

Godišnjak

PRAVNOG FAKULTETA U SARAJEVU

LXV
2022.



Sarajevo, 2022.

Godišnjak

PRAVNOG FAKULTETA U SARAJEVU

LXV
2022.



**GODIŠNJAK PRAVNOG FAKULTETA UNIVERZITETA U SARAJEVU
LXV – 2022.**

**YEARBOOK OF THE LAW FACULTY OF THE UNIVERSITY OF SARAJEVO
LXV – 2022.**

Izdavač

Univerzitet u Sarajevu – Pravni fakultet

Redakcijski odbor

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

Međunarodni redakcijski odbor

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

Glavni i odgovorni urednik

Prof. dr. Abedin Bikić

Sekretar redakcije

Azemina Mulalić

Tehničko uređenje

Alen Ćorović, Republic Sarajevo

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

SADRŽAJ

Članci

Dr. sc. Abedin Bikić ODNOS PERSONALNE SUBROGACIJE I CESIJE - SLIČNOSTI I RAZLIKE	11
Dr. sc. Amila Ferhatović, Kanita Pruščanović, MA PRAVNI POLOŽAJ LIJEČNIKA U SVJETLU MEDICINSKOG PRAVA	31
Dr. sc. Mehmed Bečić NJEMAČKI, AUSTRIJSKI I DOMAĆI IZVORI MATERIJALNOG TRGOVAČKOG PRAVA U BOSNI I HERCEGOVINI NA POČETKU XX STOLJEĆA	63
Nasir Muftić, MA, Nihad Odobašić, MA KAZNE I RECIDIVIZAM U BOSANSKOHERCEGOVAČKOM PRAVU KONKURENCIJE: LEKCIJE IZ EVROPSKE UNIJE	91
Dr. sc. Zdravko Lučić PRAVNI OSNOV ANTIČKIH RIMSKIH PROGONA KRŠĆANA	113
Dr. sc. Amina Nikolajev ODRŽIVOST I ZELENO BANKARSTVO	133
Anisa Ruhotina, MA PROGLAŠENJE NESTALE OSOBE UMRLOM U BOSANSKOHERCEGOVAČKOM I EVROPSKOM PRAVU	155
Dr. sc. Ehlimana Memišević PRAVNI PLURALIZAM U EVROPSKOJ UNIJI: PRIMJENA ISLAMSKOG PRAVA U PITANJIMA PORODIČNOG PRAVA.....	199

Dr. sc. Hajrija Sijerčić-Čolić, dr. sc. Vildana Pleh
PANDEMIJA COVID-19, DUGOTRAJNOST KRIVIČNOG
POSTUPKA I ORGANIZACIJA SUĐENJA U
BOSNI I HERCEGOVINI 225

Dr. sc. Jasminka Gradašćević-Sijerčić, dr. sc. Mehmed Hadžić
DIGITALIZACIJA I SVIJET RADA 249

Dr. sc. Nina Mišić Radanović, Ana Banovac,
MA Veronika Rakuljić, MA
STATUS I ZAŠTITA ŽIVOTINJA U KAZNENOM PRAVU
REPUBLIKE HRVATSKE.....279

Dr. sc. Selma Mezetović Međić, MJur (Oxon)
FINANSIRANJE POSTUPAKA KOLEKTIVNE ZAŠTITE PRAVA..... 313

Dr. sc. Vesna Lazić, Dr. sc. Davor Martinović
REGRESNI ZAHTJEVI PREMA ZAŠTITNOM FONDU:
SPORNA PRIMJENA ZAKONA 333

Prikazi

Dr. sc. Amila Svraka-Imamović
EDIN HALAPIĆ, TENDENCIJE VRHOVNOG SUDA
SJEDINJENIH AMERIČKIH DRŽAVA U PRVOJ POLOVINI
XX VIJEKA, SARAJEVO: PRAVNI FAKULTET UNIVERZITETA
U SARAJEVU, 2022, STR. 169. 349

Dr. sc. Damir Banović
BOJAN SPAIĆ, PRIRODA I DETERMINANTE SUDIJSKOG
ODLUČIVANJA U PRAVU, BEOGRAD: UNIVERZITET
U BEOGRADU, PRAVNI FAKULTET,
CENTAR ZA IZDAVAŠTVO, STR. 192. 355

Sead Bandžović, MA
IVO KOMŠIĆ, TUĐMANOV HAŠKI PROFIL:
UDRUŽENI ZLOČINAČKI PODUHVAAT NA BIH,
ZAGREB-SARAJEVO: SYNOPSIS, 2021, STR. 553..... 359

Dr. sc. Zdravko Lučić
TRAJNA AKTUALNOST RIMSKOG PRAVA 365

In memoriam

Dr. sc. Edin Halapić
IN MEMORIAM PROF. DR. FIKRET KARČIĆ (1955. - 2022.) 371

Dr. sc. Mirza Hebib
NA CAVTATSKOM KAPITOLIJU, NEKROLOG
PROFESORU MARKU PETRAKU (1972. - 2022.) 375

Ostalo

UPUTE ZA AUTORE 381

IZJAVA O ETIČNOSTI I SAVJESNOSTI
GODIŠNJAKA PRAVNOG FAKULTETA U SARAJEVU 390

TABLE OF CONTENTS

Articles

Abedin Bikić, PhD THE RELATIONSHIP BETWEEN PERSONAL SUBROGATION AND CESSION - SIMILARITIES AND DIFFERENCES.....	30
Amila Ferhatović, PhD, Kanita Pruščanović, MA LEGAL POSITION OF THE PHYSICIAN IN THE LIGHT OF MEDICAL LAW	61
Mehmed Bečić, PhD GERMAN, AUSTRIAN, AND DOMESTIC SOURCES OF SUBSTANTIVE COMMERCIAL LAW IN BOSNIA AND HERZEGOVINA AT THE BEGINNING OF THE 20TH CENTURY.....	89
Nasir Muftić, MA, Nihad Odošević, MA PUNISHMENTS AND RECIDIVISM IN BOSNIAN AND HERZEGOVINIAN COMPETITION LAW: LESSONS FROM THE EUROPEAN UNION	112
Zdravko Lučić, PhD THE LEGAL BASIS OF ANCIENT ROMAN PERSECUTION OF CHRISTIANS	132
Amina Nikolajev, PhD SUSTAINABILITY AND GREEN BANKING.....	154
Anisa Ruhotina, MA PROCLAIMING A MISSING PERSON'S DEATH IN BOSNIAN-HERZEGOVINIAN AND EUROPEAN LAW	197

Ehlimana Memišević, PhD LEGAL PLURALISM IN THE EUROPEAN UNION: APPLICATION OF ISLAMIC LAW IN FAMILY MATTERS	223
Hajrija Sijerčić-Čolić, PhD, Vildana Pleh, PhD THE COVID-19 PANDEMIC, THE LENGTH OF CRIMINAL PROCEEDINGS AND TRIAL ORGANISATION IN BOSNIA AND HERZEGOVINA.....	246
Jasminka Gradašćević-Sijerčić, PhD, Mehmed Hadžić, PhD DIGITIZATION AND THE WORLD OF WORK	277
Nina Mišić Radanović, PhD, Ana Banovac, MA Veronika Rakuljić, MA THE STATUS AND PROTECTION OF ANIMALS IN THE CRIMINAL LAW OF THE REPUBLIC OF CROATIA	310
Selma Mezetović Međić, PhD, MJur (Oxon) FINANCING COLLECTIVE REDRESS MECHANISMS	331
Vesna Lazić, PhD, Davor Martinović, PhD REGRESS CLAIMS AGAINST THE GUARANTEE FUND: CONTROVERSIAL APPLICATION OF THE LAW	346

Reviews

Amila Svraka-Imamović, PhD EDIN HALAPIĆ, TENDENCIJE VRHOVNOG SUDA SJEDINJENIH AMERIČKIH DRŽAVA U PRVOJ POLOVINI XX VIJEKA, SARAJEVO: PRAVNI FAKULTET UNIVERZITETA U SARAJEVU, 2022, STR. 169	349
Damir Banović, PhD BOJAN SPAIĆ, PRIRODA I DETERMINANTE SUDIJSKOG ODLUČIVANJA U PRAVU, BEOGRAD: UNIVERZITET U BEOGRADU, PRAVNI FAKULTET, CENTAR ZA IZDAVAŠTVO, STR. 192.....	355

Sead Bandžović, MA
IVO KOMŠIĆ, TUĐMANOV HAŠKI PROFIL:
UDRUŽENI ZLOČINAČKI PODUH VAT NA BIH,
ZAGREB-SARAJEVO: SYNOPSIS, 2021, STR. 553..... 359

Zdravko Lučić, PhD
PERMANENT ACTUALITY OF ROMAN LAW..... 365

In memoriam

Edin Halapić, PhD
IN MEMORIAM PROF.
DR. FIKRET KARČIĆ (1955. - 2022.)..... 371

Mirza Hebib, PhD
AT THE CAVTAT CAPITOL
NECROLOGY FOR PROFESSOR
MARKO PETRAK (1972. - 2022.)..... 375

Other

AUTHOR GUIDELINES 381

PUBLICATION ETHICS AND
MALPRACTICE STATEMENT..... 390

ČLANCI

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

UDK 347.415
Izvorni naučni rad

ODNOS PERSONALNE SUBROGACIJE I CESIJE - SLIČNOSTI I RAZLIKE

Sažetak

Predmet rada je analiza mogućnosti promjene povjerioca u obligacionom odnosu. Obrađena su dva instituta koja reguliraju promjenu povjerioca i mogućnost ustupanja potraživanja trećim licima. U radu su posebno obrađene cesija i personalna subrogacija, kao mogući načini promjene povjerioca.

Autor prvo analizira personalnu subrogaciju, i to kako ugovornu tako i zakonsku, sa svojim pretpostavkama i svim posljedicama po ugovorne strane. Poslije toga autor izlaže cesiju kao način promjene povjerioca, te analizira posljedice po sve učesnike takvog posla. Autor je mišljenja da je promjena povjerioca u obligaciji moguća, a da zabrana ustupanja potraživanja predstavlja izuzetak. Na kraju rada autor predstavlja sličnosti ali i razlike između personalne subrogacije i cesije, što predstavlja posebnu vrijednost ovog rada.

Ključne riječi: *personalna subrogacija, ispunilac, cesija, ustupanje potraživanja, zaštita dužnika, odnos cedenta i cesionara*

I. Uvod

Obligacioni odnos je pravna veza između tačno određenih lica. To je odnos između dužnika i povjerioca. U tom odnosu povjerilac tačno zna ko mu je dužnik i obrnuto, dužnik poznaje svog povjerioca. Postavlja se pitanje je li u obligacionom odnosu moguće promijeniti povjerioca ili dužnika, tj. jednog od subjekata obligacije. U rimskom pravu, u starije doba, smatrano je da se prava i obaveze ne mogu odvojiti od njihovih ličnosti. U to vrijeme zamjena subjekata obligacije, u načelu, nije bila dozvoljena. Kasnijim razvojem rimskog prava, dužnika ili povjerioca mogli su zamijeniti samo njihovi nasljednici, tj. prenošenje prava vršilo se samo nasljeđivanjem (Bikić, 2013, str. 333).

Danas je općeprihvaćeno mišljenje da se prava i obaveze povjerioca i dužnika mogu odvojiti od njihove ličnosti. Potraživanje je sastavni dio imovine lica kome to pravo pripada. S obzirom na to da povjerilac može raspolagati svojim potraživanjem, ono postaje predmetom prometa (Larenz, 1987, str. 445). To praktično znači da se subjekti obligacije mogu zamijeniti drugim licima. U našem pravu, po ugledu na savremene pravne sisteme, moguće je prenošenje obligacije s jednog lica na drugo. U ovom radu obradit ćemo promjenu povjerioca, kao subjekta obligacije, i to putem subrogacije i cesije.

II. Personalna subrogacija

1. Pojam

Personalna subrogacija je prijenos povjeriočevog potraživanja na treće lice koje je ispunilo obavezu umjesto dužnika. Lice koje je ispunilo obavezu naziva se ispunilac ili solvens. Postavlja se pitanje, ko može ispuniti obavezu. U pravilu obavezu ispunjava dužnik ili od njega ovlašteno lice. Zakon o obligacionim odnosima¹ dozvoljava da obavezu ispuni i treće lice pod određenim uslovima. Kad obavezu ispunjava treće lice potrebno je razlikovati da li ono ima ili nema neki pravni interes da obaveza bude ispunjena.

Prema odredbi člana 296. st. 2. ZOO povjerilac je dužan primiti ispunjenje od svakog lica koje ima pravni interes da obaveza bude ispunjena. Pravna doktrina (Pop-Georgijev, 1980, str. 829) jedinstvenog je mišljenja da sva ona lica koja neispunjenjem obligacije mogu pretrpjeti štetu potpadaju pod odredbe ovog stava kao zainteresirana lica. Ovdje se prije svega misli na jemca, zalogodavca te protivnika pobijanja. Povjerilac mora primiti ispunjenje od ovih lica, jer bi u protivnom bio u povjerilačkoj docnji i snosio sve posljedice te docnje.² Kad treće zainteresirano lice želi ispuniti obavezu, dužnik se tome ne može protiviti. Izuzetak bi bio samo u onim slučajevima kad dužnik sam odmah ponudi ispunjenje obaveze. U tom slučaju povjerilac je dužan primiti ispunjenje od dužnika, a ne od trećeg lica.

Personalna subrogacija predstavlja poseban način promjene subjekta obligacije i to na povjerilačkoj strani. Ispunilac stupa na mjesto dosadašnjeg povjerioca, a položaj dužnika se ni u čemu ne mijenja. U načelu personalna subrogacija je moguća u svakoj obligaciji. Od ovoga postoji izuzeci, tako da se

¹ Vidi član 296. ZOO.

² Čl. 325–326. ZOO.

ona ne može ugovoriti kod obaveza koje su vezane za ličnost i kod onih koje su stranke ugovorile da ih može ispuniti samo dužnik. Mislimo da se ne može ugovoriti subrogacija onih potraživanja koja se ne mogu zaplijeniti ili prenositi (Stanković, 1978, str. 537).

Šta je svrha personalne subrogacije? Mislimo da je to prije svega zaštita povjerioca i njegovih prava. Pored toga, subrogacijom se štite i prava trećih zainteresiranih lica (Vizner, 1978, str. 1178). Personalna subrogacija moguća je na osnovu ugovora ili zakona. S tim u vezi razlikujemo ugovornu i zakonsku personalnu subrogaciju.

2. Ugovorna subrogacija

Pod ugovornom subrogacijom podrazumijeva se sporazum povjerioca ili dužnika (s jedne strane) s trećim licem (ispuniocem), kojim se treće lice obavezuje da će umjesto dužnika ispuniti povjeriocu dužnikovu obavezu. Kao treća lica javljaju se ona lica koja nemaju neposredni pravni interes da dužnikova obaveza bude ispunjena. U prilog tome govori i odredba člana 300. ZOO, gdje se kaže da kad obavezu ispuni lice koje ima neki pravni interes tada dolazi do zakonske subrogacije.

Osnov ugovorne subrogacije je ugovor, koji se zaključuje između povjerioca i ispunioca ili dužnika i ispunioca. Ugovor o subrogaciji treba biti zaključen prije ili najkasnije prilikom ispunjenja, jer se poslije toga ne može više ugovarati subrogacija. Ukoliko treće lice ispuni dužnikovu obavezu bez ugovora o subrogaciji, obaveza (glavnog) dužnika prestaje i on se oslobađa obaveze ispunjenja.³ Ugovorom o subrogaciji ugovarači trebaju regulirati i prijelaz sporednih prava. Strane mogu ugovoriti da se na ispunioca prenese samo glavno potraživanje, bez sporednih prava, ili samo neka sporedna prava. Ukoliko strane ništa ne ugovore, sudbina sporednih prava rješava se prema općim pravilima o odnosu glavnih i sporednih prava. Smatramo da bi, ukoliko strane nisu ništa ugovorile, s glavnim potraživanjem trebala prijeći i sva sporedna prava.⁴

³ Ako ugovorom o preuzimanju duga dužnik i preuzimatelj duga nisu ugovorili da prava dužnikovog povjerioca ispunjenjem duga prelaze na ispunioca, preuzimatelj duga koji je kasnije sukladno tom ugovoru ispunio dužnikovu obavezu njegovom povjeriocu, ne može od dužnika potraživati ono što je ispunio povjeriocu (čl. 299. st. 2. ZOO) – VTSRH, Pž – 463/05 od 10. 4. 2008. IO VTSRH 15/2009, odl. 8.

⁴ Vidi odluku VSH, Rev. 357/83 od 15. VI 1983. godine, objavljena u Pregledu sudske prakse VSH 23/84.

Da bi personalna subrogacija bila valjana, moraju se ispuniti određene pretpostavke:

- povjerilac ili dužnik mora zaključiti ugovor s ispuniocem u kojem će naznačiti da se radi o personalnoj subrogaciji;
- ugovorne strane ovaj ugovor moraju zaključiti prije isplate, a najkasnije sa samom isplatom; i
- posljednji uslov se odnosi na isplatu potraživanja. Da bi ispunilac stupio u oblagaciju na mjesto povjerioca, on mora ispuniti dužnikovu obavezu.

Ugovor o subrogaciji zaključen između dužnika i ispunioca valjan je i bez saglasnosti povjerioca. Zakon ne predviđa čak ni obavezu obavještanja povjerioca o zaključenoj subrogaciji između dužnika i ispunioca. Pravna doktrina je saglasna u tome da nije potrebna povjeriočeva saglasnost za zaključenje takvog ugovora, ali su mišljenja podijeljena kad se radi o obavezi obavještanja povjerioca o zaključenom ugovoru. Pojedini autori smatraju da nema potrebe određivati obavezu obavještanja povjerioca, jer se njegov položaj faktički ne mijenja, budući da se njegovo potraživanje namiruje (Loza, 1980, str. 753). Glavni interes povjerioca je namirenje potraživanja, a ovim se ugovorom u to ne dira, te stoga nema ni potrebe nametanja obaveze obavještanja povjerioca bilo kojoj strani. Drugi polaze od toga da bi ga, iako se u suštini položaj povjerioca zaključenjem ugovora o subrogaciji ne pogoršava, trebalo obavijestiti o promjeni ličnosti koja će mu ispuniti obavezu umjesto dužnika (Stanković, 1978, str. 538).

Smatramo da je drugo mišljenje prihvatljivije. Obligacioni odnos je, pored ostalog, i odnos tačno određenih lica. Povjerilac treba znati da će njegovo potraživanje ispuniti neko drugi, a ne glavni dužnik. Zakon o obligacionim odnosima propisuje da kod cesije nije potreban dužnikov pristanak, ali istovremeno određuje da se dužnik mora obavijestiti o izvršenom ustupanju potraživanja.⁵ Budući da se kod subrogacije radi o jednom vidu promjene povjerioca, mislimo da bi bilo korisno da se povjerilac obavijesti o zaključenom ugovoru o subrogaciji.⁶

Za valjanost ugovora o personalnoj subrogaciji nije propisana nikakva forma. Prema tome, na ugovor o personalnoj subrogaciji primjenjuje se odredba člana 67. ZOO. Ugovor o personalnoj subrogaciji je neformalan. S obzirom na to da se radi o dispozitivnom pravu, strane mogu odrediti da on ima određenu

⁵ Vidi čl. 438. st. 1. ZOO.

⁶ Prema članu 244. st. 2. Skice: "Povjeriočeva prava mogu preći na ispunioca i na osnovu ugovora između dužnika i ispunioca, zaključenog prije ispunjenja u formi javne isprave."

formu. Pojedini autori drže da je korisno zaključenje ovog ugovora u pismenoj formi iz razloga praktičnosti i sigurnosti ispunjenja obaveze (Vedriš & Klarić, 1996, str. 327). Međutim, pravila o ugovaranju personalne subrogacije su dispozitivnog karaktera, što znači da ugovorne strane svoje odnose mogu urediti onako kako to njima najbolje odgovara.

3. Zakonska subrogacija

Zakonska personalna subrogacija nastaje kad dužnikovu obavezu ispuni lice koje ima neki pravni interes za to. Već smo vidjeli da u krug zainteresiranih lica dolaze prije svih jemac, zalagodavac i protivnik pobijanja. Prema tome, kad neko od ovih lica povjeriocu ispuni dužnikovu obavezu, ono po sili zakona zauzima povjeriočevo mjesto u obligaciji.

Kod zakonske subrogacije, isto kao i kod ugovorne, lice koje ispuni dužnikovu obavezu (ispunilac) stupa u obligaciju, kao povjerilac, u trenutku ispunjenja. Te dvije vrste subrogacije slične su i po tome što se ne traži saglasnost povjerioca radi ispunjenja obaveze. Na kraju, kod obje subrogacije neko drugi, a ne dužnik, ispunjava obavezu.

Posebnosti zakonske subrogacije očituju se u tome što ona nastaje po sili zakona i nju ne mogu spriječiti niti dužnik niti pak povjerilac. Treće lice ne mora objašnjavati da ono ispunjenje čini da bi došlo do subrogacije. Dovoljno je da ispunilac u konkretnom slučaju ima pravni interes i da može dokazati da je ispunio dužnikovu obavezu.

Ugovorna i zakonska subrogacija razlikuju se prije svega po svom osnovu. Osnov ugovorne subrogacije je ugovor zaključen između povjerioca i ispunioca ili između dužnika i ispunioca. Kod zakonske subrogacije osnov je sam zakon. Ovdje ispunilac mora imati određeni pravni interes za ispunjenje dužnikove obaveze, jer ga neispunjenje ili loše ispunjenje mogu oštetiti. Ispunilac kod ugovorne subrogacije može biti i ono lice koje nema pravni interes za ispunjenje obaveze, ali iz njemu znanih razloga želi ispuniti dužnikovu obavezu. Što se tiče sporednih prava kod zakonske subrogacije, ona se prenose na ispunioca u trenutku ispunjenja zajedno s glavnim potraživanjem, a kod ugovorne subrogacije prenose se samo ona sporedna prava koja su strane ugovorile.

4. Subrogacija u slučaju djelimičnog ispunjenja

Povjerilac nije dužan primiti djelimično ispunjenje obaveze, izuzev ako priroda obaveze ne nalaže drugačije. Ali, kad je u pitanju novčana obaveza,

povjerilac je dužan primiti djelimično ispunjenje, osim ako ima opravdani interes da se obaveza ispuni u cijelosti.⁷ Znači, ako je obaveza djeljiva ona se može i djelimično ispuniti. U slučaju djelimičnog ispunjenja obaveze kod subrogacije dolazi do djelimične personalne subrogacije i na ispunioca prelazi potraživanje do iznosa koji je on izvršio (Vizner, 1978, str. 1179). Djelimična subrogacija nastupa u času ispunjenja od strane ispunioca.

U slučaju djelimičnog ispunjenja povjeriočeva potraživanja, na ispunioca prelaze sporedna prava kojima je osigurano ispunjenje tog potraživanja samo ako nisu potrebna za ispunjenje ostatka povjeriočevog potraživanja. Ali, povjerilac i ispunilac mogu ugovoriti da će se koristiti garancijama razmjerno svojim potraživanjima, a mogu ugovoriti i da će ispunilac imati pravo prvenstvene naplate.⁸ Kad je potraživanje, naprimjer, obezbijeđeno ugovornom kaznom, u slučaju djelimičnog ispunjenja obaveze povjerilac je dužan prenijeti na ispunioca srazmjeran dio te kazne. Međutim, ako bi potraživanje bilo obezbijeđeno mjenicom, u slučaju djelimičnog ispunjenja povjerilac nije je dužan prenijeti na ispunioca, jer mu je potrebna za naplatu ostatka potraživanja (Pop-Georgijev, 1980, str. 829).

5. Dokazi i sredstva obezbjeđenja

Personalnom subrogacijom ispunilac preuzima prava povjerioca prema dužniku. Kako bi se ispuniocu olakšalo ostvarenje prava, zakon nalaže povjeriocu da ispuniocu preda: a) sredstva kojima se potraživanje dokazuje (dokazna sredstva) ili b) sredstva obezbjeđenja kojima se potraživanje osigurava. Uobičajena dokazna sredstva su: obveznica, zadužnica, priznanica i sl., a sredstva obezbjeđenja su najčešće neka sporedna prava, kao što su: ugovor o jemstvu, zemljišnoknjižna isprava o hipoteci, sporazum o ugovornoj kazni i drugo (Slakoper & Gorenc, 2009, str. 469). Iznimno, povjerilac može predati ispuniocu stvar koju je primio u zalog od dužnika ili nekog drugog samo ako zalagodavac pristane na to, inače ona ostaje kod povjerioca da je drži i čuva za račun ispunioca.⁹

6. Koliko se može zahtijevati od dužnika

Subrogacijom ispunilac stupa na mjesto dosadašnjeg povjerioca, a položaj dužnika se ne mijenja. Postavlja se pitanje koliko ispunilac može zahtijevati

⁷ Član 310. ZOO.

⁸ Član 301. ZOO.

⁹ Član 302. st. 2. ZOO.

od dužnika. Prema jednom shvatanju, ispunilac ne bi mogao tražiti više od onoga što je isplatio povjeriocu (Pop-Georgijev, 1980, str. 830). Prema drugom, ispunilac ne bi mogao tražiti više od isplaćenog kod zakonske subrogacije, a kod ugovorne subrogacije mogao bi tražiti onoliko koliko se dogovorio sa svojom ugovornom stranom (Vizner, 1978, str. 1183).

Smatramo drugo mišljenje prihvatljivijim. Naime, odredbe o ugovornoj personalnoj subrogaciji su dispozitivnog karaktera. To znači da se one primjenjuju u slučaju da strane nisu ništa drugačije ugovorile. Prema ZOO nema smetnje da ugovorne strane svoje međusobne odnose reguliraju onako kako njima najbolje odgovara. Analogno tome, kod ugovorne subrogacije povjerilac i ispunilac ili dužnik i ispunilac mogu se sporazumjeti da ispunilac od dužnika može zahtijevati više ili manje od onoga što je isplatio povjeriocu.

7. Odgovornost prvobitnog povjerioca

Subrogacija predstavlja jednu vrstu promjene subjekata na povjerilačkoj strani. Sličan institut, tj. promjenu povjerioca obligacije, ZOO regulira odredbama o cesiji. Cedent odgovara novom povjeriocu (cesionaru) za postojanje (veritet), a pod izvjesnim uslovima i za naplativost potraživanja (bonitet). Kod personalne subrogacije Zakon ne predviđa nikakvu odgovornost prvobitnog povjerioca prema ispuniocu. Drugačije rečeno, povjerilac ispuniocu ne odgovara niti za veritet niti za bonitet potraživanja. Naravno, u skladu s principom autonomije volje, oni mogu međusobne odnose urediti i drugačije.

III. Cesija

1. Pojam

Cesija je ugovor između starog i novog povjerioca, kojim stari povjerilac prenosi potraživanje koje on ima prema dužniku na novog povjerioca. Stari se povjerilac naziva cedent, a novi povjerilac cesionar. U Zakonu o obveznim odnosima cedent se naziva i ustupilac, a cesionar prijemnik. Dužnik se zove cesus. S obzirom na to da je uobičajeno da se stari povjerilac označava kao cedent, novi kao cesionar, a dužnik kao cesus, i mi ćemo se u daljnjem izlaganju služiti tim nazivima.

Da bi se potraživanje ustupilo pravnim poslom, potrebno je zaključiti ugovor između cedenta i cesionara. Premda povjerilac može slobodno raspolagati

svojim potraživanjem, njegova jednostrana izjava volje nije dovoljna da bi se izvršio prienos tog potraživanja. Pošto se potraživanje prenosi ugovorom, za taj ugovor važe opća pravila zaključenja ugovora koja se odnose i na druge ugovore.

Ugovorne strane u cesiji su cedent i cesionar, te je potrebna samo njihova saglasnost. Cedent raspolaže svojim potraživanjem u korist cesionara. Zašto cedent prenosi potraživanje na cesionara, nije bitno za valjanost cesije. Cedent najčešće potraživanje prodaje (*venditionis causa*). Svoje potraživanje cedent može prodati i za manji iznos od stvarne vrijednosti, ali će cesionar, uprkos tome, steći pravo da od dužnika zahtijeva cjelokupan iznos duga. Ako cedent ispunjava svoju obavezu prema cesionaru iz nekog njihovog prijašnjeg odnosa, postoji *solvendi causa*. O *donandi causa* govori se u onim slučajevima u kojima cedent cesionaru poklanja svoje potraživanje (Bikić, 2013, str. 314).

Kod cesije dužnik nije ugovorna strana i njegova saglasnost za ustupanje potraživanja nije potrebna. Dužnik mora ispuniti svoju obavezu onako kako je ta obaveza postojala prije cesije. Izvršenom se cesijom njegov položaj ne mijenja i cesijom dužnik (*cesus*) ne može doći u lošiji položaj od onog u kojem je bio prije cesije. Ne samo da za valjanost cesije nije potrebna dužnikova saglasnost nego ni obavještenje o izvršenoj cesiji nije uvjet valjanosti ustupljenog potraživanja. Istina, učinak cesije proteže se na dužnika tek od momenta njegovog obavještenja o cesiji, ali cesija postoji i valjana je i bez obavještenja dužnika o njoj. Ovakvo stajalište zauzela je i sudska praksa na području novonastalih država bivše Jugoslavije.¹⁰ Saglasnost dužnika bila bi potrebna samo kod ustupanja potraživanja čiju su zabranu ustupanja ugovorom predvidjeli cedent i dužnik. Naime, prema odredbi čl. 436. st. 2. ZOO, ugovor o ustupanju neće imati učinka prema dužniku ukoliko su se dužnik i cedent dogovorili da se potraživanje ne može prenijeti bez dužnikovog pristanka. U tim slučajevima, gdje postoji ugovorna zabrana ustupanja potraživanja, ako se želi da cesija djeluje i prema dužniku, potreban je i njegov pristanak. Naravno, ugovorne strane moraju voditi računa o tome da potraživanje koje se ustupa nije obuhvaćeno zakonskom zabranom ustupanja.¹¹

¹⁰ Tako je prema Odluci Privrednog suda Hrvatske, Pž-3105/93 od 14. prosinca 1993. godine, navedeno da obavještenje dužnika o ustupanju nije bitno za pravovaljanost ugovora o cesiji, nego je bitno za sadržaj pravnog odnosa između dužnika i ustupioca (cedenta). Odluka je objavljena u *Praxis iuridica mercatoria*, Zagreb, 1994, broj 2, str. 45, odluka br. 21.

¹¹ Vidi član 436. st. 1. ZOO.

Historijski promatrano, u rimskom pravu nije bila poznata cesija u današnjem obliku, jer je obaveza dugo vremena shvaćana kao osobni odnos između povjerioca i dužnika. Jednom uspostavljen obvezni odnos najčešće je i prestajao između tačno određenih osoba. U rano doba rimskog prava stranke su se umjesto cesijom, koju u to vrijeme rimsko pravo nije poznavalo, koristile novacijom. Naime, povjerilac bi pozvao svog dužnika i naložio mu (delegirao) da se on drugom obveže na istu činidbu koju je on do tada dugovao povjeriocu (Romac, 1987, str. 251). U tom slučaju mijenja se i sam obligacioni odnos tako da ovdje ne možemo govoriti o cesiji.

Tokom vremena ostvaren je napredak u pogledu ustupanja potraživanja, i to u formalnom postupku na osnovi procesualnog zastupanja. U tom postupku osoba na koju je trebalo prijeći potraživanje tužila bi dužnika, i to kao povjeriočev zastupnik, tako da bi pomoću pretorske formule, tj. tzv. tužbom s promijenjenim subjektima, ishodila presudu na svoje ime. Stari povjerilac davao je nalog novom povjeriocu, koji je radio u svom interesu (*procurator in rem suam*), da dužnika tuži i potraživanje naplati za sebe. Ovdje se ne radi o cesiji potraživanja nego o cesiji tužbe, tako da zastupnik (cesionar) mora tužiti u ime povjerioca (cedenta) (Stojčević, 1960, str. 18). Ovaj je postupak imao nedostatke, jer je povjerilac do početka toka parnice (*litiscontestatio*) mogao opozvati mandat (Eisner & Horvat, 1948, str. 377). Također bi mandat prestao smrću jedne ili druge strane. Opasnost se sastojala u tome što je cedent do početka parnice još uvijek bio povjerilac, te mu je dužnik mogao platiti dug ili s njim sklopiti poravnanje i na taj način izigrati cesionara.

Da bi se izbjegli nedostaci mandata i pojednostavio pravni promet, počela se od kraja 2. stoljeća n. e., u vremenu Antonija Pija, cesionaru davati mogućnost samostalnog utuženja tražbine putem *actio utilis*. Tom je tužbom omogućeno novom povjeriocu da dužnika izravno tuži, iako s njim nije bio u ugovornom odnosu. Primjerice, ako je neko kupio cjelokupnu zaostavštinu od nasljednika, to znači da je kupio i potraživanja koja ulaze u tu zaostavštinu. Pomoću *actio utilis* novi je povjerilac mogao spriječiti druge osobe da naplate to potraživanje, a tužbeni je zahtjev prelazio i na nasljednike.

Nadalje, da bi se zaštitio cesionar, u postklasično doba uveden je institut obavještavanja dužnika (*denuntiatio*). Zapravo, pošto je dužnik obaviješten o cesiji, nije više mogao dug isplatiti cedentu.

U Justinijanovom pravu stvoren je potpuno praktični učinak cesije, zahvaljujući *actio utilis* i denuncijaciji, premda teoretski institut cesije nije bio izgrađen.

U njemačkom pravu cesija je regulirana u §§ 398–413 Građanskog zakonika,¹² a određena je kao ugovor između cedenta i cesionara, kojim cedent prenosi svoje potraživanje na cesionara (Larenz, 1987, str. 575). Cesija ima posebno veliki značaj u privrednom životu (Brox, 1992, str. 383), gdje se zbog brzine prometa često ugovara da kupac umjesto isplate cijene prodavcu ustupi neko svoje potraživanje, koje bi eventualno prodavac mogao prebiti s nekom svojom obavezom koju on ima prema dužniku. Također je čest slučaj da povjerilac, kojem je potreban gotov novac, neko svoje nedospjelo potraživanje prema dužniku ustupi cesionaru uz nižu cijenu.

U austrijskom pravu cesija je regulirana u §§ 1392–1399 Građanskog zakonika.¹³ Prijenos potraživanja (cesija), u smislu § 1392 ABGB, jest ustupanje prava putem ugovora između cedenta i cesionara. Ustupanje potraživanja je konsenzualan pravni posao, čiji učinci nastupaju samom saglasnošću volja cedenta i cesionara. Za zaključenje ugovora nije potrebna dužnikova sagla-

¹² Građanski zakonik (BGB – Bürgerliches Gesetzbuch) prva je kodifikacija građanskog prava u tadašnjem Njemačkom Carstvu. Ujedinjenje velikog broja malih njemačkih država u Njemačko Carstvo (Reich) 1871. godine otvorilo je put jedinstvenoj građanskoj kodifikaciji. Različite komisije radile su na izradi Zakonika od 1873. godine sve do 18. augusta 1896. godine, kad je i usvojen, a BGB je stupio na snagu prvog dana dvadesetog stoljeća, tj. 1. januara 1900. godine. Osnovni cilj BGB-a nije bio stvoriti novo građansko pravo, nego više postojeću rascjepkanu pravnu regulativu na području ujedinjene Njemačke napraviti jedinstvenom za čitavu državu. BGB sadrži, kako elemente rimskog, tako i elemente tradicionalnog njemačkog prava. Rimsko pravo je našlo svoju primjenu prije svega u prve dvije knjige BGB-a. Njemačko pravo, koje je više bilo običajno i nastalo u srednjem vijeku, došlo je do izražaja u preostale tri knjige. Na prvi pogled da se primijetiti da je BGB proizvod pandektista, tj. pandektne nauke. Jezik je staromodan, rečenice komplicirane, a pojmovi apstraktni. Laik teško može razumjeti odredbe Zakonika, za kojeg se može reći da nije pisan za građane, nego je pravljen od pravnik za pravnike. Podijeljen je u pet knjiga: opći dio, obligaciono, stvarno, porodično i nasljedno pravo. Tokom svog trajanja BGB je pretrpio više izmjena, a posljednje su stupile na snagu 1. januara 2002. godine. Tim izmjenama nisu mijenjane odredbe o cesiji. Vidjeti šire: Bähr (1995, str. 22).

¹³ Ovaj zakonik u našoj pravnoj literaturi naziva se i Opći građanski zakonik. Zakonik je objavljen kraljevskim patentom 1. juna 1811. godine. Puni naziv ovog zakonika je Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB), što bi u doslovnom prijevodu značilo Opći građanski zakonik (OGZ). U našoj literaturi pojavljuje se i pod nazivom Austrijski građanski zakonik (AGZ). Zakonik je stupio na snagu 1. januara 1812. godine i sačuvao je svoju izvornost sve do Prvog svjetskog rata, kada su pod utjecajem Njemačkog građanskog zakonika (BGB) izvršene promjene. Promjene su izvršene u tri navrata i to novelama iz 1914, 1915. i 1916. godine.

snost. Prema § 1395 ABGB dužnik može platiti starom povjeriocu i tako se osloboditi svoje obveze, ukoliko nije znao za cesiju. Isto tako, on se s njim može dogovoriti o poravnanju ili zaključiti drugi pravni posao s oslobađajućim učinkom prema dužniku ukoliko dužnik nema saznanja o cesiji. Predmet cesije je ustupanje povjeriočevog položaja s cedenta na cesionara. Nakon izvršene cesije cesionar postaje imalac zahtjeva, odnosno prava protiv dužnika, a cedent to svoje preneseno pravo ne može više potraživati od dužnika (Schwimann & Honsell, 1997, par. 1392). Cesija može biti s naknadom, ali i bez nje, a to potvrđuje i sudska praksa.¹⁴ Kupoprodaja se najčešće javlja kao pravni osnov cesije, ali to može biti i ugovor o poklonu, nalogu ili drugi pravni poslovi. Ugovor o cesiji je neformalan pravni posao, u čemu se slažu i teorija i sudska praksa¹⁵ (Schwimann & Honsell, 1997. par. 1392). Od tog pravila postoji izuzetak, i to u slučaju kad je za osnovni posao predviđena forma kao bitan element. Kad je osnova cesije pravni posao za koji se zahtijeva pismena forma, tada i cesija mora biti u pismenoj formi. To će primjerice biti u slučaju kad je osnov cesije obećanje poklona, a predmet nije predat.¹⁶

2. Predmet cesije

Kad se radi o predmetu ustupanja, potrebno je reći da se mogu ustupiti sva potraživanja i prenosivost potraživanja se pretpostavlja, a zabrana prijenosa je izuzetak. Zakon o obveznim odnosima zabranu ustupanja potraživanja regulira u čl. 436 st. 1, i to tako što određuje da se ne može ustupiti ono potraživanje čiji je prijenos zabranjen zakonom ili koje je vezano za ličnost vjerovnika, ili koje se po svojoj prirodi protivi prenošenju na drugoga.

Buduća potraživanja. – Za pravnu teoriju i sudska praksu¹⁷ je nesporno da predmet ustupanja mogu biti buduća potraživanja (Münchener Kommentar/Roth, 1994, par. 398). Za ustupanje budućih potraživanja važe opća pravila ustupanja, gdje posebnu važnost ima određenost, odnosno odredivost ustupanja. Znači, buduća potraživanja se mogu ustupati, ali se od dužnika ne može zahtijevati naplata prije dospijeca tog potraživanja. Ustupanje budućeg

¹⁴ Vidjeti: Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen (u daljnjem tekstu: Odluka Vrhovnog suda), Bd 64, Nummer 178.

¹⁵ Odluka Vrhovnog suda 1952/176; kao i 1962/32.

¹⁶ Vidi § 943 ABGB.

¹⁷ Vidi Odluku BGH (Bundesgerichtshof) objavljenu u NJW 1967, 751. Ovom odlukom je Njemački savezni sud odlučio da je valjana cesija kojom je cedent ustupio cesionaru dio cijene od prodaje pšenice nepoznatom kupcu koja će uslijediti za dva mjeseca.

potraživanja je posebno pravo raspolaganja o još nepostojećem pravu. Takvo ustupljeno potraživanje proizvodi željeno dejstvo tek kad to pravo i nastane. Ukoliko preneseno potraživanje ipak ne nastane, to znači da je cesija izvršena “u prazno” i kao takvo neće proizvoditi pravna dejstva (Larenz, 1987, str. 585).

