblasti, da bi na taj način razvijao njihove sposobnosti i ublažio nedostatke; podstiče saradnike na preuzimanje odgovornosti u obavljanju zadataka i na aktivno učešće u radnim procesima; aktivno utiče na ravnopravnost polova).

5. Sposobnost motivisanja drugih

(Motiviše druge tako što sam služi kao uzor; prepoznaje faktore koji utiču na postizanje rezultata i ponašanje; blagovremeno prepoznaje promene u postizanju rezultata i ponašanju i reaguje na njih; ističe ono što je pozitivno i odaje priznanje za postignute rezultate; podstiče inicijativu saradnika).

6. Sposobnost rešavanja konflikata i posredovanja

(Na vreme prepoznaje potencijalne konflikte i utiče na učesnike u smislu smirivanja konflikta; u stanju je da podnese konflikte, podstiče saradnike da sami rešavaju konflikte i po potrebi se uključuje; otvoreno razgovara o konfliktima i traga za optimalnim rešenjima).

7. Sposobnost strukturiranja

(Usmerava aktivnosti na radne procese i u stanju je da predstavi zadatke po fazama; u stanju je da raščlani kompleksna činjenična stanja i da ih na razumljiv način prezentuje u opštem okviru; u stanju je da organizuje radne procese prema prioritetima, imajući u vidu realne mogućnosti).

8. Orijentisanost ka postizanju ciljeva

(Daje podstrek u okviru radnih procesa radi postizanja cilja; u stanju je da jasno navede ciljeve, da ih objasni na konstruktivan način i da druge zainteresuje za njih; radi na osnovu jasnih dogovora u smislu ciljeva koji treba da se ostvare, nadgleda koliko se ti dogovori poštuju i aktivno

usmerava u slučaju odstupanja od dogovora; u stanju je da razlikuje strateške od operativnih ciljeva i da svoje aktivnosti usmerava u skladu s tim).

9. Sposobnost odlučivanja

(Sagledava i uzima u obzir širi kontekst i odmerava posledice odluka; donosi i zastupa odluke i onda kada nisu po volji onima na koje se odnose).

10. Preduzetnički duh i aktivnosti u upravljanju

(Prilikom planiranja i odlučivanja vodi računa o ekonomičnom angažovanju svih resursa – vremena, materijalnih sredstava, finansijskih sredstava i ljudskih resursa –; transparentno formuliše i kanališe budžet; stara se o postupku nadzora usmerenom na kvalitet; identifikuje nedostatke i prednosti i inicira poboljšanja; unapređuje organizacioni i personalni razvoj).

11. Lojalnost

(Učestvuje u sprovođenju obavezujućih odluka; po potrebi se suočava sa zaposlenima povodom tih odluka).

12. Reprezentativnost

(Aktivno i ubedljivo predstavlja organ kako interno, tako i eksterno).

Dr. Gerd Heinrich Kemper

Einführung in die dienstliche Beurteilung von Richtern in Deutschland Übersetzung der Beurteilungs-AV NRW 2005

(Zusammenfassung)

Zu einer der heikelsten Aufgaben im Bereich der Justiz gehört die dienstliche Beurteilung von Richtern, die insbesondere im Zusammenhang mit Beförderungen von Bedeutung ist. Auf diesem Gebiet geht das deutsche Recht andere Wege als viele Rechte im Verbreitungsgebiet der NPR: Während in den letztgenannten Ländern solche Beurteilungen ("Evaluierung") vor allen an zahlenmäßigen Indikatoren (insbesondere Zahl der erledigten Fälle) als "harte Faktoren" anknüpfen, spielen in Deutschland "weiche Faktoren", wie die soziale Kompetenz, eine große Rolle. Um einen Einblick in das deutsche System zu geben wird im Rahmen dieses Beitrages eine auszugsweise Übersetzung der "Dienstliche Beurteilung der Richterinnen und Richter sowie der Staatsanwältinnen und Staatsanwälte" (AV d. JM vom 2. Mai 2005 (2000 - Z. 155) - JMBL. NRW S. 121 -) abgedruckt. Dies wird einleitend von Dr. Gerd-Heinrich-Kemper aus der Sicht eines deutschen Gerichtspräsidenten, kommentiert. Dieser arbeitet dabei einige der Besonderheiten des deutschen Systems heraus. Dabei zeigt er unter anderem auf, dass die Berücksichtigung solcher "weichen Faktoren" aus dem in Deutschland vorherrschenden Richterbild und Verständnis der Aufgaben eines Richters innerhalb des Rechtssystems folgt.

Prikazi knjiga

MJur (Oxon) Selma Mezetović, LL.M.

Prikaz knjige

Dušan Nikolić, *Uvod u sistem građanskog prava*

(Univerzitet u Novom Sadu, Pravni fakultet,
Centar za izdavačku djelatnost,
Novi Sad, 2013., 377 str.)
ISBN 978-86-7774-130-3

Građansko pravo je zasigurno jedna od dinamičnih oblasti prava zahvaljujući velikoj podložnosti utjecaju promjena u društvu. Tome u prilog govori i činjenica da se u predmetnom prikazu govori o knjizi koja publiciranjem u 2013. godini doživljava svoje jedanaesto izmijenjeno i dopunjeno izdanje u periodu od samo petnaest godina od prvog izdanja. Pored aktuelnosti, karakteristike ovog udžbenika su tumačenja iz drugih pravnih disciplina na odgovarajućim mjestima, putem kojih se ukazuje na multidisciplinarnost građanskog prava kao grane prava, odnosno na nužnu međusobnu povezanost sa svim oblastima ljudskog života i djelovanja, a čime se dodatno potvrđuje podatnost društvenim utjecajima. Autor ne zanemaruje ni utjecaj drugih pravnih sistema, a što je uočljivo kroz uporednopravni aspekt prisutan u cijeloj knjizi. Imajući u vidu sve navedene faktore postojanja i razvoja, kao i na činjenicu da građansko pravo nema jedinstven izvor prava u vidu samo jednog zakona, nego se izvorom prava, između ostalog, smatraju i norme i principi ponašanja, razumljivo je da je pojmovno određenje ove grane prava i dalje fluidna kategorija. S druge strane, s obzirom na to da se radi o djelu koje će najčešće biti korišteno kao udžbenik, autor naglašava kako je ipak bitno studentima na samom početku izučavanja jedne nove grane prava predočiti granice u kojim se kreće, pa u skladu s tim nastoji u najvećoj mogućoj mjeri definirati relevantne pojmove i obim primjene.

Udžbenik se sastoji od jedanaest glava koje u svojoj cjelini prikazuju temeljni sadržaj uvoda u građansko pravo. U cilju već naglašenog nastojanja autora da odnose građanskog prava smjesti u širi kontekst, prve tri glave govore o položaju građanskog prava u različitim pravnim okvirima. U prvoj glavi (*Građansko pravo u svetu*, str. 21–36) autor naglašava vezu između kulture određene zajednice i njenog pravnog sistema. Samim tim multikulturni svijet u kojem živimo stvorio je niz različitih pravnih sistema. Osnovna podjela postojećih pravnih sistema, koju autor daje, jeste na mješovite pravne

sisteme, u kojima je pored državnih organa ulogu tvorca prava imala religija, odnosno običaji, i na pravne sisteme (gotovo isključivo) državne regulative, koji se dalje dijele na evropski kontinentalni, angloamerički, te mješoviti pravni sistem. Druga glava (*Građansko pravo u Evropi*, str. 39–72) geografski sužava perspektivu analize, te prati historijski put razvoja rimskog prava i njegovu recepciju, preko perioda kodificiranja građanskog prava kao odraza stvaranja nacionalnog identiteta država Evrope, do savremenog pravnog sistema evropskog kontinenta. Jedinstveni pravni sistem na području Evrope ne postoji, ali njegovo trenutno postojanje ipak karakteriziraju dvije međusobno suprotne tendencije, i to očuvanje nacionalnog identiteta, kroz jačanje i moderniziranje nacionalnih propisa, s jedne strane, i približavanje Evropskoj uniji kroz stvaranje zajedničkog pravnog okvira, s druge strane. Evropska priča u ovom kontekstu daje djelu dodatnu potvrdu ažurnosti u odnosu na savremene društvene tokove. Uvodni dio autor završava trećom glavom (*Građansko pravo u Srbiji*, str. 75–102) u kojoj daje detaljan pregled razvoja građanskog prava kroz za Srbiju najvažnije historijske periode, a u posljednjem njenom dijelu analizira aktuelne i buduće pravce razvoja i projekte koji ga prate ili će pratiti.

Unatoč svim različitostima na koje se ukazuje u uvodne tri glave, određena zajednička načela karakteristična za građansko pravo kao porodicu grana prava su se ipak izdiferencirala, te su obrađena detaljno u istoimenoj četvrtoj glavi (*Načela građanskog prava*, str. 107–145). Sami početak ove glave (str. 107–115) adresira opća pravna načela koja su, pored postojanja posebnih pravnih načela imanentnih građanskom pravu i izloženih u nastavku poglavlja, itekako bitna za primjenu i izvršenje normi građanskog prava. Time autor ponovo skreće pažnju na činjenicu da građansko pravo ne može postojati, niti ga se može primjenjivati izolirano od drugih pravnih normi i grana prava. Upravo u cilju valjane primjene normi, autor poglavlje završava s razradom pravila rješavanja međusobnog odnosa pojedinih načela u slučaju kada više načela može biti primijenjeno na jedno činjenično stanje, pri čemu bi došlo do protivrječnih ishoda, odnosno tzv. konkurencije načela. Peta glava (*Sistem građanskog prava*, str. 145–166) posvećena je normama građanskog prava, njegovim institutima, kao i granama koje pripadaju sferi građanskog prava, te funkcionalnoj povezanosti s granama javnog prava. Po logičnom slijedu iza navedene materije šesta glava (*Izvori građanskog prava*, str. 167–214) obrađuje pitanje izvora prava, pri čemu se autor opredjeljuje za podjelu koja podrazumijeva postojanje formalnih i materijalnih izvora prava. S obzirom na njegovu težnju da ovim djelom čitaoce podučiti gdje tražiti norme građanskog prava, razumljivo je zašto je najveći dio šeste glave (str. 169–201) posvećen upravo predstavljanju i analizi različitih

formalnih izvora. Pored identificiranja normi, autor dodatno skreće pažnju i da apstraktno formulirane norme treba valjano protumačiti kako bi mogle biti adekvatno primijenjene na konkretna činjenična stanja, te u tom smislu analizira smjernice i metode tumačenja i problem popunjavanja pravnih praznina kada do izražaja dolaze i materijalni izvori prava.

Građanskopravni odnos, kao svaki društveni odnos koji treba raspraviti na načelima građanskog prava (str. 218), predmet je obrade sedme glave (*Građanskopravni odnos*, str. 217–245). Pored pojma i sadržine subjektivnog građanskog prava, objekata i prestanka građanskopravnog odnosa, te zastare, autor u ovom poglavlju posebnu pažnju posvećuje i vrstama apsolutnih prava. Osmo glava, koja je i najobimnija, tiče se subjekata građanskog prava, tj. fizičkih i pravnih lica (*Subjekti građanskopravnih odnosa*, str. 249–309). Autor detaljno obrađuje pitanja njihovog pravnog subjektiviteta, a karakteristično je da se pored kategorija pravne, poslovne i deliktne sposobnosti, izdvaja i procesna sposobnost. Deveta glava (*Zastupništvo*, str. 311–323) pokriva materiju zastupništva kao šireg pojma koji u svom značenju obuhvata kako preduzimanje pravnih radnji ovlaštenog lica u ime i za račun ovlastitelja, tako i cjelokupan pravni odnos između zastupanog i zastupnika i njegovo dejstvo (str. 311). U tom smislu predstavljene su različite vrste zastupništva, a posebna pažnja posvećena je segmentima ugovornog zastupništva. Deseta glava (*Pravni poslovi*, str. 325–365) se bavi pitanjima pravnog posla kao najznačajnije i najčešće pravne činjenice, pri tome vodeći računa da obuhvati cjelinu, pa tako nakon pojmovnog određenja, obrađuje uslove za punovažnost pravnog posla, zatim elemente sadržaja, ništave i rušljive pravne poslove, te vrste pravnih poslova. Posljednja, jedanaesta glava (*Vršenje i zaštita građanskih prava*, str. 371–377) se pomalo neuobičajeno nalazi na samom kraju knjige. Čini se da bi bilo smislenije da se ona našla u dijelu koji tretira subjektivna građanska prava, s obzirom na to da se i štite upravo ona, a osim toga u datom kontekstu navedena su i načela kao što su načelo savjesnosti i poštenja, načelo zabrane zloupotrebe prava i sl. Ipak, imajući u vidu da u ovim posljednjim redovima autor daje smjernice ka građanskom procesnom pravu, što svakako dolazi u kasnijoj fazi pravničkog obrazovanja, utoliko može biti shvatljivo opredjeljenje autora da ovom glavom završi predmetno djelo.