Predmet ustupanja su najčešće novčana potraživanja, ali nema smetnje da se ugovori i ustupanje robnog potraživanja. Shvaćanje da je robno potraživanje moguće ustupiti isto kao i novčano ima potvrdu i u sudskoj praksi.¹⁸

Stupanjem u obligacione odnose, stranke u dvostrano obveznim ugovorima imaju ne samo prava nego i obaveze. Postavlja se pitanje šta će se dogoditi kada se i cesus javi kao povjerilac, u slučaju neispunjenja obaveze prema njemu. Pravna doktrina je saglasna da je u tom slučaju za neispunjenje obaveze odgovoran cedent, kao ugovorna strana cesusa (Münchener Kommentar/Roth, 1994, par. 398).

Sporedna prava. Sporedna prava, koja služe kao sredstva osiguranja glavnog potraživanja, ne mogu se odvojiti od glavnog potraživanja i kao takva s izvršenom cesijom i ona prelaze na cesionara. Sporedna prava dopunjavaju i osiguravaju glavno potraživanje, odnosno glavnu obavezu. Sporedno pravo dijeli sudbinu glavnog potraživanja. Pravilo je da se prijenosom potraživanja sadržaj potraživanja ne mijenja. Cesija je derivativan način sticanja prava. Cesionar svoje pravo izvodi iz cedentovog prava. Prema tome, ukoliko uz glavno potraživanje postoje i sporedna prava, cesionar dobiva i ta prava. U sporedna prava spadaju prije svega jamstvo i zaloga, zatim kamate, kao i ugovorna kazna.

Založena stvar se može predati cesionaru samo ukoliko zalagodavac na to pristane. Ukoliko zalagodavac ne pristane da se založena stvar preda cesionaru, ona ostaje kod cedenta, koji je čuva za račun cesionara. Pretpostavlja se da su dospjele a neisplaćene kamate ustupljene zajedno s glavnim potraživanjem.¹⁹

¹⁸ Vidi Odluku Višeg privrednog suda u Zagrebu, Sl. 2195/76 od 9. XI 1976. godine. Sud je zauzeo stanovište da vjerovnik svoje robno potraživanje prema dužniku može ustupiti trećoj osobi, i to tako da toj trećoj osobi (cesionaru) preda robne bonove koje je izdao dužnik, a glase na donosioca i ovlašćuju donosioca da preuzme robu određene vrijednosti, vrste i količine.

¹⁹ Vidi član 437. st. 2. i 3. ZOO.

3. Zaštita cesusa

Cesijom se ne ostvaruje nikakva promjena sadržaja potraživanja. Dužnik dobija novog povjerioca, kojem može isticati sve one prigovore što ih je imao prema starom povjeriocu. Prava cesionara, u pogledu ustupljenog potraživanja, ista su kakva je imao cedent. Pošto kod cesije dužnik nije ugovorna strana, propisivanjem određenih odredbi želi se osigurati osnovno načelo zaštite dužnika, a to je da se izvršenom cesijom njegov položaj ne smije pogoršati.

Sudska praksa je također zauzela stajalište da se položaj dužnika nakon cesije ne može pogoršati.²⁰ Zabrana pogoršanja položaja dužnika nakon cesije odnosi se samo na njegov pravni položaj, ali ne i na njegovo ekonomsko stanje, ukoliko bi on zakasnio s ispunjenjem svoje obaveze. Dužnik je obavezu dužan ispuniti onako kako ona glasi (Schwimann & Honsell, 1997, par. 1394).

Obavještenje cesusa o cesiji. Da bi cesija djelovala i prema trećem licu, u ovom slučaju prema cesusu (dužniku), on o cesiji mora biti obaviješten. To je razumljivo, jer ako nema saznanja o cesiji on za svoga povjerioca smatra cedenta. Cedent nosi teret dokaza da je cesus obaviješten o cesiji. Zakon ne propisuje posebnu formu za obavještenje dužnika o ustupanju potraživanja. Savjestan dužnik, koji nije znao za cesiju, oslobađa se svoje obaveze ukoliko obavezu ispuni cedentu.²¹ Nesavjestan dužnik, koji je obaviješten o cesiji, ne oslobađa se svoje obaveze ako je ispuni cedentu.

Odredbom člana 440. st. 2. ZOO određeno je da dužnik može istaći cesionaru, pored prigovora koje ima prema njemu, i one prigovore koje je mogao istaći cedentu do momenta kad je saznao za cesiju. Ovom odredbom je zakonodavac zaštitio dužnika. Prvo, dužnik nema mogućnost sudjelovanja u zaključenoj ugovora o cesiji između cedenta i cesionara. Drugo, sadržaj potraživanja nakon cesije ostaje isti, a dužnik ne smije biti u težem položaju nego što je bio prije cesije.

4. Višestruka cesija

Zaključenjem ugovora o cesiji prenose se cedentova potraživanja na povjerioca i on nema više nikakvih prava prema cesusu. Sa zaključenom cesijom cedent prestaje biti povjerilac a na njegovo mjesto, kao novi povjerilac, dolazi cesionar. Znači, cedent svoje potraživanje može ustupiti samo jedan-

²⁰ Odluka Vrhovnog suda Bd 50/1.

²¹ Član 438. st. 2. ZOO.

put. Međutim, u praksi se dešava da cedent isto potraživanje u cijelosti cedira nekoliko puta. Naprimjer, cedent ustupi potraživanje povjeriocu A, poslije to isto potraživanje povjeriocu B i na kraju povjeriocu C. U konkretnom slučaju logično je zaključiti da je valjano potraživanje stekao prvi povjerilac, tj. A.

Odredbom člana 439. Zakona o obligacionim odnosima određeno je da ako je cedent ustupio isto potraživanje različitim cesionarima, potraživanje pripada onom cesionaru o kome je cedent obavijestio dužnika ili onome koji se prvi javio dužniku. Jasno je da ovakva odredba ima za cilj zaštititi položaj dužnika. Kod višestruke cesije nije dovoljno da je novi povjerilac s cedentom zaključio ugovor o cesiji, nego je veoma bitno da je za cesiju i cesionara saznao i dužnik.

Savjesnost dužnika kod višestruke cesije je veoma važna. Naime, moramo razlikovati da li je dužnik znao za višestruko ustupanje ili ne. Ukoliko on nije znao za višestruko ustupanje, nego ima samo saznanja o jednoj cesiji, on će se osloboditi svoje obaveze kad je ispuni tom poznatom cesionaru. S druge strane, ako je znao za višestruko ustupanje, tada je odlučan momenat denuncijacije, odnosno dužnik obavezu mora ispuniti onom cesionaru na kojeg mu je prvo ukazao cedent (Vizner, 1978, str. 1438). Ako bi dužnik istovremeno saznao za više cesionara s kojima je cedent zaključio cesiju, potraživanje pripada onom cesionaru koji je prvi s cedentom zaključio ugovor o cesiji (Cigoj, 1984, str. 1287).

Ako savjestan dužnik isplati dug nekome drugome a ne prvom povjeriocu, dužnik se oslobađa svoje obaveze, a pravi povjerilac može od lica koje je primilo obavezu zahtijevati predaju primljenog prema pravilima o sticanju bez osnova ili od svoje ugovorne strane (cedenta) zahtijevati ispunjenje obaveze uz eventualno pravo na naknadu štete.

5. Odnos cedenta i cesionara

Ugovorom o cesiji potraživanje s cedenta prelazi na cesionara i oni su ovlašteni da svoje ugovorne odnose uređuju onako kako to njima najbolje odgovara. Tim ugovorom oni mogu regulirati i pitanja koja se tiču odgovornosti za ustupljeno potraživanje, predaji dokaza o njegovom postojanju i sl. Ako ugovarači određena pitanja ne reguliraju, primjenjuju se zakonska dispozitivna pravila (Bikić, 2013, str. 347).

U obligacionom odnosu može se s pravom očekivati da će dužnik pokušati izbjeći ili prolongirati ispunjenje. Dužniku stoje na raspolaganju različiti pri-

govori. Cedent je obavezan olakšati cesionaru naplatu ustupljenog potraživanja (Arandžević, 1980, str. 931). S tim u vezi, cedent je dužan predati cesionaru obveznicu ili drugu ispravu o dugu, ako ih ima, te druge dokaze o ustupljenom potraživanju i sporednim pravima. Ako je cedent prenio cesionaru samo dio potraživanja, dužan je predati mu ovjeren prijem obveznice ili koje druge isprave kojom se dokazuje postojanje potraživanja. Na zahtjev cesionara dužan mu je predati ovjerenu potvrdu o cesiji.²² Kod cesije važno pitanje odnosi se na odgovornost cedenta za postojanje i naplativost ustupljenog potraživanja.

Odgovornost za postojanje potraživanja. Kad se radi o odgovornosti cedenta za postojanje ustupljenog potraživanja važno je razlikovati je li cesija izvršena s naknadom ili bez naknade. Kod cesije bez naknade (npr. ugovor o poklonu), cedent ne odgovara niti za postojanje niti za naplativost potraživanja.

Ako je cesija s naknadom cedent odgovara, po sili zakona, za postojanje potraživanja u momentu ustupanja potraživanja. Cedent garantira cesionaru da potraživanje potiče iz punovažnog posla. Cedent ne garantira za naplativost potraživanja.

Odgovornost za naplativost. U pravilu, kod naplatne cesije cedent odgovara za postojanje potraživanja. On ne odgovara za naplativost potraživanja. Da bi cedent odgovarao i za naplativost potraživanja, to mora biti posebno ugovoreno. To znači da cedent odgovara da se ustupljeno potraživanje može naplatiti. Smatramo da cedent odgovara cesionaru samo u onom slučaju ako je nenaplativost potraživanja postojala već u momentu zaključenja cesije.

Za slučaj da cesionar ne uspije naplatiti ustupljeno potraživanje, a cedent je garantirao za naplatu, on će cesionaru odgovarati do visine primljene naknade za ustupljeno potraživanje. Veća odgovornost savjesnog cedenta ne može se ugovoriti (Slakoper & Gorenc, 2009, str. 462).

IV. Odnos personalne subrogacije i cesije

Naše pravo posebno regulira institut personalne subrogacije u odnosu na cesiju. S obzirom na to da je ZOO posebno regulirao ova dva instituta, pokušat ćemo prikazati njihove sličnosti, ali i razlike.

²² Član 441. ZOO.

1. Sličnosti između personalne subrogacije i cesije

- 1.1. Oba instituta služe prijenosu potraživanja. Kod cesije dosadašnji povjerilac (cedent) prenosi svoje potraživanje na novog povjerioca (cesionara). U personalnoj subrogaciji treće lice koje je ispunilo dužnikovu obavezu (ispunilac) zauzima mjesto dosadašnjeg povjerioca.
- 1.2. Kod oba instituta mijenja se subjekt obligacije na povjerilačkoj strani. Kod cesije se umjesto cedenta javlja cesionar, a kod personalne subrogacije na mjesto starog povjerioca dolazi ispunilac.
- 1.3. Također, obligacija zadržava prvobitni identitet. To znači da se mijenja samo subjekt, a sadržaj obligacije ostaje isti.
- 1.4. Poslije izvršene cesije ili personalne subrogacije pravni položaj dužnika se ne mijenja. Dužnikov položaj se ne smije pogoršati. Radi zaštite svojih interesa dužnik može novom povjeriocu (cesionaru ili ispuniocu) staviti sve prigovore koje je mogao istaći dosadašnjem povjeriocu. Znači, dužnik može novom povjeriocu istaći sve objektivne prigovore, koji proizlaze iz obligacije koja je bila predmet personalne subrogacije ili cesije. Pored toga, dužnik može novom povjeriocu staviti sve subjektivne prigovore koje on ima prema njemu iz nekog njihovog drugog međusobnog odnosa.
- 1.5. Sličnost između ova dva instituta ogleda se i u tome što se kod njih oba pojedina potraživanja ne mogu prenijeti. Tako se kod cesije ne mogu prenijeti potraživanja vezana za ličnost cedenta (Larenz, 1987, str. 585). Isto tako, obavezu koja je vezana za ličnost dužnika, kod personalne subrogacije, može da ispuni samo on, a ne i drugo lice (ispunilac). Također, ne mogu se prenijeti ona potraživanja koja su strane ugovorom odredile da se neće prenositi na druga lica.
- 1.6. Kod personalne subrogacije i kod cesije ne traži se saglasnost za zaključenje ugovora one strane koja u tome ne učestvuje. Naime, kod cesije je dovoljno, da bi jedno ustupanje bilo punovažno, da se o tome dogovore cedent i cesionar. Slična situacija je i kod personalne subrogacije. Ovdje je dovoljno da povjerilac i ispunilac zaključe ugovor na koji se ne traži saglasnost dužnika ili da dužnik i ispunilac zaključe ugovor na koji se ne traži saglasnost povjerioca. U oba slučaja, iako se ne traži saglasnost trećeg lica (povjerioca ili dužnika), pravni posao proizvodi pravno dejstvo.

2. Razlike između personalne subrogacije i cesije

- 2.1. Kod cesije, ugovor se zaključuje između dotadašnjeg povjerioca (cedenta) i novog povjerioca (cesionara). Dužnik se uopće ne javlja kao ugovorna strana. Za razliku od cesije, ugovorna personalna subrogacija nastaje na dva načina: prvo, ugovorom između dotadašnjeg i novog povjerioca (ispunioca) i drugo, ugovorom između dužnika i novog povjerioca (ispunioca). Tu dotadašnji povjerilac postaje pasivna strana i on ne može utjecati na zaključenje ugovora. Dakle, kod cesije je povjerilac taj koji odlučuje o zaključenju ugovora i prenošenju potraživanja. Kod personalne subrogacije zaključenje ugovora i prenošenje potraživanja moguće je i bez sudjelovanja povjerioca, pa čak i protiv njegove volje.
- 2.2. Cesijom se cedentovo potraživanje prenosi na novog povjerioca (cesionara) momentom zaključenja ugovora. Kod personalne subrogacije ispunilac postaje povjerilac tek trenutkom ispunjenja obaveze, a ne momentom zaključenja. Znači, dejstvo cesije nastupa momentom zaključenja, a subrogacije u vrijeme ispunjenja ugovora.
- 2.3. Cedent odgovara cesionaru za postojanje i naplativost potraživanja. Naime, ako je cesija izvršena s naknadom cedent odgovara za postojanje potraživanja (veritet). Njegova odgovornost ograničava se na momenat izvršenog ustupanja. Dalje, cedent odgovara i za naplativost (bonitet) potraživanja ako je to ugovoreno. Cedent odgovara do visine onoga što je primio od cesionara. Prema pravilima o personalnoj subrogaciji povjerilac ne odgovara ispuniocu niti za postojanje niti za naplativost potraživanja. Ovim se, naravno, ne dira u odredbe o neosnovanom obogaćenju, gdje bi ispunilac, ukoliko se dokaže da potraživanje nije postojalo, isplaćeno mogao tražiti nazad.
- 2.4. Zaključenjem ugovora o cesiji s glavnim potraživanjem na cesionara prelaze i sporedna prava, kao što su pravo prvenstvene naplate, hipoteka i sl. Kod personalne subrogacije, na ispunioca, pored glavnog potraživanja, prelaze samo ona sporedna prava koja su ugovorena.
- 2.5. Cesija i personalna subrogacija međusobno se razlikuju i u pravu na visinu naplate ustupljenog potraživanja za ono lice koje stupa u obligaciju. Pravo naplate ustupljenog potraživanja prelazi na cesionara ili ispunioca, ali njihovo pravo na ostvarenje visine naplate nije isto. Cesionar može zahtijevati od cesusa ispunjenje obaveze u

cijelosti, bez obzira na to koliko je on za nju platio cedentu. Ispunilac može zahtijevati od dužnika samo onoliko koliko je platio prilikom ispunjenja obaveze. Naprimjer, *povjeriočevo potraživanje iznosi 100.000 KM. Cedent je cesionaru to potraživanje prodao za 70.000 KM. Cesionar od dužnika (cesusa) može zahtijevati isplatu cjelokupnog duga, tj. 100.000. S druge strane, ako potraživanje iznosi 100.000 KM i ispunilac je platio povjeriocu 70.000 KM, on od dužnika može zahtijevati samo 70.000 KM i ništa više.*

- 2.6. Kod cesije ugovorne strane su cedent i cesionar. Dužnikov pristanak nije potreban. Međutim, Zakon predviđa obavezu cedenta da o ustupljenom potraživanju obavijesti dužnika. Dužnik može, sve dok nije obaviješten o cesiji svoju obavezu ispuniti starom povjeriocu. Poslije obavještenja obavezu mora ispuniti novom povjeriocu. Kod personalne subrogacije Zakon nije predvidio obavezu obavještavanja dužnika kad on nije ugovorna strana.

V. Zaključak

Sva moderna zakonodavstva usvajaju načelo da su potraživanja prenosiva. Postoje različiti načini promjene povjerioca obligacije i mogućnosti prenosa potraživanja. U ovom radu ukazali smo na cesiju i personalnu subrogaciju kao moguće načine promjene povjerioca. Smatramo da postoji opravdanost postojanja oba instituta u našem pravu. Naime, pored određenih sličnosti ovih instituta postoje i značajne razlike, na koje smo ukazali u ovom radu. U radu su posebno obrađene moguće negativne posljedice promjene povjerioca na položaj dužnika.

Posebna pažnja posvećena je zaštiti dužnika od mogućih negativnih učinaka cesije i personalne subrogacije. Polazna tačka dužnikove zaštite mogla bi se svesti na načelo prema kojem se položaj dužnika izvršenom cesijom i subrogacijom ne može pogoršati. Sporazum ugovarača ne smije ići na štetu dužnika.

Bibliografija

- Arandelović, S. (1980). *Komentar ZOO*. Beograd: Blagojević – Krulj.
- Bähr, P. (1995). *Grundzüge des bürgerlichen Rechts*. (9. Auflage). München.
- Bikić, A. (2013). *Obligaciono pravo - Opći dio*. Treće izdanje. Sarajevo: Pravni fakultet.

- Brox, H. (1992). *Allgemeines Schuldrecht*. München.
- Cigoj, S. (1984). *Komentar obligacijskih razmerij*. II knjiga, Ljubljana.
- Eisner, B. & Horvat, M. (1948). *Rimsko pravo*. Zagreb.
- Larenz, Karl. (1987). *Lehrbuch des Schuldrecht*. Band I, Allgemeiner Teil, München.
- Loza, B. (1980). *Komentar ZOO*. Beograd.
- Praxiskommentar zum ABGB*. (1997). Herausgegeben von Michael Schwimann, bearbeitet von Heinrich Honsell. Wien: Orac.
- Pop-Georgijev, D. (1980). *Komentar ZOO*. Kragujevac – G. Milanovac.
- Romac, A. (1987). *Rimsko pravo*. Zagreb: Narodne novine.
- Roth, G. (1994). *Kommentar zum BGB*. München.
- Slakoper, Z. & Gorenc V. (2009). *Obvezno pravo - Opći dio*. Zagreb: Novi Informator.
- Stanković, V. (1978). *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada*, odrednica "Obligacija". Tom drugi. Beograd: Službeni list SFRJ.
- Stojčević, D. (1960). *Rimsko obligaciono pravo*. Beograd: Zavod za izdavanje udžbenika Narodne Republike Srbije.
- Vedriš, M. & Klarić, P. (1996). *Građansko pravo*. Zagreb: Narodne novine.
- Vizner, B. (1978). *Komentar ZOO*. Zagreb.

Abedin Bikić, PhD

Full professor

University of Sarajevo

Faculty of Law

a.bikic@pfsa.unsa.ba

THE RELATIONSHIP BETWEEN PERSONAL SUBROGATION AND CESSION - SIMILARITIES AND DIFFERENCES

Summary

The subject of the work is the analysis of the possibility of changing the creditor in the obligation relationship. Two institutes that regulate the change of creditor and the possibility of assigning claims to third parties are discussed. Assignment and personal subrogation, as possible ways of changing the creditor, are specially discussed in the paper. The author first analyzes for us personal subrogation, both contractual and legal, with its assumptions and all the consequences for the contracting parties. After that, the author presents the cession as a way of changing the creditor and analyzes the consequences for all participants of such a deal. The author is of the opinion that a change of creditor in the obligation is possible, and that the prohibition of assignment of claims is an exception. At the end of the paper, the author presents the similarities but also the differences of personal subrogation and cession, which represents the special value of this work.

Keywords: *personal subrogation, executor, cession, assignment of claims, debtor protection, relationship between assignor and assignee*

Dr. sc. Amila Ferhatović

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

UDK 349:61
343.222:614.253.83
Izvorni naučni rad

Kanita Pruščanović, MA

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

PRAVNI POLOŽAJ LIJEČNIKA U SVJETLU MEDICINSKOG PRAVA

Sažetak

Liječnička djelatnost pravno je regulirana medicinskim pravom, kao relativno novijom pravnom disciplinom, koja vremenom, u skladu sa tokovima razvoja društva i nauke, sve više dobiva na značaju. Tim slijedom svjedočimo fenomenu juridizacije medicine, ali i sve većoj potrebi za multidisciplinarnim promatranjem brojnih delikatnih pitanja kroz prizmu medicine, pravne nauke i prakse, etike, pa čak i integrativne bioetike. Pravna odgovornost liječnika, predstavljajući doktrinarno, ali i praktično značajno pitanje, koncipirana je kao višestruka delikatna odgovornost, među kojima je i krivična odgovornost, kao najteži vid pravne odgovornosti liječnika. Tako je i medicinsko krivično pravo neizostavan dio medicinskog prava, gdje krivično pravo kao ultima ratio pravnog poretka štiti zdravlje pojedinca i javno zdravlje, obuhvatajući širok dijapazon delikatnih pravnih pitanja koja uključuju liječnika, kao osnovnog, samostalnog i odgovornog nosioca zdravstvene djelatnosti, s jedne strane, te pacijente s druge strane, primjerom kojih su pitanja krivnje liječnika općenito, informiranog pristanka, odnosno krivnje za samovoljno liječenje, inkriminacije nesavjesnog liječenja i nepružanja medicinske pomoći, institut liječničke tajne i krivnja za kršenje liječničke tajne, pravni aspekti intenzivne medicine, ali i brojna druga.

U tom smislu, u domenu medicinskog prava općenito, kao i medicinskog krivičnog prava, naročitu pažnju zavrijeđuje pravni položaj liječnika. Razmatrajući generalno pravni okvir medicinskog prava, autorice su u predmetnom

radu nastojale predstaviti i analizirati pravni položaj liječnika u svjetlu važećih propisa u Federaciji Bosne i Hercegovine. Iako čini samo jedan segment medicinskog, pa i medicinskog krivičnog prava, uporedo sa razvojem medicine i svojevrsnom masovnošću zdravstvenih usluga koje se kontinuirano pružaju, pitanje pravnog položaja liječnika i odgovornosti koje iz tog položaja proizilaze, izdiferenciralo se kao izuzetno prijeporno pitanje i u teoriji, i u praksi.

Ključne riječi: *medicinsko pravo, medicinsko krivično pravo, juridizacija medicine, pravni položaj liječnika, odgovornost liječnika*

Uvodna razmatranja

Liječnička djelatnost, kao dio zdravstvene djelatnosti od naročitog društvenog interesa, usmjerena je na zaštitu zdravlja pojedinca, porodice i cjelokupnog stanovništva¹, te se u domenu prava regulira medicinskim pravom, po vremenu nastanka relativno novijom pravnom disciplinom u odnosu na “tradicionalne” grane prava, čijoj sve većoj društvenoj aktualizaciji svjedočimo upravo u XXI stoljeću. Navedeno korespondira razvoju društva i nauke u najširem smislu, budući da je porast interesa prava za pitanja koja su povezana sa ljudskim zdravljem analogan prevashodno porastu znanja o relevantnim uzrocima i faktorima zdravlja i životne sredine, što zakonodavstvo nastoji slijediti pozicioniranjem zdravstvenog zakonodavstva tako da služi dobrobiti svih građana promocijom zdravlja, jednakosti u pristupu zdravstvenoj zaštiti i poštovanja etičkih principa, čiji okvir na globalnom nivou čine međunarodno ustanovljeni standardi i smjernice, a gdje upravo medicinsko pravo kontinuirano promatra sve promjene i identificira interdisciplinarne tačke presjecanja (Mujović Zornić, 2020, str. 10). Pravo i medicinu tako, uz brojne zajedničke tačke, odnosno tačke preklapanja, povezuje i zajednički cilj humanosti, kroz različite vidove brige o životu i zdravlju, pa pravo nastoji pratiti ubrzani razvitak medicine, koja je, u pravilu, ispred prava (Čizmić, 2020, str. 3). Navedeno, naime, prati i generalnu logiku „tapkanja“ prava za društvenim odnosima, budući da se prvo formira određeni društveni odnos, odnosno pojava, koja se tek potom pravno regulira, što je vidljivo u oblasti medicine i pravnog reguliranja navedenog segmenta. Medicinsko pravo stoga čini svo-

¹ U Federaciji Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu: FBiH) Zakon o liječništvu FBiH (Službene novine FBiH, 56/13) u čl. 5 precizira pojam liječničke djelatnosti, navodeći da liječnička djelatnost predstavlja dio zdravstvene djelatnosti od interesa za Federaciju koja se obavlja na svim nivoima zdravstvene zaštite u skladu sa propisima o zdravstvenoj zaštiti (st. 1), čija je svrha zaštita zdravlja pojedinca, porodice i cjelokupnog stanovništva (st. 2).

jevrnsno polje saradnje, ali i polje hladnog rata ljekara i pravnika, sadržajno predstavljajući pravo u medicini, nasuprot sudske medicine kao medicine u pravu, usmjerene na medicinsko razjašnjenje pravno relevantnih činjenica (Radišić, 2008, str. 7, 23).

Medicinsko pravo dijelom je šire oblasti zdravstvenog prava. U teoriji susrećemo različita stanovišta o pojmovnom određenju i odnosu medicinskog i zdravstvenog prava, gdje je potrebno naznačiti da su se oba pojma nedvojbeno etablirala kao svojevrsni *terminus technikus* u ovom domenu, o čemu Bodnaruk, Čizmić, Hrabač & Huseinagić (2011) navode sljedeće: Iako medicinskopravna teorija daje različito sadržajno značenje pojmovima “medicinsko pravo” i “zdravstveno pravo”, na način da jedni drže da je pojam “medicinsko pravo” sadržajno širi od pojma “zdravstveno pravo”, dok drugi tvrde suprotno, držimo da su pojam “medicinsko pravo” i pojam “zdravstveno pravo” postali svojevrsni *terminus technikus* za označavanje (sve brojnijih) pravnih (i etičkih) pravila koja uređuju kompleksne odnose u obavljanju zdravstvene/ medicinske zaštite, kao i sve druge odnose i pojave koje su na bilo koji način u svezi sa obavljanjem te djelatnosti. Držimo, također, da pri tome nije od primarnog i presudnog značenja koji je pojam sadržajno uži, a koji širi, jer se, uostalom, oni vrlo često koriste i kao sinonimi (str. 23).

Za razliku od zdravstvenog prava kao ukupnosti pravnih propisa u interesu zdravlja ljudi, medicinsko pravo predstavlja predmetno ograničenu oblast prava koja u objektivnom smislu podrazumijeva ukupnost propisa kojim se pravno regulira medicinska djelatnost, kao i svojstva osoba koje obavljaju medicinsku djelatnost i njihov odnos sa korisnicima usluga, a u širem smislu podrazumijeva i pravnu regulativu lijekova, medicinskih sredstava, te prikupljanja i transfuzije krvi (Radišić, 2008, str. 23). Odnos medicinskog i zdravstvenog prava načelno možemo objasniti i kroz prizmu osoba koje kao pružatelje zdravstvene zaštite navedene grane prava svojim opsegom obuhvataju, budući da medicinsko pravo primarno problematizira pitanja u vezi sa obavljanjem liječničke djelatnosti, tek podredno uključujući i druge zdravstvene radnike, premda zdravstvenu zaštitu ne pružaju samo liječnici, nego naprotiv, strukovno raznovrsni subjekti, koje upravo zdravstveno pravo obuhvata normirajući zdravstvenu djelatnost u njenom totalitetu (Babić & Rokсандić Vildička, 2016, str. 10).

Slijedom navedenog, u ovom domenu načelno diferenciramo tri subjekta na koja se pravne norme odnose:

1. pacijent,
2. liječnik i drugi zdravstveni radnici,

3. bolnice, druge zdravstvene ustanove u kojima pacijenti ostvaruju pravo na zdravstvenu zaštitu, odnosno zdravstveni sistem u cjelosti (Čizmić, 2016, str. 26).

Dakle, liječnik je jedan od subjekata na kojeg se odnose pravne norme medicinskog prava, a koji obzirom na ulogu osnovnog, samostalnog i odgovornog nosioca zdravstvene djelatnosti zavrijeđuje naročitu pažnju. Stoga ćemo u nastavku analizirati pravni položaj liječnika u svjetlu medicinskog prava, prije svega, iscrpnim osvrtom na fenomen juridizacije medicine, nakon čega ćemo naznačiti normativni okvir medicinskog prava u BiH, ali i širom elaboracijom specifikovati pravni položaj liječnika *in concreto* kroz prizmu Zakona o liječništvu FBiH² kao *lex specialisa*, te u konačnici razmotriti aspekt pravne odgovornosti liječnika, kao višestruke deliktne odgovornosti čiji najteži vid predstavlja krivična odgovornost liječnika.

1. Juridizacija medicine

Slijedeći dinamiku razvoja medicine i sve većeg spektra zdravstvenih usluga koje se pružaju, pravo nastoji postojeće odnose u ovom domenu obuhvatiti svojom intervencijom u vidu adekvatne pravne regulacije. Navedeni fenomen sve obuhvatnije pravne normiranosti odnosa pacijenata i zdravstvenih radnika u vidu kontinuiranog postupka kontrole pružanja zdravstvenih usluga u literaturi je označen kao juridizacija medicine.³ Tome su doprinijeli brojni faktori, među kojima Mujović Zornić (2013) ističe sljedeće:

1. Novi koncept obavljanja medicinske djelatnosti uslovio je da i pravni pristup bude drugačiji. Promijenjena je definicija same medicinske radnje (usluge). Prema najranijim shvatanjima samo je hirurški zahvat činio takav akt, dok ni ispitivanje ni postavljanje dijagnoze nisu imali taj karakter. Kasnije su se kao kriteriji uzimali u obzir samo terapijski razlozi. Danas, međutim, određenje medicinskog tretmana podrazumijeva i radnje koje nisu isključivo terapijskog karaktera niti su striktno vezane za medicinsku indikaciju, čime se izlazi iz dotadašnjih okvira.
2. Medicina je evoluirala od stanja vještine pojedinca u pravcu kolektivne medicine, koja se ne obavlja izolovano već u saradnji, i sa izrazitom koncentracijom na tehnička sredstva i naučna saznanja.

² Službene novine FBiH, br. 56/13.

³ O fenomenu juridizacije medicine više vidjeti u: Katzenmeier, 2009, str. 45-59.

3. Promijenjena je priroda odnosa liječnika i pacijenta. Osnov za taj odnos i dalje nastavlja da bude odnos uzajamnog povjerenja, ali se smatra da tradicionalno shvatanje odnosa povjerenja nije primjereno današnjem dobu. Ono ne nudi adekvatnu sigurnost za pacijentova prava, posebno u svjetlu tretmana koji uključuju rastuće kompleksnu medicinsku tehnologiju. Autoritet liječnika, koji se nekad izvodio iz njegove gospodarske pozicije, po nepisanom pravilu da je znanje moć, odavno se doveo u pitanje. Poznavanje i uključenost u proces liječenja sve manje daje racionalni osnov legitimnosti toga da se pacijent slijepo i sa punim povjerenjem potčinjava sudu i uputstvima liječnika.
4. U savremenom društvu potreba za sigurnošću postaje primarna, a nesretni događaji kao bolest i smrt ne shvataju se više na isti način i ne bivaju prosto prihvatani sa rezignacijom. Upravo uspjesi medicine su ti koji favorizuju novo stanje svijesti. Svaka osoba, zdrava ili bolesna, uvjerena je da je zaštita zdravlja fundamentalno pravo pojedinca. Liječenje je normalna pojava, a svaki neuspjeh u liječenju u dobroj mjeri može biti, ali i ne mora, znak da se posumnja na neregularnost, određeni propust ili grešku u radu.
5. Ponašanje subjekata koji obavljaju određenu djelatnost od presudne je važnosti za svaku profesiju, a naročito medicinsku, zbog čega su i pravila dužnog ponašanja veoma stroga, bilo da je reč o pravilima struke (aktuelnom medicinskom standardu) ili o pravilima pažnje (dužna pažnja). Pravo kao opšti zakon slobode svih ne treba da medicinsku struku oslobodi od zapovijesti i zabrana, kao što ne treba ni da rješavanje mogućih konflikata proisteklih iz medicinske djelatnosti prepusti isključivo medicinskom staležu. Poželjna samokontrola liječnika i savjesnost pripadnika medicinskih profesija, ma kako bili određeni, nisu dovoljni sami za sebe. Kao i svaki građanin, i medicinski profesionalci se podvode pod opšti zakon iz koga se crpe najvažnija mjerila za njihovo činjenje ili nečinjenje. Otuda i greške u medicini, kao kršenja dužnog ponašanja, u znatnoj mjeri rezultiraju odgovornošću čije je težište danas prebačeno na građanskopravnu odgovornost, a manji udio imaju staleška i krivična odgovornost (str. 3-4).

Također je značajno naglasiti da se priroda odnosa između liječnika i pacijenta nipošto ne može ograničiti samo na pravni odnos, nego se radi i o etičkom odnosu, zbog čega izuzetan značaj imaju i medicinska etika i medicinska deontologija, koja je komplementarna medicinskom pravu (Čizmić, 2019, str. 217-219). U tom smislu su se medicinska etika i medicinska deontologija izdiferencirale kao izraz nastojanja da se preciziraju moralne obaveze liječnika i ostalih zdravstvenih radnika, te medicinska etika, kao dio bioetike, pored bioetičkih principa, podrazumijeva i jurisprudencijske norme i pravila

koja reguliraju rad u sistemu zdravstva, a medicinska deontologija naučno promatra prava i dužnosti medicinskih radnika, obuhvataći tako subdiscipline medicinskog prava, medicinske etike i medicinske hodegetike (Mašić, 2008, str. 7-13).

Naime, vrijeme u kojem živimo nerijetko u nizu pitanja iziskuje multidisciplinarnan pristup, obzirom na brojne tačke susreta i preplitanja, odnosno koegzistencije medicine, pravne nauke i prakse, ali i etike, pa čak i integrativne bioetike, primjerom čega su delikatna i nadasve prijeporna pitanja eutanazije, patentiranja gena, kloniranja, upotrebe matičnih stanica, odbijanja pojedinih zdravstvenih usluga iz vjerskih razloga, biološkog testamenta, nesavjesnog liječenja, samovoljnog liječenja, nepružanja liječničke pomoći, fertilizacije *in vitro* i genetske intervencije, dužnosti liječnika da obznani vlastitu stručnu grešku, ispitivanja lijekova na ljudima, biomedicinskih istraživanja, prigovora savjesti, i brojna druga (Čizmić, 2020, str. 116 i 117). Slijedom navedenog, brojni su razlozi porasta značaja medicinske etike, među kojima je i spoznaja rizika povezanih sa mogućnošću etički nedopustivog postupanja pod krinkom doprinosa medicini, za što se kao historijski primjer navode saznanja o medicinskim istraživanjima nacističkih ljekara tokom II svjetskog rata, koja su provodili na Jevrejima i drugim pacijentima bez njihovog pristanka. Inače, u pristupima medicinskoj etici se diferenciraju konsekvencionalizam, gdje se etičnost postupanja cijeni prema posljedici koja nastupi, i deontologija, odnosno deontološki apsolutizam, koji o etičnosti postupanja prosuđuje neovisno o posljedicama, uz mogući novi pravac kroz kombiniranje oba naprijed navedena, u nastojanju za otklanjanjem nedostataka koji se spočitavaju kako konsekvencionalizmu, tako i deontološkom apsolutizmu (Herring, 2012, str. 12-17). Pored toga, u kontekstu šire perspektive medicinske etike nameću se i pitanja uloge intuicije u medicinskoj etici, praktične etike, ali i očekivanja od medicinske etike i dileme vezane za usredređenost bioetike na „intelektualno zanimljiva“ pitanja u vezi sa abortusom, eutanazijom, vrhunskom tehnologijom, nasuprot zanemarivanju pitanja od stvarnog značaja u vezi sa zdravljem (Herring, 2012, str. 17-19).⁴

Medicina se tako kontinuirano razvija i usavršava susrećući se sa brojnim izazovima, pa sada govorimo o povratku medicine orijentirane prema osobi, odnosno čovjeku, a ne prema bolesti, odnosno bolesniku, naglašavajući potrebu jednakih mogućnosti za sve, prevashodno u pogledu dostupnosti zdravstvene zaštite, kao i o tranziciji iz paternalističkog u partnerski odnos liječnika i pacijenta, uz afirmaciju principa autonomije ličnosti kao domi-

⁴ Vidjeti više o navedenom i u: Salihbegović, 2008.

nantnog principa, nasuprot pravu liječnika da odluči o značaju medicinskog tretmana, obzirom na ulogu pacijenta kao subjekta, a ne objekta medicine, koji zajedno sa liječnikom, uz njegovu pomoć, slobodno odlučuje o svim mjerama koje se tiču njegovog života i zdravlja (Braš, Đorđević & Miličić, 2011, str. 38 i 43; Simić, 2013, str. 164-165). Navedeno svoj odraz ima u institutu informiranog pristanka, kao izjavi kojom pacijent daje svoj pristanak na provođenje određenih mjera, primjenu terapije ili učešće u istraživanju, a čija je valjanost uslovljena kompetetnošću pacijenta, odnosno njegovom sposobnošću razumijevanja relevantnih informacija, shvatanja njihove važnosti i značaja, zaključivanja, izbora i izražavanja izbora, adekvatnošću informacije koju liječnik, slijedeći svoju moralnu dužnost pruži pacijentu o intervenciji, mogućim posljedicama i postojećim alternativama, te dobrovoljnošću izjave pacijenta (Šunjić, Soldo, Liška & Šimić, 2021, str. 71).⁵

Sve naprijed naznačeno posredno čini i razloge razvoja samog medicinskog prava, među kojima se ističu:

1. shvatanje o naročitom društvenom značaju medicinske djelatnosti koji posljedično iziskuje vanjsku društvenu, odnosno pravnu kontrolu,
2. slabljenje mogućnosti unutrašnje “esnafske” kontrole usljed naglog razvoja medicine i porasta broja ljekara i drugih medicinskih radnika i saradnika sa užim specijalizacijama, te razvoja sistema zdravstvenih institucija i službi,
3. potreba za pravnim normiranjem problema u vezi sa rizicima širokog dijapazona novih, složenih dijagnostičkih, terapijskih i drugih medicinskih intervencija kao rezultat rapidnog razvoja medicine praćenog porastom dijagnostičkih i terapijskih mogućnosti, te mogućnosti prevencije i rehabilitacije,
4. pritisak stanovništva koje, obzirom na bolje opće, ali i zdravstveno obrazovanje, zahtijeva i tranziciju iz tradicionalnog paternalističkog odnosa liječnika prema pacijentima, u odnos saradnje partnera na zajedničkom poslu sa podijeljenim ulogama, zadacima i odgovornostima, ali i sa uzajamnim obavezama,
5. pojačana afirmacija prava pacijenta na sopstvenu odluku u pitanjima zaštite njegovog života i zdravlja, što medicinu usmjerava u pravcu zamjene paternalizma novim odnosima koji poštuju autonomiju pacijenta, konsekventno iziskujući i izmjene metodologije rada i medicinske etike,

⁵ Vidjeti više u: Šunjić et al., 2021, str. 71-75.

6. porast uzajamnog nepovjerenja stanovništva i medicinskih radnika, potaknut upravo rušenjem uvriježenih, tradicionalnih odnosa medicine i društva, ljekara i pacijenta, izmjenama u metodologiji rada i potrebom novog definiranja medicinskih etičkih načela, što svoj izraz ima kako u sve češćim tužbama protiv ljekara i drugih medicinskih radnika, tako i u fenomenu tzv. “defanzivne medicine”⁶, kao medicine koja se nastoji primjenom brojnih nepotrebnih pregleda i ispitivanja, kao i na druge neprimjerene načine zaštititi i osigurati od odgovornosti⁷ (Maleš & Stojaković, 2014, str. 55).

Budući da krivično pravo štiti najznačajnija društvena dobra i vrijednosti, zbog značaja zdravlja kao pravnog dobra neizostavan segment medicinskog prava čini i medicinsko krivično pravo, gdje krivično pravo kao *ultima ratio* pravnog poretka štiti zdravlje pojedinca, kao i javno zdravlje, obuhvatajući širok dijapazon delikatnih pravnih pitanja koja uključuju liječnika, kao osnovnog, samostalnog i odgovornog nosioca zdravstvene djelatnosti, s jedne strane, te pacijente s druge strane. U pitanja koja su u fokusu medicinskog krivičnog prava između ostalog spadaju:

- krivnja liječnika općenito,
- informirani pristanak, pravna pitanja pretpostavljenog pristanka pacijenta, odnosno krivnja za samovoljno liječenje,
- inkriminacije nesavjesnog liječenja i nepružanja medicinske pomoći,
- liječnička tajna i krivnja za kršenje liječničke tajne,
- krivično djelo čedomorstva,

⁶ Mišić Radanović (2017) pojam defanzivne medicine precizira na sljedeći način: Riječ je o obliku „odbrane“ ili „strategiji niskog rizika“ liječnika u svakodnevnoj praksi koja se sastoji u provođenju postupaka koji su sa stajališta struke „suvišni“ i odgađaju konačnu terapiju, ali bez posljedica po pacijentovo zdravlje. Radi se ili o poduzimanju dodatnih i nepotrebnih testova, poduzimanju sofisticiranih dijagnostičkih pretraga (*overtreatment and overdiagnosis*) ili izbjegavanju rizičnih zahvata na pacijentima, a sve zbog straha od moguće liječničke greške i posljedične tužbe od strane pacijenata. Odbrambeni odgovor struke zbog mogućnosti tužbi u odštetnom ili krivičnom postupaka je i slanje manje zahtjevnih slučajeva specijalistima, subspecijalistima ili propisivanje previše lijekova. Defanzivna medicina najčešće se provodi u državama u kojima ne postoji „no-fault“ sistem osiguranja od liječničke odgovornosti (Str. 2, fusnota br. 7).

⁷ Vremenom se izdiferencirala dihotomija „pozitivne“ defanzivne medicine, karakterizirane pretjeranošću u medicinskom tretmanu pacijenata na razne moguće načine, i „negativne“ defanzivne medicine, karakterizirane izbjegavanjem, upućivanjem ili premještanjem visokorizičnih pacijenata, kao dva ekstrema u liječničkom pristupu. Vidjeti više u: Shenoy, N. Shenoy & G. Shenoy, 2022, str. 1-4.

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

2. Normativni okvir medicinskog prava u Bosni i Hercegovini

Medicinsko pravo, zbog predmetnog objedinjavanja dijelova drugih disciplina koje se tiču zdravstva u teoriji prepoznato i kao “pravo na raskršću”, kao pravnu granu, uz poseban odnos prema bioetici i biomedicini, karakterizira i nedovoljno određeno jedinstvo normativnog okvira, odnosno razuđenost i specifičnošću materije uslovljena različitost pravnih izvora, a njegova se specifičnost ogleda upravo u činjenici da, obzirom da obuhvata ljudska prava u oblasti zdravlja, do njegove primjene neizostavno dolazi uvijek prilikom odlučivanja o životu, psihičkom i tjelesnom integritetu, zdravlju i ličnom dostojanstvu čovjeka, kao čovjekovim najvažnijim pravno zaštićenim dobrima u vezi sa zdravljem (Mujović Zornić, 2020, str. 10, 13).

Načelno se pravni izvori medicinskog prava mogu svrstati u dvije skupine propisa:

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

Složenost državnog uređenja i podjele zakonodavnih nadležnosti u Bosni i Hercegovini (u daljem tekstu: BiH) svoj odraz ima i na propise u oblasti medi-

cinskog prava. Naime, načelno su nadležnosti u oblasti zdravstva u BiH ustanovljene tako da je zdravstvo u podijeljenoj nadležnosti entiteta i kantona u Federaciji BiH (u daljem tekstu: FBiH), u nadležnosti entiteta Republika Srpska (u daljem tekstu: RS) i u nadležnosti Brčko Distrikta BiH (u daljem tekstu: BDBiH). Upravo zbog mnoštva propisa koji postoje na različitim nivoima u skladu sa naprijed naznačenom podjelom nadležnosti u oblasti zdravstva generalno u BiH, u nastavku ćemo detaljan osvrt dati samo na propise koji čine pravni okvir medicinskog prava u FBiH.

Tako u FBiH, uz Ustav FBiH⁸, kao najviši pravni akt koji katalogom prava, pored ostalih, garantira i pravo na zdravstvenu zaštitu, pravni okvir medicinskog prava čine sljedeći zakoni iz oblasti zdravstva kao *lex specialis*:

1. Zakon o zdravstvenoj zaštiti⁹,
2. Zakon o zdravstvenom osiguranju¹⁰,
3. Zakon o pravima, obavezama i odgovornostima pacijenta¹¹,
4. Zakon o krvi i krvnim sastojcima¹²,
5. Zakon o transplataciji organa i tkiva u svrhu liječenja¹³,
6. Zakon o liječništvu¹⁴,
7. Zakon o stomatološkoj djelatnosti¹⁵,
8. Zakon o sestrinstvu i primaljstvu¹⁶,
9. Zakon o evidenciji u oblasti zdravstva¹⁷,
10. Zakon o lijekovima i medicinskim sredstvima¹⁸,
11. Zakon o lijekovima¹⁹,

⁸ Službene novine FBiH, br. 1/94, 1/94 - Amandman I, 13/97 - Amandmani II-XXIV, 13/97 - Amandmani XXV i XXVI, 16/02 - Amandmani XXVII-LIV, 22/02 - Amandmani LVI-LXIII, 52/02 - Amandmani LXIV-LXXXVII, 60/02 - ispr. Amandmana LXXXI, 18/03 - Amandman LXXXVIII, 63/03 - Amandmani LXXXIX-XCIV, 9/04 - Amandmani XCV-CII, 20/04 - Amandmani CIII i CIV, 33/04 - Amandman CV, 71/05 - Amandmani CVI-CVIII, 72/05 - Amandman CVI i 88/08 - Amandman CIX.

⁹ Službene novine FBiH, br. 46/10 i 75/13.

¹⁰ Službene novine FBiH, br. 30/97, 7/02, 70/08, 48/11 i 36/18.

¹¹ Službene novine FBiH, br. 40/10.

¹² Službene novine FBiH, br. 09/10.

¹³ Službene novine FBiH, br. 75/09.

¹⁴ Službene novine FBiH, br. 56/13.

¹⁵ Službene novine FBiH, br. 37/12.

¹⁶ Službene novine FBiH, br. 43/13.

¹⁷ Službene novine FBiH, br. 37/12.

¹⁸ Službeni glasnik BiH, broj 58/08.

¹⁹ Službene novine FBiH, br. 109/12.

12. Zakon o apotekarskoj djelatnosti²⁰,
13. Zakon o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti²¹,
14. Zakon o zaštiti osoba sa duševnim smetnjama²²,
15. Zakon o sistemu poboljšanja kvalitete, sigurnosti i akreditacije u zdravstvu²³,
16. Zakon o ograničenoj upotrebi duhanskih prerađevina²⁴,
17. Zakon o zdravstvenoj ispravnosti životnih namirnica i predmeta opšte upotrebe²⁵,
18. Zakon o prometu otrova²⁶,
19. Zakon o hemikalijama²⁷,
20. Zakon o radijacijskoj i nuklearnoj sigurnosti u BiH²⁸,
21. Zakon o upravljanju otpadom²⁹,
22. Zakon o sprečavanju i suzbijanju zloupotrebe opojnih droga³⁰.
23. Zakon o liječenju neplodnosti biomedicinski potpomognutom oplodnjom³¹,
24. Zakon o finansijskoj konsolidaciji i restrukturiranju javnih zdravstvenih ustanova u FBiH^{32, 33}

Pravni okvir čine i brojni podzakonski akti, većinom doneseni od strane Ministarstva zdravstva FBiH, među kojima izdajamo: Pravilnik o organizaciji i radu komisija za zaštitu osoba s duševnim smetnjama³⁴, Pravilnik za dodatnu edukaciju polivalentnih patronažnih sestara³⁵, Pravilnik o specijalizacijama i subspecijalizacijama zdravstvenih radnika i zdravstvenih saradnika³⁶, Pravilnik o uvjetima za obavljanje privatne prakse, grupne

²⁰ Službene novine FBiH, br. 40/10.

²¹ Službene novine FBiH, br. 29/05.

²² Službene novine FBiH, br. 37/01.

²³ Službene novine FBiH, br. 59/05.

²⁴ Službene novine FBiH, br. 6/98.

²⁵ Službeni list R BiH, br. 2/92 i 13/94.

²⁶ Službeni list R BiH, br. 2/92 i 13/94.

²⁷ Službene novine FBiH, br. 77/20.

²⁸ Službeni glasnik BiH, br. 88/07.

²⁹ Službene novine FBiH, br. 33/03.

³⁰ Službeni glasnik BiH, broj 8/06.

³¹ Službene novine FBiH, 59/18 i 44/22.

³² Službene novine FBiH, 34/22.

³³ O predmetu normiranja navedenih zakona vidjeti više u: Ferhatović, 2021, str. 163-168.

³⁴ Službene novine FBiH, br. 53/01.

³⁵ Službene novine FBiH, br. 1/10.

³⁶ Službene novine FBiH, br. 75/20.

privatne prakse, kao i uvjetima za obavljanje privatne prakse na osnovu posebnog ugovora sa zdravstvenom ustanovom³⁷, Pravilnik o načinu uvođenja novih zdravstvenih tehnologija u zdravstvenim ustanovama i privatnoj praksi, kao i postupak odobravanja korištenja zdravstvenih tehnologija³⁸, itd.

Kako je naprijed i naznačeno, neizostavni dio medicinskog prava čini i medicinsko krivično pravo, koje pruža krivičnopravnu zaštitu zdravlja ljudi. Tako je zdravlje ljudi zaštitni objekt posebne grupe krivičnih djela protiv zdravlja ljudi, predstavljajući izvedeni, složeni objekt zaštite, koji sadrži fizički integritet organizma, kao i krivična djela protiv života i tijela, ali i sadržaje van toga koji pripadaju socijalnoj oblasti, te se same inkriminacije unutar navedene grupe većinom odnose na ugrožavanje zdravlja više osoba, stvaranjem opasnosti za neodređen krug osoba, kao krivična djela opće opasnosti, dok se u manjem broju, kod pojedinih inkriminacija, posljedica odnosi na individualnu osobu, slijedom čega zaključujemo da se većinom radi o posljedici stvaranja apstraktne opasnosti, a samo u pojedinim slučajevima o posljedici stvaranja konkretne opasnosti za zdravlje ljudi ili o posljedici prouzročenja oboljenja ili pogoršanja stanja neke osobe (Pavišić, Grozdanić & Veić, 2007, str. 578; Rajić, Tomić & Miljko, 2000, str. 341).

Među krivičnim djelima protiv zdravlja ljudi, uz opće inkriminacije koje može učiniti bilo ko, prisutne su i inkriminacije koje spadaju u *delicta propria*, koje mogu počinuti samo lica koja imaju određeno formalno svojstvo normirano kao obilježje bića takvih krivičnih djela, a generalno je zapažanje da krivična djela protiv zdravlja ljudi uglavnom imaju blanketnu dispoziciju, slijedom čega elemente njihovog bića čini postupanje protivno propisima iz oblasti zdravstva. Značaj, štaviše obaveznost poznavanja propisa iz oblasti zdravstva je stoga neupitna, budući da se jedino ukupnošću navedenih propisa iz krivičnopravne, ali i oblasti zdravstva može jasno odrediti okvir krivične odgovornosti zdravstvenih radnika, odnosno prevashodno liječnika kao osnovnih, samostalnih i odgovornih nosioca zdravstvene djelatnosti. Naime, generalno postoje dva modela po kojim liječnici odgovaraju, u vidu odgovornosti za opće inkriminacije, s jedne strane, ili za posebne inkriminacije protiv zdravlja, s druge strane, što je u BiH slučaj.

³⁷ Službene novine FBiH, br. 104/13, 16/14 i 66/15.

³⁸ Službene novine FBiH, broj 84/14.

U okviru XXI glave Krivičnog zakona FBiH (u daljem tekstu; KZ FBiH)³⁹, koja obuhvata grupu krivičnih djela protiv zdravlja ljudi⁴⁰, sadržane su inkriminacije kojima se ostvaruje krivičnopravna zaštita zdravlja ljudi od različitih oblika propusta zdravstvenih radnika ili nedozvoljenog i nepropisnog liječenja, zaraza, škodljivih živežnih namirnica, u vezi sa alkoholnim pićima i opojnim drugama, kao i zaštita prava pacijenta na samoodlučivanje (Pajić & Hajdarević, 2021, str. 144). Navedena grupa krivičnih djela⁴¹ tako obuhvata krivična djela Prenošenja zarazne bolesti, Nepostupanja po zdravstvenim propisima za vrijeme epidemije, Prenošenja spolne bolesti, Zapošljavanja lica oboljelih od zarazne bolesti, Nesavjesnog liječenja, Samovoljnog liječenja, Nedozvoljenog presađivanja dijelova ljudskog tijela, Nepružanja medicinske pomoći, Nadriliječništva, Proizvodnje i stavljanja u promet škodljivih živežnih namirnica, Nesavjesnog pregleda mesa za prehranu, Zagađivanja vode za piće i živežnih namirnica, Služenja alkoholnih pića mlađim maloljetnicima, Neovlaštene proizvodnje i stavljanja u promet opojnih droga, Posjedovanja i omogućavanja uživanja opojnih droga, te Teških krivičnih djela protiv zdravlja ljudi⁴², među kojima liječnici obavljanjem svoje dužnosti kao *delicta propria* mogu počinuti nesavjesno liječenje, samovoljno liječenje, nedozvoljeno presađivanje dijelova ljudskog tijela, nepružanje medicinske pomoći, kao i teška krivična djela protiv zdravlja ljudi, koja zajednički možemo okarakterizirati kao medicinska krivična djela *stricto sensu*.

Najzad, u širem dijapazonu tema krivičnog, pa tako i medicinskog krivičnog prava, bitno je naglasiti da se liječnik u krivičnom postupku ne pojavljuje samo u ulozi osumnjičenog, odnosno optuženog za naprijed naznačena medicinska krivična djela, odnosno krivična djela u vezi sa obavljanjem medicinske djelatnosti kao *delicta propria*. U tom smislu, osim u ulozi osumnjičenog, odnosno optuženog, liječnik u krivičnom postupku može biti i u ulozi vještaka, kada kao osoba koja raspolaže određenim stručnim znanjem u svrhu utvrđivanja određenih činjenica daje svoj nalaz i mišljenje, najčešće za potrebe sudskomedicinskih i psihijatrijskih vještačenja, zatim u ulozi svjedoka, kada se na njega primjenjuju zakonske odredbe koje važe i za druge svjedoke u krivičnom postupku, s izuzetkom koji se odnosi na povlasticu nesvjedočenja

³⁹ Službene novine FBiH, br. 36/03, 21/04 - ispr., 69/04, 18/05, 42/10, 42/11, 59/14, 76/14, 46/16 i 75/17.

⁴⁰ Krivična djela protiv zdravlja ljudi sadržana su u okviru XVII glave KZ RS (Službeni glasnik RS, br. 64/17, 104/18 - odluka US, 15/21 i 89/21, odnosno XXI glave KZ BD BiH (Službeni glasnik Brčko distrikta BiH, br. 19/20 - prečišćen tekst).

⁴¹ Opširnije o Krivičnim djelima protiv zdravlja ljudi vidjeti u: Petrović, Jovašević & Ferhatović, 2016, str. 356-372.

⁴² Glava XXI, čl. 225-240 KZ FBiH.

u odnosu na okolnosti koje je kao liječnik u obavljanju medicinske djelatnosti saznao od okrivljenog, a također u određenim situacijama ima i dužnost prijavljivanja okolnosti u vezi sa pojedinim krivičnim djelima i učiniteljima (Mrčela & Vuletić, 2019, str. 92)⁴³.

Prethodno naznačeni pravni okvir medicinskog prava, kao i medicinskog krivičnog prava, polazna je tačka za dalja razmatranja u okviru predmetnog rada usmjerena na pravni položaj i odgovornosti liječnika, uključujući i krivičnu odgovornost za liječničke greške, kao najteži vid pravne odgovornosti liječnika, što predstavlja samo jedan od oblika višestruke deliktne odgovornosti liječnika.

3. Pravni položaj liječnika

Kada govorimo o pravnom položaju liječnika, značajno je osvrnuti se i na pitanje šta sve uopće podrazumijeva liječnička djelatnost, odnosno koji segmenti su obuhvaćeni pojmom liječničke djelatnosti u najširem smislu, što je predmetom normiranja Zakona o liječništvu FBiH (u daljem tekstu: ZOL FBiH) kao *lex specialisa*.

Naime, ovlaštenje za obavljanje liječničke djelatnosti, kao dijela zdravstvene djelatnosti usmjerene na zaštitu zdravlja pojedinca, porodice i cjelokupnog stanovništva⁴⁴ imaju samo liječnici⁴⁵, koji ispunjavaju zakonom propisane opće uvjete za obavljanje samostalne liječničke djelatnosti vezane za diplomu o stečenom obrazovanju, položen stručni, specijalistički, odnosno subspecijalistički ispit za samostalan rad u pojedinim specijalističkim, odnosno subspecijalističkim strukama, državljanstvo, te licencu izdatu od nadležne liječničke komore⁴⁶, a liječnička djelatnost se organizira i provodi u zdravstvenim ustanovama, privatnoj praksi, zajednici, kao i u ustanovama socijalne zaštite ili ustanovama za izvršenje krivičnih sankcija⁴⁷. Tako možemo reći da liječnička djelatnost, načelno organizirana na način da se osigura pristupačna, pravična, sveobuhvatna, kvalitetna, kontinuirana i efikasna zdravstvena zaštita u skladu sa teritorijalnom organizacijom zdravstvene zaštite i granicama materijalnih mogućnosti sistema zdravstvene zaštite⁴⁸, obuhvata:

⁴³ Više o položaju i ulozi liječnika u krivičnom postupku vidjeti u: Mrčela & Vuletić, 2020, str. 91-131.

⁴⁴ Čl. 5 st. 1 i 2 ZOL FBiH.

⁴⁵ Čl. 9 ZOL FBiH.

⁴⁶ Čl. 10 ZOL FBiH.

⁴⁷ Čl. 8 ZOL FBiH.

⁴⁸ Čl. 6 ZOL FBiH.

1. identifikaciju faktora koji mogu ugroziti zdravlje,
2. razumijevanje pacijenta, njegovog znanja i stavova, te pokazivanje empatije prema pacijentu i njegovoj porodici,
3. pregled kojim se utvrđuje postojanje ili nepostojanje tjelesnih, odnosno psihičkih bolesti, tjelesnih oštećenja ili anomalija,
4. procjenu stanja pomoću medicinskih dijagnostičkih instrumenata, postupaka i sredstava,
5. liječenje i rehabilitaciju,
6. sprječavanje bolesti, zdravstveni odgoj i prosvječivanje sa ciljem jačanja zdravlja stanovništva,
7. propisivanje lijekova i medicinskih sredstava u skladu sa propisima o lijekovima i medicinskim sredstvima,
8. mrtvozorništvo i obdukciju umrlih osoba,
9. izdavanje liječničkih uvjerenja, svjedodžbi, potvrda i mišljenja,
10. javno-zdravstvene aktivnosti usmjerene na izučavanje, očuvanje i unapređenje zdravlja stanovništva, kao i organizaciju i funkcioniranje zdravstvenog sistema, i
11. druge radnje i aktivnosti koje proizlaze iz općih i posebnih propisa.⁴⁹

U pravilu je liječnik samostalan u postupanju u obavljanju liječničke djelatnosti, odnosno u procesu donošenja odluka i izbora dijagnostike i odgovarajućeg liječenja, koje se pritom mora zasnivati na naučnim saznanjima i stručno dokazanim metodama koje odgovaraju savremenom standardu struke, a u obavljanju liječničke djelatnosti naročito je dužan poštivati principe obavljanja liječničke djelatnosti, kao i suzdržavati se od svake aktivnosti koja nije spojiva sa ugledom, dostojanstvom i nezavisnošću liječničkog zvanja.⁵⁰ Naime, liječnici pravo samostalnog obavljanja poslova u svojoj struci stiču licencom, na čije izdavanje ostvaruju pravo po položenom stručnom ispitu obaveznim upisom u registar zdravstvenih radnika kod nadležne liječničke komore, koja podliježe i periodičnoj obnovi, ali i eventualnom oduzimanju u skladu sa propisima o zdravstvenoj zaštiti i propisima liječničke komore.⁵¹ Obzirom da se na liječničkoj licenci precizira stručni naziv liječnika, liječnikovo pravo samostalnog obavljanja poslova svoje profesije vezuje se samo za naznačeni stručni naziv određen licencom izdatom od strane nadležne komore, te se mogućnost obavljanja djelatnosti liječnika bez licence predviđa samo kao izuzetak, i to isključivo u društveno kriznim situacijama ili drugim vanrednim okolnostima kada je djelovanje neophodno jer je pružanje redovne

⁴⁹ Čl. 5 st. 3 ZOL FBiH.

⁵⁰ Čl. 7 ZOL FBiH.

⁵¹ Čl. 19, 21 ZOL FBiH.

zdravstvene zaštite onemogućeno, odnosno u hitnim slučajevima kada bi izostanak hitne intervencije i pomoći trajno ugrozio zdravlje ili život pacijenta.⁵²

U pogledu obima prava liječnika, potrebno je naznačiti da liječnik u skladu sa zakonom uživa pravo na rad u skladu sa propisima u oblasti zdravstva i rada, te materijalnim mogućnostima sistema zdravstvene zaštite, pravo učestvovanja i odbijanja učestvovanja u naučno-istraživačkim projektima, pravo odbijanja da uradi poslove i zadatke za koje nije stručno osposobljen, odnosno poslove i zadatke za koje ne posjeduje licencu, pravo na stručno usavršavanje putem specijalizacije, odnosno kontinuirano stručno usavršavanje koje organizuju nadležne komore i nadležne zdravstvene ustanove u skladu sa propisima o zdravstvenoj zaštiti, te pravo na sticanje počasnog naziva primarijus u skladu sa propisima o zdravstvenoj zaštiti.⁵³ Međutim, upravo uživanje navedenih prava liječnika uvjetovano je ispunjavanjem obaveza i odgovornosti liječnika utvrđenih Zakonom o liječništvu FBiH, kao i propisima iz oblasti zdravstva i propisima iz oblasti rada.⁵⁴

Promatrajući obim obaveza liječnika, možemo reći da je liječnik prije svega obavezan smatrati dobrobit pacijenta svojom prvom i osnovnom obavezom, obavljati svoj posao stručno i etički, ne iskorištavajući pacijenta emotivno, tjelesno, niti materijalno, uz poštivanje prava pacijenta utvrđenih propisima o pravima, obavezama i odgovornostima pacijenata⁵⁵, obavljati pregled i pružanje liječničke djelatnosti na način i pod uvjetima utvrđenim propisima o zdravstvenoj zaštiti i propisima o pravima, obavezama i odgovornostima pacijenata,

⁵² Čl. 20 ZOL FBiH.

⁵³ Čl. 32 ZOL FBiH.

⁵⁴ Čl. 33 ZOL FBiH.

⁵⁵ U skladu sa Zakonom o pravima, obavezama i odgovornostima pacijenata FBiH, pacijentima se garantiraju prava: na dostupnost zdravstvene zaštite, uključujući i pravo na hitnu medicinsku pomoć, na informacije, na obaviještenost i učestvovanje u postupku liječenja, na slobodan izbor, na samoodlučivanje i pristanak, uključujući i zaštitu prava pacijenta koji nije sposoban dati pristanak, na povjerljivost informacija i privatnost, na tajnost podataka, na lično dostojanstvo, na spriječavanje i olakšavanje patnji i bola, na poštovanje pacijentovog vremena, na uvid u medicinsku dokumentaciju, na samovoljno napuštanje zdravstvene ustanove, pacijenta nad kojim se vrši medicinsko istraživanje, na preventivne mjere i informisanje o očuvanju zdravlja, na prigovor, na naknadu štete, na prehranu u skladu sa svjetonazorom, na održavanje ličnih kontakata, na obavljanje vjerskih obreda. Nasuprot navedenim pravima su i obaveze i odgovornosti pacijenta, koje se odnose na: lično zdravlje, druge korisnike zdravstvenih usluga, zdravstvene radnike i zdravstvene saradnike koji obezbjeđuju i omogućuju zdravstvene usluge, te širu društvenu zajednicu.

pacijentu ili osobi koju pacijent odredi dati potrebne informacije i obavještenja koja su pacijentu potrebna kako bi pacijent donio informiranu odluku da pristane ili ne pristane na predloženu medicinsku mjeru, te voditi tačnu, iscrpnu i datiranu medicinsku dokumentaciju koja u svakom trenutku može pružiti dovoljne podatke o zdravstvenom stanju pacijenta i njegovom liječenju.⁵⁶ Nadalje, liječnik ima i obavezu da, prilikom pregleda i pružanja liječničke djelatnosti, pri sumnji na zapuštanje i zlostavljanje djece i maloljetnika, odnosno na nasilje u porodici, upozori odgovorne organe obazrivo čuvajući privatnost i interes djeteta, odnosno žrtve nasilja u porodici, te djeluje u najboljem interesu djeteta, odnosno žrtve nasilja u porodici⁵⁷, kao i da prijavi policiji ili drugom nadležnom državnom organu kada tokom obavljanja liječničke djelatnosti posumnja da je smrt ili tjelesna ozljeda pacijenta nastala nasilnim putem, odnosno kada posumnja da je djetetu, maloljetniku ili nemoćnoj osobi zdravstveno stanje ugroženo zbog grubog zanemarivanja funkcija zbrinjavanja, odnosno zapuštanja i zlostavljanja od osobe koja je dužna da se stara o njoj, te kada postoje znakovi bilo kojeg vida zlostavljanja od člana porodice ili druge osobe⁵⁸.

Glede odlučivanja o liječenju pacijenta bitno je istaći da liječnik ne odlučuje uvijek samostalno o liječenju pacijenta, pa tako ima i mogućnost po vlastitoj procjeni potrebe zatražiti i mišljenje drugog liječnika, kao i predložiti sazivanje liječničkog konzilija, što bi u slučaju odbijanja pozvanih liječnika da daju stručni savjet, odnosno da učestvuju u radu liječničkog konzilija za posljedicu imalo upisivanje podatka o odbijanju u medicinsku dokumentaciju pacijenta, kao i neodložno obavješćavanje direktora zdravstvene ustanove, odnosno nosioca odobrenja za privatnu praksu kod kojeg je liječnik zaposlen.⁵⁹ Načelno je liječnik dužan provesti potrebne mjere prevencije, dijagnostike, liječenja, odnosno rehabilitacije svim pacijentima kojima je on izabrani liječnik ili koji su upućeni od drugog liječnika radi pružanja zdravstvene zaštite, a u hitnim stanjima, odnosno stanjima kod kojih bi zbog nepružanja liječničke pomoći mogle nastati trajne štetne posljedice po zdravlje (invalidnost) ili po život pacijenta dužan je pružiti pomoć svakom pacijentu bez odgađanja, dok je ostale pacijente dužan primati prema stepenu medicinskog prioriteta, odnosno prema listi čekanja.⁶⁰

Nasuprot naprijed naznačene dužnosti pružanja liječničke pomoći, liječnik u određenim situacijama može i odbiti pružanje liječničke pomoći, odnosno

⁵⁶ Čl. 34, čl. 35 st. 1, čl. 36 st. 1 i čl. 44 ZOL FBiH.

⁵⁷ Čl. 35 st. 2 ZOL FBiH.

⁵⁸ Čl. 43 ZOL FBiH.

⁵⁹ Čl. 36 st. 3 i 4 ZOL FBiH.

⁶⁰ Čl. 38 st. 1, 2 i 3 ZOL FBiH.

dalje pružanje zdravstvene zaštite, i to kada pacijent prijeti ili je agresivan prema liječniku, odnosno drugim zdravstvenim radnicima, izuzev u hitnim stanjima, odnosno ako mu je osigurana zaštita policije ili neki drugi oblik zaštite kako bi unatoč prijetnji ili agresivnosti pacijenta pružio liječničku pomoć.⁶¹ Također, liječniku je izuzetno dopušteno i pacijentu odbiti pružiti daljnju zdravstvenu zaštitu, ako se pacijent koji je dobro upoznat sa svojim stanjem, a sposoban je samostalno odlučivati, ne ponaša u skladu sa datim uputstvima liječenja i prevencije bolesti, odnosno mjerama propisane terapije, što se ne odnosi na situacije potrebe za hitnom medicinskom pomoći, odnosno u slučaju pojave zarazne ili psihičke bolesti kod pacijenta čije bi neliječenje moglo ugroziti zdravlje i život drugih ljudi, kao i širu društvenu zajednicu u skladu sa propisima o pravima, obavezama i odgovornostima pacijenata.⁶²

Liječnik u pravilu predlaže i provodi samo one dijagnostičke postupke koji su nužni za pouzdanu dijagnozu, te samo ono liječenje koje je u skladu sa provjerenim standardima savremene medicinske nauke, pri čemu je u svom postupku sa pacijentom liječnik obavezan postupati ekonomično, u skladu sa racionalnom medicinskom praksom, bez provođenja nepotrebnih pregleda i liječenja, neovisno o tome ko snosi troškove zdravstvene zaštite za pacijenta.⁶³ U liječničkoj praksi su moguće i situacije kada, unatoč primjeni najboljeg znanja i vještina, poslodavac nije osigurao ordinirane lijekove, sredstva, minimalno potreban pribor ili tehničku opremu u skladu sa minimalnim standardima za provođenje uspješne liječničke djelatnosti, te tada liječnik nije odgovoran za neprovođenje postupaka.⁶⁴ Naprijed navedeno bi se moglo okarakterizirati kao objektivna nemogućnost provođenja postupaka, pa je i izostanak odgovornosti liječnika u potpunosti opravdan. Ipak, liječnik u takvim situacijama ima obavezu obavještenja o navedenom, i to na način da odmah usmeno i pismeno obavijesti voditelja liječničkog tima, odnosno direktora zdravstvene ustanove ili nosioca odobrenja za privatnu praksu, kao i pacijenta, odnosno osobu koju pacijent odredi i članove njegove uže porodice, zakonskog zastupnika ili staratelja, a u skladu sa propisima o pravima, obavezama i odgovornostima pacijenata⁶⁵.

U pogledu međusobnog odnosa liječnika i pacijenata bitno je naznačiti da se svi postupci medicinske prevencije, dijagnostike i liječenja moraju planirati

⁶¹ Čl. 38 st. 4 i 5 ZOL FBiH.

⁶² Čl. 37 ZOL FBiH.

⁶³ Čl. 39 ZOL FBiH.

⁶⁴ Čl. 40 st. 1 ZOL FBiH.

⁶⁵ Čl. 40 st. 2 ZOL FBiH.

i provoditi tako da se očuva ljudsko dostojanstvo, integritet osobe i prava pacijenata, a posebno pravo na informiranost, obavještenost i učestvovanje u liječenju, kao i pravo na samoodlučivanje i pristanak, te je liječnik dužan u odnosu prema pacijentima postupati primjenjujući i poštujući odredbe propisa o pravima, obavezama i odgovornostima pacijenata, a naročito odredbe o održavanju i unapređenju povjerenja između liječnika i pacijenta, te članova njegove porodice putem jačanja partnerskih odnosa.⁶⁶

U kontekstu odnosa povjerenja liječnika i pacijenta velik značaj ima i institut liječničke tajne, u skladu sa kojim liječnik sve što sazna o zdravstvenom stanju pacijenta mora čuvati kao profesionalnu tajnu i ne smije odati, te samo izuzetno radi zdravstvene zaštite pacijenta ili njegove okoline liječnik može dati informacije i obavještenja o zdravstvenom stanju pacijenta uz odobrenje pacijenta, roditelja ili zakonskog zastupnika za maloljetnog pacijenta, odnosno staratelja za punoljetnog pacijenta lišenog poslovne sposobnosti na način i pod uvjetima utvrđenim propisima o pravima, obavezama i odgovornostima pacijenata.⁶⁷ Navedena dužnost čuvanja profesionalne tajne liječnika primjenjuje se i u slučajevima kada je liječnik pozvan u svojstvu svjedoka u krivičnom i parničnom postupku, na način i pod uvjetima predviđenim propisima o krivičnom postupku, kao i propisima o parničnom postupku, a generalno se na obavezu čuvanja profesionalne tajne primjenjuju i odredbe propisa o pravima, obavezama i odgovornostima pacijenata kojima se uređuje pravo pacijenta na tajnost podataka, kao i propisi nadležne liječničke komore.⁶⁸

U konačnici, bitno se osvrnuti i na institut nedostojnosti za obavljanje liječničke djelatnosti, kojim se propisuje da se liječnik koji je pravosnažnom sudskom presudom proglašen krivim za počinjenje krivičnih djela protiv zdravlja ljudi, krivičnih djela podmićivanja i krivičnih djela protiv službene i druge odgovornosti utvrđenih krivičnim propisima može se, s obzirom na važnost i prirodu ugroženog dobra ili druge posljedice, te s obzirom na okolnosti pod kojima je radnja izvršena, odnosno propuštena, smatrati nedostojnim za obavljanje liječničke djelatnosti o čemu odluku donosi nadležna liječnička komora, te liječniku može biti uskraćeno izdavanje licence, odnosno može mu se privremeno ili trajno oduzeti licenca, što je bliže utvrđeno statutom liječničke komore.⁶⁹

⁶⁶ Čl. 41 ZOL FBiH.

⁶⁷ Čl. 42 st. 1 i 2 ZOL FBiH.

⁶⁸ Čl. 42 st. 3 i 4 ZOL FBiH.

⁶⁹ Čl. 28 ZOL FBiH.

4. Odgovornost liječnika

Obavljanje liječničkog poziva podrazumijeva i pravnu odgovornost liječnika, kao vid profesionalne odgovornosti, koja je danas, na komparativnoj ravni sa okrutnošću Hamurabijevog talionskog načela, prema kojem je liječnik za nepažnjom skrivljenu smrt slobodnog čovjeka kažnjavan odsijecanjem ruke, i Platonovim laksizmom karakteriziranim liječničkom nedužnošću pred zakonom, kao dva dijametralno suprotstavljena koncepta, na srednjem putu, i to kao višestruka deliktna odgovornost, koja u većini modernih pravnih sistema komprimira disciplinsku (stegovno-stalešku), građanskopravnu i prekršajno-krivičnu (kaznenu) odgovornost, kao samostalne i odvojene odgovornosti koje se međusobno ne isključuju, nego, štaviše, mogu postojati kumulativno, čineći trostruku odgovornost liječnika, slijedom čega liječnici za svoje greške u vidu jatrogenih povreda, nesavjesnog liječenja, odavanja liječničke tajne i druga kršenja prava pacijenata ne odgovaraju samo disciplinski, u okviru svojih strukovnih udruženja, već podliježu i kažnjavanju krivičnopravnim sankcijama, kao i obavezi obeštećenja pacijenta kao oštećenika odnosno naknadi prouzročene štete, što u konačnici predstavlja legitiman instrument postizanja kvalitetne medicine (Horović & Mišić Radanović, 2017, str. 27-28; Mišić Radanović, 2017, str. 3).

Naučno promatrajući historiju pravne odgovornosti liječnika, Mišić Radanović (2020) navodi rimsko pravo kao prekretnicu, ostvarenu preciziranjem pravnih pravila za široko tumačeni pojam liječničke greške, obzirom da već u antičkom Rimu liječničku djelatnost uređuje sama država, te je rimski model preslikan i na srednjovjekovno pravo, kojem pripadaju i statuti dalmatinskih primorskih gradova, a u daljem toku razvoja u novom vijeku pažnja se usmjerava i na pitanja krivnje liječnika, ali i na nesavršenosti medicinskih znanja (str. 799).⁷⁰

Danas se, budući da pravni poredak na liječničku intervenciju gleda kao na sredstvo za postizanje zaštite života i zdravlja ljudi, koja pacijentu pruža veću šansu, odnosno mogućnost ozdravljenja, ne smatra protupravnom radnja poduzeta u cilju liječenja, a u skladu sa dostignućima medicinske nauke i struke (Mujkić, 2015, str. 17). No, upravo obzirom na brojnost i raznovrsnost liječničkih intervencija koje se sada preduzimaju, povećan je i rizik nastanka mogućih liječničkih greški, za koje je potrebno utvrditi eventualnu odgovornost liječnika. Naime, greške su svojstvene čovjeku, te se dešavaju u svakoj sferi njegovog rada i djelovanja, pa i u praksi zdravstvenih radnika, što ipak privlači naročitu pažnju obzirom da pogađa ljudski život i zdravlje kao najveće

⁷⁰ Više o historijskom razvoju pravne odgovornosti liječnika vidjeti u: Mišić Radanović, 2020, i Rippa Bonati & Zampieri, 2013.

vrijednosti (Ferhatović, 2021, str. 189). Liječničku grešku je još sredinom XIX stoljeća njemački ljekar, antropolog, biolog i političar Rudolf Virchow, koji se smatra i ocem patologije, definirao kao kršenje općepriznatih pravila umijeća liječenja zbog pomanjkanja dužne pažnje ili opreza, pri čemu se u literaturi današnjice sve više koristi širi pojam medicinske greške, budući da grešku ne čine samo liječnici, nego i drugi zdravstveni radnici, koja se u tom smislu definira kao svako postupanje zdravstvenog radnika prilikom pružanja medicinske pomoći *contra legem artis*, odnosno kao zanemarivanje ili odstupanje od medicinskog standarda, odnosno standarda medicinske nauke, ili pak kao svaka medicinska mjera koja je prema standardu medicinske nauke ili iskustva izvedena bez dužne pažnje (Mujkić, 2015, str. 18-19). Slijedom navedenog, medicinska greška obuhvata i liječničku grešku, ali i greške drugih zdravstvenih radnika koje sadržajno odgovaraju naprijed naznačenom *contra legem artis* postupanju.

Prvi oblik odgovornosti liječnika jeste disciplinska (stegovno-staleška) odgovornost, koja podrazumijeva odgovornost za disciplinske povrede, kao povrede etike i pravila struke koje liječnik učini u okviru obavljanja liječničke djelatnosti, te se u svrhu utvrđivanja disciplinske odgovornosti vodi posebni, disciplinski postupak pred strukovnom, liječničkom komorom u kojem se liječniku može izeći disciplinska mjera i disciplinska kazna, kao stručni prijekor zbog neodgovarajućeg postupanja (Babić, 2008, str. 283-285). Disciplinska odgovornost se tako može promatrati, s jedne strane, pažnjom struke koja je spremna reagirati svaki put kad riječ o neprofesionalnom postupanju, a s druge strane, kao preventivno jamstvo svim osobama kojima se pruža zdravstvena zaštita da će liječnici kao zdravstveni radnici postupati prema svojem najboljem znanju i u skladu s pravilima i etikom vlastite profesije (Babić, 2008, str. 284-285).

Uz disciplinsku odgovornost, kako je i naznačeno, mogući vidovi liječničke odgovornosti su i građanskopravna i prekršajno-krivična odgovornost. Kada govorimo o građanskoj i krivičnoj odgovornosti liječnika, značajno je zapažanje Mišić Radanović (2017) da se radi o dva antipoda svoje vrste: Kaznena i građanskopravna odgovornost nisu samo dva oblika pravne odgovornosti nego i dva antipoda u svojoj vrsti, pa je baš zbog toga potrebno vršiti poređenje među njima. Kako se u pravnoj literaturi često naglašava, razlika između kaznene i građanskopravne odgovornosti više je u tome što su one drugačije nego suprotne, a upravo u jedinstvu suprotnosti postoji harmonija cjeline (str. 3).⁷¹

⁷¹ Više o odnosu kaznene i građanskopravne odgovornosti liječnika, kao i općenito o odnosu različitih vrsta deliktne odgovornosti liječnika, te njihovim sličnostima i razlikama vidjeti u: Mišić Radanović, 2017, str. 385-404.

Građanskopravna odštetna odgovornost za liječničke greške je u praksi znatno češća nego krivična odgovornost. Naime, u slučaju povrede medicinskog standarda postupanja od strane liječnika oštećeni će u pokrenutom parničnom postupku morati dokazati postojanje pravno relevantne štete koja je u uzročno-posljedičnoj vezi s poduzetim medicinskim tretmanom, bez dokazivanja subjektivnog elementa krivnje, koji se presumira, pri čemu se navedena povreda medicinskog standarda generalno očituje kao postupanje liječnika protivno pravilima zdravstvene struke te njenim moralnim i etičkim načelima, odnosno kao postupanje u neskladu s provjerenim standardima savremene medicinske znanosti, a što je rezultiralo povredom zdravlja ili života pacijenta, odnosno povredom prava ličnosti (Vojković, 2019, str. 727-728).