U svakom slučaju, sa širokim spektrom koji pokriva, ali i s preglednosti i sistematičnosti neophodnima za prvi susret s građanskim pravom, sigurno će se ostvariti autorova namjera da čitaoce podučiti gdje pronaći relevantne pravne norme, kako ih pravilno protumačiti i primijeniti, čime će ovaj udžbenik zasigurno biti nezaobilazan dio literature u osnovnom pravničkom obrazovanju.

MJur (Oxon) Selma Mezetović, LL.M.

Buchbesprechung:

Prof. Dr. Dušan Nikolić, *Uvod u sistem građanskog prava (Einführung in das System des Bürgerlichen Rechts)*

(Univerzitet u Novom Sadu, Pravni fakultet, Centar za izdavačku djelatnost, Novi Sad, 2013, pp. 377)

(Zusammenfassung)

Der Beitrag enthält eine Besprechung des Lehrbuches von Prof. Dr. Dušan Nikolić Uvod u sistem građanskog prava (Einführung in das System des Bürgerlichen Rechts). In diesem Werk wird in elf Kapiteln systematisch und umfassend in das Bürgerliche Recht eingeführt. Die Autorin der Besprechung erachtet dieses Buch als sehr nützlich und wertvoll, da es einen umfassenden Überblick über die wichtigsten Institute dieses Rechtsgebiets gibt. Außerdem wählt der Verfasser bei der Darstellung eine interdisziplinäre und vergleichende Perspektive. Dies trägt dazu bei, dass die Leser einen guten ersten Eindruck vom Bürgerlichen Recht, als Recht, das viele Segmente des täglichen Lebens betrifft, bekommen.

Dr. Stefan Pürner

Prikaz knjige

Maja Kostić-Mandić, *Opšta klauzula odstupanja od mjerodavnog prava – u savremenom međunarodnom privatnom pravu*

(Pravni fakultet, Podgorica, 2012, 272 str.)

ISBN 978-86-509-0076-5

Klauzule odstupanja (na nemačkom jeziku "Ausnahme-klausel", "Ausweichklausel", "Vorbehaltsklausel" ili "Berichtigungsklausel") su relativno novi institut u međunarodnom privatnom pravu koji je našao svoje mesto u pravu Evropske unije i u zakonodavstvima različitih država. Pored toga, uvođenje takve klauzule u drugim državama dogodilo se u novije vreme. To znači da je ova knjiga koja je izašla 2012. godine aktuelna i u 2014. Autorica, profesorka na Pravnom fakultetu u Podgorici, doktorirala je 2001. na temu "Generalna klauzula odstupanja od redovno mjerodavnog prava" na Pravnom fakultetu u Beogradu. (S obzirom na ovaj podatak ne bi trebalo da čudi da je autorica zagovornik uvođenja opšte klauzule odstupanja.) U ovom radu ona obrađuje razvoj ove klauzule, njene različite pojavne oblike, kao i teoretska i praktična pitanja koja su s tim povezana.

Samom delu, koje je između ostalih recenzirala i bivša savetnica Maks Plank instituta u Hamburgu dr Christa Jessel-Holst, prethodi opšti uvod u kome je predstavljen karakter i razvoj opšte klauzule odstupanja. Pritom, najpre se pojašnjava da su klauzule odstupanja koncipirane za slučajeve u kojima bi mehanička primena kolizione norme

vodila neprikladnom rezultatu. Do ovoga dolazi zato što prilikom bližeg razmatranja slučaja sve okolnosti ukazuju da je očigledno da postoji bliža veza s pravom neke druge države, a ne s pravom države na koju bi ukazala koliziona norma. Umesto prava koje bi bilo merodavno na osnovu redovne kolizione norme, primenjuje se pravo države koje pokazuje bližu vezu s konkretnim okolnostima pojedinačnog slučaja. Kod ovih klauzula reč je, dakle, o izuzetnom ublažavanju striktnih dejstava kolizione norme. Putem ovih klauzula u atipičnim slučajevima daje se prednost pravičnosti u odnosu na pravnu sigurnost i predvidivost.

Autorica ističe da je kod klauzula odstupanja reč o pravilima za retke izuzetne slučajeve. Zato se može samo odstupiti od prava koje bi prema redovnoj kolizionoj normi bilo merodavno, ako se kumulativno ispuni niz pretpostavki. Takođe, očigledno je – i to je za države u tranziciji od posebnog značaja – da se uloga sudije prilikom primene ove klauzule menja. Sudija bi – kako autorica kaže – postupao *preter legem* (str. 37) odnosno on "koriguje zakonodavca" (str. 225). Ako se ima u vidu uobičajena rezervisanost sudija u ovim državama prema sudskoj izgradnji i razvoju prava, ostaje da se vidi kako će se razvijati praksa u ovim državama u pogledu klauzule odstupanja. Za sudiju je važno uputstvo autorice da primena klauzule odstupanja zahteva posebno obrazloženje u presudi (str. 27).

U šest delova knjige autorica rasvetljava predmet klauzule odstupanja na različite načine. U prvom delu prikazani su teorijski i praktični aspekti teme i objašnjeni su cilj i funkcija opšte klauzule odstupanja. Pritom, prikazana su različita nacionalna iskustva s opštom klauzulom odstupanja i navedeno je da se uloga sudije u slučajevima primene takve klauzule menja u gore pomenutom smislu. U drugom delu diskutuje se o principu najbliže veze u odnosu na opštu klauzulu odstupanja s posebnim osvrtom na švajcarsko pravo. Pritom, predstavljene su tipične situacije koje mogu voditi primeni ove klauzule i prikazana su direktna i indirektna dejstva ove primene. Nakon toga, razgraničeni su slučajevi primene opšte klauzule odstupanja od drugih pravnih instrumenata čiji je rezultat takođe neprimena prava koje je inače merodavno na osnovu kolizione norme. U vezi s tim ukazano je na opasnost zloupotreba u vezi s ovim klauzulama. U trećem delu prikazane su razvojne tendencije u međunarodnom pravu i nacionalnim pravima u pogledu principa najbliže veze i njegovim korektivnim dejstvima u smislu posebne klauzule odstupanja. Četvrti deo je posvećen klauzulama odstupanja za ugovorne i vanugovorne obaveze koje su razvijene u pravu Evropske unije. U petom delu prikazana je nacionalna sudska praksa o domaćim klauzulama odstupanja kao i klauzulama koje sadrže pravne norme EU. Najzad, šesti deo se odnosi pre svega na čitaoca iz Crne Gore, pošto je posvećen klauzuli odstupanja koju sadrži

novi ZMPP Crne Gore koja je obrađena iz ugla razvoja crnogorskog prava i pravne tradicije.

U knjizi je uspješno dat sveobuhvatan prikaz teme koji je praćen velikim brojem informacija iz uporednog prava. Pritom, veoma rano je započeto sa predstavljanjem odredaba različitih stranih prava. Ovi prikazi koji su koncentrisani na norme imaju i svoje nedostatke. Onima koji sa temom nisu dovoljno upoznati (npr. studenti), bilo bi sigurno jednostavnije ako bi se na ranijem mestu u knjizi prikazala tipična činjenična stanja u kojima se postavlja pitanje primene klauzule odstupanja. Otuda se ovim čitaocima preporučuje da kao pripremu i za lakše razumevanje pročitaju oba primera na stranicama 173. odnosno 175. Ovi slučajevi, o kojima je odlučivao švajcarski Savezni sud, u kojima je jednom potvrđena primena klauzule odstupanja, a jednom odbijena, služe za dobro razumevanje vrste slučajeva "iz stvarnog života" koji su dali povoda za razvijanje takve klauzule.

Ovi i drugi mnogobrojni predstavljeni slučajevi kao i pravne činjenice koje su sadržane u knjizi pomažu da se dobije konkretna predstava o praktičnom značaju klauzule odstupanja. U pogledu predmeta (dispozicije), na osnovu prikaza prakse švajcarskih i drugih sudova, postaje jasno da se klauzula odstupanja pre svega primenjuje u porodičnom pravu i to primarno kod razvoda braka. U pogledu pravne posledice prikazano je da primena klauzule odstupanja u većini analiziranih slučajeva iz švajcarske sudske prakse vodi primeni *lex fori* (str. 227), iako nije cilj ove klauzule da vodi primeni domaćeg prava, već da štiti interese stranaka. Takođe, korisno je štampanje klauzula odstupanja različitih država na originalnom jeziku odnosno na engleskom jeziku. Ovi materijali, zajedno s prikazanom sudsom praksom, predstavljaju bogat izvor informacija.

Iako je knjiga izašla pre dve godine, veoma je aktuelna. Nacrt crnogorskog ZMPP, koji je tada bio u pripremi, stupio je u međuvremenu na snagu. Otuda, obrada zakonske regulative u Crnoj Gori, koja je u trenutku objavljivanja knjige imala još uvek karakter "pravnog science fictiona", dobija praktičan značaj. Isti efekat bi mogao da nastupi usvajanjem novog ZMPP Srbije u kojem je takođe predviđena klauzula odstupanja prema švajcarskom modelu.

Dr. Stefan Pürner

Buchbesprechung:

Maja Kostić-Mandić, *Opšta klauzula odstupanja od mjerodavnog prava – u savremenom međunarodnom privatnom pravu* (Allgemeine Ausnahmeklauseln im zeitgenössischen IPR) vorgestellt, Podgorica 2012, S. 272
ISBN 978-86-509-0076-5
(Zusammenfassung)

Es wird das Buch Opšta klauzula odstupanja od mjerodavnog prava – u savremenom međunarodnom privatnom pravu (Allgemeine Ausnahmeklauseln im zeitgenössischen IPR) der montenegrinischen Professorin Maja Kostić-Mandić

*vorgestellt. Dabei wird darauf hingewiesen, dass die Autorin den Ausnahmecharakter solcher Klauseln betont und hervorhebt, dass sich die Rolle des Richters bei der Anwendung dieser Klausel verändert. Der Richter würde – so die Autoren – hierbei nämlich praeter legem (S. 37) tätig bzw. er "korrigiert den Gesetzgeber" (S. 225). Für Richter wichtig ist auch der Hinweis der Autorin, dass die Anwendung einer Ausnahmeklausel einer besonderen Begründung im Urteil bedarf (S. 27). Das Buch stellt zahlreiche Fälle, die von Gerichten verschiedener Staaten entscheiden wurden, vor und enthält Rechtstatsachen, die helfen, eine konkrete Vorstellung von der praktischen Bedeutung der Ausnahmeklauseln zu bekommen. Bezüglich der Tatbestandsseite wird anhand der Darstellung der einschlägigen Rechtsprechung Schweizer und anderer Gerichte deutlich, dass Ausnahmeklauseln vor allem im Familienrecht, und dort primär bei Ehescheidungen, Anwendung finden. Hinsichtlich der Rechtsfolgenseite wird dargestellt, dass die Anwendung von Ausnahmeklauseln in der Mehrzahl der analysierten Fälle aus der Schweizer Rechtsprechung zur Anwendung des *lex fori* führt (S. 227). Nützlich ist auch der Abdruck von Ausnahmeklauseln aus Ländern in Originalsprache bzw. in englischer Sprache. Obgleich das Buch vor zwei Jahren erschienen ist, ist es höchst aktuell, da zwischenzeitlich in Montenegro ein IPR-Gesetz in Kraft getreten ist, das als *Novum* eine solche Klausel enthält, und auch das neue serbische IPR-Gesetz, mit dessen Verabschiedung noch in diesem Jahr zu rechnen ist, eine Ausnahmeklausel nach Schweizer Vorbild enthalten dürfte.*

Dr. sc. Hajrija Sijerčić-Čolić*

O dva jubileja i dva zbornika

U jesen 2013. i proljeće 2014. godine objavljena su u Ljubljani dva zbornika u čast životnih jubileja akademkinje prof. dr. Alenke Šelih i prof. dr. Ljube Bavcon. Profesorica Šelih je 2. oktobra 2013. slavila 80. rođendan, profesor Bavcon 90. na dan 19. maja 2014. Samo u nekoliko riječi (umjesto ponavljanja do danas zapisanih brojnih svjedočanstava o naučnim i pedagoškim uspjesima jubilarata, i njihovim brojnim funkcijama), profesorica Šelih je zaslužna profesorica ljubljanskog Pravnog fakulteta, članica Slovenske akademije nauka i umjetnosti, dugogodišnja direktorica Instituta za kriminologiju pri Pravnom fakultetu Univerziteta u Ljubljani (1993–2004), članica Academia Europaea,...; profesor Bavcon je zaslužni profesor Pravnog fakulteta u Ljubljani, predsjednik Vijeća za zaštitu prava čovjeka Republike Slovenije (1988–1994),...

"Zbornik za Alenko Šelih: kazensko pravo, kriminologija, čovekove pravice = Essays in honour of Alenka Šelih: criminal law, criminology, human rights" (Ljubljana:

* Dr. sc. Hajrija Sijerčić-Čolić, redovna profesorica na Pravnom fakultetu Univerziteta u Sarajevu.

Inštitut za kriminologiju pri Pravni fakulteti: Pravna fakulteta: Slovenska akademija znanosti in umetnosti, 2013) obuhvata 33 rada koja se, kako to naglašavaju urednici Matjaž Ambrož, Katja Filipčič i Aleš Završnik, odnose na brojna područja djelovanja profesorice Šelih. Znatno dio članaka stigao je izvan Slovenije, što svjedoči o ugledu koji profesorica Šelih uživa u međunarodnom prostoru.

O područjima djelovanja profesorice Šelih dobro se zna. Ona obuhvataju raznovrsna pitanja (u najširem smislu riječi) kriminologije, viktimologije i krivičnog prava. Članci objavljeni u Zborniku razvrstani su po odgovarajućim tematskim cjelinama (naslove prenosim na jeziku na kojem su i objavljeni): I – Teorija prava in ustavnost (Ljubo Bavcon: *Razmišljanja o usodi človekovih pravic po osamosvojitvi Slovenije in o prispevku profesorice Alenke Šelih k njihovi promociji*; Marijan Pavčnik: *Zakonsko (ne)pravo*). II – Kriminalitetna politika (Frieder Dunkel: *Slovenian exceptionalism? – Die Entwicklung von Gefangenenraten im internationalen Vergleich*; Anna Kossowska: *Social exclusion and criminality from a Polish perspective – selected aspects*; Sonja Snacken s Ineke Casier, Aline Bauwens i Wim Distelmans: *'Human dignity' in prisons and homes for elderly people, different people – different dignity?*). III – Kazensko pravosodje (Gorazd Meško, Katja Eman i Maja Jere: *Legitimnost policijske dejavnosti in kazenskega pravosodja v Sloveniji – izzivi za razmislek v času družbenoekonomske krize*; Matjaž Jager i Katja Šugman Stubbs: *Čustveni sodniki?*). IV – Kriminaliteta in ideologija (Renata Salecl: *Violence and ideology of choice*; Zoran Kanduč: *Kriminal, (ne)sankcioniranje in razredni boj*). V – Kazensko pravo – splošni del (Matjaž Ambrož: *Presoja poskusa, kadar pri kaznivem dejanju sodeluje več oseb*; Damjan Korošec: *O pravici drugemu ritualno odrezati del spolnega uda: kako v Sloveniji vidimo otrokove pravice v primeru versko motiviranega obrezovanja?*; Vid Jakulin: *Odgovornost pravnih oseb za kazniva dejanja v državah, nastalih iz nekdanje Jugoslavije*; Sabina Zgaga: *Mednarodnopravne omejitve sklicevanja na skrajno silo*). VI – Kazensko pravo – posebni del (Velinka Grozdanič: *Criminal law protection against domestic violence*; Krzysztof Krajewski: *The problem of 'legal highs' in Poland: alternative approach to the control of new synthetic drugs or just old prohibitionist routine?*). VII – Kazenske sankcije (Raimo Lahti: *Developments of criminal policy and the system of criminal sanctions – the Finnish experience*; Hajrija Sijerčić-Čolić: *Specifičnosti novih alternativnih sankcija u krivičnom zakonodavstvu Bosne i Hercegovine*; Momčilo Grubač: *Odprava telesne kazni v Srbiji*; Mojca M. Plesničar: *Odločanje o sankcijah v kontinentalnih pravnih ureditvah*; Miklos Levay: *Life imprisonment without parole, human rights and constitutionalism*). VIII – Obnavljalna pravičnost (Katalin Gonczol: *Integration of restorative justice into criminal policy*; Christa Pelikan: *Prelude: paying homage to Alenka Selih – a voice from Slovenia that has been heard*

in European criminal policy; Miroslav Scheinost: *The public and mediation*). IX – Žrtve kaznivih dejanj (Vesna Nikolić-Ristanović: *Different understandings of the notion of victim and their consequences on social attitude towards victimization*; Helena Valkova: *Help for victims of criminal acts in the new Czech law*). X – Mladoletniško sodstvo (Hanns von Hofer: *On background and causes of juvenile crime in Sweden*; Aleš Završnik: *Kibernetško nadlegovanje: pojem, metode in pojavnost po svetu in v Sloveniji*; Katja Filipčič: *Obravnavanje mladoletnih prestopnikov – smjeri razvoja mladoletniškega sodstva v Evropi in Sloveniji*). XI – Otroci s posebnimi potrebami (Barbara Novak: *Dolžnost enakopravnega obravnavanja otrok s posebnimi potrebami pri izobraževanju*; Branka D. Jurišić: *Specialna pedagogika in inkluzija – zgodba ali velika zamisel?*; Marija Kavkler: *Pravica otrok s posebnimi potrebami do inkluzivne vzgoje in izobraževanja*). Posebno izdavam tekst Dragana Petrovca pod naslovom "Prispevek k portretu profesorice Alenke Šelih".

"Skoraj stotlje profesorja Ljuba Bavcona: parvus liber amicorum" (Ljubljana: Inštitut za kriminologiju pri Pravni fakulteti, 2014) je zbirka 19 članaka i rasprava iz različitih vremenskih perioda, od saradnika, kolegica i kolega s kojima se profesor Bavcon, kako to naglašavaju urednici Dragan Petrovec i Matjaž Ambrož, susreće različito dugo. Prema *Uvodnoj besedi* Dragana Petrovca, naslov knjige ne naglašava jubilentove godine, već je riječ o ocjeni časa kojem je profesor Bavcon dao svoj pečat. A o kakvom se uticaju radi govori podatak da je svojih 70-ak radno aktivnih godina (do danas!) posvetio idejama slobode i prava čovjeka kroz brojne rasprave u oblasti krivičnog prava, međunarodnog krivičnog prava, kriminalne politike i prava čovjeka.

Ovaj zbornik svojim prilozima slijedi te ideje vodilje, povezujući ključne oblasti djelovanja profesora Bavcona u različitim vremenima, geografskim širinama i jezičkim varijantama: Matjaž Ambrož: *Dolus eventualis*; Dušan Cotić: *Međunarodni standardi i norme za krivično pravosuđe i zaštitu ljudskih prava i sloboda*; Katja Filipčič: *Kaznovalna politika v Sloveniji*; Zvonko Fišer: *Esej o medijih, novinarjih, kriminaliteti in pravosodju*; Primož Gorkič: *Učinkovita obramba v kazenskem postopku ali v "korist" obdolženca*; Momčilo Grubač: *Vanredno ublažavanje kazne – ukinuti ili reformisati?*; Matjaž Jager i Katja Šugman Stubbs: *Za već preventivno pri obvladovanju gospodarske kriminalitete*; Zoran Kanduč: *O sanjah v mejah konformističnega uma (poskus kriminoiloškega tolmačenja)*; Ciril Keršmanc: *Pismo prof. Bavconu o delu Komisije za preprečevanje korupcije*; Damjan Korošec: *Telesna celovitost kot kazenskopravna dobrina v zvezi z deli človeškega telesa, izločki iz človeškega telesa in predmeti iz človeškega telesa*; Petar Novoselec: *Prijepori o zastari u hrvatskom i slovenskom kaznenom pravu*; Marijan Pavčnik: *Nullum crimen sine lege certa*; Dragan Petrovec: *Sovražni govor in učbenik kazenskega prava*; Ciril Ribičič: *Vrastvo pravic*

odvetnikov pred Ustavnim sodiščem RS in ESČP; Renata Salecl: *Subjektivnost v času obilja izbir*; Hajrija Sijerčić-Čolić: *Izazovi evropskog krivičnog prava – obaveze države u oblasti krivičnog zakonodavstva*; Alenka Šelih: *Gibanja kriminalitete v državah srednje in vzhodne Evrope v času tranzicije – česa nas lahko naučijo?*; Aleš Završnik: *Kriminalitetna politika med populizmom in napredkom na začetku 21. stoletja*; Sabina Zgaga: *Odnos Mednarodnega kazenskoga sodišča do stekov mednarodnih hudodelstev*.

Šta reći za kraj? Za oba jubileja priređene su promocije zbornika radova na Institutu za kriminologiju pri Pravnom fakultetu Univerziteta u Ljubljani, promocije koje su bile prokane ne samo onim što je uobičajeno u takvim prilikama (npr. čestitkama slavljenicima, raspravama o njihovim naučnim uspjesima u Sloveniji, nekadašnjoj Jugoslaviji, i dalje po svijetu), nego i razgovorom o njihovoj humanosti i borbi za čovjeka. I jedan i drugi zbornik, uz hvale vrijedan sadržaj, nose takve utiske onih koji su imali čast i sreću da su mogli učestvovati u njihovom nastajanju.

Dr. sc. Hajrija Sijerčić-Čolić

Über zwei Jubiläen und zwei Festschriften

(Zusammenfassung)

Der Beitrag stellt die beiden Festschriften für Prof. Dr. Alenka Šelih und für Prof. Dr. Ljubo Bavcon, beide Rechtswissenschaftliche Fakultät in Ljubljana, vor. Diese sind im Herbst 2013 bzw. im Frühjahr 2014 vom Institut für Kriminologie der genannten Fakultät herausgegeben worden. Beide Festschriften zeugen nach Ansicht der Autorin von den zahlreichen außerordentlichen wissenschaftlichen und pädagogischen Beiträgen beider Jubilare.

Die "Festschrift für Alenka Šelih: Strafrecht, Kriminologie und Menschenrechte" (orig. "Zbornik za Alenko Šelih: kazensko pravo, kriminologija, čovekove pravice = Essays in honour of Alenka Šelih : criminal law, criminology, human rights", Ljubljana, 2013) enthält 33 Beiträge, die die vielzähligen Forschungsinteressen von Prof. Šelih widerspiegeln. Eine beachtliche Zahl der Beiträge stammt von Autoren außerhalb Sloweniens, was das internationale Ansehen von Prof. Šelih bezeugt.

Der zweite Sammelband trägt den Titel "Beinahe ein Jahrhundert des Professoren Ljubo Bavcon" (orig. "Skoraj stotletje profesorja Ljuba Bavcona : parvus liber amicorum", Ljubljana, 2014) und enthält 19 Beiträge von MitarbeiterInnen und KollegInnen, mit denen Prof. Bavcon während seiner Karriere Kontakt hatte. Der Titel des Bandes, so heben die Herausgeber Dragan Petrovec und Matjaž Ambrož hervor, stellt nicht primär auf das Lebensalter des Jubilars ab, sondern betont die Zeit, die von Prof. Bavcon während seiner bis heute aktiven 70 Jahre andauernden Karriere geprägt wurde. Die Festschrift verbindet die Forschungsschwerpunkte von Prof. Bavcon während seiner Karriere zu verschiedenen Zeiten, an verschiedenen Wirkungsstätten und in unterschiedlichen Sprachen.

Die Autorin hält fest, dass beide inhaltlich wertvolle Festschriften auch ein Zeugnis der Humanität und des Kampfes für den Menschen beider Jubilare darstellen.