Prekršajna i krivična odgovornost liječnika, s druge strane, analogno njihovom općem pojmovnom određenju, predstavljaju odgovornost liječnika za prekršaje i krivična djela kao javnopravne delikte, pri čemu se prekršaji propisuju zakonom, ali i drugim podzakonskim aktima, a krivična djela, u skladu sa načelom zakonitosti, samo i isključivo zakonom.

Iz svega navedenog je razumljivo da se, unatoč najplemenitijem cilju liječenja, te objektivno velikom uspjehu medicinskih intervencija, u vremenu savremenih, visoko uspješnih, ali istovremeno i svojevrsno agresivnih i potencijalno rizičnih metoda ne može se isključiti moguća protupravnost postupanja liječnika, kao i njihova pravna odgovornost, u vidu višestruke deliktne odgovornosti, među kojima se ističe krivična odgovornost, kao najteži vid odgovornosti, etabliirajući se kao “potreban instrument osiguranja kvalitete liječničke djelatnosti, koji djeluje preventivno kada su disciplinska i građanska odgovornost neefikasne, (...) predstavljajući oblik društvene kontrole zloupotreba u savremenoj biologiji, genetici i medicini” (Mišić Radanović, 2017, str. 423, 438). Stoga zaključujemo da je na krivičnu odgovornost prisutnu u ovom domenu potrebno gledati ne samo kroz prizmu njene nesporne represivnosti, nego i kroz njene učinke u vidu osiguranja kvalitete, preventivnog djelovanja, odnosno društvene kontrole mogućih zloupotreba, što je višestruko značajno naglasiti upravo zbog moguće pogrešne percepcije i pridavanja pogrešne konotacije krivičnoj odgovornosti liječnika u liječničkim, stručnim krugovima, ali i u široj javnosti.

U BiH, kako je naprijed i naznačeno, ljekari odgovaraju za posebna krivična djela protiv zdravlja ljudi. U tom pogledu, u kontekstu uspostavljanja krivične odgovornosti liječnika za liječničku grešku, kao najtežeg vida pravne odgovornosti liječnika, odnosno donošenja odluke o postojanju elemenata bića krivičnog djela i utvrđivanja krivnje liječnika, značajno je utvrditi liječničku radnju činjenja ili nečinjenja u sklopu obavljanja liječničke djelatnosti, koja zbog

zanemarivanja ili odstupanja od medicinskog standarda, odnosno standarda medicinske nauke, konstituira *contra legem artis* postupanje liječnika u pružanju medicinske pomoći i njege pacijentu, uslijed kojeg je i nastupila posljedica po zdravlje pacijenta, gdje, dakle, *contra legem artis* postupanje liječnika stoji u kauzalnoj, uzročno-posljedičnoj vezi sa posljedicom koja je nastupila po zdravlje pacijenta. Tako u bosanskohercegovačkom krivičnom pravu o krivičnoj odgovornosti liječnika za liječničku grešku *stricto sensu* najčešće govorimo u svjetlu krivičnog djela Nesavjesnog liječenja, odnosno Teških krivičnih djela protiv zdravlja ljudi, kao medicinskih krivičnih djela *stricto sensu* u okviru kojih se razne vrste liječničkih greški uglavnom i procesuiraju.

Za utvrđenje činjeničnih pitanja u krivičnom postupku za medicinska krivična djela sudu je nužna pomoć vještaka, kako bi svojim nalazom i mišljenjem razjasnio koji modalitet radnje predmetnog krivičnog djela je ostvaren, uzevši u obzir sve okolnosti konkretnog slučaja kao što su zdravstveno stanje bolesnika, vrsta bolesti, okolnosti i uvjeti u kojima je radnja poduzeta, itd., ali i kako bi se, obzirom na prirodu krivičnog djela utvrdilo postojanje uzročne veze između radnje i posljedice, odnosno eventualno postojanje i doprinos drugih sauzroka, što može dovesti do tri moguće situacije, sa odgovarajućim posljedicama na planu krivične odgovornosti:

1. utvrđenje prekida uzročnosti, kada radnja liječnika nije uopće prouzročila posljedicu, nego je posljedica nastala usljed drugih razloga,
2. utvrđenje djelomične uzročnosti, kada je radnja liječnika djelomično prouzročila posljedicu, ali uz djelovanje drugih sauzroka,
3. utvrđenje uzročnosti, kada je radnja liječnika jedini bitan uzrok u nastanku posljedice (Mrčela & Vuletić, 2019, str. 13-17).⁷²

⁷² Mrčela & Vuletić (2019) pri razmatranju odnosa sudije i vještaka, kao jednog od složenijih pitanja u sudskoj praksi, ukazuju na sljedeće: sud za vještačenjem poseže u situacijama kada je za utvrđivanje neke važne činjenice potrebno stručno znanje kojim ne raspolaže, što je kod krivičnog djela nesavjesnog liječenja uvijek slučaj, budući da je za utvrđenje obilježja biča djela uvijek potrebno medicinsko znanje, čime se pred sudiju postavlja dvostruki izazov u vidu nužnosti ostavljanja prostora vještaku za utvrđenje odlučnih činjenica, koje ipak potom sudija mora pravilno tumačiti uz izbjegavanje opasnosti potpadanja pod utjecaj vještaka u vezi s pitanjima postojanja krivičnog djela i krivnje, što je nerijetko težak zadatak, koji u praksi rezultira oslanjanjem suda na nalaz i mišljenje vještaka u velikoj mjeri, iako u konačnici odgovornost za kvalitetu presude snosi sud, pa budući da su obilježja djela pravna, a medicinska pitanja, potrebne su smjernice koje pomažu u donošenju pravilne odluke (str. 22-23).

U ovom domenu potrebno je istaći i da je nepristrasnost liječnika koji u svojstvu vještaka daje nalaz i mišljenje *conditio sine qua non* pravičnog postupka, odnosno tzv. staleška solidarnost liječnika vještaka ne bi smjela biti prisutna (Vildička, 2016, str. 829). Dakle, unatoč činjenici da, kada govorimo o medicinskim krivičnim djelima, vještak zapravo daje svoj nalaz i mišljenje u postupku koji se vodi protiv kolega iste struke, nalaz i mišljenje vještaka trebali bi biti oslobođeni svih primjesa pristrasnosti i solidarnosti, i biti vođeni i utemeljeni samo i isključivo na najvišim načelima profesionalnosti i stručnosti.⁷³

Uz sve navedeno, u kontekstu odgovornosti liječnika se nerijetko preispituje pitanje odnosa značaja koji se priznaje liječničkoj djelatnosti, s jedne strane, i brojnih izazova i odgovornosti s druge strane, najviše s aspekta bremena koje je na taj način stavljeno na liječnike, koje može potencijalno voditi ka bojazni od obavljanja djelatnosti, što je usko povezano i sa naprijed pomenutim fenomenom defanzivne medicine. Tako je jedno od zapažanja da je ljudska i plemenita djelatnost liječnika samo formalnopravno uzdignuta na rang djelatnosti od posebnog društvenog interesa, upravo obzirom na brojne regulatorne prijetnje medicinskoj djelatnosti, kao i kumulaciju disciplinske, građanskopravne i prekršajno-krivične odgovornosti, zbog čega su liječnici kontinuirano izloženi znatno većem strahu od greške u odnosu na ostala zanimanja (Brkić & Brkić, 2017, str. 409). Brkić & Brkić (2017) tako naglašavaju obavezu zakonodavca da stvori zakonski okvir nesmetanog i slobodnog obavljanja medicinske profesije, navodeći sljedeće: pravna i medicinska nauka su u konstantnom previranju i zakonodavac ima društvenu obavezu u stvaranju medicinskog prava, koristeći naučnoistraživačke metode, i uzimajući u obzir metode historije prava, uporednog prava i statistike, da stvori zakonski okvir za nesmetano i slobodno obavljanje medicinske profesije koji će zdravstvene radnike osloboditi straha u obavljanju njihove plemenite i odgovorne profesije, jer strah vodi u nesigurnost, a nesigurnost u zabludu (str. 410).

Ipak, istakli bismo da obavljanje svakog posla podrazumijeva određeni obim prava, obaveza, ali i odgovornosti, što je u pravilu proporcionalno samom značaju određene djelatnosti, pa je sasvim razumljivo da liječničku djelatnost prati takav vid odgovornosti, obzirom na neprikosnoveni značaj ljudskog života i zdravlja kao pravnih dobara koje pravni poredak štiti, ali i na

⁷³ Više o ulozi liječnika kao vještaka u krivičnom postupku vidjeti u: Mrčela & Vuletić, 2019, str. 92-100. Također, značajno je vidjeti i stavove Evropskog suda za ljudska prava u kontekstu pitanja liječničke solidarnosti i vještačenja, o čemu kroz prizmu izabranih slučajeva elaboriraju: Ćirić, J. & Pajtić, M., 2019, str. 213-227.

mogući rizik eventualne arbitrarnosti i pravne nesigurnosti u slučaju odsustva takvog pravnog uređenja.

Zaključna razmatranja

Liječnici kao osnovni, samostalni i odgovorni nosioci zdravstvene djelatnosti obavljaju važnu društvenu dužnost brige o zdravlju ljudi i pružanja liječničke njege i pomoći, i svojom djelatnošću doprinose evidentnom kontinuiranom i progresivnom razvoju medicine, a koji pravo nastoji pratiti pravnom regulacijom u okviru medicinskog prava. U tom pogledu je predmetni rad nastojao sagledati pravni položaj liječnika u svjetlu medicinskog prava, i to kroz prizmu fenomena juridizacije medicine, osvrta na normativni okvir medicinskog prava u BiH, ali i šire elaboracije pravnog položaja liječnika *in concreto* kroz prizmu ZOL FBiH kao *lex specialisa*, te promatranja pravne odgovornosti liječnika, kao višestruke deliktne odgovornosti čiji najteži vid predstavlja krivična odgovornost liječnika.

Govoreći generalno o pravnom položaju, on uvijek neizostavno uključuje prava, obaveze, ali i odgovornosti, što je slučaj i sa pravnim položajem liječnika. Tako bismo istakli da je, unatoč stanovitim prigovorima o preširoko postavljenoj pravnoj odgovornosti liječnika, ona ipak proporcionalna ulozi i značaju same liječničke djelatnosti, naročito imajući u vidu neprikosnoveni značaj ljudskog života i zdravlja kao pravnih dobara koje pravni poredak štiti, ali i mogući rizik eventualne arbitrarnosti i pravne nesigurnosti u slučaju odsustva takvog pravnog uređenja. Tim više je, obzirom na ulogu krivičnog prava u zaštiti najznačajnijih društvenih dobara i vrijednosti, u koje nedvojbeno spada i zdravlje, nužna i krivična odgovornost liječnika. Razlog za iscrpno elaboriranje propisa iz oblasti zdravstva leži u činjenici da su upravo navedenim propisima precizirane obaveze liječnika, a čije kršenje u određenim slučajevima i konstituira njihovu pravnu odgovornost. Imajući na umu generalno zapažanje da krivična djela protiv zdravlja ljudi uglavnom imaju blanketnu dispoziciju, slijedom čega elemente njihovog bića čini postupanje protivno propisima iz oblasti zdravstva, krivičnopravno je značaj, štaviše obaveznost poznavanja propisa iz oblasti zdravstva neupitna. Naime, samo ukupnošću navedenih propisa iz krivičnopravne, ali i oblasti zdravstva, se može jasno odrediti okvir krivične odgovornosti zdravstvenih radnika, odnosno prevashodno liječnika obzirom na njihovu ulogu osnovnih, samostalnih i odgovornih nosioca zdravstvene djelatnosti.

Bibliografija

- Babić, T. & Roksandić Vildička, S. (2016). Osnove zdravstvenog prava: Definicija, načela i izvori zdravstvenog prava. U: K. Turković, S. Roksandić Vildička & A. Maršavelski (ur.). *Hrestomatija hrvatskoga medicinskog prava* (str. 10-22). Zagreb: Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu.
- Babić, T. (2008). Stegovni (diciplinski) postupak pred tijelima Hrvatske liječničke komore. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, 15 (1), str. 283-302.
- Bodnaruk, S., Čizmić, J., Hrabac, B. & Huseinagić, S. (2011). *Komentari zdravstvenih zakona. Knjiga 1*. Sarajevo: Privredna štampa.
- Braš, M., Đorđević, V. & Miličić, D. (2011). Komunikacija liječnika i bolesnika. *Medix*, XVII (92), suppl. 1, 38-43.
- Brkić, B. & Brkić, I. (2017). Criminal Liability of Medical Doctors de lege lata and Criminal Law Challenges de lege ferenda. U: Z. Radić, A. Rončević & L. Yongqiang (ed.). *Economic and Social Development (Book of Proceedings), 22nd International Scientific Conference on Economic and Social Development – “The Legal Challenges of Modern World”* (str. 409-418). Varaždin, Split, Sarajevo, Koprivnica & Varšava: Development and Entrepreneurship Agency, Varaždin; Faculty of Law, University of Split; Faculty of Law, University of Sarajevo; University North, Koprivnica; Faculty of Management, University of Warsaw. Preuzeto 14. 04. 2022. godine, sa https://www.esd-conference.com/upload/book_of_proceedings/esd_Book_of_Proceedings_Split_2017_doc_Online.pdf.
- Čizmić, J. (2016). U: K. Turković, S. Roksandić Vildička & A. Maršavelski (ur.). *Hrestomatija hrvatskoga medicinskog prava* (str. 23-38). Zagreb: Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu.
- Čizmić, J. (2019). Medicinsko pravo i (personalizirana) integrativna bioetika. U: S. Kraljić, J. Reberšek Gorišek & V. Rijavec (ur.). *Medicina, pravo & družba - globalizacija medicine v 21. stoletju* (str. 213-244). Maribor: Univerza v Mariboru, Pravna fakulteta.
- Čizmić, J. (2019). Medicinsko pravo in (personalizirana) integrativna bioetika. U: S. Kraljić & J. Čizmić (ur.). *Hrestomatija medicinskega prava* (str. 113-143). Maribor: Univerza v Mariboru, Univerzitetna založba.

- Čizmić, J. (2020). *Medicinsko pravo*. U: S. Kraljić & J. Čizmić (ur.). *Hrestomatija medicinskega prava* (str. 3-22). Maribor: Univerza v Mariboru, Univerzitetna založba.
- Čirić, J. & Pajtić, M. (2019). *Lekarske greške- od zaboravljene gaze do izvađenog plućnog krila*. U: I. Stevanović & N. Vujičić (ur.). *Kazneno pravo i medicina* (str. 213-227). Beograd: Institut za kriminološka i sociološka istraživanja.
- Ferhatović, A. (2021). *Medical Law in Bosnia and Herzegovina*. U: Rasim Jusufović (ed.). *Medical Ethics and Legal Aspects of Medical Practice* (str. 161-203). Sarajevo: University Sarajevo School of Science and Technology.
- Herring, J. (2012). *Medical Law and Ethics. Fourth edition*. Oxford: Oxford University Press.
- Horović, S. & Mišić Radanović, N. (2017). *Kaznenopravna i građansko-pravna odgovornost liječnika. Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, br. 15, str. 26-47.
- Katzenmeier, C. (2009). *Verrechtlichung der Medizin*. U: C. Katzenmeier & K. Bergdolt (ed.). *Das Bild des Arztes im 21. Jahrhundert. Kölner Schriften zum Medizinrecht. Band 1* (str. 45-59). Heidelberg: Springer Verlag.
- Krivični zakon Bosne i Hercegovine. Službeni glasnik BiH, br. 3/03, 32/03 - ispr., 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 8/10, 47/14, 22/15, 40/15, 35/18 i 46/21.
- Krivični zakon Brčko distrikta Bosne i Hercegovine. Službeni glasnik Brčko distrikta BiH, br. 19/20 - prečišćen tekst.
- Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine, Službene novine FBiH, br. 36/03, 21/04 - ispr., 69/04, 18/05, 42/10, 42/11, 59/14, 76/14, 46/16 i 75/17.
- Krivični zakonik Republike Srpske. Službeni glasnik RS, br. 64/17, 104/18 - odluka US, 15/21 i 89/21.
- Maleš, J. & Stojaković, M. (2014). *Medicinska etika, medicinsko pravo i deontologija. Psymedica*, 5 (1-2), 50-56.
- Mašić, I. (2008). *Medicinska deontologija - principi i praksa u Bosni i Hercegovini. Materia Socio Medica*, 20 (1), 7-13.
- Mišić Radanović, N. (2017). *Liječnik kao subjekt deliktne odgovornosti (doktorska disertacija)*. Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru.

- Mišić Radanović, N. (2020). Povijest pravne odgovornosti liječnika. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 57 (3), str. 783-802.
- Mrčela, M. & Vuletić, I. (2019). *Liječnik i kazneno pravo*. Zagreb: Narodne novine.
- Mujkić, E. (2015). Medicinska greška kao krivično-pravno pitanje. *Pravni savjetnik*, br. 5, str. 17-27.
- Mujović Zornić, H. (2013). Medicinsko pravo- interdisciplinarnost i saradnja. Preuzeto 02. 04. 2022. godine, sa <http://www.ius.bg.ac.rs/prof/Materijali/dramar/h.mujovic.medicinskopravo.pdf> .
- Mujović Zornić, H. (2020). Od prava na raskršću do zaokruženog sistema normi. *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, XCII (1), 9-31.
- of defensive medicine: a review. *Patient Safety in Surgery*, 16 (10), 1-5.
- Pajić, D. & Hajdarević, S. (2021). U: S. Kraljić, J. Reberšek Gorišek & V. Rijavec (ed.). *Medicina, pravo in družba. Sodobne dileme IV* (str. 139-166). Maribor: Univerza v Mariboru, Univerzitetna založba.
- Pavišić, B., Grozdanić, V. & Veić, P. (2007). *Komentar kaznenog zakona*. Zagreb: Narodne novine.
- Petrović, B., Jovašević, D. & Ferhatović, A. (2016). *Krivično pravo II: Saučesništvo, krivične sankcije i posebni dio*. Sarajevo: Pravni fakultet.
- Pravilnik o načinu uvođenja novih zdravstvenih tehnologija u zdravstvenim ustanovama i privatnoj praksi, kao i postupak odobravanja korištenja zdravstvenih tehnologija. Službene novine FBiH, broj 84/14.
- Pravilnik o organizaciji i radu komisija za zaštitu osoba s duševnim smetnjama. Službene novine FBiH, br. 53/01.
- Pravilnik o specijalizacijama i subspecijalizacijama zdravstvenih radnika i zdravstvenih saradnika. Službene novine FBiH, br. 75/20.
- Pravilnik o uvjetima za obavljanje privatne prakse, grupne privatne prakse, kao i uvjetima za obavljanje privatne prakse na osnovu posebnog ugovora sa zdravstvenom ustanovom. Službene novine FBiH, br. 104/13, 16/14 i 66/15.
- Pravilnik za dodatnu edukaciju polivalentnih patronažnih sestara. Službene novine FBiH, br. 1/10.
- Radišić, J. (2008). *Medicinsko pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta Union.
- Rajić, T., Tomić, M. & Miljko, Z. (2000). *Komenar kaznenog zakona Federacije Bosne i Hercegovine (posebni dio)*. Mostar: OSCE, Ured za demokratizaciju.

- Ripa Bonatti, M. & Zampieri, F. Historical Overview of Medical Liability. U: S. Ferrara & R., Boscolo-Berto (ed.). *Malpractice and Medical Liability. European State of the Art and Guidelines* (str. 13-50). Heidelberg: Springer Verlag.
- Roksandić Vildička, S. (2016). Aktualna pitanja pojedinih kaznenih djela protiv zdravlja ljudi u svjetlu donošenja nacrtu izmjena hrvatskog kaznenog zakona. U: K. Turković, S. Roksandić Vildička & A. Maršavelski (ur.). *Hrestomatija hrvatskoga medicinskog prava* (str. 811-859). Zagreb: Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu.
- Salihbegović, E. (2008). *Medicinska praksa i etičko pitanje*. Sarajevo: Ministarstvo zdravstva Kantona Sarajevo.
- Shenoy, A., Shenoy, G. N. & Shenoy, G. G. (2022). Patient safety assurance in the age
- Šimić, J. (2013). „Nevinost bez zaštite“ - jedno viđenje Zakona o pravima pacijenata. *Pravni zapisi*, IV (1), 145-168.
- Šepec, M. (2020). Medical Error – Should it be a Criminal Offence?. U: S. Kraljić & J. Čizmić (ur.). *Hrestomatija medicinskega prava* (str. 89-111). Maribor: Univerza v Mariboru, Univerzitetna založba.
- Šunjić, M., Soldo, I., Liška, F. & Šimić, J (2021). Informirani pristanak - pravni okvir za zaštitu prava pacijenata i sudionika istraživanja. *Zdravstveni glasnik*, 7 (1), 70-77.
- Ustav Federacije Bosne i Hercegovine. Službene novine FBiH, br. 1/94, 1/94 - Amandman I, 13/97 - Amandmani II-XXIV, 13/97 - Amandmani XXV i XXVI, 16/02 - Amandmani XXVII-LIV, 22/02 - Amandmani LVI-LXIII, 52/02 - Amandmani LXIV-LXXXVII, 60/02 - ispr. Amandmana LXXXI, 18/03 - Amandman LXXXVIII, 63/03 - Amandmani LXXXIX-XCIV, 9/04 - Amandmani XCV-CII, 20/04 - Amandmani CIII i CIV, 33/04 - Amandman CV, 71/05 - Amandmani CVI-CVIII, 72/05 - Amandman CVI i 88/08 - Amandman CIX.
- Vojković, H. (2019). Građanskopravna odgovornost za povredu medicinskog standarda i prateći ekonomski učinci. *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 40 (2), str. 697-734.
- Zakon o apotekarskoj djelatnosti. Službene novine FBiH, br. 40/10.
- Zakon o evidenciji u oblasti zdravstva. Službene novine FBiH, br. 37/12.
- Zakon o finansijskoj konsolidaciji i restrukturiranju javnih zdravstvenih ustanova u Federaciji Bosne i Hercegovine. Službene novine FBiH, br. 6/98.
- Zakon o hemikalijama. Službene novine FBiH, br. 77/20.

- Zakon o krvi i krvnim sastojcima. Službene novine FBiH, br. 09/10.
- Zakon o liječenju neplodnosti biomedicinski potpomognutom oplodnjom. Službene novine FBiH, 59/18 i 44/22.
- Zakon o liječništvu. Službene novine FBiH, br. 56/13.
- Zakon o lijekovima i medicinskim sredstvima. Službeni glasnik BiH, broj 58/08.
- Zakon o lijekovima. Službene novine FBiH, br. 109/12.
- Zakon o ograničenoj upotrebi duhanskih prerađevina. Službene novine FBiH, br. 6/98.
- Zakon o pravima, obavezama i odgovornostima pacijenta. Službene novine FBiH, br. 40/10.
- Zakon o prometu otrova. Službeni list RBiH, br. 2/92 i 13/94.
- Zakon o radijacijskoj i nuklearnoj sigurnosti u BiH. Službeni glasnik BiH, br. 88/07.
- Zakon o sestrinstvu i primaljstvu. Službene novine FBiH, br. 43/13.
- Zakon o sistemu poboljšanja kvalitete, sigurnosti i akreditacije u zdravstvu. Službene novine FBiH, br. 59/05.
- Zakon o sprečavanju i suzbijanju zloupotrebe opojnih droga. Službeni glasnik BiH, broj 8/06.
- Zakon o stomatološkoj djelatnosti. Službene novine FBiH, br. 37/12.
- Zakon o transplantaciji organa i tkiva u svrhu liječenja. Službene novine FBiH, br. 75/09.
- Zakon o upravljanju otpadom. Službene novine FBiH, br. 33/03.
- Zakon o zaštiti osoba sa duševnim smetnjama. Službene novine FBiH, br. 37/01.
- Zakon o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti. Službene novine FBiH, br. 29/05.
- Zakon o zdravstvenoj ispravnosti životnih namirnica i predmeta opšte upotrebe. Službeni list RBiH, br. 2/92 i 13/94.
- Zakon o zdravstvenoj zaštiti. Službene novine FBiH, br. 46/10 i 75/13.
- Zakon o zdravstvenom osiguranju. Službene novine FBiH, br. 30/97, 7/02, 70/08, 48/11 i 36/18.

Amila Ferhatović, PhD

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

Kanita Pruščanović, MA iur.

Research associate
University of Sarajevo
Faculty of Law
k.pruscanovic@pfsa.unsa.ba

LEGAL POSITION OF THE PHYSICIAN IN THE LIGHT OF MEDICAL LAW

Summary

Medical profession is legally regulated by the medical law, as a relatively new branch of law, whose importance, along with the development of society and science, has been steadily growing in recent years. Thus, we witness to the phenomenon of juridification of medicine, together with the increasing need for multidisciplinary observation of numerous delicate issues through the prism of medicine, legal science and jurisprudence, as well as ethics and integrative bioethics. The legal responsibility of physicians, being doctrinally, but also practically significant issue, is considered as a multiple tort liability, including also criminal responsibility, as the most difficult form of professional responsibility of the physician. Therefore, medical criminal law is an indispensable part of medical law, where criminal law as ultima ratio of the legal order protects the health of the individual and public health, thereby encompassing a wide range of delicate legal issues involving the physician, as a primary, independent and responsible health care provider, on the one hand, and patients on the other hand. These include issues of the physician's guilt in general, informed consent, i.e. guilt for arbitrary treatment, incriminations of medical malpractice and failure to provide medical assistance, institute of medical secret and guilt for violation of medical secret, legal aspects of intensive medicine, etc. In that regard, in the field of medical law in general, as well as in the field of medical criminal law, special attention is given to the legal position of the

physician. Considering the general legal framework of medical law, in this paper authors endeavor to present and analyze the legal position of physician in the light of relevant legislation in the Federation of Bosnia and Herzegovina. Although it constitutes only one segment of medical law and medical criminal law, along with the development of medicine and continuity of health services provision, the questions of the legal position of physicians and the responsibilities arising from this position are positioned as an extremely controversial issue both in theory and in practice.

Keywords: *medical law, medical criminal law, juridification of medicine, legal position of physician, responsibility of physician*

Dr. sc. Mehmed Bečić

Docent

Pravni fakultet

Univerzitet u Sarajevu

m.becic@pfsa.unsa.ba

UDK 347.7(091)(497.6)

Izvorni naučni rad

NJEMAČKI, AUSTRIJSKI I DOMAĆI IZVORI MATERIJALNOG TRGOVAČKOG PRAVA U BOSNI I HERCEGOVINI NA POČETKU XX STOLJEĆA

Sažetak

Predmet ovog rada je Trgovački zakon za Bosnu i Hercegovinu iz 1883. i općenito izvori materijalnog trgovačkog prava iz ugla sudske prakse na početku XX stoljeća. Radom se nastoje popuniti praznine u postojećoj pravno-historijskoj literaturi te ispraviti određene greške u interpretaciji trgovačkog zakonodavstva iz 1883. godine. Na taj način se daje odgovor na pitanje nastanka i razvitka modernog trgovačkog prava u Bosni i Hercegovini, koje je zasnovano pravu njemačkog, austrijskog i domaćeg porijekla.

Rezultati istraživanja predstavljeni u ovom radu jasno pokazuju da je Bosna i Hercegovina 1883. godine recipirala njemačko trgovačko pravo, koje se u trgovačkoj praksi dopunjavalo pravilima austrijskog civilnog prava (Općeg građanskog zakonika iz 1811.) i domaćim trgovačkim običajima. Ova tri, porijeklom, sadržajem i formom, različita izvora obilježila i transformirala su poslovnu/trgovačku i pravnu praksu Bosne i Hercegovine krajem XIX i početku XX stoljeća.

Ključne riječi: *Pravna historija, Trgovački zakon, Bosna i Hercegovina, Opći njemački trgovački zakonik, Austro-Ugarska*

Uvod

Na prelazu iz XIX u XX stoljeće Bosna i Hercegovina je prošla kroz proces privredne tranzicije koja je obuhvatila i trgovačku/poslovnu praksu u zemlji. Privrednoj tranziciji prethodila je transformacija zakonske podloge o uređenju trgovine, uključujući statusna i organizaciona pitanja trgovaca i privred-

nih društava, trgovačkih knjiga i registara, mjeničnog poslovanja, stečajnog postupka, trgovačkih poslova i tako dalje. Normativna transformacija ogledala se u donošenju i provođenju odgovarajućih zakona koji su izrađeni na podlozi stranih zakonskih tekstova. Prvi set takvih trgovačkih zakona donesen je u kasnom osmanskome periodu, u okviru osmanske pravne reforme (tanzimata) tokom pedesetih i šezdesetih godina XIX stoljeća, kada je Bosna bila u sastavu osmanske države. Ovo osmansko trgovačko zakonodavstvo zamijenjeno je 1883. godine novim zakonima, nametnutim od nove – austro-ugarske vlasti u Bosni i Hercegovini. Novo trgovačko zakonodavstvo ostalo je na snazi tokom svih godina austrougarske uprave i bilo je osnova za transformaciju trgovačkog prava i prakse u Bosni i Hercegovini krajem XIX i tokom prve polovine XX stoljeća.

Predmet ovog rada je pravno-historijska analiza Trgovačkog zakona iz 1883. i općenito izvora materijalnog trgovačkog prava iz ugla sudske prakse na početku XX stoljeća.¹ Pitanje izvora, sadržaja i razvoja trgovačkog prava u Bosni i Hercegovini na prelazu u XX stoljeće uopće nije bilo predmet istraživanja u novijoj domaćoj pravnoj ili pravno-historijskoj nauci.² Umjesto toga, trgovačko zakonodavstvo je, uglavnom uzgredno razmatrano u nekim historijskim studijama,³ koje su nastavile tradiciju domaće historiografije prouča-

¹ U radu se predstavljaju dijelovi rezultata istraživanja iz okvira jednog šireg međunarodnog naučno-istraživačkog projekta o primjeni pravila kupoprodaje Općeg njemačkog trgovačkog zakonika iz 1861. u zemljama centralne i jugoistočne Evrope (*Kaufrecht in Mitteleuropa – Entstehungs- und Wirkungsgeschichte der Art. 337 ff. ADHGB*). Projekat okuplja istraživače iz svih zemalja u kojima je zakon recipiran.

² Među autorima koji su u starijoj literaturi nastojali da prikažu historijski razvoj trgovine i trgovačkog prava u Bosni i Hercegovini, treba izdvojiti Eugena Sladovića i njegov rad pod naslovom *Pravno-povjesni prikaz razvoja trgovine i trgovačkog prava u Bosni i Hercegovini od najstarijih vremena do najnovijeg doba* (1926.). Praktične priloge i komentare o praksi novog trgovačkog, mjeničnog i stečajnog prava u Bosni i Hercegovini iz 1883. nalazimo uglavnom u starim izdanjima Mjesečnika – časopisa pravničkog društva u Zagrebu. Autori ovih radova bili su uglavnom pravni praktičari – sudije koji su u Bosni i Hercegovini bili u direktnom doticaju sa pravnom praksom u vezi trgovačkih predmeta. Međutim, glavni fokus ovih radova bio je na mjeničnom i stečajnom pravu, a i njihov sadržaj bio orijentiran na pitanja tadašnje prakse. Slično je i sa komentarima Trgovačkog zakona za Bosnu i Hercegovinu iz 1883. koji su imali komparativni karakter (poređenje austrijskog, ugarskog i bosanskohercegovačkog trgovačkog zakonodavstva).

³ Kada je riječ o austrougarskom periodu, ovdje se treba izdvojiti historijska studija o pitanju austrougarske trgovinske politike u Bosni i Hercegovini autorice Amila Kasumović (2016.) pod naslovom *Austrougarska trgovinska politika u Bosni i Hercegovini*.

vanja gradova, privrede i društva u kasnom osmanskom i austrougarskom periodu. Iako dotiču pitanje trgovačkog zakonodavstva iz 1883. godine, u spomenutim historijskim radovima izostale su analize materijalnog trgovačkog prava iz ugla sudske prakse (*law in action*). Ovim radom nastoje se popuniti ove praznine te ispraviti određene greške u interpretaciji trgovačkog zakonodavstva u postojećoj literaturi. U suštini se ovim radom nastoji ponuditi odgovor na pitanje nastanka modernog trgovačkog prava u Bosni i Hercegovini, koje svoje izvorište ima u pravnim izvorima njemačkog, austrijskog i domaćeg porijekla.

U radu se polazi od teze da je Bosna i Hercegovina 1883. godine recipirala njemačko trgovačko pravo, koje se u trgovačkoj praksi dopunjavalo pravilima austrijskog civilnog prava (Općeg građanskog zakonika iz 1811.) i domaćim trgovačkim običajima. U radu se nastoji dokazati da su ova tri, porijeklom, sadržajem i formom, različita izvora obilježila i transformirala poslovnu/trgovačku i pravnu praksu Bosne i Hercegovine krajem XIX i početkom XX stoljeća.

Istraživanje se bazira na analizi neobjavljene arhivske građe, relevantnih normativnih izvora, presuda Vrhovnog suda za Bosnu i Hercegovinu i okružnih sudova te relevantne literature. Rad je strukturiran u dva dijela. U prvom dijelu se govori o recepciji njemačkog trgovačkog prava u Bosni i Hercegovini kroz Trgovački zakon iz 1883. godine, dok se u drugom dijelu analizira mjesto i uloga dopunskih izvora materijalnog trgovačkog prava u sudskoj praksi na početku XX stoljeća.

1. Trgovački zakon za Bosnu i Hercegovinu 1883.: recepcija njemačkog trgovačkog prava

Bosna i Hercegovina je tokom druge polovine XIX stoljeća dobila dvije velike kodifikacije trgovačkog prava. Prva je bila rezultat reformi u okviru osmanske države (*tanzimat*), a druga je nametnuta od austrougarske vlasti. Objе kodifikacije nisu nastale kodificiranjem domaćeg prava, odnosno postojeće poslovne i trgovačke prakse i/ili običaja u zemlji, nego recepcijom stranih zakonskih tekstova rađenih za druga društva i države. Novi trgovački zakoni u tom pogledu nisu predstavljali neki izuzetak, jer je recepcija stranog prava bio uobičajeni model reforme u oba pravno-politička konteksta. Osmanski zakonodavac redovno je preuzimao francuske modele, dok je austrougarska administracija u Bosni i Hercegovini posezala za pravom koje je bilo

na snazi u zemljama Austro-Ugarske.⁴ Takvu sudbinu imalo je i trgovačko zakonodavstvo.

U okviru tanzimata, osmanski zakonodavci su donijeli set trgovačkih zakona (Trgovački zakon 1850. (izmijenjen 1860.), Zakon o postupku za trgovačke sudove 1861. i Zakon o pomorskoj trgovini 1863.), koji su u suštini predstavljali recepciju francuskog trgovačkog prava (Berkez, 1998). Trgovački zakon i Zakon o postupku za trgovačke sudove (uključujući dodatke i priloge ovih zakona) nastavili su da važe u Bosni i Hercegovini i nakon što je vlast preuzela nova austrougarska vlast. Vlada ih je prevela na njemački jezik i objavila u posebnom zborniku zakona i naredaba za Bosnu i Hercegovinu,⁵ kako bi bili pristupačni za nove austrougarske činovnike i sudije u organima uprave i pravosuđa. Sporno je pitanje koliko je ovo zakonodavstvo zaživjelo ili moglo zaživjeti u poslovnoj i pravnoj praksi Bosne i Hercegovine, ali najnovija istraživanja pokazuju da su određeni dijelovi tog zakonodavstva (posebno formalna/proceduralna pravila i pravila o naknadi štete/zakonskoj kamati) uistinu primjenjivani u praksi redovnih sudova, kako u kasnom osmanskome, tako i u ranom austrougarskom periodu (Bečić, 2021; Bečić, 2022).

Osmansko trgovačko zakonodavstvo (izrađeno na podlozi francuskog prava) austrougarska vlast je zamijenila 1883. godine nametanjem novog trgovačkog prava, sadržanog u tri zakona koja su odvojeno regulirala mjenično, stečajno i trgovačko (formalno i materijalno) pravo. To su: *Mjenični zakon* za Bosnu i Hercegovinu od 12. aprila 1883.,⁶ *Stečajni red* od 26. maja 1883.⁷ i *Trgovački zakon* 7. juna 1883. godine.⁸ Svi spomenuti zakoni stupili su na snagu 1. novembra 1883. godine, čime je i formalno prestalo da važi osmansko trgo-

⁴ Istina, obje epohe pokazuju da su određene pravne grane, kao što je materijalno civilno pravo, ostale netaknute recepcijom stranog prava. U tim oblastima osmanski zakonodavci nisu posezali za recepcijom stranog, nego za kodifikacijom domaćeg/osmanskog i šerijatskog prava (Zemljišni zakon iz 1858., Medžella i drugi). Ovakav koncept uređenja civilnog prava ostao je uglavnom netaknut i za vrijeme austrougarske uprave, uz prodiranje austrijskog civilnog prava kroz primjenu Općeg građanskog zakonika (posebno u oblasti obligacija) i uspostavu zemljišne knjige (Bečić, 2017, Bečić, 2013).

⁵ *Sammlung der für Bosnien und die Hercegovina erlassenen Gesetze, Verordnungen und Normalweisungen*, II Band, Justizverwaltung, Wien, 1881., 395-472. (Ovaj zbornik u daljem tekstu se citira kao „Justizverwaltung – Band II“.). Kasumović prenosi da je prevode osmanskih trgovačkih zakona pripremila Orijentalna akademija u Beču 1881. godine (2016, 47.).

⁶ Zbornik zakona i naredaba za BiH, Godina 1883., Sarajevo, 1883., 450-476.

⁷ Zbornik zakona i naredaba za BiH, Godina 1883., Sarajevo, 1883., 623-677.

⁸ Zbornik zakona i naredaba za BiH, Godina 1883., Sarajevo, 1883., 308-439.

vačko zakonodavstvo u Bosni i Hercegovini, sa izuzetkom određenih odredbi (Bečić, 2021; Bečić, 2022).

Razvoj materijalnog trgovačkog prava u Bosni i Hercegovini najviše je obilježio Trgovački zakon od 7. juna 1883. godine. Zbog toga se u nastavku bavimo isključivo ovim zakonskim projektom.

1.1. Kako je njemačko trgovačko pravo stiglo u Bosnu i Hercegovinu?

Pravna pravila u Trgovačkom zakonu za Bosnu i Hercegovinu iz 1883. izvorno su njemačkog porijekla. Ona su posredno preuzeta iz Općeg njemačkog trgovačkog zakonika iz 1861. godine. Naučnu osnovanost takve konstatacije potvrđuje pravno-historijska analiza nastanka Trgovačkog zakona za Bosnu i Hercegovinu i razvitka trgovačkog prava u Austro-Ugarskoj. U nastavku teksta analiziramo oba spomenuta konteksta.

Zakonski tekst Trgovačkog zakona za Bosnu i Hercegovinu pripremila je takozvana Pravosudna komisija, koja je 1881. godine uspostavljena kao *ad hoc* savjetodavno tijelo Zajedničkog ministarstva finansija (kao vrhovnog organa uprave u Bosni i Hercegovini), sa glavnim zadatkom da predloži najpotrebnije reforme pravosuđa za Bosnu i Hercegovinu i da izradi odgovarajuće zakonske nacрте za njihovu provedbu.⁹ Pravosudna komisija je, između ostalog, izdvojila trgovačko zakonodavstvo kao oblast kojoj je bila potrebna hitna reforma te predložila donošenje novog trgovačkog, mjeničnog i stečajnog propisa, koji bi se sadržajno trebali orijentirati na zakonodavstva u Austriji i Ugarskoj. Eichler, kao jedan od članova ovog tijela, prenosi da je Komisija takav stav pravdala zaključkom da se „osmanski zakoni u trgovačkim, mjeničnim i stečajnim stvarima u praksi nisu pokazali kao dovoljni“ (str. 207) i da to pravo nikad nije dobilo na praktičnom značaju, pošto se „zasnivalo na stranom (francuskom) pravu“ (str. 262). Osim toga, zaključeno je da su privredi potrebni zakoni koji bi bili usaglašeni sa pravom u ostatku Monarhije (Eichler, 1889). Vlada je odobrila navedene prijedloge Pravosudne komisije, nakon čega se pristupilo izradi prvih zakonskih nacрта, koji su već sredinom 1882. godine bili završeni i odobreni. Međutim, sankcioniranje zakona čekalo se još punu godinu. Nacrt je morao proći dodatnu fazu revizije i usaglašavanja, nakon što je Zajedničko ministarstvo finansija preuzeo novi ministar finansija Benja-

⁹ Arhiv BiH, ZMF, Prez, 630, 1881.; Arhiv BiH, ZMF, Prez, 789, 1881.; Austrijski državni arhiv (OeStA), AVA, Justiz, JM, Allgemein, 1 A1237, Bosnien, Regelung des Justizwesens, Post. 1-10, 1881-1917. („Entwurf eines allerunterthänigsten Vortrages des gemeinsamen Ministäriums, Wien 4. Juli 1881 Z. 630 Pr. BH“).

min Kalaj, koji je imao novi pristup politici upravljanja, uključujući koncept zakonodavstva. Arhivski izvori prenose da su u prvoj verziji nacрта trgovačkog zakona bili sadržani samo propisi formalnog karaktera (dionički poslovi, privredne zadruge itd.) i da je tek u ovoj drugoj fazi integrirano i trgovačko materijalno pravo.¹⁰ Novi režim je ovu intervenciju smatrao nužnom, jer su procijenili da će ubuduće „postojati potreba“ za takvim pravilima, koja su u „zemlji nedostajala“.¹¹ Nakon što je završena ova faza usaglašavanja na relaciji Zemaljska vlada - Zajedničko ministarstvo finansija - vlade Austrije i Ugarske,¹² tekst nacрта je 7. juna 1883. godine dobio sankciju austrougarskog monarha, kao vrhovne zakonodavne instance.