Pravo na internetu

Prof. dr. Zlatan Meškić

Pravo Evropske unije na hrvatskom jeziku

Ulaskom Republike Hrvatske u Evropsku uniju, hrvatski jezik postao je 24. službeni jezik Evropske unije. Pored drugih vrijednosti koje ovaj status donosi, hrvatski kao službeni jezik EU donio je i važnu praktičnu vrijednost, a to je prijevod cjelokupnog prava Evropske unije na hrvatski jezik. Na ovom mjestu želimo ukratko predstaviti kako i gdje je moguće pretraživati pravo EU na hrvatskom jeziku sa stanjem 1. juni 2014. godine. Pri tome ćemo dati pojedinačne upute kako najefikasnije pretraživati prije svega po zakonodavnim aktima EU i praksi Suda EU. Podrazumijeva se da je pretraga potpuno besplatna i da je dostupan cjelovit tekst svih pravnih akata EU, uključujući i odluke Suda EU.

Baza podataka koja sadrži cjelokupan *acquis communautaire* zove se "EUR-Lex" i može se pronaći na adresi: eur-lex.europa.eu. U gornjem desnom uglu nalazi se opcija prebacivanja na hrvatski jezik i možemo posvjedočiti da je ova baza podataka u velikom obimu već dostupna na hrvatskom jeziku. Web-stranica EUR-Lex je ove godine dobila kompletno novi korisnički profil s mnogo više mogućnosti za pretraživanje i međusobnih poveznica između podataka. S obzirom na to da veliki broj opcija za korisnike koji prvi put pretražuju po zakonodavstvu EU može djelovati zbunjujuće, nadamo se da će slijedeće upute biti od koristi. Na početnoj stranici odmah se ukazuje na tri osnovne mogućnosti pretraživanja: "jednostavno", "po referentnom broju dokumenta" i po "ELI-ju". Jednostavno pretraživanje omogućava pretragu po punom tekstu i preporučuje se ukoliko vam nije poznat broj ili godina donošenja zakonodavnog akta ili presude. U suprotnom, treba izabrati pretragu "po referentnom broju dokumenta", gdje unosom vrste akta, godine i broja donošenja možete pronaći puni tekst akta. Pretraga po "ELI-ju" osmišljena je za brže pretraživanje iskusnijih korisnika. ELI je skraćenica za "Evropska identifikacijska oznaka zakonodavstva" koju Ured za publikacije namjerava dodijeliti raznim vrstama zakonodavstva koje se objavljuju u seriji L Službenog lista. Slovo "L" je oznaka za seriju u kojoj se objavljuje zakonodavstvo EU ("L" za "legislation"), nasuprot seriji "C" u kojoj se objavljuju informacije i saopštenja. Pojednostavljeno govoreći, ELI funkcionira tako što na temelju poznavanja vrste, broja i godine donošenja akta

kao korisnik možete neposredno naći kako glasi web-adresa pod kojom se nalazi traženi tekst zakonodavstva.

Sva tri načina pretrage mogu se predstaviti na slijedećem primjeru. Želite da pronađete puni tekst na hrvatskom jeziku Direktive Vijeća 93/13/EEZ od 5. aprila 1993. o nepoštenim uvjetima u potrošačkim ugovorima (Sl. list EU 95, str. 29). Ukoliko vam nije poznat ni broj ni godina donošenja, ali znate da tražite akt koji otprilike nosi naziv "Direktiva o nepoštenim uvjetima", preporučujemo da to unesete u "jednostavno" pretraživanje i tako ćete doći do cijelog teksta akta. Nasuprot tome, ukoliko znate da je direktiva donesena 1993. godine pod brojem 13, onda se preporučuje pretraga "po referentnom broju dokumenta". Za one posebno brze, možete naučiti kako da neposredno ukucate web-adresu pod kojom ćete naći tekst direktive. Naime web-adresa se kroji tako što na početnu adresu koja glasi eur-lex.europa.eu dodajete prvo "eli", zatim "dir" kao skraćenicu za direktivu (u slučaju uredbe bilo bi "reg" za "regulation"), godinu donošenja te konačno broj akta, tako da web-adresa za ovu direktivu glasi eur-lex.europa.eu/eli/dir/1993/13. Ukoliko želite pretraživati po broju službenog lista, onda na početnoj stranici gore lijevo odaberite rubriku "Službeni list" gdje putem broja možete doći do teksta željenog akta.

Na ovaj način možete pretraživati zakonodavstvo EU na hrvatskom jeziku, koje je bilo na snazi u trenutku pristupanja Republike Hrvatske EU i akte donesene nakon tog datuma. U pogledu nekih ranijih akata, moguće je pronaći samo prijevode na službene jezike država koje su u vrijeme važenja akta bile države članice EU, iako postoji i značajan broj takvih akata koji su prevedeni na hrvatski jezik i samim time dostupni na hrvatskom jeziku u ovoj bazi podataka. U slučaju da neki akt koji tražite nije dostupan na hrvatskom jeziku, što bi se prema našim saznanjima moglo desiti samo s odlukama Suda EU i pojedinim neobavezujućim vrstama akata, onda je najsigurnije pretraživati "po referentnom broju dokumenta", jer će se tekst akta pronaći na svim jezicima na kojim je on dostupan.

Za razliku od zakonodavstva EU, samo mali broj odluka Suda EU preveden je na hrvatski. Tačnije, prevedene su odluke koje su donesene nakon ulaska Republike Hrvatske u Evropsku uniju, dok su ranije odluke u postupku prevođenja koji će sigurno trajati još punu deceniju, a možda i duže. Ipak, s hrvatskim kao službenim jezikom EU

cjelokupna web-stranica Suda EU (<http://curia.europa.eu/>) prevedena je na hrvatski, što olakšava razumijevanje mogućnosti pretrage koje stranica nudi. U ovoj fazi savjetujemo da nakon što se upoznate s web-stranicom na hrvatskom jeziku, odaberete opciju u gornjem desnom uglu da se prebacite na neki drugi službeni jezik EU kada budete željeli koristiti mogućnosti pretrage, jer je nekoliko proba pokazalo da stranica mnogo manje rezultata pretrage pokazuje kada se pretražuje na hrvatskom, nego kada se pretražuje na drugim jezicima. Pozitivna vijest je da se iz praktičnih razloga prvo prevode najvažnije odluke Suda EU i da su mnoge od njih već prevedene na hrvatski jezik. Kada na naznačenoj web-stranici Suda EU odaberete s lijeve strane rubriku "sudska praksa", kao zadnja podrubrika ponudit će vam se "povijesna sudska praksa". Klikom na ovu podrubriku na dnu stranice vidjet ćete poveznicu pod nazivom "Popis 57 presuda od 1954. do 2000. na hrvatskom jeziku". Suprotno nazivu ovdje nećete naći samo popis najvažnijih 57 presuda, nego su one već prevedene na hrvatski jezik. Na ovaj način možete ne samo jednostavno vidjeti koje su to najvažnije odluke Suda EU donesene do 2000. godine, nego im i odmah pristupiti na hrvatskom jeziku. Za daljnje informacije o pretraživanju po web-stranici Suda EU, ukazujemo na raniji tekst objavljen pod nazivom "Uputstvo: Kako pronaći odluku Suda EU?" u *Novoj pravnoj reviji*, br. 1/2013, str. 88.

Prof. Dr. Zlatan Meškić

Recht im Internet: Das Recht der EU in kroatischer Sprache

(Zusammenfassung)

Mit dem Beitritt von der Republik Kroatien zur Europäischen Union wurde die kroatische Sprache zur 24. Amtssprache der EU. An dieser Stelle wird kurz dargestellt, wo und wie man das Recht der EU auf kroatischer Sprache untersuchen kann. Dabei werden kurz die Suchoptionen auf dem EUR-Lex Portal sowie der offiziellen Seite des Gerichtshofs der EU aufgezeigt, mit einigen Tipps zur effektiveren Suche für Anfänger. Während die Mehrzahl der legislativen Akte der EU bereits auf Kroatisch zugänglich ist, wurden lediglich die seit dem Beitritt Kroatiens zur EU ergangenen EuGH- Entscheidungen übersetzt. Eine wertvolle Ausnahme bilden die 57 wichtigsten EuGH Entscheidungen bis zum Jahre 2000., die allesamt auf Kroatisch übersetzt wurden und auf der offiziellen Webseite des EuGH zugänglich sind.

MJur (Oxon) Selma Mezetović, LL.M.

Međunarodna konferencija "Novo stvarno pravo Federacije Bosne i Hercegovine", Sarajevo, 7. marta 2014. godine

U organizaciji Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu, Njemačke fondacije za međunarodnu pravnu saradnju (IRZ) i Austrijskog regionalnog kooperacionog ureda za nauku i kulturu dana 7. marta 2014. godine, simbolično na treći dan od početka primjene novog Zakona o stvarnim pravima FBiH, održana je konferencija pod nazivom "Novo stvarno pravo Federacije Bosne i Hercegovine".

Uvodni dio konferencije bio je rezerviran za pozdravne riječi predstavnika organizatora ove konferencije. Prisutnima se u ime Pravnog fakulteta u Sarajevu obratio prof. dr. Borislav Petrović, dekan Fakulteta, naglasivši kako upravo veoma značajan odziv svjedoči o aktuelnosti teme, ali i popularnosti predavača koji će o njoj govoriti. Odredbe novog Zakona o stvarnim pravima FBiH kroz slijedenje rješenja prihvaćenih u hrvatskom pravu, koja su prvobitna rješenja austrijskog prava, zapravo predstavljaju svojevrсни povratak centralnoevropskoj pravnoj tradiciji. U skladu s tim posebno značajnom je istaknuta i činjenica da, osim što ova konferencija predstavlja nastavak dugogodišnje veoma uspješne saradnje s IRZ fondacijom, ona je isto tako simbol saradnje Bosne i Hercegovine s dvije prijateljske zemlje, Njemačkom i Austrijom.

Prof. dr. Faruk Mekić, prorektor Univerziteta u Sarajevu za oblast naučnoistraživačkog i umjetničko-istraživačkog rada, pozdravio je skup, ali i donošenje novog propisa u oblasti stvarnog prava. Naglašeno je kako novi zakon predstavlja značajan korak naprijed u procesu tranzicije, jer njegove odredbe preuzimaju već oprobane modele, ali uz uvažavanje specifičnih prilika FBiH. Kao takva ova kodifikacija trebala bi biti od pomoći afirmaciji i napretku BiH u cjelini.

U ime Ambasade Republike Austrije u Bosni i Hercegovini prisutnima se obratila prva sekretarka Ambasade Mr. Brigitte Sitzwohl-Pfriemer. Iz perspektive Austrije kao najvećeg inostranog investitora u BiH, posebno je istaknuta važnost uspostavljanja pravne države, te funkcioniranja privrednih tokova bez korupcije. Novo stvarnopravno zakonodavstvo predstavlja bitnu pretpostavku za ostvarenje upravo tog cilja.

Christian Reissmüller, šef Pravnog odjela Ambasade SR Njemačke u Bosni i Hercegovini, u sličnom je tonu

pozdravio učesnike i goste konferencije istaknuvši da novi Zakon o stvarnim pravima predstavlja svijetlu tačku u trenutno nekonkurentnom bosanskohercegovačkom privrednom sistemu. Nova pravna rješenja, među kojima je posebno pohvalno uvođenje zemljišnog duga, a čime se FBiH svrstala u krug ekskluzivnih pravnih sistema koji uopće poznaju ovaj institut, bosanskohercegovačko tržište čine znatno atraktivnijim.

Ispred IRZ fondacije prisutnima se obratio dr. Stefan Pürner, voditelj projekta Njemačke fondacije za međunarodnu pravnu saradnju, te se osvrnuo na uspješnu i veoma plodonosnu saradnju s Pravnim fakultetom u Sarajevu. Također je izrazio zadovoljstvo što je IRZ u mogućnosti da doprinese implementaciji zakona čije je donošenje podržala također jedna njemačka organizacija, i to GIZ. Unatoč tome što je trenutak donošenja ovog zakona došao prilično kasno u odnosu na region, ipak on donosi primjenu instituta koji su se u praksi već pokazali jako uspješnim. U tom smislu je savjetovao svim prisutnim da iskoriste konferenciju na optimalan način, te razgovaraju i diskutiraju s predavačima o novim rješenjima.