Ovako usaglašen tekst Trgovačkog zakona za Bosnu i Hercegovinu nastao je preuzimanjem (receptijom) pravnih pravila ugarskog Trgovačkog zakona iz 1875. godine. O tome nas izvještavaju relevantni i službeni historijski izvori (Eichler, 1889, Schmid, 1914.).¹³ Pored tih izvora, u okviru ovog istraživanja poduzeta je i komparativna tekstualna analiza navedena dva zakona. Ona je također potvrdila da je bosanskohercegovački Trgovački zakon rađen na podlozi ugarskog izvornika iz 1875. godine, uz određena odstupanja i modifikacije u zakonskom tekstu.¹⁴ Trgovački zakon, kao i ostali zakoni za Bosnu i Hercegovinu, donesen je dvojezično, na njemačkom i bosanskom/zemaljskom jeziku. Opravdana je pretpostavka da je verzija Trgovačkog zakona na bosanskom/zemaljskom jeziku najvjerovatnije izrađena na podlozi ili uz pomoć hrvatskog izdanja ugarskog Trgovačkog zakona,¹⁵ koji je u to vrijeme

¹⁰ Arhiv BiH, ZMF, Opći spisi, 2971, 1883.

¹¹ Takav je stav iznijela Zemaljska vlada u svom izvještaju od 24. februara 1883.: „Die Landesregierung hat es in diesem Berichte ganz besonders begründet, daß es den Verhältnissen des Landes mehr entspreche, nicht blos formelle Vorschriften über das Handelsgewerbe, sondern insbesondere auch materielle Bestimmungen über das Handelsrecht einzuführen, welche letzteren im Lande mangeln und nach denen sich ds Bedürfnis immer mehr fühlbar machen wird.“ (Arhiv BiH, ZMF, Opći spisi, 2971, 1883.).

¹² Arhiv BiH, ZMF, Opći spisi, 2971, 1883.

¹³ Izvještaj o upravi Bosne i Hercegovine 1906., C. i Kr. Zajedničko ministarstvo financija, Zagreb, 1906. 37.

¹⁴ Tekst ugarskog Trgovačkog zakona iz 1875. analiziran je prema knjizi: *Das ungarische Handelsgesetz* (Deutsche Ausgabe), Redigirt von Dr. Carl Herlich, Dr. Nicolaus v. Szvetenay und Ödön Steinacker, Zweite vermehrte und verbesserte Auflage, Lafite & Elsner, Budapest, 1876.

¹⁵ Na ovaj zaključak upućuju navodi Kasumović, koja iz arhivskih izvora prenosi da je Zajedničko ministarstvo zatražilo dva primjerka ugarskog Trgovačkog zakona na hrvatskom jeziku od nadležnog ministarstva Kraljevine Hrvatske i Slavonije, koji su onda u martu 1881. dostavljeni sekcijskom šefu. (2016, str. 47.)

bio na snazi na teritoriji susjedne Kraljevine Hrvatske i Slavonije,¹⁶ iako je komparativna tekstualna analiza pokazala značajne razlike u jezičkim formulacijama ova dva zakonska teksta.

Međutim, pogrešan bi bio zaključak da je u Trgovački zakon za BiH preuzeto neko ugarsko ili hrvatsko-ugarsko trgovačko pravo i da se to pravo razlikovalo od onoga u austrijskom dijelu Monarhije. Naime, trgovačko zakonodavstvo Austro-Ugarske bilo je od 1875. suštinski unificirano, jer su oba dijela Monarhije recipirala njemačko trgovačko pravo kodificirano u Općem njemačkom trgovačkom zakoniku (*Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch*) iz 1861. godine, kojim je prekinut kontinuitet pravnog partikularizma na području trgovačkog prava u zemljama Njemačkog saveza (Ogris, 2003). Komisija koja je pripremila nacrt ovog zakonika (tzv. Nirnberška komisija), sastavljena od predstavnika trgovačkog staleža i uglednih njemačkih pravnikâ, kreirala je nacrt na bazi jednog pruskog izvornika, odbacivši ideje recepcije konzervativnog i predindustrijskog francuskog modela. Kao takav, nacrt Nirnberške komisije orijentirao se na kapitalističko društvo i industrijsko tržište. U toj verziji je ozakonjen je 1861. godine kao Opći njemački trgovački zakonik. Zakonik je inače ostavio veliki trag u evropskoj poslovnoj, pravnoj i trgovačkoj praksi na prelazu u XX stoljeće, a posebno u zemljama centralne i jugoistočne Evrope.

Putevi recepcije ovog izvorno njemačkog trgovačkog prava u Bosnu i Hercegovinu vodili su preko Austrije, a zatim i Ugarske. Prvo su 1863. godine u Austriji stupile na snagu prve četiri knjige njemačkog izvornika kao *Opći trgovački zakonik* (*Das Allgemeine Handelsgesetzbuch*), koje su onda dopunjene i posebnim propisima, čineći tako normativni okvir austrijskog trgovačkog zakonodavstva (Bergfeld, 1986; Ogris, 2003). Do formalne recepcije/kodifikacije ovog trgovačkog prava u Ugarskoj dolazi nakon Nagodbe 1867. godine, kada su pravnička i trgovačka elita otvoreno zagovarale ukidanje partikularizma u ovoj oblasti i uspostavu unificiranog trgovačkog prava na području Monarhije.¹⁷ U suštini, to je značilo donošenje zakona zasnovanog na izvorno njemačkom trgovačkom pravu (Zlinszky, 1986). Tako je konačno 1875. godine

¹⁶ Vidi: Zakonski članak XXXVII.: 1875. Zajedničkog hrvatsko-ugarskoga sabora o trgovačkom zakonu (Sbornik zakonah i naredabah valjanih za kraljevinu Hrvatsku i Slavoniju, Godina 1875., Komad I.-XXXIX., Br. 1.-88., Zagreb, 1876, 899-1016.); Uporedi: Trgovački zakon za BiH (Zbornik zakona i naredaba za BiH, Godina 1883., Sarajevo, 1883., 308-439.).

¹⁷ *Das ungarische Handelsgesetz* (Deutsche Ausgabe), Redigirt von Dr. Carl Herlich, Dr. Nicolaus v. Szvetenay und Ödön Steinacker, Zweite vermehrte und verbesserte Auflage, Lafite & Elsner, Budapest, 1876., IV-V.

donesen i ugarski Trgovački zakon, a zatim i mjenični i stečajni zakoni, čime je dovršena kodifikacija i unifikacija ove oblasti u zemljama ugarske krune, uključujući Hrvatsku i Transilvaniju (Zlinszky, 1986; Zlinszky, 1982).

Dakle, izrada Trgovačkog zakona za Bosnu i Hercegovinu na podlozi ugarskog izvornika značila je zapravo recepciju njemačkog trgovačkog prava i unifikaciju ove oblasti na cijelom carinskom području Austro-Ugarske, pošto je Bosna i Hercegovina još 1880. godine priključena carinskom području Austro-Ugarske. Šta više, imajući u vidu područja u kojima je ovo pravo bilo na snazi i općenito put recepcije Općeg njemačkog trgovačkog zakonika, moglo bi se kazati da je Bosna i Hercegovina ovim zakonom bila uključena u šire područje centralne i jugoistočne Evrope sa značajno unificiranim trgovačkim pravom.

Na kraju, opravdano je postaviti i pitanje zašto je Pravosudna komisija, pored postojanja i dostupnosti njemačke/austrijske verzije, koristila baš ugarsku verziju zakonskog teksta. Odgovor na ovo pitanje leži u historijskom momentu donošenja Trgovačkog zakona za Bosnu i Hercegovinu (1882/83.). Ugarski izvornik predstavljao je jednostavno najnoviju verziju njemačkog trgovačkog prava, u koju su bila uključena „iskustva novijeg doba“ i „najnovije stanje nauke“.¹⁸ Ovu tezu potvrdio je i jedan od članova Pravosudne komisije, napisavši da je Trgovački zakon za BiH podudaran sa austrijskim trgovačkim pravom, ali da je u svojim detaljnim odredbama izrađen po uzoru na „znatno poboljšano“ ugarsko trgovačko pravo, nastalo na bazi uspjeha njemačkog trgovačkog zakonodavstva (1889, str. 262).

1.2. Sadržaj Trgovačkog zakona

Trgovački zakon za Bosnu i Hercegovinu proglašen je 24. juna 1883. Naredbom Zemaljske vlade broj 4173/III. Na snagu je stupio 1. novembra iste godine, kada su ujedno prestali da važe svi oni zakoni i naredbe koji su regulirali ovu oblast.¹⁹ To znači da je tek od 1. novembra 1883. u Bosni i Hercegovini prestalo da važi osmansko trgovačko zakonodavstvo, sa izuzetkom jednog dijela odredbi koje novi zakon nije regulirao (Bečić, 2021; Bečić 2022).

U Naredbi kojom je proglašen Trgovački zakon bile su sadržane uvodne odredbe kojima su regulirana pitanja stupanja na snagu zakona, izuzeće od primjene određenih odredbi, status imovinska prava bračnih drugova trgo-

¹⁸ *Das ungarische Handelsgesetz* (Deutsche Ausgabe), IV-V.

¹⁹ Zbornik zakona i naredaba za BiH, Godina 1883., Sarajevo, 1883., 305.

vaca, obaveze upravnih organa i neka druga formalna/proceduralna pitanja.²⁰ Sam zakonski tekst sastavljen je iz tri dijela: Opće ustanove; Prvi dio koji je sadržavao pretežno formalne odredbe o trgovcima i trgovačkim društvima; Drugi dio koji je sadržavao materijalno-pravne odredbe o trgovačim poslovima.

Opće ustanove sadržavale su samo dva člana i regulirala su pitanje popunjavanja pravnih praznina (čl. 1) i odnos prema postojećem mjeničnom zakonodavstvu (čl. 2), tj. da odredbe Trgovačkog zakona ne diraju u rješenja usvojenog Mjeničnog zakona.²¹

Prvi dio zakona sadržavao je odredbe o trgovcima i trgovačkim društvima i regulira sljedeće: opće ustanove (čl. 3-10), trgovačke tvrtke/firme (čl. 11-26), trgovačke knjige (čl. 27-39), prokuristi i trgovački punomoćnici (čl. 40-57), trgovački pomoćnici (čl. 58-64), trgovačka društva – opće odredbe (čl. 65-67), javna trgovačka društva (čl. 68-128), komanditna društva (čl. 129-150), dioničarska društva (čl. 151-244), privredne zadruge (čl. 245-281).²²

Drugi dio zakona sadrži pravila materijalnog trgovačkog prava, tj. pravila o trgovačkim poslovima, i to: opće ustanove (čl. 282-351), kupoprodaja (čl. 352-380), komisioni poslovi (čl. 381-396), otpremnički/špedicijski poslovi (397-447), posredovanje/mešetarski poslovi (447-461).²³

Kao što je ranije naglašeno, komparativna tekstualna analiza Trgovačkog zakona za BiH sa njegovim izvornikom (ugarskim Trgovačkim zakonom iz 1875.) potvrdila je da je bosanskohercegovački zakon nastao na podlozi tog ugarskog zakona i da je verzija na bosanskom jeziku najvjerojatnije izrađena na podlozi hrvatskog izdanja ugarskog Trgovačkog zakona (iako su postojale očigledne razlike u jezičkim formulacijama).²⁴ Međutim, detaljna kompara-

²⁰ Zbornik zakona i naredaba za BiH, Godina 1883., Sarajevo, 1883., 305-308.

²¹ Zbornik zakona i naredaba za BiH, Godina 1883., Sarajevo, 1883., 308-309.

²² Zbornik zakona i naredaba za BiH, Godina 1883., Sarajevo, 1883., 309-389.

²³ Zbornik zakona i naredaba za BiH, Godina 1883., Sarajevo, 1883., 389-439.

²⁴ Vidi: Zbornik zakona i naredaba za BiH, Godina 1883., Sarajevo, 1883., 308-439. Uporedi: *Das ungarische Handelsgesetz* (Deutsche Ausgabe), Redigirt von Dr. Carl Herlich, Dr. Nicolaus v. Szvetenay und Ödön Steinacker, Zweite vermehrte und verbesserte Auflage, Lafite & Elsner, Budapest, 1876. i hrvatska verzija ugarskog Trgovačkog zakona (Zakonski članak XXXVII.: 1875. Zajedničkog hrvatsko-ugarskoga sabora o trgovačkom zakonu (Sbornik zakonah i naredabah valjanih za kraljevinu Hrvatsku i Slavoniju, Godina 1875., Komad I.-XXXIX., Br. 1.-88., Zagreb, 1876, 899-1016.).

tivna analiza ovih zakonskih tekstova pokazala je da su postojale određene razlike između ova dva zakona, kako u zakonskim formulacijama, tako i u sadržaju zakonskih normi. Jedan dio ovih razlika predstavljao je rezultat prilagođavanja zakona nekim specifičnostima društvenog i pravnog uređenja Bosne i Hercegovine, dok je drugi dio modifikacija bio rezultat raznih intervencija u naknadnom procesu usvajanja i usaglašavanja finalnog teksta nacрта na relaciji Pravosuđna komisija – Zajedničko ministarstvo – vlade Austrije i Ugarske – Zemaljska vlada za Bosnu i Hercegovinu.²⁵

Iako su Austrija, Ugarska i Bosna i Hercegovina svoje novo trgovačko zakonodavstvo preuzeli iz istog izvornika, postojala su određena međusobna odstupanja u trgovačkim zakonodavstvima sva tri pravna sistema, a koja su imala važne implikacije za poslovnu i pravnu praksu na jedinstvenom tržištu Monarhije. Zbog toga su neki komentatori ovog trgovačkog zakonodavstva imali karakter komparativnog prikaza i analize. Primjeri takvih djela su komentari Josefa Vrbanića iz 1892., Vilima Wintera iz 1912. i Josefa Schöna iz 1913. godine. Iz bosanskohercegovačke perspektive, najvažniji je bio Komentar J. Schöna, sudskog činovnika Okružnog suda u Banja Luci, u kojem je fokus bio na trgovačkom zakonodavstvu Bosne i Hercegovine i razlikama u odnosu na austrijsko i ugarsko pravo.

Na ovom mjestu ne mogu se prikazati sve razlike između bosanskohercegovačkog Trgovačkog zakona i njegovog izvornika i/ili austrijskog i ugarskog trgovačkog prava u cjelini. Umjesto toga, mogu se navesti neki primjeri koji pokazuju očigledna odstupanja. Tako je na primjer u članu 4. Trgovačkog zakona za Bosnu i Hercegovinu propisano da žena ne može biti trgovac „bez privole svojega muža“,²⁶ što ugarski zakon nije propisivao.²⁷ Drugi primjer je član 338 ugarskog Trgovačkog zakona, koji propisuje da se cijena kod trgovačke prodaje mora biti određena u gotovini,²⁸ a takvu odredbu ne sadrži bosanskohercegovački i austrijski zakon. Treći primjer su odredbe o poslovima skladištenja (član 434 do 452), osiguranja (član 453 do 514) i naklada

²⁵ Arhiv BiH, ZMF, Opći spisi, 2971, 1883.

²⁶ Zbornik zakona i naredaba za Bosnu i Hercegovinu, Godina 1883., Sarajevo, 1883., 309.

²⁷ Uporedi: član 3. ugarskog Trgovačkog zakona i član 4. Općeg njemačkog trgovačkog zakonika (*Das ungarische Handelsgesetz* (Deutsche Ausgabe), 4-5.)

²⁸ Sbornik zakonah i naredabah valjanih za kraljevinu Hrvatsku i Slavoniju, Godina 1875., Komad I.-XXXIX., Br. 1.-88., Zagreb, 1876, 669.

(član 515 do 533) ugarskog izvornika,²⁹ koje su u Trgovačkom zakonu za BiH potpuno izostale.

Iako su postojala određena prilagođavanja i odstupanja u zakonskim tekstovima između bosanskohercegovačke i ugarske verzije, mora se priznati da u vrijeme donošenja Trgovačkog zakona (1883.) ovaj zakon nije odgovarao društveno-ekonomskim prilikama, niti postojećoj poslovnoj i trgovačkoj praksi u Bosni i Hercegovini. Po ovom pitanju je aktualna historijska literatura došla do određenih neutemeljenih i kontradiktornih zaključaka.³⁰

Naime, pravna pravila ovog zakona preuzeta su iz izvornika koji su rađeni za kapitalistička i privredno razvijenija industrijska društva. Za razliku od toga, Bosna i Hercegovina je u to vrijeme (rane osamdesete godine XIX stoljeća) bila agrarna zemlja, koju su odlikovali preživjeli feudalni/agrarni odnosi, prirodna privreda, slabo razvijena saobraćajna infrastruktura, sitna trgovina i zanati balkansko-orijentalnog tipa, dok su industrijska proizvodnja i kapitalistički oblici privređivanja bili tek u začetku (Hauptmann, 1987; Juzbašić, 2002). Da novo trgovačko pravo nije odražavalo prilike u bosanskohercegovačkoj privredi, niti poslovnoj i trgovačkoj praksi tog vremena priznao je i Eduard Eichler, inače član Pravosudne komisije koja je sastavila tekst nacrtu Trgovačkog zakona za Bosnu i Hercegovinu. Šest godina nakon stupanja na snagu Trgovačkog zakona, Eichler je napisao da se „mora priznati da odnosi i ustanove trgovačkog poslovanja“ Bosni i Hercegovini „(...) nisu doživjele uspon koji traže zakoni visokorazvijenih zemalja“ (str. 264). On je zaključio da je za Bosnu i Hercegovinu vjerovatno bilo dovoljno da su samo neke vrste trgovačkih poslova dobili provizornu i posebnu zakonsku regulativu sa vrlo jednostavnim propisima (umjesto obimnog trgovačkog kodeksa, napomena autora), kako bi trgovačko pravo u Bosni i Hercegovini moglo ići u korak sa društvenim i privrednim razvitkom zemlje (str. 264).

Međutim, intencija vlade, odnosno konkretno Kalajevog režima nije ni bila da se donese zakon koji bi odražavao prilike i poslovne prakse u Bosni i Hercegovini. Naprotiv, cilj donošenja takvog zakona bila je uspostava unificiranog

²⁹ Vidi: *Das ungarische Handelsgesetz* (Deutsche Ausgabe), 206-232.; Uporedi: Trgovački zakon za Bosnu i Hercegovinu, Zbornik zakona i naredaba za Bosnu i Hercegovinu, Godina 1883., Sarajevo, 1883., 308-439.

³⁰ „...ovaj zakon je mogao biti percipiran kao manifestacija učmalosti austrougarske vlasti i njene težnje da ekonomske odnose Bosne i Hercegovine konzervira i ne mijenja. Postoji, ipak, mogućnost da kontinuirano korištenje ovog zakona, bez njegovih izmjena, ukazuje na njegovu kompatibilnost s trgovinskom praksom koja je zatečena i koja se razvijala na tlu Bosne i Hercegovine.“ (Kasumović, str. 122.).

trgovačkog prava na cijelom području Monarhije, kako bi se olakšalo poslovanje i robna razmjena između Austro-Ugarske i okupiranog područja. Na to jasno ukazuju arhivski izvori.³¹ U tom smislu se unificirano trgovačko pravo treba razumjeti kao jedan od preduslova za ostvarivanje planirane trgovinske politike, ali i očekivanih finansijskih efekata i privrednih ciljeva vlade, koji su kasnije u većem ili manjem obimu i ostvareni: „samofinansiranje“ zemaljskog budžeta kroz eksploataciju i izvoz rudnih i šumskih resursa, podizanje industrije i trgovine, izvoz i plasman industrijske robe iz Austrije u Bosnu, uvoz sirovina okupiranog područja itd. (Hauptmann, 1987; Juzbašić, 2002). No, ovdje se trebaju imati u vidu i dalekosežni efekti postignuti kroz višedecenijsku primjenu i praksu ovog novog trgovačkog zakonodavstva. Iako je Bosna i Hercegovina do kraja austrougarske uprave ostala zemlja sa pretežno agrarnom privredom, krajem XIX i tokom prve dvije decenije XX stoljeća transformacija privrede bila je očigledna i uključivala je ubrzan razvoj saobraćajne infrastrukture, industrije, trgovine na veliko te općenito kapitalističkih privrednih odnosa (Hauptmann, 1987; Juzbašić, 2002). U ovom kontekstu se može govoriti da novo trgovačko zakonodavstvo protekom vremena i postepeno sve više odražavalo privredne prilike u zemlji i da je utjecalo na transformaciju poslovne prakse i općenito privrednih odnosa.

2. Dopunski izvori trgovačkog prava u Bosni i Hercegovini

Opći njemački trgovački zakonik iz 1861. regulirao je u svom prvom članu opći princip popunjavanja pravnih praznina u trgovačkim stvarima. Određeno je da su za slučaj pravnih praznina (ako Zakonik ne sadrži određeno pravilo) mjerodavni, u prvom redu, trgovački običaji, a u drugom redu pravila općeg građanskog prava.

Ovo opće pravilo preuzeto je u austrijsku, ugarsku i bosanskohercegovačku verziju trgovačkog zakona. Tako se na primjer u ugarskom Trgovačkom zakonu (verzija na hrvatskom jeziku proglašena za Hrvatsku i Slavoniju) navodi: *U poslovih trgovačkih, u koliko glede njih zakon ovaj nesadržaje nikakvih ustanovah, služe mjerilom običaji trgovački, a u nedostatku tih običajah imade se uporabljati obće pravo gradjansko.*³² Formulacija ovog člana u

³¹ Obrazlažući zašto je za BiH predložen takav složen i obiman zakon, umjesto jednostavnih propisa koji odgovaraju zemlji, Kalaj je naglasio da ništa ništa neće olakšati razmjenu dobara između Monarhije i BiH kao što to može unificiranost zakonodavstva. (Arhiv BiH, ZMF, Opći spisi, 2971, 1883.).

³² Sbornik zakonah i naredabah valjanih za kraljevinu Hrvatsku i Slavoniju, Godina 1875., Komad I.-XXXIX., Br. 1.-88., Zagreb, 1876, 899

bosanskohercegovačkoj verziji glasila je: *U stvarih trgovačkih, u koliko o njih ovaj zakon nesadrži nikakvih ustanovah, imadu se uporavljivati običaji trgovački, a u nedostatku tih običajah obće pravo građansko.*³³

Ovakav način popunjavanja pravnih praznina mogao je značiti dodatnu razliku između trgovačkog prava sva tri pravna sistema. Razlog za to su različiti trgovački običaji, ali i različito opće građansko pravo u pojedinim dijelovima Monarhije. U Ugarskoj nije bilo kodificirano građansko pravo, u Austriji i nekim zemljama Ugarske (Hrvatska i Slavonija) važio je Opći građanski zakonik, dok je u Bosni i Hercegovini formalno važilo osmansko pravo, koje se već godinama kroz sudsku praksu mijenjalo i dopunjavalo Općim građanskim zakonikom, i to najviše u oblasti obligacija.

U nastavku se analiziraju primjeri primjene ovih pomoćnih izvora u sudskoj praksi Bosne i Hercegovine. Time se ukazuje na sadržaj i ulogu ovih dopunskih izvora materijalnog trgovačkog prava u poslovnoj i sudskoj praksi Bosne i Hercegovine na početku XX stoljeća.

2.1. Opće građansko pravo kao dopunski izvor trgovačkog prava

Iako je pravilo iz člana 1 Trgovačkog zakona za Bosnu i Hercegovinu postojalo u svim zemljama koje su recipirale Opći njemački trgovački zakonik, primjena ovog pravila u Bosni i Hercegovini nametala je rješavanje jednog složenog prethodnog pitanja: šta je to važeće građansko pravo u Bosni i Hercegovini i koji su to izvori općeg građanskog prava u ovoj zemlji? Osmansko civilno pravo – Medžella i drugi osmanski zakoni? Šerijatsko civilno pravo? Opći građanski zakonik iz 1811. godine?

Razlog zbog kojeg je na prelazu u XX stoljeće bilo teško odrediti važeće civilno materijalno pravo u Bosni i Hercegovini leži u zakonodavnom pristupu nove uprave u oblasti materijalnog civilnog prava. Naime, neposredno nakon uspostave vlasti u Bosni i Hercegovini 1878. godine, nova vlada je izdala nekoliko pravno obavezujućih akata, u kojima je naglasila da će postojeće domaće materijalno civilno pravo ostati na snazi, dok ne bude zamijenjeno novim pravom.³⁴ Pošto austrougarska vlast nije zakonski uredila ovu oblast (prvi kodifikatorski projekti koji nikad nisu stupili na snagu, zabilježeni su tek u drugoj deceniji

³³ Zbornik zakona i naredaba za Bosnu i Hercegovinu, Godina 1883., Sarajevo, 1883., 308.

³⁴ Npr: Circularerlass der Landesregierung vom 30. Dezember 1878, betreffend die Organisation der Gerichte (Justizverwaltung – Band II, 5.).

XX stoljeća), u praksi je nastavio da živi osmanski pravni pluralizam u formi važenja i primjene osmanskih državnih zakona, šerijatskog prava, vjerskog prava kršćana i jevreja te običajnog prava (Bečić, 2017). Ovo pravilo vlada je dopunila sljedećim izuzetkom: u slučaju da postojeće/domaće pravo u konkretnom slučaju ne postoji, nije primjenjivo ili je nepoznato, sudovi su mogli da primjenjuju po analogiji „zakone koji su na snazi u Austro-Ugarskoj“.³⁵ Time je bio otvoren put recepciji austrijskog Općeg građanskog zakonika u sudskoj praksi redovnih sudova (Bečić, 2011). Sudije-činovnici, porijeklom iz Austro – Ugarske, imali su odriježene ruke i vrlo često su posezali za primjenom Općeg građanskog zakonika. Na ovaj način su pravna pravila Osmanskog građanskog zakonika – Medželle u pravnoj praksi redovno mijenjana i dopunjavana austrijskim Općim građanskim zakonikom, posebno u domenu obligacionog prava (Eichler, 1889; Pilar, 1911; Zobkow, 1911; Ajsner, 1920).

Ovakav koncept uređenja materijalnog civilnog prava doveo je do koegzistencije – uporedne primjene osmanskog civilnog zakonodavstva i austrijskog Općeg građanskog zakonika, što je rezultiralo velikim stepenom pravne nesigurnosti u pravnoj praksi. Posebno je bilo teško odrediti obim i granice uporedne primjene („koegzistencije“) Medželle i Općeg građanskog zakonika (Bečić, 2014; Bečić 2017). U početku su Zemaljska vlada i Vrhovni sud imali restriktivan pristup u pogledu primjene Općeg građanskog zakonika. Pošto je osmansko civilno pravo (uključujući Medžellu) bilo formalno i dalje na snazi, dešavalo se da viši sud ukine prvostepenu odluku zbog primjene Općeg građanskog zakonika, naglašavajući da se dato pitanje ima riješiti u skladu sa Medžellom. Na tom tragu je i Zemaljska vlada izdala posebnu instrukciju sudovima da se Opći građanski zakonik može primjenjivati samo kao supsidijarni izvor prava, bez suvišnog navođenja i citiranja njegovih paragrafa, „jer taj zakon nije na snazi“ u Bosni i Hercegovini.³⁶ Nakon dugogodišnje pravne prakse, obilježene pravnom nesigurnošću, u kasnijem periodu austrougarske uprave dolazi do potiskivanja Medželle i veće unificiranosti u pogledu primjene Općeg građanskog zakonika. Vlada je 1911. godine izdala uredbu o ograničenoj primjeni domaćeg prava, kojom je sudovima omogućeno da slobodno i naširoko primjenjuju Opći građanski zakonik umjesto domaćeg/osmanskog civilnog prava, kad god utvrde to pravo nije primjenjivo na nove i izmijenjene društveno-ekonomske prilike u zemlji.³⁷ Tako je od druge decenije XX stoljeća domaća sudska praksa postala više unificirana u pravcu šire

³⁵ Justizverwaltung – Band II, 15.

³⁶ Sammlung der Justiznormalien für Bosnien und die Hercegovina, Band I, Jahrgang 1878-1885., br. 171.

³⁷ Verordnung der Landesregierung vom 27. Oktober 1911. (Arhiv BiH, ZVS, Prez, 5527, 1911. (4474/praes, 1911.)

i ujednačene primjene Općeg građanskog zakonika, dok su pravila osmanjskog civilnog prava primjenjivana samo izuzetno, kod specifičnih ustanova koje austrijsko civilno pravo nije poznavalo (Ajsner, 1920; Bečić, 2014).

Ovakav razvitak materijalnog građanskog prava ostavio je traga i na praksu u trgovačkim stvarima. U ranijem periodu primjena osmanskog civilnog prava kao dopunskog izvora u trgovačkim predmetima nije bila isključena. Eventualna primjena Medželle bila je rezervirana isključivo za specifična pitanja i institute, a jedno od njih očigledno je bila zastara (Zobkow, 1921; Bečić 2014). Naime, pravila i koncept zastare prema domaćem-osmanskom pravu (Medželli) razlikovali su se od onoga u Općem građanskom zakoniku (osmansko pravo priznaje samo zastaru tužbe, a ne i prava; opći rok zastare od 15 godina i dr.).³⁸ Pravna praksa je dugo vremena insistirala na primjeni ovih „domaćih“ pravila o zastari, zbog čega Opći građanski zakonik na ta pitanja nije primjenjivan.³⁹ Primjer takve odluke u trgovačkom predmetu je Presuda Vrhovnog suda od 25. augusta 1893., u kojoj je Sud, pozivajući se na načelo dopunske primjene općeg građanskog prava iz člana 1 Trgovačkog zakona, sporno pitanje zastare riješio prema Medželli, a ne prema Općem građanskom zakoniku.⁴⁰ Do postepenog napuštanja primjene pravila Medželle o zastari dolazi tek u drugoj deceniji XX stoljeća, putem mjera u zakonodavstvu i kroz pravnu praksu (Ajsner, 1920). Sladović (1926) navodi da, osim zastare, druga specifična pravila i instituti Medželle, kojih se praksa inače držala u civilnim predmetima, nisu dolazili do izražaja u trgovačkim predmetima.

Mimo gore spomenutih izuzetaka, status dopunskog pravnog izvora, u smislu člana 1 Trgovačkog zakona, u pravilu je uživao austrijski Opći građanski zakonik iz 1811. godine. Čak i u pogledu onih pitanja na koja je pravna praksa u čisto civilnim predmetima primjenjivala osmansko pravo.

³⁸ Medželle i ahkjami šerije, 556-563.

³⁹ Primjeri takvih presuda su: Presuda Vrhovnog suda od 28.09.1894. „1) Nach ottomanischem Recht verjähren die Klagen auf zahlung von rückständigen Zinsen in 15 jahren (§ 1660 Medzelle) nicht etwa in drei Jahren (§ 1480 a.b.G.B.). 2) das ottomanische Recht kennt nicht das Verbot der Zinsenanwachsung über alterum tantum (§ 1335 a.b.G.B.).“ (Präjudicienbuch in Civilsachen, Band II, Sammlung der Entscheidungen aus den Jahren: 1890, 1891, 1892, 1893, 1894 und 1895, Obergericht für Bosnien und die Hercegovina, Sarajevo, 1899.).

⁴⁰ „Die Unterbrechung der Verjährungsfrist nach § 403 Handelsgesetz nur nach Vorschrift des § 1674 Medzelle (§ 1 Handelsgesetz). Es genügt insbesondere nicht die stillschweigende aussergerichtliche Anerkennung der Schuld.“ (Präjudicienbuch in Civilsachen, Band II, Nr. 408.).

Kao primjer takvog distinktivnog pristupa prakse može se uzeti pitanje stjecanja prava vlasništva na pokretnim stvarima. Naime, prema osmanskom civilnom pravu tj. Medželli vlasništvo na mulk imovini (nekretnine u privatnom vlasništvu i pokretne stvari) stječe se samom izjavom volja (ugovorom) stranaka, bez tradicije (Sladović, 1926).⁴¹ Ovog koncepta i pravila držala se i sudska praksa u civilnim predmetima.⁴² Međutim, u trgovačkim predmetima pitanje prenosa vlasništva nije se procjenjivalo prema osmanskom pravu, nego prema načelima austrijskog civilnog prava kao dopunskim pravnim izvorom. Jedan takav primjer nalazimo u Presudi Vrhovnog suda od 6. maja 1896. godine, u kojoj je sud rješavao pitanje prenosa vlasništva nad robom kod trgovačke prodaje. Iz obrazloženja ove presude vidi se da je pitanje prenosa vlasništva riješeno prema načelima austrijskog civilnog prava i pravne nauke (sud je vlasništva vezao za tradiciju i vlasnička ovlaštenja iz Općeg građanskog zakonika).⁴³

Dakle, u odnosu na čisto civilne predmete, osmansko pravo u trgovačkim stvarima očigledno nije igralo važnu ulogu. To se posebno odnosi na period od druge decenije XX stoljeća, na što ukazuju i sudske odluke analizirane u okviru ovog istraživanja. Među tim odlukama nije pronađen slučaj pozivanja na Medžellu ili kakav drugi osmanski zakon ili institut. Članom 1 Trgovačkog zakona sudska praksa u trgovačkim predmetima izvršila je široku recepciju materijalnopравnih odredbi austrijskog Općeg građanskog zakonika. U tom smislu je „opće građansko pravo“, o kojem govori član 1 Trgovačkog zakona za BiH, u trgovačkoj i sudskoj praksi uglavnom izjednačavano sa austrijskim Općim građanskim zakonikom, iako formalno ovaj zakonik nije bio formalno proglašen i na snazi u Bosni i Hercegovini. U to se možemo uvjeriti uvidom u sudske odluke u trgovačkim sporovima. U nastavku slijede tri primjera sudske odluke iz druge decenije XX stoljeća, u kojima su sudovi primjenjivali Opći građanski zakonik kao dopunski izvor prava, u smislu člana 1 Trgovačkog zakona za Bosnu i Hercegovinu.

⁴¹ Uporedi: Medželle i ahkjami šerije, 67.

⁴² Primjeri takvih odluka: „Durch Vertrag wird das Eigenthum an Mulck erworben (...)“ Presuda Vrhovnog suda od 11.06.1888. Br. 3525 (Praejudicienbuch, Band II, Nr. 709.); „Indirecter Ausspruch des Obergerichtes, dass an Mulck durch den Vertrag allein das Eigenthum erworben wird.“ Presuda Vrhovnog suda od 17.06.1887. Br. 3423 (Praejudicienbuch, Band II, Nr. 758.); „Das Eigenthum wird an Mulck durch den Vertrag allein erworben (§ 167; 262; 369 medzelle) (...)“ Presuda Vrhovnog suda od 12.02.1890. (Praejudicienbuch, Band II, Nr. 1630.).

⁴³ Presuda Vrhovnog suda od 6.05.1896. (Praejudicienbuch in Civilsachen, Band IV, Sammlung der Entscheidungen aus den Jahren 1896, 1897, 1898, und 1899, Obergericht für Bosnien und die Hercegovina, Sarajevo, 1900, br. 43.).

Prvi primjer je Presuda Vrhovnog suda od 14 marta 1916. godine. Sud je odlučivao o sporu u vezi prodaje jednog vagona krompira između dvojice trgovaca, kupca iz Gračanice i prodavca iz Sarajeva. Rješavajući ovaj spor Vrhovni sud je konstatirao „da § 365 Trgovačkog zakona ne određuje kakve posljedice nastaju ako kupac ne ispuni formalnosti iz tog paragrafa“ te dodao da se zbog toga ova pravna praznina mora popuniti propisima austrijskog Općeg građanskog zakonika, kako to određuje član 1 Trgovačkog zakona. Prema tome, držeći se pravila Općeg građanskog zakonika, Vrhovni sud je zaključio: „ako jedan od ugovornika ne ispuni ugovor kako treba, dužan je dugom nadoknaditi nastalu štetu.“⁴⁴

Još jedan primjer dopunske primjene Općeg građanskog zakonika nalazimo u Presudi Vrhovnog suda od 4. augusta 1915. godine. Kupac - trgovac iz Sarajeva i prodavac (tužitelj) iz Beča zaključili su ugovor o prodaji flašica. Predmet prodaje bilo je ukupno 10 hiljada flašica, ali se pojavio spor o pitanju roka u kojem će kupac preuzeti svu robu. Vrhovni sud je spor odlučio pozivajući se na pravila Općeg građanskog zakonika:

*po propisu 915. o.g.z. u savezu sa 869. o.g.z. imadu se nejasne izjave kod dvostrano obveznih ugovora tumačiti na štetu onoga, tko se je tako izrazio. Prema tome mora se primiti, da je rok, u kome je trebalo robu primiti bio označen sa najmanje dvije godine dana, i pošto je ovaj rok već davno prošao, ne treba tek da sud u smislu propisa 347. trg. zakona taj rok određuje.*⁴⁵

Osim primjene Općeg građanskog zakonika kao dopunskog izvora Trgovačkog zakona, u praksi se mogu zapaziti i neki izuzeci koji ukazuju i na „sukob“ Trgovačkog zakona i Općeg građanskog zakonika. Takav primjer je spor u vezi sa prodajom vina između tužitelja (prodavca) iz Dalmacije i kupca (tuženog) trgovca iz Sarajeva. Spor je nastao oko pitanja da li je sklopljeni ugovor po svom sadržaju predstavljao trgovački ugovor ili komisioni ugovor. Prvostepeni sud – okružni sud u Sarajevu je procijenio da je ovdje riječ o trgovačkom poslu, u smislu člana 282 Trgovačkog zakona. Sud je odbio tužiteljev zahtjev za naknadu štete, jer tužitelj nije postupio u skladu sa članom 372 Trgovačkog zakona (tj. nije odmah obavijestio drugu stranu da će tražiti naknadu štete i ostavio mu primjeren rok za naknadno ispunjenje).⁴⁶ Drugostepeni sud – Vrhovni sud

⁴⁴ Arhiv BiH, Vrhovni sud za BiH, Građanske parnice, 1916, 146. (Presuda Vrhovnog suda od 14.03.1916.).

⁴⁵ Arhiv BiH, Vrhovni sud za BiH, Građanske parnice, 1916, 283. (Presuda Vrhovnog suda od 4.08.1915.)

⁴⁶ Arhiv BiH, Vrhovni sud za BiH, Građanske parnice, 1916, 262. (Presuda od 3.06.1916.)

u Sarajevu imao je drugačiji stav. Ovaj sud je procijenio da je sporni ugovor predstavljao komisioni posao u smislu člana 381 Trgovačkog zakona. Sud je zaključio, pošto se pravila 372 Trgovačkog zakona odnose samo na trgovačku prodaju, ona se ne mogu primijeniti na komisiju nabavku robe. U skladu s tim je Vrhovni sud zaključio da se tužiteljjev zahtjev treba prosuđivati po normama Općeg građanskog zakonika. Prema tome, tužitelju je dosuđeno pravo na naknadu štete u smislu člana 1295 Općeg građanskog zakonika.⁴⁷

Iz svega navedenog se može zaključiti da je Opći građanski zakonik imao ulogu dopunskog pravnog izvora u poslovnoj, trgovačkoj i sudskoj praksi Bosne i Hercegovine. Njegova primjena imala je uglavnom dopunski karakter, a ponekad su postojali i određeni elementi konkurentskog odnosa ova dva pravna izvora (Trgovačkog zakona i OGZ-a). Favoriziranje Općeg građanskog zakonika kao dopunskog izvora (umjesto osmanskog civilnog prava) predstavljala je odraz razvitka materijalnog građanskog prava u Bosni i Hercegovini. Ono se u praksi sve više orijentiralo na rješenja austrijskog Općeg građanskog zakonika, a posebno i skoro isključivo u oblasti obligacionog prava. Osim toga, primjena Općeg građanskog zakonika u trgovačkim predmetima bila je posljedica: 1) nekompatibilnosti osmanskog prava sa novim – izmijenjenim društveno-ekonomskim prilikama u zemlji i općenito njemačkim trgovačkim pravom kodificiranim u Trgovačkom zakonu za BiH; 2) težnje za unificiranim trgovačkom pravom i praksom na području Monarhije, gdje je Opći građanski zakonik imao najveći utjecaj (iako nije u svim zemljama bio na snazi).

2.2. Trgovački običaji kao dopunski izvor trgovačkog prava

Osim formalnog državnog zakonodavstva, u poslovnom i trgovačkom životu Bosne i Hercegovine važnu ulogu su imali i običaji. Ovaj izvor trgovačkog prava redovno je dolazio do upotrebe u svakodnevnoj praksi bosanskohercegovačkih trgovaca, zbog čega ih je i sudska praksa uzimala u obzir kod rješavanja trgovačkih sporova. Kao i kod primjene Općeg građanskog zakonika, pravni osnov za dopunsku primjenu trgovačkih običaja predstavljao je član 1 Trgovačkog zakona za Bosnu i Hercegovinu.

Na osnovu istražene sudske prakse može se doći do nekoliko općih zaključaka o primjeni trgovačkih običaja. Postojanje nekog običaja uglavnom su isticale stranke u trgovačkim sporovima, kako bi dokazale osnovanost svojih zahtjeva. Pozivani svjedoci i vještaci iz određene oblasti (trgovci određenom

⁴⁷ Arhiv BiH, Vrhovni sud za BiH, Građanske parnice, 1916, 262. (Presuda Vrhovnog suda od 28.11.1916.)

robom, zaposlenici određenog poduzeća i slično), koji bi potvrdili postojanje i sadržaj konkretnog običaja. Međutim, na osnovu istraženih slučajeva iz prakse okružnih sudova i Vrhovnog suda, stiče se dojam da sudovi nisu imali veliku sklonost da svoje odluke temelje isključivo na tako utvrđenom trgovačkom običaju te su obično, pored iskaza svjedoka o postojanju nekog običaja, svoje odluke nastojali da temelje na dodatnim dokazima i utvrđenim činjenicama. U nastavku teksta prenosimo dva takva primjera.

Prvi primjer je slučaj koji se odvijao pred Okružnim sudom u Travniku 1915. godine. Stranke u sporu bili su trgovac iz Travnika, kao prodavac (tužitelj) i trgovačka tvrtka (kupac, tuženik) iz Mostara. Spor između ovih strana nastao je u vezi prodaje drva. Ugovoreno je da prodavac „liferuje robu franco vagon“ između željezničkih stanica Babino selo i Vijenac. Prodavac je naplatio dio cijene i za ostatak tužio kupca, dok je kupac u protutužbi tvrdio da je krivnjom prodavca pretrpio štetu i da je bio izložen nepotrenim troškovima i troškovima koje je prodavac trebao sam da snosi.⁴⁸

U ovom slučaju bilo je nekoliko spornih pitanja koja su trebala biti riješena prema postojećim trgovačkim običajima. Pošto je ugovorena predaja robe „franco vagon“ na otvorenoj pruzi, među strankama je nastao spor oko pitanja ko je trebao snositi troškove nabavke i ispunjavanja tovarnih listova i nabavke vagona. Kupac je tvrdio da su, prema trgovačkom običaju, ove obaveze bile na strani prodavca, dok je prodavac tvrdio da su te obaveze spadale na teret kupca. Sud je dopustio saslušanje vještaka jedne i druge strane, koji su imali suprotna mišljenja o sadržaju trgovačkih običaja o navedenim pitanjima.

Vještak na strani prodavca, trgovac drvima, izvjesni Stjepan Papić, tvrdio je da u slučaju ugovora „franco vagon na otvorenoj pruzi“ prodavac ima samo obavezu utovara u vagone, dok je troškove nabavke i ispunjavanja tovarnih listova i troškove nabavke vagona trebao snositi onaj koji je robu preuzeo (kupac). S druge strane, vještak na strani kupca, izvjesni Petar Pedotli, direktor drvnog poduzeća „Schukam“, tvrdio je suprotno. U svom iskazu je naveo da prema trgovačkom običaju ove troškove treba da snosi pošiljalac. Svoju tvrdnju je zasnivao na poslovnoj praksi svoga poduzeća, prema kojoj su ugovori redovno sadržavali i klauzulu o takvoj obavezi prodavca, uz napomenu da se po njegovom mišljenju tu radi o trgovačkom običaju (kojeg su oni samo uključili u svoje ugovore, napomena autora).⁴⁹

⁴⁸ Arhiv BiH, Vrhovni sud za BiH, Građanske parnice, 1916, 8. (Presuda od 11.10.1915.).

⁴⁹ Arhiv BiH, Vrhovni sud za BiH, Građanske parnice, 1916, 8. (Presuda od 11.10.1915.)

Okružni sud je 11. oktobra 1915. godine donio presudu u kojoj je ova sporna pitanja odlučio u korist prodavca. Međutim, Sud ovu odluku nije temeljio isključivo na iskazu vještaka o postojanju trgovačkog običaja, nego je u obzir uzeo i dodatne dokaze iz kojih je zaključio da je to bila volja stranaka prilikom sklapanja ugovora. U obrazloženju presude sud se pozvao na sadržaj ugovorne korespondencije stranaka tj. pismo iz kojeg proizilazi da je obaveza kupca bila da na otvorenoj pruži „preuzme“ robu. Imajući to u vidu, sud je zaključio da je na kupcu bila dužnost da se pobrine za dalju otpremu robe, u što je spadala i obaveza nabavke i ispunjenja tovarnih listova. Sud je također naglasio da na to ne utiče činjenica što je na tovarnom listu bilo označeno ime prodavca kao pošiljaoca, jer je prodavac morao biti upisan kao „nabavljač i pošiljač drva“, pošto je samo on imao pravo da vrši utovar na otvorenoj pruži. To pravo kupac nije imao, pa ne bi mogao ni dobiti vlak za utovar drva.⁵⁰

Kada je riječ o trošku dobavljanja vlaka na mjesto tovarjenja, sud je prihvatio mišljenje prodavčevog vještaka S. Papića, prema kojem je kupac trebao snositi ovaj trošak. U obrazloženju ove odluke, sud je naglasio da ne prihvata protivno mišljenje vještaka P. Pedotlija, obzirom da on dolazi iz Švajcarske i da je u Bosni zaposlen u stranom velepoduzeću, koje posluje po svojim posebnim pravilima. Sud je zaključio da ovom vještaku „ne može biti poznat trgovački običaj, koji vlada među ovdašnjim malim trgovcima“. Međutim, i ovdje je sud tražio dodatni dokaz i osnov za svoju procjenu, pa je u obrazloženju dodao dvije dodatne činjenice, koje potvrđuju da je ova obaveza bila na strani kupca. Prvo, činjenica da je ova obaveza (prodavca da snosi trošak dobavljanja vagona) utanačena u ugovore poduzeća potvrđuje da to nije uobičajena praksa i običaj. Sud je zaključio: „kad bi uopće postojao ovakav običaj da kupac snosi troškove skopčane sa dobavom vlaka na stovarište ne bi bilo ni nužno da se ovaj pasus uzme u ugovor.“ Druga činjenica je postupanje kupca tokom isporuke robe. Naime, kupac je još kod prve pošiljke morao znati da on snosi ovaj trošak, ali tome nije prigovorio sve dok prodavac nije tražio novac. Iz toga je sud zaključio da je namjera obje ugovorne strane bila da ovaj trošak snosi kupac.⁵¹

Primjer dopunske primjene trgovačkog običaja nalazimo u jednom sporu iz 1916. godine, koji se vodio između kupca (tužitelja) trgovačke tvrtke Braće H. Jusufovića iz Sarajeva i tužene trgovačke tvrtke (prodavca) „Erste bosnisch-herzegowinische Kerzen-, Seife-, Kristallsoda- und Fettwarenfabrik Aktiengesellschaft „Vila“ iz Sarajeva. U prvostepenom postupku Okružni sud je procijenio da kupac

⁵⁰ Arhiv BiH, Vrhovni sud za BiH, Građanske parnice, 1916, 8. (Presuda od 11.10.1915.)

⁵¹ Arhiv BiH, Vrhovni sud za BiH, Građanske parnice, 1916, 8. (Presuda od 11.10.1915.)

nije ispunio uslove propisane u članu 371. Trgovačkog zakona (bio je u odlvaci sa ispunjenjem ugovora) i članu 372. Trgovačkog zakona (nije odmah javio drugoj strani da će tražiti naknadu štete i odredio naknadni rok za ispunjenje). Ovu procjenu sud je, između ostalog, temeljio na iskazu vještaka Alberta Vita Loevy da je prodavac, po trgovačkom običaju, dužan „odmah – prompt“ nakon dispozicije kupca liferovati robu (zbog čega je konstatirano da kupac nije ispoštovao uslov iz člana 372 Trgovačkog zakona da prodavca obavijesti „odmah“).⁵²

U drugostepenom postupku je tužitelj (kupac) tvrdio da takav običaj ne postoji u Sarajevu i kao dokaz nudio stručno mišljenje Trgovačke i obrtničke komore u Sarajevu. Međutim, Vrhovni sud je odbio apelaciju kupca i potvrdio odluku i stanovišta prvostepenog suda. Iako je prihvatio iskaz vještaka i ocjenu prvostepenog suda o postojanju navedenog trgovačkog običaja, Vrhovni sud je svoju procjenu vezao za dodatne nesporne-utvrđene činjenice, kao što su vrijeme i sadržaj korespondencije stranaka i sadržaj kupovnog lista.⁵³

Zaključak

Bosna i Hercegovina je u drugoj polovini XIX stoljeća u dva navrata dobila novo trgovačko zakonodavstvo nastalo recepcijom stranog prava. Poslovnu i pravnu praksu s kraja XIX i tokom prve polovine XX stoljeća obilježilo je trgovačko zakonodavstvo koje je nametnula austrougarska vlast 1883. godine.

U radu je dokazano da je u Trgovačkom zakonu za Bosnu i Hercegovinu iz 1883. godine kodificirano njemačko trgovačko pravo, posredno preuzetog iz Općeg njemačkog trgovačkog zakonika iz 1861. godine. Ovo njemačko trgovačko pravo u Bosnu i Hercegovinu je stiglo preko Austro-Ugarske. Opći njemački trgovački zakonik prvo je preuzet u Austriji (1863.), a zatim i Ugarskoj (1875.), da bi konačno u procesu širih zakonodavnih reformi bio recipiran i za Bosnu i Hercegovinu. Izbor ugarske verzije za izradu bosanskohercegovačkog zakona bio je rezultat historijskog trenutka i razvitka njemačkog trgovačkog prava u Austro-Ugarskoj. Ugarska verzija predstavljala je jednostavno znatno poboljšanu i najnoviju verziju njemačkog trgovačkog prava, u koju su bila uključena iskustva novijeg doba i najnovije stanje nauke. U svakom slučaju je stupanje na snagu Trgovačkog zakona za Bosnu i Hercegovinu na podlozi njemačkog/austrijskog/ugarskog izvornika značilo suštinsku unifikaciju

⁵² Arhiv BiH, Vrhovni sud za BiH, Građanske parnice, 1916, 129. (Preduda od 28.03.1916.)

⁵³ Arhiv BiH, Vrhovni sud za BiH, Građanske parnice, 1916, 129. (Preduda od 07.06.1916.)

ove oblasti na cijelom carinskom području Austro-Ugarske, ali i na širem području centralne i jugoistočne Evrope.

Trgovački zakon za Bosnu i Hercegovinu sastavljen je iz tri dijela: Opće ustanove; prvi dio koji je sadržavao pretežno formalne odredbe o trgovcima i trgovačkim društvima; drugi dio koji je sadržavao materijalno-pravne odredbe o trgovačkim poslovima. Iako je zakonski tekst izrađen na podlozi ugarskog Trgovačkog zakona, postojale su određene i značajne razlike između ova dva zakonska teksta, kako u formulacijama i terminologiji, tako i u sadržaju zakonskih normi. Jedan dio ovih razlika predstavljao je rezultat prilagođavanja zakona nekim specifičnostima društvenog i pravnog uređenja Bosne i Hercegovine, dok je drugi dio modifikacija bio rezultat raznih intervencija u naknadnom procesu usvajanja i usaglašavanja finalnog teksta nacрта.

Suprotno nekim pogrešnim, neosnovanim i kontradiktornim zaključcima u novijoj domaćoj historijskoj literaturi, rezultati istraživanja u ovom radu su pokazali da Trgovački zakon u vrijeme svog donošenja i stupanja na snagu (1883.) nije odgovarao društveno-ekonomskim prilikama, niti postojećoj poslovnoj i trgovačkoj praksi u Bosni i Hercegovini. U radu je zaključeno da namjera vlade nije bila da donese zakon koji bi odražavao prilike i poslovne prakse u Bosni i Hercegovini. Cilj vlade bilo je donošenje zakona kojim bi uspostavila u značajnoj mjeri unificirano trgovačko pravo na cijelom području Monarhije, kako bi se olakšalo poslovanje i robna razmjena između Austro-Ugarske i okupiranog područja. Takav zakon je tek sa protekom vremena više odražavao privredne prilike u zemlji i zapravo je utjecao na transformaciju poslovne prakse i općenito trgovinskih/privrednih prilika u zemlji.

Opći njemački trgovački zakonik iz 1861. regulirao je u svom prvom članu opći princip popunjavanja pravnih praznina u trgovačkim stvarima. Određeno je da su za slučaj pravnih praznina (ako Zakonik ne sadrži određeno pravilo) bili mjerodavni, u prvom redu, trgovački običaji, a u drugom redu pravila općeg građanskog prava. Ovo opće pravilo preuzeto je u austrijski, ugarski i bosanskohercegovački trgovački zakon.

Na osnovu toga je u Bosni i Hercegovini austrijski Opći građanski zakonik dobio ulogu dopunskog pravnog izvora, iako nije formalno stupio na snagu u Bosni i Hercegovini. U radu je zaključeno da je favoriziranje Općeg građanskog zakonika kao dopunskog izvora (umjesto domaćeg/osmanskog civilnog prava) u domaćoj poslovnoj i sudskoj praksi bilo rezultat razvitka materijalnog građanskog prava u Bosni i Hercegovini na prelazu u XX stoljeće. Ono se u praksi sve više orijentiralo na rješenja austrijskog Općeg građanskog zakonika, a posebno i skoro isključivo u oblasti obligacionog prava.

Osim formalnog državnog zakonodavstva, u poslovnom i trgovačkom životu Bosne i Hercegovine važnu ulogu su imali i običaji. Ovaj izvor trgovačkog prava redovno je dolazio do upotrebe u svakodnevnoj praksi bosanskohercegovačkih trgovaca, zbog čega ih je i sudska praksa uzimala u obzir kod rješavanja trgovačkih sporova. Kao i kod primjene Općeg građanskog zakonika, pravni osnov za dopunsku primjenu trgovačkih običaja predstavljao je član 1 Trgovačkog zakona za Bosnu i Hercegovinu.

Na osnovu svega navedenog, smatramo da su dokazane postavljene teze o porijeklu, sadržaju i ulozi izvora materijalnog trgovačkog prava u Bosni i Hercegovini na početku XX stoljeća. U radu je dokazano da su ti izvori bili: recipirano njemačko trgovačko pravo, austrijsko materijalno civilno pravo i domaći trgovački običaji. Glavni izvor bio je formalno proglašeni državni zakon tj. Trgovački zakon za Bosnu i Hercegovinu iz 1883. godine, čije su praznine popunjavane poluformalnim i nedržavnim izvorima: trgovačkim običajima (koji predstavljaju izvor nedržavnog porijekla) i Općim građanskim zakonikom iz 1811. (koji nije bio formalno proglašen za Bosnu i Hercegovinu). Ovo su izvori na kojima je izgrađeno moderno trgovačko pravo Bosne i Hercegovine na početku XX stoljeća.

Bibliografija

I Neobjavljeni arhivski izvori

Arhiv BiH, Zajedničko ministarstvo finansija

Arhiv BiH, Zemaljska vlada za BiH

Arhiv BiH, Vrhovni sud za BiH

Allgemeines Verwaltungsarchiv (Austrijski državni arhiv)

II Zbornici zakona, prevodi i komentari zakona

Normativni izvori, zbornici zakona i naredbi, zbirke sudskih odluka, izvještaji:

Das ungarische Handelsgesetz (Deutsche Ausgabe), Redigirt von Dr. Carl Herlich, Dr. Nicolaus v. Szvetenay und Ödön Steinacker, Zweite vermehrte und verbesserte Auflage, Lafite & Elsner, Budapest, 1876.

Izvještaj o upravi Bosne i Hercegovine. (1906). Zagreb, C. i Kr. Zajedničko ministarstvo financija.

Medželle i ahkjami šerije (Otomanski građanski zakon) (1906). Bosansko-hercegovački zakoni, IV svezak, I i II dio, Sarajevo: Tisak i naklada Daniela A. Kajona

Sammlung der für Bosnien und die Hercegovina erlassenen Gesetze, Verordnungen und Normalweisungen 1878-1880. (1881). II Band, Justizverwaltung. Wien.

Sammlung der Justiznormalien für Bosnien und die Hercegovina, Band I, Jahrgang 1878-1885.

Sbornik zakonah i naredabah valjanih za kraljevinu Hrvatsku i Slavoniju. (1876). Godina 1875., Komad I.-XXXIX., Br. 1.-88., Zagreb.

Präjudicienbuch in Civilsachen, Band II, Sammlung der Entscheidungen aus den Jahren: 1890, 1891, 1892, 1893, 1894 und 1895. (1899). Obergericht für Bosnien und die Hercegovina, Sarajevo.

Präjudicienbuch in Civilsachen, Band IV, Sammlung der Entscheidungen aus den Jahren 1896, 1897, 1898, und 1899. (1900). Obergericht für Bosnien und die Hercegovina, Sarajevo.

Zbornik zakona i naredaba za BiH. (1883). Sarajevo.

III Knjige i članci

Ajsner, B. (1920). *O općem građanskom pravu u Bosni i Hercegovini*. Preštampano iz „Arhiva“ za pravne i društvene nauke. Beograd.

Bečić, M. (2011). Historijska i pravna osnovanost primjene Općeg građanskog zakonika u Bosni i Hercegovini nakon okupacije 1878. godine. *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, 63-79.

Bečić, M. (2014). Primjena Medželle u postosmanskoj Bosni i Hercegovini. *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, 51-66.

Bečić, M. (2013). Osmansko tanzimatsko pravo i austrougarski pravni poređak u Bosni i Hercegovini. *Anali Pravnog fakulteta u Zenici*, 12, 187–201.

Bečić, M. (2017). Das Privatrecht in Bosnien-Herzegowina (1878–1918): Zur Koexistenz österreichischer und ottomanischer Rechtsinstitutionen. U: T. Simon (ured.). *Konflikt und Koexistenz – Die Rechtsordnungen Südosteuropas im 19. und 20. Jahrhundert, Band II, Serbien, Bosnien-Herzegowina* (str. 71-137). Frankfurt: Vittorio Klostermann.

Bečić, M. (2022). Commercial disputes and application of Ottoman commercial law in Bosnia and Herzegovina. U: M. Löhnig, I. Masheva

(ured.). *Commercial Law in Southeastern Europe Legislation and Jurisdiction from Tanzimat Times until the Eve of the Great War* (str. 17-51). Wien: Böhlau.

Bečić, M. (2021). Trgovački sporovi u Bosni i Hercegovini: osvrt na sudove, stranke, predmete i dokumente ranog postosmanskog perioda, *Historijska traganja – Historical Searches*, 20, 143-171.

Bergfeld, C. (1986). Die Kodifikationen des österreichischen Handels- und Wechselrechts, u: H. Coing, *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte; Dritter Band: Das 19. Jahrhundert, 3. Teilband: Gesetzgebung zu den privatrechtlichen Sondergebieten* (str. 3042-3057). Veröffentlichung des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte. München: C.H. Beck Verlag.

Berkes, N. (1998). *The Development of Secularism in Turkey*. London: Hurst and Company.

Eichler, E. (1889). *Das Justizwesen Bosniens und der Herzegovina*. Wien: Landesregierung für Bosnien und die Herzegovina.

Hauptmann, F. (1987). Privreda i društvo Bosne i Hercegovine u doba austrougarske vladavine (1878-1918). U: *Prilozi za istoriju Bosne i Hercegovine, II, Akademija nauka i umjetnosti Bosne i Hercegovine* (str. 99-211.), Posebna izdanja, Odjeljenje društvenih nauka, knj. LXXIX, knj. 18. Sarajevo.

Juzbašić, Dž. (2002). Neke karakteristike privrednog razvitka Bosne i Hercegovine u periodu od 1878. do 1914. godine. U: Dž. Juzbašić. *Politika i privreda u Bosni i Hercegovini pod austrougarskom upravom* (str. 141-154). Akademija nauka i umjetnosti Bosne i Hercegovine, Posebna izdanja, Knjiga CXVI, Odjeljenje društvenih nauka, Knjiga 35, Sarajevo.

Kasumović, A. (2016). *Austrougarska trgovinska politika u Bosni i Hercegovini*. Sarajevo: Udruženje za modernu historiju (UMHIS).

Ogris, W. (2003). Die Rechtsentwicklung in Cisleithanien. U: Adam Wandruszka; Peter Urbanitsch (ured.), *Die Habsburgermonarchie 1848-1918, Band II: Verwaltung und Rechtswesen* (str. 538-662). Wien: Verlag der österreichischen Akademie der Wissenschaften.

Pilar, I. (1911). Entwicklungsgang der Rezeption des österreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches in Bosnien und der Herzegovina unter besonderer Berücksichtigung des Immobilienrechtes. U: *Festschrift zur Jahrhundertfeier des Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuc-*

hes 1. Juni 1911 (str. 702-726). Erster Teil, Wien: Manz'sche k. u. k Hof-Verlags- u. Universitäts-Buchhandlung.

Schön, J. (1913). *Das bosnisch-herzegowinische, oesterreichische, ungarische und kroatische Handelsrecht in ihren Verschiedenheiten: ein vergleichender und ergänzender Kommentar zum Handelsgesetze für Bosnien und die Herzegowina*. Wien.

Sladović, E. (1926). *Islamsko pravo u Bosni i Hercegovini*. Beograd: Gece Kona.

Sladović, E. (1926). *Pravno-povjesni prikaz razvoja trgovine i trgovačkog prava u Bosni i Hercegovini od najstarijih vremena do najnovijeg doba*.

Vrbanić, F. (1892). *Trgovački zakon - tumač zakonskomu članku XXXVII.:1875 zajedničkoga Hrvatsko-ugarskoga sabora uz obzir na austrijski i bosansko-hercegovački trgovački zakon*. Zagreb: Kraljevska Hrvatska, Slavonska, Dalmatinska zemaljska vlada.

Winter, V. (1912). *Trgovacki zakon - tumač zakonskomu članku 37.:1875 i bosansko-hercegovačkom trgovackom zakonu s obzirom na austrijski trgovacki zakon*. Zagreb.

Zlinszky, J. (1986). *Handelsrecht: Ungarn*. U: H. Coing. *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, Dritter Band: Das 19. Jahrhundert, 3. Teilband: Gesetzgebung zu den privatrechtlichen Sondergebieten* (str. 3513-3523), Veröffentlichung des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte. München: C.H. Beck.

Zobkow, M. (1921). *Primjenjivanje austrijskog općeg građanskog zakonika u Bosni i Hercegovini*, Preštampano iz „Mjesečnika“: Zagreb.

Mehmed Bečić, PhD

Assistant professor

University of Sarajevo

Faculty of Law

m.becic@pfsa.unsa.ba

**GERMAN, AUSTRIAN, AND DOMESTIC SOURCES OF
SUBSTANTIVE COMMERCIAL LAW IN BOSNIA AND
HERZEGOVINA AT THE BEGINNING OF THE 20TH CENTURY**

Summary

The subject of this paper is the Commercial Law for Bosnia and Herzegovina from 1883 and in general the sources of substantive commercial law from the perspective of court practice at the beginning of the 20th century. The work aims to fill the gaps in the existing legal-historical literature and to correct certain errors in the interpretation of the commercial legislation from 1883. In this way, we are answering the question of the origin and development of modern commercial law in Bosnia and Herzegovina, which was based on legal sources of German, Austrian and Bosnian (domestic) origin.

The research results presented in this paper clearly show that Bosnia and Herzegovina received German commercial law in 1883, which in commercial practice was supplemented by the rules of Austrian civil law (General Civil Code from 1811) and domestic commercial customs. These three sources, different in origin, content, and form, characterized and transformed the business/commercial and legal practice of Bosnia and Herzegovina at the end of the 19th and the beginning of the 20th century.

Keywords: *Legal history, Commercial law, Bosnia and Herzegovina, General German Commercial Code, Austria-Hungary*

Nasir Muftić, MA

Viši asistent
Univerzitet u Sarajevu
Pravni fakultet
n.muftic@pfsa.unsa.ba

UDK 339.13:347.72]:346.9

Izvorni naućni rad

Nihad Odošahić, LL.M.

Doktorant na Pravnom fakultetu
Univerziteta u Sarajevu
Advokat u saradnji sa Karanović
& Partners
nihad.odobasic@kadv.legal

KAZNE I RECIDIVIZAM U BOSANSKOHERCEGOVAĆKOM PRAVU KONKURENCIJE: LEKCIJE IZ EVROPSKE UNIJE

Sažetak:

Pravo konkurencije poznaje različite instrumente koji se razvijaju kroz vrijeme kako bi odgovorili izazovima moderne privrede. U ovom radu smo nastojali prikazati ključne institute prava konkurencije koji su u vezi sa kažnjavanjem, te analizirati propise koji reguliraju ove oblasti na nivou Evropske unije i Bosne i Hercegovine, sa posebnim osvrtom na kažnjene subjekte i recidivizam u Bosni i Hercegovini. Ovaj rad predstavlja uporedni prikaz instituta recidivizma i programa ublažavanja kazni u pravu Evropske unije i Bosne i Hercegovine. Analiziraju se sličnosti i razlike u propisima ali i njihovoj primjeni. Razlike postoje u obje sfere, što se u slučaju Bosne i Hercegovine ogleđa prije svega u nedostatku propisa kojima bi se posebno reguliralo pitanje recidivizma u pravu konkurencije.

Ključne riječi: *pravo konkurencije, recidivizam, ublažavanje kazni (leniency), konkurencijsko vijeće, sankcije, novćane kazne*

Uvod

Pravo konkurencije je izuzetno široka pravna oblast koja se u današnjem svijetu brzo razvija. Moderni privredni tokovi, sve više povezana tržišta i nikad veći privredni subjekti dovode do pojave utjecaja na tržišta kakva do sada nisu viđena. Pravo konkurencije se uglavnom bavi pojavnim oblicima patoloških ponašanja koja su uočena kod tržišnih učesnika.

Ipak, značajno je pitanje i kako se suočiti sa prekršiocima prava konkurencije. Drugim riječima, postavlja se pitanje kakva je društvena reakcija poželjna? Ovo je pitanje jako široko i moguće ga je razmatrati iz brojnih uglova. U ovom radu će fokus biti na pitanju kažnjavanja učesnika koji su povratnici u činjenju povreda prava konkurencije, te na adekvatan društveni odgovor na problem suočavanja sa povredama prava konkurencije koje se ne bi mogle otkloniti bez kooperacije nekog od prekršioca. U prvom dijelu rada ćemo govoriti o kaznama i njihovoj ulozi u pravu konkurencije uopće. U drugom dijelu rada će biti riječ o recidivizmu, njegovom shvatanju u pravu konkurencije danas, te u posljedicama koje on stvara u postupanju sa licima koje ga čine. U trećem dijelu će fokus biti na proceduri ublažavanja kazne, kao mehanizmu za suočavanje sa nekim od najozbiljnijih povreda prava konkurencije.

U radu ćemo se baviti teoretskim okvirom, te nastojati predstaviti pogled na ova pitanja iz perspektive prava Evropske unije i domaćeg prava.

Uloga kazni u pravu konkurencije

Jedan od osnovnih ciljeva prava konkurencije je preveniranje ponašanja koja predstavljaju njegove povrede. Jedan od instituta prava konkurencije koji osigurava ispunjenje cilja je mogućnost određivanja kazni za subjekte koji krše njegova pravila. Do kršenja pravila prava konkurencije kao problema koji se putem kazni želi riješiti, dolazi usljed ispunjenja nekoliko uslova. Prvo, subjekti prava konkurencije¹ moraju imati stvarnu priliku za kršenje prava konkurencije. Drugo, oni moraju biti voljni načiniti povredu. Psihološke studije pokazuju da osobe u pravilu nisu voljne kršiti pravne norme (Tyler, 1990). Ljudi u pravilu prihvataju važnost pozitivnog prava i njegovog poštovanja. Treći uslov je

¹ Zakon o konkurenciji BiH (Službeni glasnik Bosne i Hercegovine br. 48/05, 76/07 i 80/09) u članu 2. između ostalog navodi da subjekt prava konkurencije uključuje sva pravna i fizička lica koja se posredno ili neposredno bave proizvodnjom, prodajom roba i pružanjem usluga učestvuju u prometu roba i usluga i koja mogu svojim djelovanjem sprječavati, ograničavati ili narušavati tržišnu konkurenciju.

dobrim dijelom i posljedica drugog - kako bi došlo do povrede prava, subjekti prava konkurencije moraju imati interes za to, koji se manifestuju kroz magnitudu očekivanog benefita u odnosu na očekivane troškove (Wils, 2006, 6).

U doktrini se smatra da se sprječavanje i smanjenje povreda prava konkurencije može učiniti tako što se utječe na bilo koji od navedenih uslova (Wils, 2006, 6). Na prvi i drugi uslov se može utjecati kroz *ex ante* mjere. Zapravo, politika prava konkurencije koja se vodi u Evropskoj uniji je upravo na to i fokusirana, kada je riječ o ovim uslovima. Ova politika je, na primjer, vidljiva na primjeru Uredbi br. 139/2004 od 20. januara 2004. godine o kontroli koncentracija između poduzetnika, koja predviđa obavezu prijave koncentracije nakon čega će biti donesena odluka o njenoj dopuštenosti. Ovakav pristup slijedi i većina jurisdikcija u Evropi, uključujući i Bosnu i Hercegovinu. Ipak, utjecaj kazni u odnosu na prvi uslov je jako mali, budući da one po svojoj prirodi nisu *ex ante* mjere.

Kazne su mnogo značajnije za drugi i treći uslov. U pogledu drugog uslova, utjecaj na voljnost subjekata prava konkurencije da načine povredu se može postići kroz javno zagovaranje važnosti poštovanja prava konkurencije, gdje bi se njegovo kršenje prikazalo kao nešto izuzetno sramotno i štetno za ugled i reputaciju prekršioca.² Na ovaj uslov utjecaj mogu imati i kazne, ili, preciznije rečeno, način na koji se one realiziraju. Prepoznata je važnost kažnjavanja prekršioca koja je javna, budući da takav vid kažnjavanja ima učinak generalne prevencije tako što sve potencijalne počiniocce prekršaja obavještava o stvarnoj prijetnji od propisanih kazni za one koji su voljni počiniti povredu radi ostvarivanja protifa³, ali ujedno i šalje poruku svim članovima društva o posvećenosti zakonodavca i regulatornog tijela sankcioniranju ovakvih štetnih, zbog čega im se stvara moralna obavaza usljed koje će biti voljni u budućnosti nastaviti poštovati pozitivno pravo.⁴ Osim toga, kazne u pravu konkurencije trebaju također imati i učinak specijalne prevencije, tj. utjecati na počiniocce povreda da ih u budućnosti ne čine.

U pogledu trećeg uslova, kazne trebaju služiti izmjeni ravnoteže između benefita i troškova koji nastaju usljed kršenja prava konkurencije, a koju počinioci

² Vidi: C.R. Sunstein, 'On the Expressive Function of the Law' (1996) 144 University of Pennsylvania Law Review 2021, D.M. Kahan, 'Social Influence, Social Meaning, and Deterrence' (1997) 83 Virginia Law Review 349

³ G.E. Lynch, 'The Role of Criminal Law in Policing Corporate Misconduct' (1997) 60 Law and Contemporary Problems 23.

⁴ J. Adenaes, 'The Moral or Educative Influence of Criminal Law' (1971) 27 Journal of Social Issues 17.

očekuju. Kazne trebaju, uslovno rečeno, povećati očekivane troškove kršenja prava konkurencije, te na taj način promijeniti kalkulaciju o isplativosti koju počinioци imaju i učiniti povrede skupim i neisplativim. Kažnjavanje na taj način ima učinak odvraćanja od povrede za počinoce. Ideja o odvraćanju od činjenja povreda prava konkurencije kroz zapriječene kazne će funkcionisati samo ukoliko, iz perspektive subjekta prava konkurencije koji razmatra da li načiniti povredu ili ne, očekivana kazna za povredu premašuje očekivani benefit koji će se povredom dobiti. U vezi sa ovim, značajna je i percepcija subjekta prava konkurencije o stvarnoj mogućnosti da bude kažnjen za učinjene prekršaje, što zavisi od mnoštva faktora kao što su dostupni resursi i kompetencije regulatornog tijela, visina zapriječene kazne i tako dalje.⁵ Kazne, naravno, nisu jedine mjere koje zakonodavac i regulator mogu primijeniti kako bi ostvarili ovaj efekat. Na primjer, poznato je korištenje mjera koje dovode do povećanja troškova vršenja povreda u slučaju kartela, kao što su politike ublažavanja kazne u slučaju saradnje sa regulatornim tijelom, mehanizmi koji se primjenjuju za povećanje kazni u određenim slučajevima, dostupnost privremenih mjera koje će očuvati *status quo* do okončanja postupka i tako dalje.⁶

Naposlijetku, u onim sistemima u kojima se kazne sastoje, između ostalog, i u oduzimanju protivpravno stečenih koristi povredama prava konkurencije, ono što je oduzeto obično će biti usmjereno ka javnom budžetu, a neće ka onim osobama koje su oštećene zbog povrede.⁷ Zbog toga bi se moglo tvrditi da kazne u pravu konkurencije ostvaruju ciljeve korektivne pravde kroz kompenziranje na indirektan i apstraktan način (Wils, 2006, 11).

Recidivizam

a) Pojam i teoretski okvir

Recidivizam predstavlja društveno štetnu pojavu koja se očituje u ponovnom činjenju društveno nepoželjnog ponašanja od strane istog subjekta koji je prethodno bio sankcionisan za to.⁸ Ova definicija predstavlja minimum oko

⁵ L.A. Bebchuk and L. Kaplow, 'Optimal Sanctions and Differences in Individuals' Likelihood of Avoiding Detection' (1993) 13 International Review of Law and Economics 217.

⁶ O.S. Stigler, 'A Theory of Oligopoly' (1964) 72 Journal of Political Economy 44, D.K. Osborne, 'Cartel Problems' (1976).

⁷ Oštećena lica mogu zahtijevati naknadu pretrpljenje štete u parničnom postupku.

⁸ James Henslin, Social problems: a down-to-earth approach (2008).

kojeg se doktrina slaže. Kriminologija često vezuje recidivizam kod fizičkih osoba sa psihopatijom, što ima veze sa poremećajima ličnosti učinitelja koja se ogleda u nemogućnosti da se uči iz grešaka iz prošlosti (Connor, 2010, 9). Budući da pravne osobe nemaju ličnost, recidivizam se vezuje samo za identitet pravnog lica, iako postoje i stavovi da recidivizam pravnih osoba, a naročito korporativni recidivizam, zahtijeva da osoba kroz određeno vrijeme ima kontinuitet osobnosti koju manifestuje prema drugima, što se naziva i “korporativnom kulturom”.⁹

Recidivizam je indikator da društveni odgovor na nepoželjno ponašanje nije bio dostatan. Kada se javi, recidivizam zahtijeva posvećivanje posebne pozornosti njegovim počiniocima, budući da se javlja bojazan da oni ne nastave sa društveno neprihvatljivim ponašanjem. U tom smislu, društva uglavnom predviđaju različite kazne za učinioce koji prvi put načine povredu, od kazni predviđenih za povratnike u kršenju prava konkurencije. Na ovom mjestu se postavljaju sljedeća pitanja: da li se bilo koje prethodno kršenje prava konkurencije čini počinitelja prekršaja povratnikom, ili je to samo određena kategorija povreda i da li je važno koliko davno je u prošlosti počinjena povreda? Društva širom svijeta uglavnom primjenjuju uže shvatanje pojma recidivizam, razumijevajući da on uključuje srodne vrste kršenja prava, pri čemu se veća važnost daje kršenjima koja su se desila bliže sadašnjosti.¹⁰ Na primjer, u pravu konkurencije Sjedinjenih Američkih Država, Šermanov zakon utvrđuje da će kršenja u prethodnih deset godina imati isti značaj pri određivanju kazni u slučaju kartela.

U nastavku će biti pojašnjeno stajalište Evropske unije i Bosne i Hercegovine o ovom pitanju.

b) Evropska unija

Evropska unija je naročito zainteresirana za pitanje recidivizma u pravu konkurencije u posljednja dva desetljeća. Evropska komisija (u nastavku i kao: Komisija) je već 1998. godine usvojila Smjernice o metodi za utvrđivanje novčanih kazni u pravu konkurencije.¹¹ Ovaj akt je u međuvremenu izmijenjen,

⁹ Marshall B. Clinard i Peter C. Yeager, *Corporate crime*, (1980).

¹⁰ Steven L. Friedlander, *Using Prior Corporate Convictions to Impeach*, CAL. L. REV. 78, 1313 (October 1990).

¹¹ Puni naziv akta je Smjernice o metodi za utvrđivanje novčanih kazni koje se propisuju u skladu s člankom 15. stavkom 2. Uredbe br. 17. i člankom 65. stavkom 5. Ugovora o EZUČ-u.

tako da su od 2006. na snazi nove Smjernice o metodi za utvrđivanje kazni¹² u pravu konkurencije.

Jedna od osnovnih promjena u ovom aktu se odnosila na recidivizam, gdje je utvrđeno da će povratnici u kršenju prava konkurencije biti kažnjeni višim kaznama nego u prošlosti. U skladu sa novim Smjernicama, Komisija će uzeti u obzir ne samo svoje prethodne odluke, nego i odluke nadležnih tijela za pravo konkurencije u državama članicama Evropske unije koje primjenjuju pravo konkurencije Evropske unije. Utvrđeno je da povećanje kazne zbog recidivizma može biti do iznosa od 100%, kao i da svako ranije kršenje prava konkurencije od strane povratnika može opravdati ovakvo postupanje Komisije.¹³ Međutim, čak i prije donošenja Smjernica iz 2006. godine, Komisija je uspostavila praksu povećanja kazni u slučaju recidivizma. Obično bi se iznos povećanja kretao oko iznosa od 50% od određene kazne, bez obzira na broj prethodno načinjenih prekršaja od strane počinioca (Wils, 2008, 295). Ovakve odluke Komisije su uglavnom bile potvrđene od strane Suda Evropske unije.¹⁴ Prirodno, ovakva praksa Komisije je trpila kritike od strane pravnih praktičara i članova poslovne zajednice zbog toga što je, kako su tvrdili, bila neproporcionalna, kao i zbog toga što nije imala jasan okvir u kojem se kretala.¹⁵ Usljed kritika, neke države članice Evropske unije koje su usvojile akte o načinu kažnjavanja povratnika u kršenju prava konkurencije su odlučile da neće slijediti primjer Komisije i njenih Smjernica iz 2006. godine, te su se odlučile za uvođenje nižih maksimuma za povećanje kazni, kao i jasnijih uslova za utvrđivanje koji oblici recidivizma će biti uzeti u obzir kod ovakvog postupanja.¹⁶

¹² Puni naziv akta je Smjernice o metodi za utvrđivanje kazni koje se propisuju u skladu s člankom 23. stavkom 2. točkom (a) Uredbe br. 1/2003.

¹³ Vidi obavještenje za medije Komisije od 28.06.2006. godine, koje je dostupno na: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-06-857_en.htm?locale=en

¹⁴ Na primjer, vidi odluke u predmetima broj C-3/06 P Danone v. Commission [2007] ECR I-1331 i broj C-413/08 P Lafarge v. Commission.

¹⁵ K. Nordlander, *The Commission's Policy on Recidivism: legal certainty for repeat offenders?* (2005) 2 *Competition Law Review* 55–68.