Austrijski regionalni kooperacioni ured za nauku i kulturu predstavljala je gospođa Kamala Šertović. U svom pozdravnom govoru je naglasila da, iako nije pravnica, uviđa ogroman utjecaj Zakona o stvarnim pravima, ne samo na privredne tokove, nego i na svakodnevni život svakog građanina Bosne i Hercegovine. S obzirom na nepobitan značaj ovog zakonskog teksta, zaželjela je uspješnu razmjenu mišljenja, iskustava i savjeta.

Nakon pozdravnih riječi uslijedio je radni dio konferencije koji je svojim izlaganjem otvorio dr. Christian Athenstaedt, voditelj Otvorenog regionalnog fonda za Jugoistočnu Evropu njemačkog Društva za međunarodnu saradnju (GIZ). Dr. Athenstaedt je govorio na temu *Pregled savjetodavnih aktivnosti u okviru reforme privrednog prava*. Posebno se fokusirao na stvarno pravo, izloživši najznačajnije aktivnosti koje u navedenom segmentu tokom dugog niza godina podržava GIZ, te je naročiti akcenat stavio na organiziranje simpozija u Budimpešti 2002. godine, a koji je značio početak udruženog djelovanja stručnjaka za stvarno pravo u regiji.

Potom je uslijedilo izlaganje univerzitetskog profesora, mr. phil., mr. iur. i dr. iur. Tomislava Borića, s Instituta za austrijsko i međunarodno pravo društava i privredno pravo Pravnog fakulteta Karl-Franzens univerziteta iz Graca, na temu *Osnovna opredjeljenja i načela Zakona o stvarnim pravima Federacije BiH*. Prof. Borić je naglasio kako novi zakon zapravo predstavlja povratak pravnoj tradiciji kontinentalnog pravnog kruga, zbog utjecaja austrijskog,

njemačkog, slovenačkog i švicarskog prava. Također je istakao kako je Zakon namijenjen cijelom društvu, a ne samo stranim investitorima i pravnim subjektima, te da bi za potpuno uspostavljanje novog stvarnopravnog režima bilo neophodno riješiti i pitanje restitucije imovine.

Konferencija se nastavila prezentacijom prof. dr. Tatjane Josipović s Pravnog fakulteta Univerziteta u Zagrebu na temu *Stjecanje stvarnih prava temeljem povjerenja u zemljišne knjige*. Prof. Josipović je, kroz uporedni pregled zakonskih rješenja stvarnog prava FBiH i zakonskih rješenja odgovarajućih propisa Republike Hrvatske, poseban fokus stavila na značaj odnosa načela *nemo plus iuris ad alium transfere potest quam ipse habet*, s jedne strane, i načela povjerenja u zemljišne knjige, s druge strane. Naglasila je kako će za praksu biti poseban izazov balansiranje ova dva dijametralno suprotna načela, te da je izvjesna mogućnost ukazivanja potrebe za izmjenama važećeg Zakona o zemljišnim knjigama u cilju uspostavljanja njegove kompatibilnosti s odredbama Zakona o stvarnim pravima. Pored toga istakla je kako će za uspješnu primjenu novog Zakona o stvarnim pravima biti jako značajna istovjetna primjena pravila, te istovjetno tumačenje standarda kao što su savjesnost, odnosno nesavjesnost.

Gospodin Andreas Luckow, predstavnik Udruženja njemačkih hipotekarnih banaka/Verband deutscher Pfandbriefbanken iz Berlina, u svom izlaganju je pod naslovom *Zemljišni dug u njemačkom pravu* dao uporedni prikaz karakteristika zemljišnog duga i hipoteke kao sredstava osiguranja potraživanja. Upravo brojne prednosti zemljišnog duga su, i pored intriga koje ovaj institut zbog njegovog nedovoljnog poznavanja sa sobom nosi, kako je naglasio, dovele do gotovo potpunog prestanka primjene instituta hipoteke u njemačkom pravu.

Prof. dr. Meliha Povlakić s Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu, članica tima za izradu teksta Zakona o stvarnim pravima, govorila je na temu *Novo uređenje prava osiguranja kredita na nekretninama u ZSP FBiH*. Prof. Povlakić se posebno osvrnula na napuštanje načela akcesornosti hipoteke, te je istakla prednosti zemljišnog duga u odnosu na hipoteku, posebno u smislu njegove fleksibilnosti i nezavisnosti od potraživanja koje osigurava, te veće slobode subjekata prava koji zemljišni dug koriste. Dalje je naglasila veoma značajnu ulogu notara u primjeni novog instituta u pravu FBiH, te ukazala na važnost i sadržaj pouka koju su notari dužni davati klijentima prilikom zasnivanja zemljišnog duga.

Viša asistentica mr. Darja Softić Kadenić, LL.M Grac, također s Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu, u svom izlaganju na temu *Maksimalna hipoteka u ZSP FBiH* posebno naglasila je značaj materijalnopravnog reguliranja maksimalne hipoteke kao instituta koji je već zaživio u praksi, iako nije bio pravno reguliran. Međutim, dalje je istakla kako ipak još uvijek nisu riješena sva pitanja, jer je Zakon propustio uvrstiti iskustva prakse, što je učinjeno

kod zemljišnog duga. Jedna od preporuka magistrice Softić Kadenić za prevazilaženje problema koji bi u bankarskoj praksi mogli nastati usljed nedovoljno preciznih zakonskih rješenja jeste isticanje maksimalne hipoteke kao takve prilikom upisa u zemljišne knjige.

Odmah po završetku posljednjeg izlaganja uslijedile su završne riječi dr. Pürnera koji se svim učesnicima zahvalio na učešću. Naglasio je da, iako nije moguće odmah dati odgovore na sva pitanja koja se postavljaju, ipak će ova konferencija, zbog niza novih instituta koje Zakon donosi, zasigurno predstavljati značajan impuls i inspiraciju za proučavanje, istraživanje te unapređenje primjene novih zakonskih rješenja.

MJur (Oxon) Selma Mezetović, LL.M.

Bericht über die Konferenz Das neue Sachenrecht in der Föderation Bosnien und Herzegowina

(Zusammenfassung)

Der Beitrag enthält einen Bericht über die Konferenz Das neue Sachenrecht in der Föderation Bosnien und Herzegowina, die am 07. März 2014 im Festsaal der Universität in Sarajevo gemeinsam von der IRZ, der Juristischen Fakultät in Sarajevo und der Österreichischen Kulturvereinigung ausgerichtet wurde. Interessierte Leser finden in der Rubrik "Aktuelles" unter <http://irz.de/index.php/de/bosnien-und-herzegowina> auf der Webseite der IRZ einen Bericht über diese Veranstaltung in deutscher Sprache.

Prof. dr. Dušan Popović*

Radionica "Mehanizmi kolektivne zaštite u jugoistočnoj Evropi",

Univerzitet u Sarajevu, 28. juni 2014. godine

Izveštaj

Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu je 28. juna 2014. godine bio domaćin radionice pod nazivom "Mehanizmi kolektivne zaštite". Radionica je organizirana u saradnji pravnih fakulteta iz Sarajeva i Zagreba, te uz finansijsku podršku Njemačkog društva za međunarodnu saradnju (GIZ). Radionica je okupila profesore prava iz Albanije, Bosne i Hercegovine, Crne Gore, Hrvatske, Makedonije i Srbije. Počasni gost je bila gospođa Diana Wallis, predsjednica Evropskog pravnog instituta (ELI). Mehanizmi kolektivne zaštite su relativno nova tema među pravniciima jugoistočne Evrope. Dok u pojedinim zemljama

* Autor je profesor na Pravnom fakultetu, Univerziteta u Beogradu.

regije postoji horizontalna legislativa o kolektivnom obeštećenju, zakonodavci u ostalim zemljama još uvijek oklijevaju uvesti ovaj mehanizam, te ga "mijenjaju" s različitim oblicima organizacijskih tužbi (tužbe koje podiže ovlaštena organizacija radi zaštite prava i interesa određene grupe). Čak i u zemljama koje su uvele kolektivnu zaštitu praksa odlučivanja je više nego rijetka. Novost kolektivne zaštite u regiji jugoistočne Evrope, kao i njena relevantnost u Evropskoj uniji, naročito uzevši u obzir skore inicijative Evropske komisije, potaknula je organizatore da omoguću ovu razmjenu mišljenja između istraživača iz jugoistočne Evrope i Evropske unije.

Pozdravne riječi uputili su: profesorica Zehra Kreho, prorektor Univerziteta u Sarajevu, profesorica Meliha Powlakić, prodekan za međunarodnu saradnju Pravnog fakulteta u Sarajevu, gospodin Christian Reissmuller, predstavnik ambasade SR Njemačke u Sarajevu, i profesor Marko Baretić, prodekan za međunarodnu saradnju Pravnog fakulteta u Zagrebu. Dr. Christian Athenstaedt, menadžer sektora fonda, u ime GIZ-a iskazao je podršku istraživačkoj aktivnosti kolektivne zaštite učesnika radionice. Naglasio je kako je svijest o zaštiti kolektivnih prava i interesa u regiji Zapadnog Balkana sve veća.

Centralno izlaganje pod naslovom "Evropska kolektivna tužba za izvršenje evropskih prava – još uvijek nedostajući dio slagalice?" imala je gospođa Diana Wallis. Gospođa Wallis je naglasila da pitanje kolektivne zaštite ima svoju pravnu, ali i političku stranu. Za preduzeća kolektivna zaštita može izazvati neizvjesnost. Naglasila je da se čak ni u zemljama u kojima već postoji ovaj pravni instrument ne koristi previše. Ipak, čak i samo njegovo postojanje je znak učesnicima na tržištu. Gospođa Wallis je dalje komentirala proces usvajanja Preporuke Komisije od 11. juna 2013. godine o zajedničkim principima za zahtjeve za propuštanje i zahtjeve za naknadu štete kod kolektivne zaštite u državama članicama u vezi s kršenjem prava dodijeljenih po osnovu prava Evropske unije.¹ Također je izrazila žaljenje što Evropska unija nije usvojila uredbu ili direktivu o navedenoj materiji, nego samo preporuku. Proces uvođenja kolektivne zaštite je praćen obimnim aktivnostima lobiranja. Gospođa Wallis je identificirala tri glavna problema do kojih bi moglo doći prilikom primjene pravnog okvira Evropske unije o kolektivnoj zaštiti. Prvo, usvojena preporuka nije u skladu s Direktivom o sudskom nalogu. Drugo, moglo bi biti problema u vezi s Uredbom Brisel I² jer se Preporuka o kolektivnoj zaštiti ne uklapa u prekogranični kontekst. Treće, nije sigurno kako će ova preporuka funkcionirati u odnosu na Direktivu o alternativnom rješavanju sporova. Gospođa Wallis je adresirala i pitanje publiciteta uz isticanje potrebe da

pravosudni portali Evropske unije budu korišteni kao registri kolektivnih tužbi. Također je naglasila potrebu obuke nosilaca pravosudnih funkcija u oblasti kolektivne zaštite. Insistirala je na tome da je usvojena preporuka adresirana državama članicama, te u tom smislu nije evropska. Preporuka ostavlja mogućnost državama članicama da izaberu između "opt-in" i "opt-out" sistema iako se čini da je preferirani izbor "opt-in". Od najvećeg je značaja da izbor država članica bude koherentan.

Nakon centralnog izlaganja predsjednice Evropskog pravnog instituta, prezentirani su nacionalni izvještaji o kolektivnoj zaštiti u jugoistočnoj Evropi. Izvještaji su bili bazirani na upitniku sačinjenom od strane Priv.-Doz. Rainera Kulmsa s Max Planck instituta za uporedno i međunarodno privatno pravo u Hamburgu. Prezentirano je pet nacionalnih izvještaja (Albanija – profesorice Nada Dollani i Flutura Kola Tafaj; Bosna i Hercegovina – profesori Meliha Powlakić i Zlatan Meškić; Hrvatska – profesorica Tatjana Josipović i docentica Aleksandra Maganić; Crna Gora – profesorica Maja Kostić Mandić; Srbija – profesori Dušan Popović i Marija Karanikić Mirić). Autorice albanskog izvještaja su pojasnile da ne postoji kolektivna zaštita u albanskom pravnom sistemu. Ipak, klasični instrumenti kao što je *litis consortium* i zajedničke tužbe postoje. Izvjestiteljice su podvukle činjenicu da bi čak sam strah od kolektivne tužbe mogao spriječiti povredu prava. Autori bosanskohercegovačkog izvještaja su objasnili da je jedan od dva bosanskohercegovačka entiteta zakonom koji regulira parnični postupak uveo kolektivnu zaštitu po principu horizontalnog pristupa. Naime, pored kolektivnih sredstava zaštite predviđenih pojedinim zakonima, Zakon o parničnom postupku Republike Srpske predviđa poseban parnični postupak za sve slučajeve povrede kolektivnih prava i interesa. U drugom entitetu (Federacija Bosne i Hercegovine) postoji samo zakonodavni prijedlog koji sadrži ista rješenja. Pored ove horizontalne legislative, Zakon o zaštiti potrošača BiH je utvrdio listu institucija koje mogu zahtijevati propuštanje ili naknadu štete. Na navedenoj listi nalazi se četrnaest institucija među kojima i udruženja potrošača. Profesorice iz Hrvatske su istaknule njemački uticaj na način na koji su formulirana pravila udruživanja i žalbi interesnih grupa. Prema hrvatskom Zakonu o obligacionim odnosima moguće je podići *actio popularis* iako treba naglasiti da se ona uglavnom odnosi na zaštitu okoline. Tužba za kolektivnu zaštitu u Hrvatskoj nema kompenzatorni karakter. Nacionalne izvjestiteljice iz Hrvatske procijenile su da hrvatsko pravo u ovoj oblasti generalno nije u skladu s Preporukom Evropske unije o kolektivnoj zaštiti. Do sada su imali samo jedan relevantan slučaj *Potrošač* u kome odluka još uvijek nije donesena.

U sesiji koja je uslijedila prezentirani su izvještaji iz Crne Gore i Srbije. Nacionalna izvjestiteljica iz Crne Gore pojasnila je da kolektivna zaštita ne postoji u toj zemlji. Ni nacrt novog Zakona o parničnom postupku ne predviđa kolektivnu zaštitu. Nedavno usvojeni Zakon

¹ OJ L 201, 26. 7. 2013, str. 60–65.

² Uredba Vijeća (EC) br. 44/2001 od 22. decembra 2000. o nadležnosti i priznavanju i izvršenju presuda u građanskim i trgovinskim stvarima, OJ L 12, 16. 1. 2001, str. 1–23.

o zaštiti potrošača iz 2014. uvodi *actio popularis* za ovu oblast. Navedeni Zakon predviđa i javni registar tužbi i presuda koji bi vodilo ministarstvo nadležno za zaštitu potrošača, a što je važno zbog *lis pendens* i povezanih postupaka. Profesori iz Srbije su naveli da je srbijanski Zakon o parničnom postupku iz 2011. uveo organizacijsku tužbu. Prema tom Zakonu kvalificirani subjekti su imali pravo da podnesu tužbu za propuštanje kao i deklaratornu tužbu kojom se utvrđuje da je bilo povrede, ali ne i da traže naknadu štete. Ipak, 2013. godine je Ustavni sud Republike Srbije donio odluku kojom je cijelo poglavlje Zakona o parničnom postupku koje se odnosi na zaštitu kolektivnih prava proglašio neustavnim. Ministarstvo pravde trenutno priprema amandmane Zakona o parničnom postupku. Po pitanju "vertikalne legislative" u Srbiji nacionalni izvjestitelji su pojasnili da je novi Zakon o zaštiti potrošača, usvojen u junu 2014. godine, optirao za upravni postupak umjesto ranije odabranog modela baziranog na zaštiti prava potrošača u parničnom postupku.

Nakon prezentiranja nacionalnih izvještaja uslijedila je plodonosna diskusija moderirana od strane dr. Christe Jessel Holst s Max Planck Instituta za uporedno i međunarodno privatno pravo u Hamburgu. Tokom diskusije učesnici su posebno isticali činjenicu da ako vjerujemo građanima da mogu stvarati pravo, onda im moramo vjerovati i da će ga primijeniti. Pojedini izvjestitelji su naglasili potrebu za harmonizacijom i zakonodavstvom u oblasti kolektivne zaštite, dok su drugi tražili definiranje pojma "kolektivne zaštite". Postavljeno je pitanje da li je "kolektivni interes" kvalitativno različit od zbira individualnih tužbi. Ako je tako, bilo koji postupak koji je jednostavno sakupio interese individualnih tužilaca ne bi mogao proći prag dopustivosti propisan Preporukom Evropske unije. Učesnici iz nekoliko zemalja su spomenuli da domaći potrošači preferiraju učešće javnih organa u situacijama u kojima bi druge jurisdikcije ponudile isključivo privatnopravni postupak. Ovo bi moglo objasniti zašto u državama s kratkom historijom kolektivne zaštite samo ministarstva i drugi organi javne uprave imaju pravo štiti interese potrošača. U ovom kontekstu je postavljeno pitanje da li bi ombudsmen zadržavajući visoki nivo zaštite potrošača osigurao manje ovisnosti o tijelima javne uprave ako bi inicirao mehanizme kolektivne zaštite *sua sponte*. Profesori iz Srbije su objasnili pozadinu odluke Ustavnog suda o neustavnosti metoda kolektivne zaštite iz Zakona o parničnom postupku. Ustavni sud je odlučio da cijelo poglavlje koje regulira postupak zaštite kolektivnih prava nije u skladu sa Ustavom Republike Srbije. Obrazloženje Ustavnog suda se uglavnom svelo na to da odredbe Zakona o parničnom postupku iz 2011. nisu dovoljno jasne. Sud je također utvrdio da Zakon nije precizirao na koje sporove se odnosi poglavlje o zaštiti kolektivnih prava niti je definirao kolektivna prava. Izvjestitelji iz Srbije su naglasili i problem verifikacije potrošačkih organizacija. U Srbiji trenutno postoje 32 organizacije s varirajućim nivoom *know-how*,

efikasnosti i sposobnosti da se bave slučajevima zaštite potrošača. Nadalje, primijećen je nedostatak ili kratko trajanje javne diskusije o zakonodavnim prijedlozima u pojedinim zemljama regiona.

Učesnici radionice su se složili da iako Preporuka Evropske unije predstavlja prvi pokušaj uvođenja *soft law* pravila o horizontalnoj kolektivnoj zaštiti, još uvijek puno toga treba biti urađeno kako bi se zatvorile pravne praznine. Ovo naročito uključuje pojašnjenje veze između prava kolektivne zaštite i pravila o alternativnom rješavanju sporova koji su često međusobno isključivi. Pitanje primjerenosti uloge ombudsmena u oblasti kolektivne zaštite je također podignuto. Pojedini učesnici su smatrali da je uključivanje ombudsmena prikladnije rješenje nego oslanjanje na "klasične" institucije, iako je i ombudsmen zapravo upravno tijelo. Istovremeno, ostali učesnici su skrenuli pažnju na uspješan primjer ombudsmena za zaštitu prava potrošača u Danskoj koji je izuzetno aktivan u ovoj oblasti.

Učesnici su zaključili da nesumnjivo postoji potreba za daljom harmonizacijom pravila kolektivne zaštite u jugoistočnoj Evropi. Dok pojedine zemlje regije već predviđaju horizontalni pristup u svojim zakonima o parničnom postupku, druge to nemaju, uslijed čega postoje značajne razlike u pristupu mehanizmima kolektivne zaštite. Čak i u zemljama koje omogućavaju horizontalni pristup, iskustvo prakse s kolektivnom zaštitom je veoma ograničeno (npr. samo jedan slučaj u Hrvatskoj). Prema tome, u regiji jugoistočne Evrope mehanizmi kolektivne zaštite su se do sada pokazali neefikasnim. Učesnici iz svih zemalja su se složili da nastave svoje istraživanje i razmjenu mišljenja u ovoj oblasti, te na taj način ohrabre nacionalne zakonodavce da uvedu ili modificiraju postojeće mehanizme i usklade ih s Preporukom Evropske unije.

Prof. Dr. Dušan Popović

Bericht über den Workshop "Collective redress in South East Europe",

Universität Sarajevo, 28. Juni 2014

(Zusammenfassung)

Der Beitrag enthält einen Bericht über den Workshop "Collective redress in South East Europe" (Kollektiver Rechtsschutz in Südosteuropa), der von den Juristischen Fakultäten der Universitäten in Sarajevo und Zagreb mit finanzieller Unterstützung der Deutschen Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) am 28. 06. 2014. an der Juristischen Fakultät in Sarajevo stattgefunden hat. Ehrengast und keynote speaker war Diana Wallis, Präsidentin des European Law Institute (ELI), die mit ihrem Vortrag "An EU collective action to enforce EU legal rights; still the missing part of the Jigsaw?" eine Einführung in dieses, in Südosteuropa immer noch relativ unbekanntes Rechtsthema gab und einen Überblick über die Entwicklung dieses Rechtsgebietes in der EU bot. Sie betonte dabei insbesondere, dass es sich beim kollektiven Rechtsschutz um ein sowohl rechtliches, als auch politisches Thema handelt,

weswegen die Harmonisierungsaktivitäten letztendlich nicht in einer Richtlinie oder einer Verordnung, sondern lediglich in einer Empfehlung gemündet haben.

Anschließend haben die Teilnehmer aus den Ländern der Region (Albanien – Nada Dollani und Flutura Kola Tafaj; Bosnien und Herzegowina – Meliha Powlakić und Zlatan Meškić; Kroatien – Tatjana Josipović und Aleksandra Maganić; Montenegro – Maja Kostić Mandić; Serbien – Dušan Popović und Marija Karanikić Mirić) ihre Länderberichte, die anhand eines Fragebogens, der von Rainer Kulms vom Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg erstellt worden war, erarbeitet wurden, präsentiert.

Der Arbeitsteil des Workshops endete nach einer lebendigen Diskussion aller Teilnehmer unter Moderation von Christa Jessel-Holst vom Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht Hamburg.

Dr Stefan Pürner/Dragana Radisavljević

Iz aktivnosti IRZ fondacije: Konferencija “Zaštita prava na slobodu i bezbednost i zabrana torture”

19–21. juni 2014. godine na Zlatiboru, Srbija

Opšte napomene o konferenciji: Od 19. do 21. juna na Zlatiboru je održana regionalna konferencija “Zaštita prava na slobodu i bezbednost i zabrana torture”, koju su zajednički organizovali Ustavni sud Srbije i Nemačka fondacija za međunarodnu pravnu saradnju (IRZ). Time je IRZ nastavio saradnju sa ustavnim sudovima iz regiona, a naročito sa Ustavnim sudom Srbije. Ova saradnja sa Ustavnim sudom Srbije ima poseban značaj za IRZ, pošto traje već više od deset godina i veoma je intenzivna. U okviru te saradnje ne samo da su organizovane brojne konferencije i seminari, od kojih su se mnogi u vidu regionalnih događaja odvijali uz učešće ustavnih sudova iz drugih država, već je IRZ pružao i savetodavnu podršku prilikom uvođenja ustavne žalbe u srpsko pravo.

Praktičan značaj teme ove konferencije za ceo region ogleda se, s jedne strane, u tome što se ustavni sudovi zemalja učesnica stalno bave pritužbama na povrede prava na slobodu, i to pre svega kod određivanja istražnog pritvora. S druge strane, ovaj značaj se vidi i po tome što se zbog takvih slučajeva i Evropski sud za ljudska prava već bavio različitim predstavkama protiv država u regionu. Još jedan dokaz u prilog značaju ove teme predstavljaju i intenzivne diskusije koje je vodilo skoro 40 učesnika. Među njima su bili, osim domaćina, sudija Ustavnog suda Srbije i predsednice tog suda Vesne Ilić Prelić, i predsednice Ustavnog suda Bosne i Hercegovine Valerija Galić, Ustavnog suda Federacije Bosne i Hercegovine dr. Kata Senjak, Ustavnog suda Makedonije Elena Goševa,

Ustavnog suda Crne Gore Desanka Lopičić, kao i ostale sudije ovih sudova i hrvatskog Ustavnog suda.