¹⁶ Tijelo za zaštitu prava konkurencije Španije je 06.02.2009. godine objavilo način utvrđivanja kazni za povrede Zakona o konkurenciji Španije br. 15/2007 i prava konkurencije Evropske unije, gdje je utvrđeno da kazna može biti povećana od 5% do 15%, kao i da je maksimalni period koji se može uzeti u obzir deset godina između prvog utvrđivanja povrede i početka drugog postupka. U Francuskoj je 16.05.2011. godine objavljena metodologija za određivanje novčanih kazni, gdje je utvrđeno da kazna može biti povećana od 15% do 50%, kao i da je maksimalni period koji se može uzeti u obzir petnaest godina između prvog utvrđivanja povrede i početka drugog postupka.

Ipak, empirijska istraživanja pokazuju da čak ni Evropska komisija nije u potpunosti koristila mogućnosti koje su Smjernice predviđale, jer je u slučaju recidivizma u praksi utvrđivala povećanje novčanih kazni u iznosu od 50% u slučaju jedne ranije učinjene povrede, 60% u slučaju dvije ranije učinjene povrede, 90% u slučaju tri ranije učinjene povrede i 100% u slučaju četiri ranije učinjene povrede (Barbier de La Serre i Winckler, 2010, str. 336–337). Štaviše, postoje podaci prema kojima počinioci povreda prava konkurencije koji su bili povratnici nisu uopće dobili višu kaznu zbog recidivizma, iako je jasno bilo da bi prema Smjernicama iz 2006. godine trebali (Connor, 2011, str. 30).

Acquis communautaire sadrži dvije definicije pojma recidivizam. Prva definicija je sadržana u Smjernicama iz 2006. godine, koje utvrđuju da recidivizam postoji “ako poduzetnik nastavi s istom ili sličnom povredom ili je ponovi nakon što je Komisija ili nacionalno tijelo nadležno za zaštitu tržišnog natjecanja utvrdilo da je poduzetnik prekršio član 101. ili 102. Ugovora o funkcionisanju Evropske unije”. Ipak, Smjernice uopšte ne koriste pojam recidivizam, nego govore o ponavljanju povrede, što neki komentatori tumače kao nastojanje da se pravo konkurencije terminološki ogradi od terminologije koja je svojstvena krivičnom pravu (Wils, 2010, 12-14). Druge definicije proizilaze iz prakse Suda Evropske unije. Tako, Sud Evropske unije je ustanovio da “recidivizam, onako kako je shvaćen u brojnim nacionalnim pravnim sistemima, podrazumijeva da je osoba počinila nove povrede nakon što je već ranije bila kažnjena za slične povrede.”¹⁷ U sudskoj praksi je utvrđeno i stajalište da recidivizam ne mora podrazumijevati da je u prošlosti kazna bila izrečena, nego samo da je utvrđeno da je osoba u prošlosti počinila povredu prava konkurencije.¹⁸ Nadalje, sudska praksa je utvrdila da Komisija pri određivanju kazne može uzeti u obzir recidivizam čak i ukoliko je odluka o ranijoj povredi počinioca još uvijek predmet razmatranja od strane sudova. Ukoliko bi sudovi stavili van snage raniju odluku, Komisija ima obavezu izmijeniti svojju drugu odluku u skladu sa tim.¹⁹

¹⁷ Presuda u predmetu broj T-141/94 Thyssen Stahl v. Commission [1999] ECR II-347, stav 617; presuda u predmetu broj T-66/01 ICI v. Commission, stav 378.

¹⁸ Presuda u predmetu broj T-38/02 Groupe Danone v. Commission [2005] II-4407, stav 363, potvrđena presudom u predmetu broj C-3/06 P Danone v. Commission [2007] ECR I-1331, stav 41.

¹⁹ Presuda u predmetu broj C-413/08 P Lafarge v. Commission, not yet published in ECR, stav 81–90.

U pogledu razumijevanja pojma “slične povrede”, čini se da je sudska praksa stanovišta da se povrede člana 101. i člana 102. Ugovora o funkcionisanju Evropske unije ne mogu smatrati sličnim.²⁰

Kada je riječ o povećanju kazne u slučaju recidivizma, Sud Evropske unije je rekao da takva analiza mora uzeti u obzir ponavljanje povrede, kao i da je postojanje recidivizma ne samo relevantan faktor, nego i naročito važan faktor i vrlo značajan indikator važnosti povrede za potrebe procjene visine kazne radi postizanja efektivnog odvratanja od budućeg činenja povreda.²¹ Također, utvrđeno je da za potrebe utvrđivanja visine kazne Komisija mora utvrditi da kazna nužno ostvaruje efekat odvratanja od budućeg činenja povreda. Recidivizam je okolnost koja opravdava povećanje iznosa kazne, jer predstavlja dokaz da prethodno određena kazna nije bilo dovoljna.²²

c) Bosna i Hercegovina

Zakon o konkurenciji BiH (u nastavku i kao: Zakon) ne uređuje pitanje kažnjavanja povratnika u kršenju prava konkurencije. On utvrđuje maksimalne visine kazni koje je moguće izreći, navodeći da će se za povrede iz člana 48. Zakona kazniti subjekt prava konkurencije kaznom u iznosu naviše do 10 % vrijednosti ukupnog godišnjeg prihoda iz prethodne godine koja je prethodila godini u kojoj je nastupila povreda zakona, za povrede iz člana 49. Zakona kazniti subjekt prava konkurencije kaznom u iznosu naviše do 10% vrijednosti ukupnog godišnjeg prihoda iz prethodne godine koja je prethodila godini u kojoj je nastupila povreda zakona, dok za povrede iz člana 49. Zakona može biti izrečena kazna koja ne prelazi 1% od ukupnog prihoda u prethodnoj godini poslovanja.

Osim ovih kazni, Zakon uređuje i pitanje kazni za lica koja ne postupaju po zahtjevu ili nalogu Konkurencijskog vijeća BiH, te pitanje periodičnog plaćanja kazni. Ipak, ove kazne se ne odnose na počinitelje povreda prava konkurencija, nego samo za nepostupanje po nalogima i zahtjevima.

²⁰ Presuda u predmetu broj T-101/05 BASF v. Commission [2007] ECR II-4949, stav 64; Presuda u predmetu broj T-66/01 Imperial Chemical Industries v. Commission, stav 378–381.

²¹ Presuda u predmetu broj C-3/06 P Danone v. Commission [2007] ECR I-1331, stav 47.

²² Presuda u predmetu broj T-203/01 Michelin v. Commission [2003] ECR II-4071, stav 293; presuda u predmetu broj T-38/02 Groupe Danone v. Commission [2005] II-4407, stav 348, presuda u predmetu broj T-38/07 Shell v. Commission, stav 98.

Zakon je vrlo oskudan kada je riječ o uređenju pitanja odmjerenja kazni unutar propisanog okvira. Naime, kao što smo gore naveli, za pojedine povrede prava konkurencije utvrđeni su samo posebni maksimumi kojih se Konkurencijsko vijeće mora držati prilikom utvrđivanja iznosa kazni. Kada je riječ o odmjerenju kazni u okviru određenog maksimuma, Zakon u članu 52. govori o obavezi Konkurencijskog vijeća da prilikom određivanja visine novčane kazne uzme u obzir namjeru i dužinu trajanja povrede Zakona. Iz prakse Konkurencijskog vijeća proizilazi da ono, osim ovih kriterija, u obzir uzima i posljedice koje je povreda imala na tržišnu konkurenciju.²³

Osim Zakona, ni podzakonski akti koje donosi Konkurencijsko vijeće nisu prepoznali recidivizam. Bosna i Hercegovina se na taj način svrstala u onu skupinu država koje ovo pitanje ne uređuju na nivou opće pravne norme.²⁴

Nažalost, praksa Konkurencijskog vijeća nije dovoljno razvijena kako bismo mogli utvrditi kontinuiran stav koji ono zauzima spram pitanja koja se tiču recidivizma. Jedno od rijetkih rješenja koje je dostupno (jedino koje smo za sada uspjeli pronaći), a koje direktno adresira ovo pitanje u jednom svom dijelu, je rješenje Konkurencijskog vijeća broj: 06-26-2-006-143-II/15 od 23.12.2015. godine. Naime, u ovom predmetu je utvrđena odgovornost privrednog subjekta United Media Distribution SRL, koji je putem svog zastupnika privrednog subjekta „Sport Klub“ d.o.o. Sarajevo nije postupio po ranije donesenom rješenju Konkurencijskog vijeća, i tako nastavio zloupotrebljavati dominantni položaj u smislu člana 10. stav (2) tačka c) Zakona o konkurenciji, na način da je prilikom pregovaranja sa CATV/IPTV/DTH operaterima u Bosni i Hercegovini za zaključivanje ugovora za distribuciju sportskih kanala sa fudbalskim sadržajima visokog kvaliteta primijenio različite uslove čime ih je doveo u neravnotežan i nepovoljan konkurentski položaj.

²³ Rješenje Konkurencijskog vijeća BiH broj: 04-26-2-005-113-II/15, od 20.12.2017. godine, str. 40.

²⁴ Brojne države imaju poseban akt koji ovo pitanje uređuje eksplicitno. Osim ranije spomenutih Španije i Francuske, u tu skupinu spadaju i brojne druge države. Na primjer, u Hrvatskoj je na snazi Uredba o kriterijima za izricanje upravno-kaznene mjere, koja u članu 9. stav. 2. tačka b) propisuje da će se pod otežavajućim okolnostima koje utječu na povećanje „upravno-kaznene mjere“ smatrati i „ponavljanje sličnog protupravnog postupanja poduzetnika kojim se nadalje krši Zakon i to nakon dostave ranijeg rješenja Agencije kojim je utvrđeno da je sličnim postupanjem taj poduzetnik povrijedio Zakon“. Također, za Njemačku vidi član 16. Smjernica za određivanje kazni u postupcima protiv kartela.

Budući da je u ovom rješenju utvrđen nastavak ranije počinjene povrede od strane istog subjekta, prilikom određivanja kazne je utvrđeno da je Konkurencijsko vijeće “prilikom određivanja visine novčane kazne uzelo u obzir namjeru te dužinu trajanja povrede Zakona, kao i posljedice koje je ista imala na tržišnu konkurenciju, u smislu člana 52. Zakona. Navedeno se naročito odnosi na otežavajuću okolnost i na činjenicu da su privredni subjekti i ranije vršili povredu Zakona.”

Dakle, uprkos nepostojanju eksplicitnog domaćeg pravnog osnova iz kojeg bi crpila ovakav zaključak, Konkurencijsko vijeće je kao otežavajuću okolnost uzelo činjenicu ponavljanja povrede. Nije jasno navedeno koji je pravni osnov za ovakav zaključak. Moguće je tvrditi da je riječ o članu 43. stav 7. Zakona, koji navodi da se “Konkurencijsko vijeće, u svrhu ocjene datog slučaja, može koristiti sudskom praksom Evropskog suda pravde i odlukama Evropske komisije.” Budući da je sudska praksa Suda Evropske unije i praksa Evropske komisije prilično sadržajna, kako smo ranije i vidjeli, moguće je zaključiti da je Konkurencijsko vijeće ovim putem došlo do ovog zaključka.

Program ublažavanja kazni

a) Pojam i teoretski okvir

Politika ili program ublažavanja kazni (leniency program) u pravu konkurencije predstavlja relativno nov alat u borbi protiv kartelskog djelovanja. Politika ublažavanja kazni se temelji na dodjeli djelimičnog ili potpunog imuniteta od kažnjavanja privrednih subjekata involviranih u kartelsko djelovanje, koji zauzvrat nadležnom tijelu za zaštitu konkurencije dostavlja informacije i dokaze u vezi sa kartelskim ponašanjem.

Ovaj institut prava konkurencije posebno je značajan primijeni li se ekonomska analiza, koja upravo pokazuje kako ovakav institut ima za cilj snižavanje troškova potrebnih resursa za otkrivanje kartelskog djelovanja, odnosno ekonomski efikasnijeg rada tijela za zaštitu konkurencije. Generalno govoreći, u postupcima zaštite tržišne konkurencije, tijela za zaštitu konkurencije imaju tri izvora informacija relevantnih za utvrđivanje mogućih povreda prava konkurencije (Lorenz, 2013, 352).

Prvi, ujedno i ekonomski najnepovoljniji izvor informacija predstavljaju saznanja do kojih dođe nadležni organ putem vlastitog istraživanja. Drugi izvor su sve informacije zaprimljene od strane trećih subjekata koji su uče-

snici na tržištima na kojima nastupaju negativne posljedice mogućeg nezakonitog postupanja. Nedostatak ovog izvora informacija nalazimo u činjenici da upravo ovakvi, treći subjekti, predstavljaju konkurente subjektima protiv kojih dostavljaju informacije nadležnom organu, odnosno koji imaju interes u sankcioniranju prijavljenog subjekta zbog poboljšanja vlastite tržišne pozicije. Posljednji i u ovom dijelu najvažniji izvor informacija predstavljaju podaci dostavljeni od strane privrednih subjekata involviranih u moguća nedozvoljena tržišna ponašanja. Dostavljanje navedenih informacija moguće je provođenjem nenajavljenih inspeksijskih radnji nadležnog organa (tzv. 'dawn raids'), putem kojih je privredni subjekt prisiljen na pružanje svih relevantnih dokaza pod prijetnjom finansijske sankcije. Drugi način dostavljanja navedenih informacija i dokaza moguć je putem ponude određenih privilegija za dostavljanje dokaza.

Pomenute privilegije predstavljaju suštinu politike ublažavanja kazni, koja je od uvođenja 2002. godine²⁵ u pravo Evropske unije, pa do značajnih izmjena iz 2016. godine²⁶ doživjela značajnu afirmaciju i danas predstavlja jedan od najvažnijih alata u borbi protiv kartela.

b) Evropska unija

U Evropskoj uniji je skoro 60% kartelskog ponašanja otkriveno korištenjem ovog mehanizma prava konkurencije (Carmeliet, 2012, 463). Postoji nekoliko ključnih prednosti koje su sadržane u politici ublažavanja kazni, i to: niski troškovi pribavljanja relevantnih informacija i dokaza u vezi sa tajnim i prešutnim postupanjima kartela; veći troškovi održavanja rada kartela – dodjelom imuniteta jednom od učesnika kartela povećava se nesigurnost i nepovjerenje između učesnika kartela, što rezultira povećanjem troškova kartela; uštede na strani tijela za zaštitu konkurencije, obzirom da se dodjeljivanje imuniteta omogućava na osnovu priznanja povrede prava konkurencije i prihvatanja predložene kazne (Lorenz, 2013, 353).

Prethodno spomenuta Obavijest Komisije o oslobađanju ili ublažavanju kazni u slučajevima kartela iz 2006. godine propisuje uvjete i postupak za oslobađanje, kao i za ublažavanje kazne. Tako se za oslobađanje od kazne priznaje prvom privrednom subjektu koji omogući, alternativno:

²⁵ Obavijest Komisije o oslobađanju ili ublažavanju kazni u slučajevima kartela, OJ 2002/C 45/03.

²⁶ Obavijest Komisije o oslobađanju ili ublažavanju kazni u slučajevima kartela, OJ C 298/17/06.

- obavljanje ciljanog nadzora vezano uz navodni kartel (poznat i kao *Paragraph 8(a) leniency*)
- utvrđivanje povrede člana 101. UFEU²⁷, vezano uz navodni kartel.

Navedeni uslovi predstavljaju tek osnovne uslove kako bi se privredni subjekt oslobodio od kazne, dok Obavijest propisuje niz dodatnih obaveza kao što su: kontinuirana saradnja sa Komisijom, prestanak svih daljih aktivnosti podnosioca prijave u radu kartela, zabrana skrivanja ili uništavanja svih relevantnih podataka i dokaza od važnosti za dokazivanje kartela, i sl.²⁸

Ipak, postoje kategorije privrednih subjekata kojima se ne omogućava oslobođenje od kazne čak i ukoliko ispune gore navedene uvjete, a to su oni subjekti koji su primorali druge privredne subjekte na priključivanje kartelu ili ostanak u istom (Billiet, 2009, 16).

Praksa Suda Evropske unije je ukazala na relativno oskudan broj predmeta kada je riječ o oslobađanju od kazne, no Sud je u predmetu *Dansk Rorin-*

²⁷ Ugovor o funkcioniranju Evropske unije.

²⁸ Lista dodatnih uslova propisana je u stavu 12. Obavijesti koji glasi:

“Osim uvjeta iz stava 8. (a), stavova 9. i 10. ili stava 8. (b) i stava 11., svi sljedeći uvjeti moraju biti ispunjeni u svakom slučaju, kako bi se priznalo oslobađanje od kazne:

- (a) Poduzetnik saraduje istinski (5), u potpunosti, kontinuirano i brzo od trenutka kada je predao svoj zahtjev u upravni postupak Komisije. To uključuje:
 - brzo dostavljanje Komisiji svih mjerodavnih podataka i dokaza vezanih uz navodni kartel, koji mu dođu u posjed ili su mu dostupni,
 - biti na raspolaganju Komisiji za brzo odgovaranje na svaki zahtjev koji bi mogao doprinijeti utvrđivanju činjenica,
 - staviti na raspolaganje sadašnje (te, ako je moguće, bivše) zaposlenike i direktore za razgovor s Komisijom,
 - ne uništavati, krivotvoriti ili prikrivati mjerodavne podatke ili dokaze koji se odnose na navodni kartel, te
 - ne otkrivati činjenice iz zahtjeva ili bilo koji sadržaj njegovog zahtjeva, prije nego što Komisija izda obavijest o utvrđenim činjenicama u slučaju, osim ako je drukčije dogovoreno;
- (b) Poduzetnik je prekinuo svoju upletenost u navodni kartel odmah nakon podnošenja svog zahtjeva, osim aktivnosti koje su, prema mišljenju Komisije, opravdano potrebne za očuvanje integriteta nadzora;
- (c) Pri odlučivanju o podnošenju zahtjeva Komisiji, poduzetnik ne smije uništiti, krivotvoriti ili prikrivati dokaze o navodnom kartelu, niti otkriti činjenice i sadržaj svojeg zahtjeva kojeg namjerava podnijeti, osim drugim tijelima nadležnima za tržišno natjecanje.”

dustri istakao kako oslobađanje od kazne može biti opravdano samo kada se ponašanje privrednog subjekta može smatrati kao iskazivanje istinske saradnje sa Komisijom.²⁹ Pored toga, Sud je istakao i da uslovi za oslobađanje nisu ispunjeni u situacijama kada privredni subjekt prividno saraduje sa Komisijom, dok zapravo dostavlja obmanjujuće ili nepotpune informacije.³⁰

Pored oslobađanja, Obavijest definira mogućnosti i postupak za ublažavanje kazne. Temeljni uslov jeste dostavljanje dokaza koji predstavljaju značajnu dodatnu vrijednost u vezi sa postojećim dokazima kojima raspolaže Komisija. Pored navedenog uslova, i u slučaju ublažavanja kazne, zahtijeva se ispunjavanje uslova iz stava 12. Obavijesti, o kojem je prethodno bilo riječi.

Generalno govoreći, iako Obavijest sadrži uputu i podatke o vrijednosti podataka koji su neophodni za ublažavanje kazne, Evropska komisija ima značajnu diskreciju u procjeni svih dokaza i podataka na kojima se temelji ublažavanje kazne.³¹

Obim smanjivanja kazne ovisi prije svega o vremenu podnošenja prijave. Privrednom subjektu koji prvi stavi na raspolaganje značajne dokaze biće omogućeno smanjenje kazne od 30-50%, a drugom privrednom subjektu smanjenje od 20-30%, dok naknadni podnosioci prijave mogu uživati smanjenja do 20% kazne.

Obzirom na pravnu prirodu Evropske unije i odnos prema zemljama članicama, odnosno nacionalnim tijelima zaduženim za provedbu prava konkurencije, često se ističe nedostatak *one-stop shopa*, odnosno jedinstvenog organa za podnošenje prijave za ublažavanje kazni.³² U suštini, to znači da

²⁹ Presuda u spojenim predmetima broj C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P do C-208/02 P i C-213/02 P – Dansk Rørindustri and Others v. Commission [2005] ECR I-5425, stavovi 388–403, te stav 395.

³⁰ Presuda u predmetu broj C-301/04 P – Commission v SGL Carbon AG [2006] ECR I-5915, stavovi 66–80.

³¹ Prisutne su kritike određenih autora u vezi sa procjenom dokaza od strane Komisije kao nejasnom procedurom koja odvrća od programa ublažavanja i podnošenja prijave, v. Jatinder S. Sandhu, *The European Commission's Leniency Policy: a success?*, (2007), 28(3) *European Competition Law Review*, str 148 i 152.

³² S druge strane, postoji nešto što se naziva *ECN Model Leniency Programme*, a koji ima za cilj osigurati da potencijalni podnosioci zahtjeva za ublažavanje kazne nisu obeshrabreni da se prijavljuju zbog neusklađenosti između postojećih programa oslobađanja od kazne u okviru ECN-a.

prijava podnesena Komisiji ne predstavlja prijavu za program ublažavanja kazni u zemljama članicama Evropske unije (Reynolds & Anderson, 82-86). U ovom dijelu rada treba spomenuti još jedan institut koji je u vezi sa politikom kažnjavanja u pravu konkurencije Evropske unije – nagodbe. Naime, kazne izrečene privrednim subjektima za učestvovanje u kartelima mogu biti smanjene za do 10% ukoliko takvi subjekti priznaju odgovornost i učešće u kartelima.³³ Za razliku od programa ublažavanja kazni, u ovakvim slučajevima privredni subjekt o nagodbi odlučuje tek nakon što Komisija ispita sve dokaze koje je vlastitim aktivnostima prikupila. Postupak nagodbe je uveden 2008. godine³⁴, a moguće ga je primijeniti i kumulativno sa programom ublažavanja kazni.

c) Bosna i Hercegovina

U Bosni i Hercegovini primarni izvor prava konkurencije predstavlja Zakon o konkurenciji („Službeni glasnik BiH“, br. 48/05, 76/07 i 80/09) koji sistemski regulira pravila, mjere i postupke zaštite tržišne konkurencije, kao i nadležnosti i način rada Konkurencijskog vijeća na zaštiti i promociji tržišne konkurencije u Bosni i Hercegovini.³⁵

Kada je riječ o politici ublažavanja kazni, potrebno je ukazati na odredbu člana 54. Zakona o konkurenciji koja definira proceduru ublažavanja kazni. Analogno rješenjima u pravu konkurencije EU, navedena odredba predviđa mogućnosti ublažavanja ili oslobođenja od novčane kazne privrednom subjektu za kartelsko djelovanje. Pored uslova dobrovoljnog osiguranja dokaza bitnih za utvrđivanje povrede i prestankom zabranjenog djelovanja, Zakon za ublažavanje, odnosno, oslobađanje od kazne, propisuje i uslove:

³³ Prisutne su određene kritike niskog praga ublažavanja od 10%, obzirom da određeni autori isti definiraju kao nedovoljno izdašan kako bi omogućio veći broj nagodbi, što je u konačnici rezultiralo malim brojem nagodbi. Više o tome: Bran-kin, *The First Cases under the Commission’s Cartel-settlement Procedure: Problems Solved?*, *European Competition Law Review*, 32 (2011), str. 165 i 167.

³⁴ Obavijest Komisije o vođenju postupaka nagodbe s ciljem donošenja odluka u skladu s članom 7. i članom 23. Uredbe Vijeća (EZ) br. 1/2003 u predmetima kartela, OJ C 167 od 2.7.2008. godine.

³⁵ Vidi više: Kanita Imamović-Čizmić i Zinka Grbo, *Competition Law in Bosnia and Herzegovina*, Kluwer Law International B.V., 2018.

- dostavljanje dokaza u trenutku kada Konkurencijsko vijeće³⁶ nema neophodnih informacija za pokretanje postupka po službenoj dužnosti;
- efikasno saradivanje privrednog subjekta s Konkurencijskim vijećem tokom cijelog postupka;
- da je u vrijeme davanja dokaza privredni subjekt prekinuo svoje učesće u sporazumu, dogovoru ili zajedničkoj praksi i ne obavezuje druge privredne subjekte da učestvuju u sporazumu.

Kako navedena zakonska odredba nije dovoljna za provođenje postupka ublažavanja kazni, Konkurencijsko vijeće je 2010. godine donijelo Odluku o proceduri oslobađanja odnosno ublažavanja od kazne (leniency policy).³⁷ Navedenom Odlukom je utvrđena procedura i uslovi ublažavanja i oslobađanja od kazne u slučajevima zabranjenih sporazuma, odnosno kartela. Kada je riječ o strukturi same Odluke, primjetne su sličnosti sa Obavijesti Komisije o oslobađanju od kazni i smanjenju kazni u slučajevima kartela. Tako se u Odluci najprije propisuju uslovi i procedura oslobađanja kazne, gdje su osnovni uslovi koje učesnik zabranjenog sporazuma ili kartela mora ispuniti:

- da prvi dobrovoljno dostavi do tada nepoznate dokaze Konkurencijskom vijeću, a koji omogućuju donošenje zaključka o pokretanju postupka u vezi sa zabranjenim sporazumom,
- da Konkurencijsko vijeće u vrijeme prijave za oslobađanje od kazne nije imalo dovoljno dokaza da donese Zaključak o pokretanju postupka.³⁸

Pored navedenih osnovnih uslova za oslobađanje od kazne, a analogno sadržaju Obavijesti Evropske komisije, Odluka u članu 3. propisuje i dodatne uslove za oslobođenje od kazne, i to:

- obustavljanje svih svojih djelovanja koja se odnose na pretpostavljeni kartel najkasnije do trenutka podnošenja prijave za oslobađanje od kazne,

³⁶ Više o načinu rada ove institucije vidi: Kanita Imamović-Čizmić i Samir Sabljica, *Legal and Politological Aspects of Competition in Bosnia and Herzegovina as a Paradigm of the European Integration Process*, *European Integration Studies*, 2020/14, 2020.

³⁷ „Službeni glasnik glasnik BiH“, br. 34/10. Prethodno je na snazi bila Odluka o proceduri oslobađanja odnosno ublažavanja od kazne (leniency policy) (»Službeni glasnik BiH« br. 15/06).

³⁸ Vidjeti član 2. Odluke o proceduri oslobađanja odnosno ublažavanja od kazne (leniency policy).

- zabrana obavještanja ostalih učesnika predmetnog sporazuma o prijavi za oslobađanje od kazne,
- kontinuirana i efikasna saradnja tokom cijelog postupka i osiguravanje potpunog, istinitog i iskrenog dostavljanja Konkurencijskom vijeću dokaza i informacija koje posjeduje ili su pod njegovim nadzorom, a uključujući sve oblike podataka, odnosno dostavljanje dovoljno dokaza koji se odnose na pretpostavljeni kartel,
- ni na koji način ne navoditi druge privredne subjekte da učestvuju u kartelu.³⁹

U vezi sa procedurom oslobađanja od kazne, Odluka omogućava korištenje uopštenih podataka u ranim fazama postupka s ciljem zaštite anonimnosti podnosioca prijave, kao i obavezu Konkurencijskog vijeća u hitnom informisanju onih privrednih subjekata čije prijave ne ispunjavaju gore propisane uslove, odnosno za koje ne postoji mogućnost oslobađanja od kazne.

Međutim, kada privredni subjekt ispunjava navedene uslove i nastavi saradnju dostavljajući sve raspoložive informacije o navodnom kršenju i opis nelegalnih radnji, Konkurencijsko vijeće će donijeti odluku o uslovnom oslobađanju od kazne.

Potvrđivanje uslovne, odnosno donošenje konačne odluke o oslobađanju od kazne, zavisi od kontinuirane saradnje i ispunjavanja uslova od strane privrednog subjekta. Tako su moguće situacije ukidanja uslovnog oslobađenja ukoliko privredni subjekt:

- ne saraduje u potpunosti, pravovremeno i kontinuirano sa Konkurencijskim vijećem,
- nije objavio sve povrede Zakona o konkurenciji o slučaju u koji je bio uključen,
- ne osigurava potpuno, istinito i iskreno sve dokaze i informacije koje posjeduje ili su pod njegovim nadzorom.⁴⁰

S druge strane, ukoliko se na kraju postupka utvrdi da je privredni subjekt, odnosno podnosilac prijave za oslobađanje ispunio sve uslove za oslobađenje od kazne, tada će Konkurencijsko vijeće donijeti konačnu odluku o oslobađanju od kazne.

³⁹ Vidjeti član 3. Odluke o proceduri oslobađanja odnosno ublažavanja od kazne (leniency policy).

⁴⁰ Vidjeti član 11. Odluke o proceduri oslobađanja odnosno ublažavanja od kazne (leniency policy).

Kao što je već istaknuto, Odluka propisuje i uslove i proceduru za ublažavanje kazne i to za one privredne subjekte koji ne ispunjavaju uslove za potpuno oslobađanje od kazne.

Uslovi ublažavanja kazne propisani su u članu 14. Odluke gdje se uzimanje prijave za ublažavanje *a priori* kumulativno uslovljava:

- a) dostavljanjem informacija koje imaju dodatnu vrijednost⁴¹ u pogledu dokaza koje Konkurencijsko vijeće već posjeduje po karakteru ili detaljnosti dokaza;
- b) prekidanjem daljeg učestvovanja u kršenju za koje postoji sumnja najkasnije do trenutka kada dostavi dokaze, prema uslovima koje je postavilo Konkurencijsko vijeće;

Kada Konkurencijsko vijeće odlučuje o ublažavanju kazne, tada razmatra da li dokaz dostavljen od strane privrednog subjekta predstavlja značajnu dodanu vrijednost, kao i visinu ublažavanja kazne i to u Odlukom predviđenim okvirima:

- za prvi privredni subjekt koji je ispunio uslove, moguće je ublažavanje kazne u rasponu od 30% do 50% od iznosa kazne,
- za drugi privredni subjekt koji je ispunio uslove, moguće je ublažavanje kazne u rasponu od 20% do 30% od iznosa kazne,
- za svaki sljedeći privredni subjekt koji je ispunio uslove, moguće je ublažavanje kazne u rasponu do 20% od iznosa kazne.

Prilikom odlučivanja o visini ublažavanja kazne unutar propisanih raspona, Konkurencijsko vijeće u obzir uzima vrijeme podnošenja dokaza i njihovu dodanu vrijednost, kao i nivo i kontinuitet saradnje privrednog subjekta u postupku i posebno nakon dostavljanja dokaza. U vezi sa procedurom ublažavanja kazne, važno je istaći kako Odluka propisuje da izdavanje uslovne odluke o oslobađanju onemogućuje ublažavanje kazne u tom istom predmetu.

Imajući u vidu navedeno, može se zaključiti kako se Odluka u potpunosti temelji na Obavijesti Evropske komisije iz 2006. godine, obzirom da oba akta propisuju jednake uslove za oslobađanje, odnosno ublažavanje kazne, kao i da su odredbe o proceduri, ili primjerice o okviru ublažavanja kazni.

⁴¹ Pojam dodana vrijednost u smislu tačke a) ovog člana se odnosi na detaljnost dokaza i/ili nivo do kojeg dostavljeni dokazi, po svojoj prirodi, jačaju mogućnost Konkurencijskog vijeća da dokaže postojanje zabranjenog sporazuma.

Uvidom u praksu Konkurencijskog vijeća BiH zaključili smo kako se Odluka o proceduri oslobađanja odnosno ublažavanja od kazne (leniency policy) nije primjenjivala, odnosno da se program ublažavanja (oslobađanja) od kazni u pravu konkurencije Bosne i Hercegovine nije primjenjivao. Očito je kako potpuna analogija zakonskog propisa sa pravom konkurencije EU nije garant faktičkim rezultatima, odnosno sam zakonodavni okvir nije dovoljan za širu primjenu, ili primjenu uopće, programa ublažavanja odnosno oslobađanja od kazni.

Naprijed navedeno ima nekoliko razloga, od čega ćemo ovdje istaći one osnovne za koje smatramo da su onemogućili faktičku provedbu programa ublažavanja odnosno oslobađanja od kazni u Bosni i Hercegovini. Dosadašnja praksa Konkurencijskog vijeća BiH ukazuje da privredni subjekti koji posluju na tržištu u Bosni i Hercegovini nisu u opasnosti od *ex officio* pokretanja postupaka, odnosno Konkurencijsko vijeće ne provjerava po službenoj dužnosti postojanje i učinke eventualnih kartela u BiH.⁴² Ova okolnost je izrazito značajna, obzirom da u zemljama sa aktivnom ulogom tijela zaduženih za pravo konkurencije, privrednim subjektima koji namjeravaju ili su u postojećim kartelima, prijete postupci i istrage od strane navedenih javnih organa. U takvom okruženju, privredni subjekti su demotivirani za učešće u kartelima, te se za isto teže opredjeljuju nego li u okruženjima kakvo je BiH.

Drugi razlog neprovedbe politike ublažavanja ili oslobađanja od kazne predstavlja i nerazvijenost tržišta u Bosni i Hercegovini, kao i činjenica da Konkurencijsko vijeće izriče sankcije daleko od maksimalnih 10% vrijednosti ukupnog godišnjeg prihoda privrednog subjekta, iz prethodne godine koja je prethodila godini u kojoj je nastupila povreda zakona.⁴³ U razmatranju svih odluka u vezi sa povredom člana 4. Zakona, odnosno kartelskog ponašanja u periodu od 01.01.2016. do 01.01.2019. godine⁴⁴, izrečene su sljedeće kazne:

⁴² Svakako da je ovdje riječ o faktičkom stanju, obzirom da Zakon o konkurenciji u članu 27. stav 1. propisuje mogućnosti pokretanja postupka po službenoj dužnosti Konkurencijskog vijeća.

⁴³ Član 48. stav 1. Zakona o konkurenciji.

⁴⁴ U navedenom periodu donesene su ukupno tri odluke kojima je utvrđeno postojanje kartela, odnosno povreda člana 4. Zakona, i to odluke: Broj: 06-26-3-007-36-II/16 od 14.07.2016. godine, broj: 06-26-3-40-41-II/14 od 16.02.2016. godine, broj: 06-26-3-40-74-II/14 od 07.06.2018. godine

- kazna u visini od 21.000,00 KM, gdje je prihod privrednog subjekta iz prethodne godine koja je prethodila godini u kojoj je nastupila povreda zakona iznosio 127.652,00 KM⁴⁵,
- kazna u visini od 25.000,00 KM, gdje je prihod privrednog subjekta iz prethodne godine koja je prethodila godini u kojoj je nastupila povreda zakona iznosio 1.436.108,00 KM⁴⁶,
- kazna u visini od 25.000,00 KM, gdje je prihod privrednog subjekta iz prethodne godine koja je prethodila godini u kojoj je nastupila povreda zakona iznosio 4.027.682,00 KM⁴⁷.

Naprijed iskazani podaci ukazuju da je Konkurencijsko vijeće u dva postupka izreklo kazne u procentualnim odnosima od 1,74% i 0,62%, što upravo ukazuje na prethodno iskazanu tvrdnju da Konkurencijsko vijeće izriče desetostruko blaže novčane sankcije od maksimalno mogućih. Upravo ta okolnost demotivira privredne subjekte koji su učesnici mogućih kartela, odnosno nedovoljno visoke kazne sprječavaju, uz već pomenute razloge, realizaciju programa ublažavanja odnosno oslobađanja od kazni.

Zaključak

U ovom radu smo nastojali prikazati ključne institute prava konkurencije koji su u vezi sa kažnjavanjem, te analizirati propise koji reguliraju ove oblasti na nivou Evropske unije i Bosne i Hercegovine, sa posebnim osvrtom na kažnjene subjekte i recidivizam u Bosni i Hercegovini.

Kroz uporedni prikaz instituta recidivizma i programa ublažavanja kazni u pravu Evropske unije i Bosne i Hercegovine došli smo do zaključaka kako je normiranje ovih instituta u Bosni i Hercegovini različito u odnosu na Evropsku uniju. Zakonodavstvo BiH, kao i Konkurencijsko vijeće BiH, nisu usvojili akte kojima bi posebno regulirali pitanje recidivizma u pravu konkurencije.

⁴⁵ Izveštaj o finansijskoj reviziji Federalnog ministarstva okolišta i turizma za 2015. godinu, broj 03-24/16, iz juna 2016. godine, str 7. dostupno na: <http://www.vrifbih.ba/javni-izvj/budzet/default.aspx?Pid=7657&langTag=bs-BA>.

⁴⁶ Izveštaj o finansijskoj reviziji Federalnog ministarstva zdravstva za 2015. godinu, broj 03-14/16, iz aprila 2016. godine, str 7. dostupno na: <http://www.vrifbih.ba/javni-izvj/budzet/default.aspx?Pid=7572&langTag=bs-BA>.

⁴⁷ Izveštaj o finansijskoj reviziji Federalnog ministarstva zdravstva za 2017. godinu, broj 01-02-06-14-1-09-1353-6/17, iz maja 2018. godine, str 7. dostupno na: <http://www.vrifbih.ba/javni-izvj/budzet/default.aspx?Pid=8736&langTag=bs-BA>.

A contrario, dio kažnjavanja koji se odnosi na program ublažavanja kazni u Bosni i Hercegovini je u potpunosti u skladu sa pravom EU, odnosno podzakonski akti su sadržajno jednaki sekundarnom pravu Evropske Komisije.

U dijelu istraživanja prakse, došli smo do izrazito ograničenog broja odluka pred Konkurencijskim vijećem Bosne i Hercegovine koje su u vezi sa recidivizmom, odnosno zaključili smo kako pojava recidivizma nije značajnije prisutna u BiH. Kada je riječ o provedbi zakonodavstva i korištenju mogućnosti programa ublažavanja kazni, podaci do kojih smo došli čak ukazuju da u postupcima pred Konkurencijskim vijećem BiH ova mogućnost još nije korištena.

Imajući u vidu sve istaknuto u ovom radu, možemo istaći kako je politika kažnjavanja u pravu konkurencije BiH obilježena izricanjem blažih novčanih kazni, no da izricanje takvih kazni nije prouzrokovalo masovniju pojavu recidivizma. Međutim, kao jedno od temeljnih obilježja koje determinira politiku kažnjavanja, kao i razvoj tržišne konkurencije u BiH, a koje ističemo kao pogrešnu praksu jeste trenutno stanje pasivnosti i nepokretanja *ex officio* postupaka za povrede prava konkurencije. Ovu okolnost potrebno je imati na umu kako se u protivnom ne bi stvorio privid društvenog blagostanja i ekonomske efikasnosti.

Analizirani instituti recidivizma i programa ublažavanja kazni postoje u razvijenim tržišnim privredama koje posjeduju višedecenijsko iskustvo u pogledu primjene prava konkurencije, a njegovu pojavu svakako treba očekivati i u našoj pravnoj praksi zaštite tržišnog natjecanja u doglednoj budućnosti.

Bibliografija

- Adenaes, J. (1971). The Moral or Educative Influence of Criminal Law, 27 *Journal of Social Issues* 17;
- Barbier de La Serre, E. & Winckler, C. (2010). Legal Issues Regarding Fines Imposed in EU Competition Proceedings. *Journal of Competition Law & Practice*, 1 (4), 327-347.
- Brankin, S. (2011). The First Cases under the Commission's Cartel-settlement Procedure: Problems Solved?, *European Competition Law Review*, 32.
- Bebchuk L.A. & Kaplow L. (1993). Optimal Sanctions and Differences in Individuals' Likelihood of Avoiding Detection. *International Review of Law and Economics*, 13 (2), 217-224.

- Billiet, P. (2009). How Lenient is the EC Leniency Policy? A Matter of Certainty and Predictability. *European Competition Law Review*, 30(1).
- Clinard, M. B. & Yeager, P. C. (1980). *Corporate crime*. Routledge.
- Connor, J. M. (2011). Has the Commission become more severe in punishing cartels? Effects of the 2006 Guidelines. *European Competition Law Review*, 27.
- Connor J. M. (2010). Recidivism Revealed: Private International Cartels 1990–2009. *Competition Policy International*, 6 (2).
- Friedlander, S. L. (1990). Using Prior Corporate Convictions to Impeach. *California Law Review*, 78 (5), 1313-1339.
- Henslin J. (2008). *Social problems: a down-to-earth approach*.
- Imamović-Čizmić, K. & Grbo, Z. (2018). *Competition Law in Bosnia and Herzegovina*. Kluwer Law International B.V.
- Imamović-Čizmić, K. & Sabljica, S (2020). Legal and Politological Aspects of Competition in Bosnia and Herzegovina as a Paradigm of the European Integration Process. *European Integration Studies*, 14 (1).
- Lorenz, M. (2013). *An Introduction to EU Competition Law*.
- Nordlander, K. (2005). The Commission's Policy on Recidivism: legal certainty for repeat offenders? *Competition Law Review*.
- Osborne, D.K. (1976). Cartel Problems. *American Economic Review*, 66(5), 835-844.
- Reynolds, M.J. & Anderson, D.G. (2006). Immunity and Leniency in EU Cartel Cases: Current Issues. *European Competition Law Review*, 27.
- Sandhu, J. S. (2007). The European Commission's Leniency Policy: a success? *European Competition Law Review*, 28(3)
- Stigler, O.S. (1964). A Theory of Oligopoly. *Journal of Political Economy*, 72 (1), 44-61.
- Tyler, T.R. (1990). *Why People Obey the Law*. Yale University Press.
- Wils, W. (2008). *Efficiency and Justice in European Antitrust Enforcement*. Hart Publishing.
- Wils, W. (2006). Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice. *World Competition*, 29 (2).
- Wils, W. (2010). The Increased Level of EU Antitrust Fines, Judicial Review and the European Convention on Human Rights. *World Competition: Law and Economics Review*, 33 (1).