Nakon što je predsednica Ustavnog suda Srbije otvorila konferenciju, usledili su, kao prvo, izveštaji iz zemalja učesnica, pri čemu je Srbija kao zemlja domaćin imala prvenstvo, a predstavnici ostalih zemalja govorili su po azbučnom redosledu. U ovom delu konferencije čuli smo izveštaje sledećih učesnika: prof. dr Gorana Ilića, Ustavni sud Srbije, Zlatka M. Kneževića, Ustavni sud Bosne i Hercegovine, Aleksandre Martinović, zame-nice predsednika Ustavnog suda Federacije Bosne i Hercegovine, Milorada Gogića, Ustavni sud Crne Gore, kao i predsednice makedonskog Ustavnog suda, Elene Goševe. Posle toga je, razmatranjima na temu sudske prakse nemačkog Saveznog ustavnog suda i Evropskog suda za ljudska prava u vezi s povredom prava na slobodu u izlaganjima nekadašnjeg sudije Saveznog ustavnog suda Nemačke dr Ditera Hemiga (Hömig) i sudije Evropskog suda u Strazburu iz Makedonije, dr Mirjane Lazarove Trajkovske, ovaj regionalni horizont proširen.

Uticao Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama i sudske prakse Evropskog suda za ljudska prava na nacionalno pravo: Više puta je ukazivano na to da postoji razlika u pojedinostima ne samo između regulative nacionalnih ustavnih prava i regulative Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama, već i između sudske prakse različitih nacionalnih ustavnih sudova i sudske prakse Evropskog suda za ljudska prava. Dr Henig je ovu temu razradio na primeru sudske prakse nemačkog Saveznog ustavnog suda i Evropskog suda za ljudska prava u vezi s merom bezbednosti smeštaja u ustanovu za čuvanje (upor. u vezi s tim: Štefan Pirner (Pürner), Aktualnosti iz njemačkog prava. Evropski sud za ljudska prava osuđuje Nemačku, NPR 2010, str. 44 f.). U vezi s tim, desilo se da je sudska praksa Evropskog suda za ljudska prava dovela do toga da je nemački Savezni ustavni sud izmenio svoju dotadašnju praksu, a na kraju je to rezultiralo i izmenama zakona. Ovo je jedan očigledan primer velikog značaja i uticaja odluka Evropskog suda za ljudska prava na nacionalno pravo.

U nekoliko radova diskutovalo se o mestu Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama u okviru hijerarhije pravnih normi u različitim zemljama. Situacija u većini zemalja ovde je takva da Evropski sud za ljudska prava, doduše, prethodi nacionalnim zakonima, ali je u pogledu hijerarhije ispod nacionalnog ustavnog prava. Iz tog razloga bi neki nacionalni ustavni sud, u slučaju da se Evropska konvencija o ljudskim pravima i osnovnim slobodama eventualno nalazi u suprotnosti s nacionalnim ustavom, imao pravo da jednostavno zanemari Konvenciju. Ono što u relanosti sprečava ovakvo postupanje je činjenica da Evropski sud za ljudska prava u odnosu na nacionalne ustavne sudove faktički ima poslednju reč, pošto odluke nacionalnih ustavnih sudova mogu putem individualne ustavne žalbe da se napadaju pred Evropskim sudom

za ljudska prava, a taj sud onda može da proglasi da su navedene odluke u suprotnosti s ljudskim pravima. Zbog toga u onim slučajevima u kojima predmet posle odluke nacionalnog ustavnog suda ide na Evropski sud za ljudska prava, Evropski sud za ljudska prava je taj koji – nezavisno od hijerarhije normi u nacionalnom pravu – donosi krajnju odluku o načinu rešavanja spora. Posledica toga je da nacionalni ustavni sudovi pravne garancije Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama kao pomoć u tumačenju prilikom određivanja sadržine i dometa nacionalnih osnovnih i ljudskih prava. Kako navodi Hemig, "... ova prava su tumačena do granice ustavnopravne prihvatljivosti sa ciljem najveće moguće usklađenosti sa Konvencijom".

Značaj ustavne žalbe u nacionalnom pravu: U vezi s odnosom nacionalnih pravnih poredaka prema Evropskom sudu za ljudska prava istaknut je i značaj individualnih ustavnih žalbi u okvirima nacionalnog prava. Ovo pravno sredstvo daje značajan doprinos efikasnoj zaštiti osnovnih i ljudskih prava. Osim toga, zaokružen sistem nacionalnih ustavnih žalbi u velikoj meri rasterećuje Evropski sud za ljudska prava. Zbog toga je "misija" (kako je doslovno rekao jedan od učesnika) onih ustavnih sudova pri kojima ova mogućnost već postoji, da doprinesu tome da se ustavna žalba i faktički implementira u praktični pravni život njihove zemlje. Onim zemljama koje još uvek ne raspolazu zaokruženim sistemom ustavne žalbe (primer je Makedonija) moglo bi, s druge strane, da se preporuči da daju dalji podsticaj za njeno uvođenje.

Istražni pritvor kao težište diskusije: Već i zbog same teme konferencije ne iznenađuje da se jedan veliki deo diskusije i razmene iskustava bavio pitanjima iz oblasti istražnog pritvora. S tim u vezi stekao se utisak da se mera istražnog pritvora u mnogim zemljama određuje ishitreno, a da pri tome nisu ispunjeni neophodni i obavezni pravni zahtevi. Ovo je jedan od učesnika skupa opisao rečima "pritvor je postao zatvor".

Osim toga, iznet je i stav da se u javnosti raširio utisak da istražni pritvor mora da se odredi uvek kada se okrivljenom stavlja na teret neko teže krivično delo, iako određivanje istražnog pritvora nije u skladu sa visokim vrednostima lične slobode i pretpostavke nevinosti. Visoka vrednost ovih pravnih dobara za lice protiv kojeg se određuje pritvor trebalo bi da rezultira time da pritvor u svari predstavlja izuzetak od pravila. Zbog ovakvog raširenog, ali istovremeno i pogrešnog stava, u situaciji kada sud (npr. u slučajevima u kojima se sprovodi istražni postupak iz oblasti organizovanog kriminala) *ne odredi* okrivljenom istražni pritvor, u javnosti se stvara utisak da sud štiti okrivljenog. Jedan od razloga za ovakav utisak je i u tome što i štampa u svom izveštavanju to prikazuje na taj način. Ova situacija rezultira time da redovni sudovi u slučajevima kada moraju da odlučuju o određivanju pritvora osećaju da su pod pritiskom, pa su skloni da određuju pritvor na osnovu standardnih formulacija,

umesto da pojedinačno ispituju slučajeve i po potrebi i odbiju da odrede istražni pritvor, ukoliko nisu ispunjeni visoki kriterijumi za njegovo određivanje.

Kvalitet predstavljanja predmeta i pravnih izlaganja od strane advokata i redovnih sudova: Učesnici konferencije iz ustavnih sudova u regionu su u podnetim izveštajima skrenuli pažnju na neophodnost boljeg kvaliteta predstavljanja predmeta i pravnih izlaganja od strane advokata i redovnih sudova. Što se tiče advokata, to bi se pre svega odnosilo na obrazlaganje ustavnih žalbi. Upravo usled ovakvih manjkavosti ustavnim sudovima je često teško da utvrde zbog koje se konkretne povrede prava podnosilac ustavne žalbe obraća sudu. S druge strane, redovni sudovi često nedovoljno obrazlažu meru određivanja istražnog pritvora. Tako se npr. često ne navodi zbog čega se tačno smatra da postoji opasnost od bekstva. Neretko se opasnost od bekstva obrazlaže stereotipnim razlozima, kao što su npr. svojstvo stranca ili nezaposlenost okrivljenog. (Jedan od mogućih razloga za ove nedostatke u pomenutim sudskim odlukama jedan od učesnika je video u kriterijumima za vrednovanje rada sudija. Tu se prevelik značaj daje različitim kriterijumima – npr. broju okončanih predmeta – pri čemu kvalitet pisanih odluka gotovo da nema nikakav značaj).

Nedopuštenost relativizovanja apsolutne zabrane torture u evropskom pravu: Iskazana je i bojazan da bi moglo da dođe do "amerikanizacije evropskog prava". U tom kontekstu u okviru diskusije o ponižavajućem postupanju i torturi skrenuta je pažnja na to da su u američkoj stručnoj literaturi prisutni stavovi o dopuštenosti preventivne torture, npr. u borbi protiv međunarodnog terorizma. Time se, međutim, na nedopušten način relativizuje apsolutni karakter zabrane torture.

Neophodnost dalje razmene iskustava: Na završetku konferencije predsednica Ustavnog suda Srbije Ilić Prelić naglasila je važnost međusobne razmene ideja i iskustava između nacionalnih ustavnih sudova u regionu, ali i odgovarajuće razmene s drugim ustavnim sudovima, a naročito s Evropskim sudom za ljudska prava. Ovakva razmena bi omogućila da se uči ne samo iz uspeha, već i iz grešaka drugih država. S tim u vezi je istaknuto da je naročito potrebno da se podstiče redovna razmena presuda ustavnih sudova u regionu, kao i zajedničko publikovanje tih presuda. Time bi se stručnoj javnosti pokazalo da ti različiti sudovi u okviru svoje sudske prakse zastupaju usaglašena stanovišta koja se orijentišu u skladu sa sudskom praksom Evropskog suda za ljudska prava. U odnosu na Evropski sud za ljudska prava utvrđeno je da ustavni sudovi u regionu poznaju sudsku praksu Evropskog suda za ljudska prava, da slede smernice koje iz te sudske prakse proizlaze i da je citiraju u svojim presudama. Međutim, to nije dovoljno za efikasnu pravnu zaštitu građana u tim zemljama, pošto ta pravna zaštita ne zavisi samo od ustavnih sudova. Zbog toga je od velike važnosti da i redovni nacionalni sudovi slede smernice ustavnih

sudova i Evropskog suda za ljudska prava i da, kako je to formulisala predsjednica Ilić Prelić, “redovni sudovi počnu da razmišljaju kao ustavni sudovi”.

Dr Stefan Pürner/Dragana Radisavljević

**Aus der Tätigkeit der IRZ: Regionalkonferenz
“Schutz des Rechtes auf Freiheit und Sicherheit
und das Verbot der Folter”,**

19. bis 21. Juni 2014, Zlatibor, Serbien

(Zusammenfassung)

Der Beitrag enthält einen Bericht über die Regionalkonferenz für Richter der Verfassungsgerichte aus Bosnien und Herzegowina, Mazedonien, Montenegro, Kroatien und Serbien “Schutz des Rechtes auf Freiheit und Sicherheit und das Verbot der Folter”, die vom serbischen Verfassungsgericht und der IRZ gemeinsam veranstaltet wurde. In Ergänzung zu den Berichten über die einschlägige Rechtsprechung der Verfassungsgerichte aus diesen Ländern führten dabei auch der ehemalige Richter am deutschen Bundesverfassungsgericht Dr. Dieter Hömig und die gegenwärtige mazedonische Richterin am EGMR Dr. Lazarova Trajkovska in die betreffende Rechtsprechung ihrer eigenen Gerichte ein. Der Schwerpunkt der behandelten Themen lag bei der Untersuchungshaft. Diesbezüglich wurde kritisiert, dass diese in vielen Staaten der Region vorschnell und ohne dass die zwingenden rechtlichen Erfordernisse vorliegen, angeordnet und nur sehr formelhaft begründet wird. Gewarnt wurde vor der Gefahr der Relativierung des absoluten Folterverbots infolge von Stimmen in der amerikanischen Literatur, die eine präventive Folter beispielsweise im Kampf gegen den internationalen Terrorismus für zulässig halten. Festgestellt wurde, dass die Verfassungsgerichte der Region die Rechtsprechung des EGMR kennen, ihren Vorgaben folgen und diese in ihr Urteil auch zitieren. Jedoch ist dies für den effektiven Rechtsschutz der Bürger in diesen Staaten nicht ausreichend, da ein solcher Rechtsschutz nicht nur vom Verfassungsgericht abhängt. Deshalb ist es wichtig, dass auch die ordentliche Gerichtsbarkeit die Vorgabe des nationalen Verfassungsgerichtes und des EGMR befolgt, und so “die ordentlichen Gerichte an(fangen), wie Verfassungsgerichte zu denken”. Berichte in deutscher (<http://irz.de/index.php/de/serbien>) und englischer (<http://irz.de/index.php/en/serbia>) Sprache über diese Konferenz finden sich auch auf der Internetseite der IRZ.

Mia Softić, LL.M.*

Izvještaj s notarske hospitacije

Kako je notarska praksa tek nedavno zaživjela u BiH i kako i sama gajim ambicije prema notarskoj profesiji, sa zadovoljstvom i velikim očekivanjima sam u junu 2013. godine otputovala u Bonn na notarsku hospitaciju. IRZ u saradnji sa Saveznom notarskom komorom SR Njemačke

i notarskim komorama njemačkih federalnih država (Bundesländer) već nekoliko godina organizira notarske hospitacije u okviru kojih notari, odnosno notarski pomoćnici iz Jugoistočne i Centralne Evrope imaju priliku da steknu uvid u teorijske, ali prvenstveno praktične aspekte notarske službe u Njemačkoj.

Ispostavilo se, kao izuzetno sretna okolnost, da sam samo nekoliko sedmica nakon mog postavljanja za notarskog pomoćnika saznala za notarsku hospitaciju i zaista dobila šansu da na njoj učestvujem, što je za mene kao mladu pravnicu značilo jedinstvenu priliku da na samom početku karijere steknem praktična iskustva, poznanstva i neposredan uvid u to kako notarijat funkcioniše u Njemačkoj, zemlji koja predstavlja uzor notarijata u BiH. Pošto je notarijat kakav je prisutan u BiH, u mnogo čemu polazio od notarijata u Njemačkoj, moja očekivanja od notarske hospitacije baš u Njemačkoj bila su jako velika. Imala sam jasne zahtjeve prema programu hospitacije, htjela sam mnogo naučiti, praktičnim radom u notarskom uredu na neki način uporediti notarsku praksu kod nas i u Njemačkoj i dokučiti u čemu mi u BiH eventualno griješimo, šta mogu poboljšati, kakvu novinu, promjenu ili osvježjenje mogu unijeti, ako ništa, u svakodnevnicu notarskog ureda u kojem ja radim, ako ne i u sve ostale.

Moja očekivanja prema notarskoj hospitaciji su ne samo ispunjena, nego u velikoj mjeri nadmašena. Program hospitacije na kojoj je učestvovalo ukupno 14 hospitanata iz Bosne i Hercegovine, Češke, Hrvatske, Litvanije, Mađarske, Poljske, Rumunije i Ruske Federacije, trajao je 3 sedmice i odvijao se u tri odvojene cjeline. Prvu cjelinu činio je sedmodnevni uvodni program, s gustim rasporedom predavanja iz različitih pravnih oblasti značajnih za notarsku profesiju. Predavanja su nam djelimično držali notari, notarski pomoćnici, sudije ili stručnjaci drugih zvanja za određene oblasti prava i iz notarske prakse. Činjenica da smo za sedam dana stekli uvid u njemačku pravnu regulativu kada je u pitanju notarska profesija i zaista imali pregled pravnih propisa, već dovoljno govori o visokom kvalitetu i edukativnoj vrijednosti tog uvodnog dijela notarske hospitacije. Pored upoznavanja s njemačkim pravom, zajedničko pohađanje predavanja omogućilo je i razmjenu iskustava i diskusiju među učesnicima hospitacije, što mi je omogućilo da steknem uvid i u rješenja koja su zastupljena u državama porijekla pojedinih hospitanata. Ovaj uvodni i zajednički dio programa je pored vrlo kvalitetnog edukativnog sadržaja rezultirao i činjenicom da sam se u Sarajevo vratila bogatija za nove prijatelje i vrijedne poslovne kontakte širom Jugoistočne Evrope, kao i za jedno prelijepo iskustvo.

Teorijska podloga je bila nužna i služila je kao priprema za drugu cjelinu programa hospitacije koji je pretpostavljao aktivno učešće u jednom od odabranih notarskih ureda širom SR Njemačke. Ovaj dio programa ujedno predstavlja i samu srž hospitacije. Ja sam imala zadovoljstvo, a mogu slobodno reći i sreću, da svoja praktična iskustva steknem

* Notarski pomoćnik u notarskom uredu notara Vesne Softić.

u centru Kelna, u notarskom uredu raspoređenom na tri sprata, koji ukupno zapošljava 18 saradnika i dva notara. Moj notar, kako ja zovem svog domaćina tokom notarske hospitacije, s ogromnom stručnošću i profesionalizmom stajao je na raspolaganju za svako moje pitanje, nije propuštao niti jednu priliku da mi pruži što više informacija i saznanja, te mi je omogućavao da aktivno sudjelujem u postupku notarske obrade isprava i da prisustvujem svim situacijama jedne notarske svakodnevnice. Tokom hospitacije mi nismo samo radili u notarskim uredima notara širom Njemačke, nego smo bili i srdačno primljeni u domove notara i živjeli pod njihovim krovovima tokom tog centralnog dijela notarske hospitacije. Od prvog dana sam prihvaćena i ispraćena kao član porodice, vrlo srdačno i iskreno, tako da je moj notar sada ujedno i moj prijatelj. Tokom tog boravka u notarskom uredu snažan dojam na mene ostavila je savršena organizacija – 18 saradnika u svakom momentu tačno zna šta treba da uradi, dojmilo me da dani prepunih termin-planera protiču bez imalo stresa, uvijek jednako staloženo, kako od strane notarskog ureda, tako i od strane stranaka. Zapažala sam jako puno zanimljivih detalja, koji su za jedan notarski ured od velike praktične vrijednosti i još jednom se uvjerila u preciznost i usredotočenost njemačkih notara. Ali i cijela tehnička podrška je na zavidnom nivou. Impresivno je da postoji poseban institut, na kojem rade notarski pomoćnici koji izrađuju stručna mišljenja, vještačenja i izvještaje kao odgovore na konkretna pitanja i probleme s kojima se notari tokom svog rada susreću. Baza podataka koja notarima u tom pogledu stoji na raspolaganju i koja im omogućava da i u najnezamislivijim pravnim situacijama i dilemama o mjerodavnom pravu, dobiju precizne odgovore na konkretna pitanja, zaista je neprocjenjive vrijednosti za rad notarskih ureda.

Nakon tako uzbudljive i poučne sedmice u notarskom uredu je uslijedio treći dio notarske hospitacije, na kojem su se ponovo okupili svi hospitant i kako bi rezimirali doživljeno, uporedili stečena znanja i iskustva i dali ocjenu ukupnom programu. S moje strane program je zaslužio maksimalnu moguću ocjenu.

Ono što je zajedničko svim dijelovima programa notarske hospitacije, jeste okruženost različitim ljudima, najrazličitijih kulturno-historijskih i političkih pozadina i suživot s njima, druženje iz kojeg su se razvila prijateljstva i veze širom Evrope. Od neprocjenjive je vrijednosti činjenica da se ja mogu obratiti notar u Rumuniji, u Poljskoj, Češkoj, Mađarskoj, javnom bilježniku u Hrvatskoj i dobiti savjet ili odgovor na moje pitanje.

Notarska hospitacija je za mene značila ogromno profesionalno iskustvo. Najviše me lično dojmio položaj, te poštovanje i povjerenje koje uživa jedan notarski pomoćnik u Njemačkoj, na kakvo ja, kao notarski pomoćnik u BiH,

izuzev u notarskom uredu u kojem radim, nisam do sada nailazila. Takođe se kroz predavanja, a kasnije i u praksi, pokazala kao ogromna i u mnogo čemu odlučujuća uloga Notarske komore, koja se zajedno s notarskim pomoćnicima širom Njemačke bori na svim frontovima u zakonodavnim tijelima na nivou države kao i EU, s ciljem olakšanja, poboljšanja i adekvatnog funkcioniranja notarske profesije u svrhu održavanja nadležnosti notara i zaštite njihovih interesa, a pri tome u Njemačkoj postoji jedna Savezna komora i 16 notarskih komora svake savezne države SR Njemačke.

Iako je u određenim momentima bila poražavajuća spoznaja da država poput Njemačke s vrlo složenim državnim uređenjem, dvjema vrstama notara i 17 različitih notarskih komora uspijeva da uspostavi takvu poslovnu klimu i tehničke pretpostavke, koje notar u toliko vidova njegovog rada svakodnevno olakšavaju rad, a ponekad tek i omogućavaju, obradovala me je činjenica da sam se iz Njemačke vratila s iskustvom iz takvog jednog evropskog notarijata i sa zadovoljstvom mogla konstatirati da mi kao notarski ured ne radimo ništa previše drugačije, a kamoli lošije, te da, uzimajući u obzir da je notarijat u BiH još uvijek jedna mlada profesija i s obzirom na tehnička i materijalna sredstva koja našoj državi i entitetima stoje na raspolaganju, ja s ponosom mogu reći da sam dio notarske profesije u BiH. Notarska hospitacija za mene je značila mogućnost da narastem u struci, da ispričam našu priču i upoznam ostale učesnike s našim notarijatom i pravom u ovoj oblasti, ali i da narastem kao ličnost, bogatija za stečena iskustva, poznanstva i prijateljstva.

Mia Softić, LL.M.

Bericht über die Notarhospitation 2013

(Zusammenfassung)

Der Beitrag enthält einen Bericht der Teilnehmerin aus Bosnien und Herzegowina an der gemeinsam von der Bundesnotarkammer und der IRZ veranstalteten Notarhospitation in Bonn im Juni 2013. Die Autorin vermittelt ihren eigenen Eindruck von der dreiwöchigen Hospitation und bewertet die Mischung aus theoretischer Einführung in das deutsche Recht, praktischer Arbeit in den einzelnen Notariaten und das Networking sowie den Austausch in der Teilnehmergruppe und mit den deutschen Notaren als sehr wertvoll. Abschließend hält sie fest, dass, die Notarpraxis in Bosnien und Herzegowina nicht wesentlich von derjenigen in Deutschland abweicht, obwohl die entsprechende technische und sonstige Unterstützung der Notariate in Bosnien und Herzegowina im Vergleich zu denjenigen der deutschen Notariate noch Entwicklungspotenzial hat. Dies ist hauptsächlich der Tatsache zu verdanken ist, dass das Notariat in Bosnien und Herzegowina nach dem deutschen Leitbild entwickelt wurde.



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

Konkretno teme 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 priloga, svi prilozi predviđeni za rubriku "Članci" će biti recenzirani. Prilozi će od strane recenzenata biti i kategorizirani prema uobičajenoj kategorizaciji (izvorni naučni rad, pregledni rad, stručni rad). 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.

Po prihvatanju određenog priloga za objavljivanje nakon dvije pozitivne recenzije, autori su, po obavještenju od strane redakcije, obavezni uz dostavljeni apstrakt dostaviti i sažetak priloga koji će od strane redakcije biti preveden na njemački i engleski jezik. Prilikom izrade sažetka autori trebaju poštovati upute redakcije.

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 objavljavani. 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:

novappravnavrevija@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:

30. 9. 2014. godine.

Obavještenje o prihvatanju priloga: 31. 10. 2014. godine.

Rok za predaju eventualno dorađenih i korigovanih priloga: 15. 11. 2014. godine.

Vaša pitanja možete uputiti na sljedeću email adresu:

novappravnavrevija@gmail.com

ili na broj broj 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* (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 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/prezimen. 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/prezimen. 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 skraćena)
- 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 der Beiträge zu gewährleisten, werden die Beiträge, die für die Rubrik Aufsätze vorgesehen wurden, rezensiert. Die Beiträge werden von den Rezensenten kategorisiert, anhand der in der Region üblichen Kategorisierung (origineller wissenschaftlicher Beitrag, Überblicksbeitrag, Fachbeitrag). Alle Beiträge, 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.

Nach Annahme eines Beitrags zur Veröffentlichung durch zwei positive Rezensionen fordert die Redaktion den Autor auf, zusätzlich zu dem Abstrakt, eine Zusammenfassung des Artikels, die von der Redaktion in die deutsche und englische Sprache übersetzt werden wird,

zu erstellen. Bei der Erstellung dieser Abstraktes haben die Autoren die entsprechenden Hinweise der Redaktion zu beachten.

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: novapravnarevija@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 30. 9. 2014.

Die Benachrichtigung der Autorinnen/Autoren über die Annahme des Beitrags erfolgt am 31. 10. 2014. Die Frist für die Abgabe der eventuell nachbearbeiteten und korrigierten Beiträge ist der 15. 11. 2014.

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:

novapravnarevija@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 Klammer 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.