Nasir Muftić, MA

Senior teaching assistant
University of Sarajevo
Faculty of Law
n.muftic@pfsa.unsa.ba

Nihad Odobašić, LL.M.

Doctoral Candidate
Faculty of Law
nihad.odobasic@kadv.legal

**PUNISHMENTS AND RECIDIVISM IN BOSNIAN AND
HERZEGOVINIAN COMPETITION LAW:
LESSONS FROM THE EUROPEAN UNION**

Summary:

Competition law developed various instruments over time in order to meet the challenges of the modern economy. In this paper, we tried to present the key institutes of competition law that are related to punishment, and to analyze body of law that regulates these areas at the level of the European Union and Bosnia and Herzegovina, with special reference to fined subjects and recidivism in Bosnia and Herzegovina. This paper displays a comparative assessment of recidivism and the leniency program in the law of the European Union and Bosnia and Herzegovina. Similarities and differences in regulations and their application are analyzed. Differences exist in both spheres, which in the case of Bosnia and Herzegovina is primarily reflected in the lack of regulations that would specifically tackle the issue of recidivism in competition law.

Keywords: *competition law; recidivism; leniency, competition council, sanctions; fines;*

Dr. sc. Zdravko Lučić
Redovni profesor
Univerzitet u Sarajevu
Pravni fakultet
z.lucic@pfsa.unsa.ba

UDK 27:34(37)
Izvorni naučni rad

PRAVNI OSNOV ANTIČKIH RIMSKIH PROGONA KRŠĆANA

Sažetak

U radu se analiziraju društvene okolnosti nastanka kršćanstva i odnos ovog religijskog pokreta prema tradicijskoj rimskoj vjerskoj politici politeizmu. Posebno se naglašava problematika potrebe različitog vrednovanja kršćanskih i svjetovnih izvora u prosudbi fenomena progona kršćana. Daje se osvrt na odnose kršćanske i jevrejske religijske zajednice. Kronološki se predstavljaju postupci pojedinih careva sa naglaskom na vladavinu Dioklecijana i njegove edikte o progonima kršćana. Centralni dio rada je posvećen analizi pravnih osnova za kršćanske progone, sa posebnim osvrtima na carske reskripte, edikte, crimen maiestatis, coercitio. Ukazuje se na poseban status kršćanskih općina.

Ključne riječi: *kršćanstvo, progoni, car, edikt, crimen laese maiestatis, religija*

U okvirima antičke rimske države nije stvoreno samo rimsko pravo kao svjetski fenomen već je nastala i monoteistička religija kršćanstvo. O povijesnim uvjetima nastanka nove, do tada nepoznate religije, i danas se vode teološko – znanstvene rasprave i pokušavaju se dati odgovori na mnogobrojna višeslojna problemska pitanja. Rimsko carstvo je smatrano ekumenom jer je predstavljalo do tada poznati svijet. Poznato je da kršćanstvo u svojim prvim stoljećima razvoja nije imalo zavidnu poziciju u turbulentnim dešavanjima pojave krize antičkog rimskog društva. Reakcija zvanične državne vlasti na ovu novu religioznu pojavu se u literaturi terminološki karakterizira kao progoni kršćana. O toj pojavi sam i ranije pisao (Lučić, 1998, str. 194-204) a ovoj temi se ponovo vraćam sa željom da pokušam bar djelomično doprinijeti osvjetljavanju problemskog pitanja pravnih osnova za pomenute progone.

Do pojave kršćanstva rimsko društvo je bilo izrazito politeističkog karaktera. Helenistički religiozni koncept je značajno determinirao i rimske religiozne polazne osnovice (Tenšek, 2007, str. 391-417; Lopez, J.d.M. 2016, str. 417-

433). Rimljani su grčkim božanstvima davali druga imena i ponegdje mijenjali obzorja pojedinih bogova. Osnovni princip religijskog učenja i djelovanja je govorio da bogovi determiniraju živote ljudi i da zbog toga treba biti u dobrim odnosima sa bogovima. U religijski život Rimljana sve više prodiru orijentalna božanstva i filozofske ideje stoičke i epikurejske provinijencije (Last, 1954, str. 1208-1228). Stoička filozofija zastupa monističko učenje o jednoj božanskoj providnosti (pro'noia) i o logosu kao razumu kao temelju cjelokupnog čovjekovog i društvenog bića. Obris racionalističke kritike bogova iz helenističkog okruženja na specifičan način dolaze i u rimsko društvo. Princeps Avgust je preuzeo elemente istočnjačkog kulta vladara prema kojem vladareva moć ima vjersku osnovicu.

Vladari u liku rimskih careva predstavljaju religijsku inkarnaciju božanstva. Poznato je da su sebi davali titule (*dominus et deus*). Kršćanstvo kao novi religijski pokret sa svojim religijsko-filozofskim pogledima dolazi u sukob sa državnom zajednicom zbog božanskog kulta koji se iskazivao prema vladarima. Ono potiskuje paganske kultove i sa svojim djelovanjem izaziva religijske i političke posljedice. Prva stoljeća egzistencije kršćanstva se obično karakteriziraju kao razdoblje netolerancije u rimskom društvu (Marotta, 2016, str. 902-926).¹ Novozavjetni kršćanski spisi govore da je državna vlast od Boga, a kršćani su se ponašali prema principu „Bogu božije a caru carevo,„. Svako udaljavanje od tadašnje zvanične religijske politeističke politike se doživljavalo kao razbijanje moralnog, građanskog i pravnog jedinstva državne zajednice. U Rimskom carstvu su kršćani prvobitno bili tretirani kao osobena židovska sekta. Označavani su kao ateisti ili narod bez Boga, jer se nisu podržavali do tada uobičajenim religijskim ritualima štovanja statuama pojedinih Bogova i njihovim hramovima. Kršćanima je pripisivano tajno udruživanje, čarobnjaštvo, magija, ateizam, incest, kanibalizam. Bili su isključeni iz javnog života rimske državne zajednice. Kršćani nisu priznavali cara kao vrhovnog čelnika svoje religije.

Proučavanje antičkih rimskih progona kršćana se odmah na početku suočava sa problematikom izvornog materijala. Istraživač se nalazi pred dilemama na koji način valorizirati izuzetno kontradiktorne izvore koji sa različitih pozicija svjedoče o istovjetnim događanjima i procesima (Moreau, 1971). Najveći izvorni materijal nalazimo kod kršćanskih apologeta i hagiografa čiji svjetonazori su svaki oblik kršćanskih progona smatrali vražijim djelovanjem i napadima na pravednost. S druge strane, svjetovni autori se nalaze na suprotnim pozicijama i pokušavaju progonitelje rehabilitirati i njihove

¹ Vidjeti i: Arena, 2011, str. 147-164; Medved & Šiljeg, 2011, str. 403-436.

postupke predstaviti kao historijske nužnosti. Između ove dvije krajnosti zadatak je historičara da se oslobodi ustaljenih tradicijskih pretpostavki i ostvari što je moguće viši stupanj objektiviteta. Teškoće postoje i kod pojmovnog određenja sadržaja riječi progoni kršćana. Pod tim se obično podrazumijevaju postupci državnih vlasti obilježeni primjenom prekomjerne sile kroz oblike masovnih likvidacija i mučenja koje je centralna vlast uobičajeno sprovođila preko provincijskih namjesnika. Veoma malo je čistih pravnih izvora koji neposredno tretiraju ovu problematiku. Obično se mogu naći površni izvještaji koji onemogućuju saznanje sadržaja tih pravnih propisa. Dosađajna istraživanja su se jamačno više oslanjala na kršćanske izvore koji pružaju informacije i autentične dokumente o mnogobrojnim sudskim procesima, svjedočenjima, sudskim presudama i načinima izvršenja najtežih kapitalnih kazni. Ovi izvorni materijali sadrže dosta glorificiranja, svjesnih misaonih konstrukcija i iskrivljavanja objektivnih činjenica, tako da trebaju podlijegati kritičkim analizama. U spisima crkvenih otaca se fenomen progona kršćana ne posmatra samo sa aspekta ljudske prirode već se podiže na višu nadnaravnu eshatološku dimenziju.

Odnos između države i crkve u prvim stoljećima Rimskog carstva se može ocijeniti kao stalna krivulja uspona i padova za pojedina razdoblja vladavine careva, koji su u crkvenim povijesnim spisima različito ocjenjivani i vrednovani. Religiozna politika je imala svoje metamorfoze determinirane djelovanjem jednakih socioloških zakona koji se primjenjuju podjednako, kako na odnose pojedinaca, tako i društvenih grupa (Berdica; Žiha, 2013, str. 29-59; Franzen, 1968). Prema crkvenim povijesnim izvorima, deset rimskih careva se predstavljaju kao progonitelji kršćana. Carski kult je trebao obezbjeđivati moralno jedinstvo mnogobrojnih, najrazličitijih naroda u imperiji. Tertulijan je u svojim spisima uvijek naglašavao kako rimska država nije imala stvarnih društvenih a ni pravnih utemeljenja za izvršavanje progona. Kršćani su priznavali carstvo kao silu koja održava društveni red i podvrgavali su se njegovim zakonima. Drugi kršćanski pisac Laktancije je u svoja dva djela *Divinae institutiones* i *De mortibus persecutorum* izložio ustroj kršćanstva i prve periode progona kršćana, a od strane renesansnih autora je nazivan kršćanskim Ciceronom. Vrijednost ovih spisa prije svega se izvodi iz činjenice da autor dosta precizno piše o konkretnim povijesnim događanjima, uz predočavanje originalnih dokumenata (Laktanz, 2003, str. 3). Za progonitelje kršćana je upotrebljavao izraze *tyranni* i *dominatores*, a njihovu vlast kao *tyrannica potestas*. Njegovo djelo detaljno opisuje sve do tada poznate načine izvršenja smrtnih kazni i neviđenih oblika mučenja i vjerojatno su i srdnjevjekovni progonitelji pronalazili ideje iz ovog svojevrsnog kataloga. Od vremena vladavine cara Domicijana uočava se proces stalnih progona kršćana baziranih ili na naredbama pojedinih careva, senatskim zaključcima, mržnjom obojenih i

neprijateljski nastrojenih visokih državnih dužnosnika, pobunama narodno-snih grupacija ili posebnim carskim reskriptima (Cezarejski, 2004, str. 51).

Kršćanstvo se pojavilo u vremenu velikih društvenih i moralnih posrnuća rimskog antičkog društva. Moralna dekadencija je za posljedicu imala smanjeni natalitet a usko je povezana sa slabljenjem religijskih autoriteta tog vremena. Korjenite reforme je pokušao sprovesti princeps August setom zakona poznatih kao Avgustovo ženidbeno zakonodavstvo (*lex Julia de maritandis ordinibus...*). Istovremeno, sa pokušajima revitaliziranja starih kultova otvoren je proces izgradnje carskog kulta sa njegovom uskom povezanošću sa kultom Rima, kao simbola velike rimske imperije, što će se pokazati kao najveća ugroza za egzistenciju nove kršćanske religije. Postoje mnogobrojni sačuvani arheološki natpisi kao svjedoci metodologije izgradnje carskog kulta. Carevi zahtijevaju da se tretiraju kao božanstva i kažnjavali su svakoga ko bi odbijao respektirati njihove božanske počasti.

Naročito interesantnu poziciju su imali Jevreji u sklopu rimske imperije (Cohen, 1966, str. 57-69).² Njima su još Cezar i Avgust dali određene privilegije da kao osoben narod mogu živjeti potpuno slobodno po svojim naročitim božanskim zakonima pod uvjetom da toleriraju centralnu vlast rimske imperije. Prvi carevi su odlagali mogućnost primjene ograničenja za njihovu autonomiju. Naročiti status jevrejske narodnosne grupe nije smio ugroziti interese javne sigurnosti. U Palestini je na osoben način dugo vremena koegzistirao jevrejski nacionalizam i autoritet rimske vlasti. Povremeno je dolazilo do lokalnih pobuna i antisemitskog raspoloženja u kom pogledu se naročito isticala Aleksandrija. Kršćanski mesijanizam i jevrejski nacionalizam su bili u stalnom interakcijskom odnosu zategnutosti (Ensminger, 1988, str. 9-14), što će za vrijeme cara Klaudija dovesti do protjerivanja Jevreja iz Rima (Botermann, 1996, str. 56). Visoki državni dužnosnici prvobitno nisu mogli razlikovati Jevreje od kršćana i specificirati osobenosti postupanja prema tim grupama (Moreau, 1944, str. 49-53). Tek za vrijeme cara Nerve i podmetnutog požara u gradu Rimu će postupanja oficijelne vlasti biti karakterizirana kao progona kršćana (Shaw, 2015, str. 1-28). Tacitov izvještaj se uzima kao prvi povijesni dokument u kojem se požar dovodi u vezu sa prvim represivnim akcijama prema kršćanima (Tacit, 1923, str. 44). Svetonije i prvi kršćanski pisci govore o istom događaju, ali ne navode osnove počinjenog masakra. To se objašnjava primjenom različitih literarnih tehnika. Svetonije na dva mjesta spominje ovu okolnost ali ne u kronološkom slijedu događaja, već u kontekstu sistematske kompozicije njegovog djela. Vrlo je teško bilo uočiti razliku u

² Vidjeti i: Dusenbury, 2017, str. 121-135; Wilson, 2018, str. 11-35.

religijskom učenju Jevreja i nove kosmopolitske religije (*et similia sectantes*). To razlikovanje je prvi načinio car Nerva usmjeravajući postupke svoje administracije u pravcu kršćana.

Izvorna tradicija pruža informacije o progonima kršćana za vrijeme vladavine cara Domicijana koji je različita religijska strujanja i stremljenja povezivao u kontekstu poštivanja carskog kulta (D'Anna & Castelli, 2006, str. 499-525). Njegova religijska politika je vodila ka sukobima kršćana i pripadnika politeističkog vjerskog opredjeljenja. Tertulijan u svom djelu spominje da je Domicijan svojim ediktom pokušao obustaviti ranije započete postupke progona kršćana. Vjerska politika i držanje pojedinih careva po ovim pitanjima se u pojedinim vremenskim razdobljima mijenjala pod uticajem unutrašnjih političkih gibanja i stanja na vanjskim granicama carstva. Za ovaj period od izuzetnog značaja je izvorni materijal koji nam je dostupan iz Plinijeve korespondencije sa carom Trajanom iz 112. godine, u kom periodu je Plinije obavljao dužnost namjesnika u provinciji Bitiniji i Pontu (*Plin. Ep. 10, 96 i 97*). Iz pisama se uočava da Plinije nije bio upoznat sa procesom sve većeg i bržeg širenja kršćanstva u Maloj Aziji, suočavajući se sa konkretnim situacijama u kontekstu reagiranja državnih institucija prema tom novom fenomenu, traži od cara Trajana instrukcije i smjernice za djelovanje. Posebno ga zanima problematika anonimnih prijava protiv kršćana i odgovor da li je samo pominjanje izraza kršćanin kažnjivo (*flagitia cohaerentia nomini*), ili mora biti u poveznici sa počinjenjem nekog konkretnog kaznenog djela (Mouxy, 1956/57, str. 211). Dinamičko širenje kršćanskog pokreta po njegovom mišljenju zahtijeva smislenu i učinkovitu akciju državnog autoriteta (Külzer, 2017, str. 79-105). Trajan poduzima aktivnosti na ustanovljavanju pravnih linija i pravaca djelovanja prema pripadnicima novog religijskog pokreta.

Car Hadrijan je uglavnom vodio religijsku politiku u kontekstu smjernica koje je izdao Trajan. U njegovom postupanju prema kršćanima se ne mogu uočiti neki značajniji novi modusi djelovanja rimske države (Kovačić, 2004, str. 59). Moto njegove politike je bilo shvaćanje da je bolje nekažnjeno pustiti nekog počinioca delikta nego osuditi nevinog čovjeka. Pokušavao je osmisliti općeniti duh postupanja prema kršćanima pri čemu nije zadirao u promjene dotadašnjih normativnih rješenja. Kršćane ne treba kažnjavati ako se nisu pridonijeli nesumnjivi dokazi o njihovom istinskom kršćanskom vjerovanju i ubjeđenju. U jednom reskriptu je ovaj car naredio da se suđenja ne smiju voditi pod pritiskom populistički nastrojene svjetine, a s druge strane se naglašava odgovornost tužitelja i predviđa oštro kažnjavanje za isprazno klevetanje. To u principu odgovara determiniranim Trajanovim opredjeljenjima iz pisma upućenog Pliniju. Pod sve većim pritiskom širokih narodnih masa, čiji su pripadnici činili većinu u starom vjerskom opredjeljenju, vladari su

bili u stalnom procjepu razmišljanja o napuštanju u neku ruku pomirljivih političkopравnih postupaka.

Car Marko Aurelije je zbog nereda na vanjskim granicama carstva stvorenih upadima barbara bio prinuđen sedamnaest godina voditi ratove čije su ekonomske i političke posljedice bile dosta teške. Takvim produbljenim poteškoćama nadovezale su se još finacijska kriza iz 175. godine, nekoliko prirodnih katastrofa, velike kuge, glad, i do tada neviđene poplave rijeke Tiber koje su pogodile vječni Rim. Pripadnici vjerovanja u stare božanske kultove su za sve ove poteškoće u rimskom društvu okrivljavali kršćane. Aurelije je svojim reskriptom odredio da će svi oni koji nejakе duše plaše praznovjerjem biti protjerani na otoke (Paulus, 1989). Car je u cilju suzbijanja pandemije kuge ustanovio čitav niz religijskih ceremonija, a kršćani nisu željeli uzeti učešća u njima. Iako se pravci djelovanja prema kršćanima u ovom periodu nisu mijenjali, saznajemo da su takva postupanja bila vrlo često obojena lokalnim političkim prilikama i odnosima kao i sve češćim fanatizmom pripadnika ogromnog administrativnog mastodonta. Od vremena Nerve i Trajana do Komoda, pravni položaj kršćana će biti nepromijenjen. U principu su oni bili prepušteni samovoljnim postupcima pojedinih pripadnika državnog aparata koji su se ipak na neki način morali obazirati na generalne linije religijske politike centralne vlasti. U stvarnoj životnoj praksi kršćani su uživali slobodu koja je permanentno, doduše, ne sustavno degradirana pojedinačnim samovoljnim aktima njihovih protivnika (Monnickendam, 2018, str. 40-83; Richardson, 2011, str. 111-123). Sa izumiranjem antoninijevske carske loze doći će do promjena generalne religijske politike kao i pravnih osnova za progone kršćana.

Određivanje pravnih osnova za progone kršćana predstavlja veoma složeno pitanje. Mišljenja romanista u tom pogledu se dosta razlikuju. Majestetsko kvalificiranje postupaka izražavanja neprijateljstva prema rimskoj državi se vremenom stalno mijenjalo i proširivalo dejstvom različitih društvenih faktora i procesa. Pod tu inkriminaciju su prevashodno dolazili postupci formiranja i djelovanja tajnih udruženja na šta je rimska imperija bila veoma osjetljiva. Pripadnici kršćanskog pokreta su upravo tretirani kao pripadnici do tada nepoznatih oblika tajnog udruživanja. Da li se progoni kršćana vrše na osnovu nekog posebnog zakona kao osnove sudskih i administrativnih postupaka, kojim zakonom je zabranjeno upražnjavanje nove religije ili su kršćani kažnjavani na osnovu uobičajenih ovlasti državnih dužnosnika koji su bili ovlašćeni poduzimati svakoјake postupke i radnje radi očuvanja stabilnosti javnog poretka. Na osnovu spominjanja kršćanskog pisca Tertulijana posebnog zakona *institutum Neronianum* kojeg je on pripisivao Nervi, stvoreno je mišljenje da su progoni kršćana imali svojevrsnu zakonsku podlogu. Većina

romanista je slijedila mišljenje Momzena koji je progone kršćana cijenio kao državne policijske akcije u kojima nije bilo pridržavanja uobičajenih pravila upravnog postupanja. Prema njegovom stajalištu, pripadnost kršćanstvu kao vid odstupanja od tradicionalnih vjerskih obreda je *eo ipse* tretirano kao zločin protiv države. Dosta pristalica ima teorija o *coercitio*, prema kojoj se od strane državnih nadležnih organa primjenjuje strogo tjelesno kažnjavanje kršćana zbog njihovog propuštanja ili čak odbijanja priznavanja postojećeg državnog uređenja. Posebna varijanta poimanja je mišljenje da se kršćani kažnjavaju radi počinjenja konkretnih kaznenih djela kao što su umorstvo djece, tajno udruživanje, uvođenje stranih kultova ili izdaja kao vid odbijanja ukazivanja počasti carskom kultu.

Izvorni materijal o postojanju jednog posebnog specijalnog zakona uperenog protiv kršćana nalazimo kod kršćanskog pisca Tertulijana u njegova dva spisa *Ad nationes* i *Apologeticum*. Dokazna snaga ovih izvornih materijala ne zaslužuje veliku pažnju, pošto je njihov autor spise pisao kao retor a ne kao pravnik, a njegovo viđenje nekog zakona može predstavljati slobodnu retorsku imaginaciju. Tertulijan ni na jednom mjestu ne spominje tačan naziv tog zakona niti bar približno vrijeme njegovog donošenja. Kao pretpostavljene uzroke proganjanja kršćana on navodi *sacrilegi*, *hostes publici i maiestatis rei*, ali se nigdje ne navode konkretni *lex rogata*, senatski zaključak, carski edikt ili neki drugi konkretni pravni osnov postupanja prema njegovoj religijskoj zajednici. Iz kršćanskih pisanih izvora se ne mogu odrediti pravni osnovi realiziranja vladarevog imperijuma ili policijskih organa u postupanjima prema pripadnicima ovog novog religijskog pravca. Kršćanstvo je došlo u sukob sa *mos maiorum* i zbog toga je tretirano kao *religio illicita*, jer njeni pripadnici nikada nisu zatražili u uobičajenoj formi dopuštenje za njihovu društvenu verifikaciju. Moglo bi se odrediti da je pripadnost kršćanstvu bio jedan naročiti oblik majesteskog kažnjivog ponašanja, jedna vrsta osobitog političkog delikta koji je neuvažavanjem carskog veličanstva dovedio u pitanje državnu sigurnost. Lokalni provincijski namjesnici su imali veliku slobodu u procjeni da li određena ponašanja imaju elemente bića ovog kažnjivog djela. Tokom prvog stoljeća carstva, dotadašnja uobičajena *coercitio* se postupno približuje uređenom *cognitio extra ordinem* sa dosta preciznim procesnopravnim instrumentima. Razvoj organiziranog postupka sa izraženim procesualnim institutima je omogućavao različito postupanje u pojedinim provincijama, prema osobnosti pojedinih magistrata ili nosilaca najviših imperijalnih ovlašćenja i prema tadašnjim ekonomskim i političkim stanjem određenih društvenih sredina (Brasileo, 1937, str. 189; Beduhn, 2005, str. 153-166). Instrumentarij za djelovanje rimskog razvijenog birokratskog aparata je posjedovao dosta rastezljivu elastičnost kako bi osigurao funkcionalnost i učinkovitost javnog uređenja. Nerva je uistinu bio prvi

vladar koji je pokrenuo stanovita postupanja prema kršćanskim zajednicama i tako postavio svojevrsni precedentski modus. *Pax Romana* je osiguravao minimum društvene sigurnosti kao neophodnog uvjeta za razvitak crkvene organizacije. Prva stoljeća odnosa rimske države i kršćanstva će se razvijati u granicama krajnosti borbe do posljednjeg pripadnika, sve do potpune religijske tolerancije i naposljetku priznavanja kršćanstva za državnu religiju rimske imperije.

U prvoj polovini trećeg stoljeća crkva je doživjela izrazite uspone u svom organiziranju, prije svega u sve brojnijim pristalicama u narodnim masama, posebice u najvišim društvenim slojevima, pripadnicima Univerziteta i na carskom dvoru. Naročiti uspjeh se u crkvenim krugovima smatralo prelazak uređenih kršćanskih grobalja, koja su do tog vremena bila u posjedu pojedinih familija, pod crkvenu upravu i u crkveni posjed. Kao što smo već ranije istakli, linija odnosa države i kršćanstva je bila dosta krivudava i izložena stalnim i naglim promjenama. Car Decije je tokom svoje kratke vladavine, 249. godine, donio prvi edikt sa univerzalnim značenjem kojim se reguliraju neka pitanja koja se odnose na kršćane. Njime se utvrđuje obveza prinošenja žrtava rimskim bogovima i davanje zakletve da će se te žrtve i u budućnosti vršiti. Dakle, radi se o uvođenju *supplicatio* kao opće žrtve pema bogovima. To je bio pokušaj obnavljanja tradicijskih religijskih vjerovanja. Takva politika se najbolje može pratiti na primjeru vladavine cara Valerijana (Schwarte, 1989, str. 103-163).³ Prve godine njegove vladavine su za crkvu bile dosta mirne. Njegov carski dvor je označavan kao kuća Bogova i bio je popunjen istinskim vjernicima (Cezarejski, 2004, str. 10, 3). Sa promjenjenim političkim okolnostima, stalnim prijetnjama neprijatelja na svim granicama imperije, uzdrmanim financijama gdje vrijednost kovanog novca drastično pada, doći će i do promjena u odnosima prema kršćanskoj crkvi. Ona se počinje poimati kao najopasnije tijelo u rimskom carstvu i izvršeni su pokušaji konfisciranja najvećeg dijela crkvene imovine u svrhu popunjavanja sve praznije državne kase zbog smanjenog financijskog priliva iz uzemirene Galije i Istoka. Njegovim ediktom iz 257. godine, pod udar su došli prije svega pripadnici crkvenog klera, biskupi, đakoni i ostali pripadnici visokih crkvenih slojeva. Od njih se, pod prijetnjom primjene smrtno kazne, zahtijevalo prinošenje žrtava državno verificiranim božanstvima, obustava svih kršćanskih bogoslužnih ceremonija, zabrana njihovog okupljanja na grobljima. Mnogobrojni kršćani su bili fizički likvidirani ili upućivani na prisiljan rad u carskim rudnicima. Glavni cilj ove nove politike je bio staviti pod kontrolu vodeće najviše crkvene krugove.

³ Vidjeti i: Walsh & Gottlieb, 1992, str. 3-86.

Car Dioklecijan je u nastojanjima obuzdavanja sve šire lepeze uzroka slabljenja rimskog imperijuma, koji su se u njegovo vrijeme intenzivno rasplamsavali, uveo poznati sistem tetrahije kao oblika organiziranja teritorijalnih imperijalnih ovlasti na prostranstvima Rimskog carstva. To je trebalo dovesti do slabljenja teokratskog apsolutizma. U pograničnim provincijama se doseljavaju barbarske grupacije u cilju rješavanja velikih problema nedostatka radne snage za obradu velikih latifundijskih domena. Reorganizacija provincijske uprave je stvarala ogromne terete za centralni fiskalni sistem. Birokratski upravni aparat se nekontrolirano umnožavao bez podizanja stupnja svoje učinkovitosti. Kršćani su u svojim učenjima dokazivali superiornost svoje vjere u odnosu prema poganstvu. Njihov univerzalizam je predstavljao svojevrsni pandan univrsalnom Rimskom Carstvu. Sve su ovo bili determinatni faktori koji će dovesti do intenzivnih, moglo bi se reći sistematskih, progona kršćana za vladavine Dioklecijana koji je u Laktancijevom spisu *de mortibus persecutorum* odslikan dosta mračnim bojama. Njegov suvladar Galerije je stalno inicirao radikalnije poteze prema kršćanima, dok je on želio voditi oprezniju i obzirniju religijsku politiku. Ipak su bili jedinstveni u procjeni da kršćanstvo predstavlja veliku opasnost za rimsku državu, ali su se razlikovali u određivanju strateških i taktičkih mjera u borbi protiv ove pojave. Ipak je Dioklecijan imao ovlasti donijeti određene edikte koji bi imali općeobvezujuću snagu. Nova religijska politika tetrahije je željela osnažiti kult careva poimajući ih kao sinove Bogova. Edikt iz 303. godine je predstavljao naredbu vojnim oficirima da izvše pritisak na vojničku populaciju za bespogovorno poštivanje carskog kulta, a u stvarnosti je to trebalo biti efikasno sredstvo za pročišćavanja vojničkih redova od kršćana. Ista naredba je upućena i najvišim državnim dužnosnicima za pročišćavanje glomaznog birokratskog aparata. Iako je Dioklecijan bio izrazito oprezan i nije se želio upuštati u nepredvidive avanture ipak se pod pritiskom visoke dvorske klike morao opredijeliti za angažiraniji i sistematičniji angažman u politici progona kršćana (Rives, 2011, str. 199-216).⁴

Na osnovu izvještaja Laktancija i Euzebija omogućena je rekonstrukcija sadržaja Dioklecijanovog edikta iz 303. godine. Njime se određuje da kršćani moraju obustaviti svoja bogoslužjenja, sve crkve moraju biti porušene, sveti spisi i liturgijski predmeti će biti konfiscirani i spaljeni, zabranjuju se religijska međusobna financijska davanja i svaki vid potpore. U drugom dijelu edikta, koji se odnosi na pojedine osobe i njihova statusna određenja, nalaže se da kršćani gube svoja građanska prava dok nosioci visokih državnih pozicija se razrešuju i postaju robovi. Jedan od uvjeta za obznanu ovog edikta

⁴ Vidjeti i: Grbešić, 2007, str. 21-42; Mijić & Cambi, 2018, str. 449-451.

je bio Dioklecijanov stav da pri njegovom realiziranju ne smije doći do prolijevanja krvi. Od sada sama pripadnost kršćanstvu ne dovodi do smrtnih posljedica. Meta ovih postupaka iz edikta su prije svega bili viši crkveni i administrativni slojevi. Religijska pripadnost mora biti nesumnjivo utvrđena u uređenom sudskom postupanju. Svima se obezbjeđuje primjena zakonom uređenog sudskog postupka što je trebalo doprinijeti općoj sigurnosti stanovništva. Galerije nije bio zadovoljan sadržajem niti primjenom objavljenog edikta i vršio je stalni pritisak za pooštavanjem religijskih borbi. Tako je za dva požara u carskoj palači u Nikomediji okrivio kršćane i podvrgao ih ostrim kapitalnim sankcijama.

U drugom Dioklecijanovom ediktu s početka ljeta 303. godine se uvode postupci obračuna sa crkvenim velikodostojnicima koji su bili markirani kao organizatori političkih nemira u Meliteni i Siriji. U ovim jako kristijaniziranim zemljama u to vrijeme su zatvori bili preuski kako bi primili sve one koji su došli pod udar ovog edikta, tako da je došlo do otpuštanja već osuđenih zločinaca koji su se nalazili na izvršenju izrečenih kazni. Dioklecijan je zbog obilježavanja jubileuma dvadesetogodišnjice svog vladanja otputovao u Rim a pri povratku sa tog puta u Nikomediju teško se razbolio. Njegovu odsutnost i bolest je odmah iskoristio Galerije kako bi izdao četvrti edikt o progonima kršćana 304. godine kojim je izdata opća naredba za cijelo carstvo o potrebi poštivanja carskog kulta. Svako ponašanje koje nije bilo u skladu sa odredbama edikta imalo je za posljedicu otvaranje naročitog sudskog postupka u kojima bi sudovi za teške slučajeve neposlušnosti izricali najčešće smrtnu kaznu ili upućivanje na prinudni rad u rudnicima. Primjena ovih edikata izdatih za Dioklecijanove vladavine nije bila istog intenziteta po pojedinim provincijama. U Galiji i Britaniji je Konstantin Klor objavio sadržaj edikata ali je selektivno provodio njihove odredbe. Tako, npr. nije pristupio rušenju crkava. Drugi suvladar Maksimin je u Italiji, Africi i Španiji odmah krenuo u sprovedbu ediktalnih naređenja i preduzimao krvave progone. Na područjima na kojima je Dioklecijan imao efektivnu vlast došlo je do konsekvntnih sprovedbenih postupaka tako što je u Frigiji cijelo kršćansko selo sa svim svojim žiteljima bilo spaljeno dok je u Siriji i Feniciji došlo do masovnih likvidacija (Cezarejski, 2004, str. VII, 12, 1).

Tetrarhijski projekat organiziranja najviših nivoa vlasti nije dao proklamirane rezultate. Stalne međusobne borbe za vlast i zategnuti odnosi između suvladara imali su svoje reperkusije i na različitost postupanja rivalizirajućih careva na polju religijske politike. Svi unutrašnji problemi suodnosa vladara u sistemu tetrarhije su imali za posljedicu kvalitativnog mijenjanja odnosa prema kršćanima. Unatoč svirepim intenzivnim progonima broj kršćana se stalno povećavao tako da je njihova brojnost postala referentni

politički faktor. Neslavne sudbine kršćanskih progonitelja su vjerovatno imale uticaja na načine razmišljanja njihovih sljedbenika. Tako je car Galerije na samom kraju svog života pogođen teškom i neizlječivim zaraznom bolešću izdao edikt u kojem se po prvi put kršćanima dodjeljuje pozicija *religio licita* i sloboda njihovim vjerovanjima i religijskim ceremonijalnim okupljanjima (Städele, 2002). Ediktom iz 313. godine kršćani pored slobode ispovijedanja svoje vjere dobijaju povratak svim crkvenim općinama oduzete imovine čime one postaju ovlašćeni nositelji stvarno-pravnih ovlašćenja *corpus Christianorum*. Na taj način je završena jedna epoha burnih povijesnih interakcija države i crkve u okvirima rimske antičke imperije (Alföldi, 1938, str. 323-348). Povijest civilizacije nema boljih i slikovitijih pokazatelja tiranske moći države prema jednoj novoj, do tada nepoznatoj društvenoj kategoriji. Kao što je i na početku bivstvovanja rimske države postojao savez religijskog i državno-političkog faktora, tako i na kraju, država kada je u poteškoćama, traži saveznički oslonac u religijskoj potpori (Lenski, 2017, str. 27-55).⁵

Kao što smo već ranije istakli, uzroci progona kršćana se mogu u različitim vremenskim periodima na različite načine posmatrati. Iako je generalno posmatrajući rimska država slovila za pravno uređenu državu i trebala osigurati pravnu sigurnost svog stanovništva, to se ne bi moglo generalizirati za njeno postupanje prema kršćanima. Isto tako pri ocjeni pravne utemeljenosti tih postupaka nalazimo više mogućih pravno-normativnih osnova (Wlosok, 1959, str. 14). To se prije svega odnosi na pitanja forme pojedinih pravnih akata kao pravnog okvira za poduzimanje čitavog spektra represivnih akcija prema kršćanima. Pri tome treba imati u vidu napomenu da ja rimski kazneni sistem regulirao kažnjiva djela počinjena na užoj teritoriji rimske jurisdikcione nadležnosti počinjena od strane rimskih građana. S druge strane pergrini u bilo kojem dijelu rimske imperije nisu potpadali pod nadležnosti lokalnih organa vlasti nego su bili prepušteni neograničenim ovlastima rimskih provincijskih namjesnika koji su u osnovi primjenjivali opće pravne okvire iz rimskog kaznenog prava. Na taj način su paragrafi kaznenopravne provinijencije putem imperijalnih ovlasti magistrata bili primjenjivani na cjelokupno stanovništvo u cjelini rimskih prostora. U carskim konstitucijama koje nisu bile teritorijalno determinirane već su imale opće-obvezujuće dejstvo sve više iščezava razlikovanje između rimskih građana i peregrina koja razlika će biti i formalno dokinuta sa *constitutio Antoniana* cara Karakale iz 212. godine.

⁵ Vidjeti i: Milotić, 2013; Watson, 1993; Vukšić, 2014, str. 277-301; Feldt, 2019; Zečević, 2014, str. 11-18.

Postavlja se pitanje koja normativna rješenja nastala prije nastanka kršćanstva iz kaznenopravne sfere su mogla biti primjenjivana u postupcima prema pripadnicima ovog novog religijskog pokreta. Tu bi u obzir možda mogla doći *leges Cornelia Sule* i *leges Iuliae* princepsa Avgusta. Kršćani su pred nadležnim državnim organima predstavljani u vrlo lošem kontekstu i svjetlu a sama egzistencija kršćana se poimala kao pretpostvka realne ugroze sistema sigurnosti javnog poretka. Podvođenje kršćanskih postupaka pod opće kaznene odredbe mogle bi se karakterizirati u Hadrijanovom reskriptu upućenom Miniciju Fundanu (Cezarejski, 2004, str. 4, 9, 3).

Određena ponašanja kršćana su povremeno ocjenjivana u kontekstu značenja instituta *sacrilegium* i *maiestas*. Ovaj prvi se ne bi mogao posmatrati kao čisto juristički pojam već ima više elemenata retorskog izričaja. *Sacrilegi* su u pravničkoj literaturi označavani kao *qui publica sacra compilauerunt* (Justinijan, 2003, 48, 13, 11, 1). *Crimen maiestatis minutae* je bio naročiti kazneno-pravni pojam koji bi se u najslobodnijem prevodu mogao iskazati kao akt neprijateljstva prema državi. Biće ovog kažnjivog djela je stalno kroz povijesna razdoblja proširivano a naročito u periodu principata kada se svaki akt ugroze princepsovog autoriteta mogao klasificirati kao pomenuto djelo. Naravno da su kršćani bili izloženi opasnosti optuženja po tom osnovu. Pokoravanje nebeskom kraljevstvu, odbijanje prinošenja tradicionalnih žrtvenih obreda ranijim božanstvima, ne ukazivanje ceremonijalnih počasti princepsovim statuama su mogli biti tretirani kao izrazi nelojalnosti i kriteriji razlikovanja kršćana od pripadnika starih religija. U graničnim obzirima ovakva ponašanja su mogla biti podvođena pod pojam *perduellio*. O pravnoj prirodi djela majestetskog zločina podrobne izvještaje nalazimo u sedmoj Ulpinijanovoj knjizi njegovog poznatog djela *De officio proconsulis*. Teodor Mommsen u svom čuvenom djelu o kaznenom pravu (Mommsen, 2010, str. 569) kao mogući način poimanja javnih modusa ovog djela govori kao o najtežem obliku državnog neprijateljstva *perduellio* u smislu apostazije politeizma. Za princepsa kao prominentnu osobnost rimskog javnog poretka je svako udaljavanje od prisutva ceremoniji iskazivanja časti najvišem nosiocu vlasti u smislu *felicitas temporum* moglo biti okarakterizirano kao *maiestas minuta* i dovoljan kaznenopravni osnov za procese protiv pripadnika crkve.

Kršćanske općine su u statusnom pogledu označavane kao *collegia funeraticia*. Sa jačanjem kršćanske misije u rimskom carstvu je naglo porastao broj novonastalih kršćanskih općina koje su zbog naglašene svoje posebnosti budile pažnju svoje paganske okoline (Jedin, 2001, str. 147). U vrijeme pojave kršćanstva su rimski propisi o udruženjima dobijali svoj ekspanzionistički razvoj. Država je uvijek bila sumnjičava prema svakom obliku udruživanja u kontekstu pribijavanja tajnih političkih organiziranja. Nakon *Lex Iulia de*

collegiis, veliki dio zakonodavstva je bio posvećen ovim pitanjima, naročito u kasnijem carskom razdoblju (Justinijan, 2003, 47, 22, 2). Pravni položaj kršćanskih općina tokom drugog stoljeća je pravno bio dosta nejasan jer se u tom periodu naglo povećavao broj različitih oblika udruživanja koja nisu prošla proceduru normativne kontrole i nisu imala tražena dopuštenja državih organa vlasti. Carevi su u svojim konstitucijama pokušavali što detaljnije precizirati pretpostavke svih oblika udruživanja. Nepoštivanje mnogobrojnih, ponekad i proturječnih carskih konstitucionalnih rješenja su svakako bili česti osnovi provođenja vrlo teških kaznenih postupaka. Korespondencija Plinija sa carem Trajanom na najslikovitiji način pokazuje svu složenost normativne disperzije na ovom pravnom području. Logično da je ovakvo stanje imalo svojih reperkusija na položaj crkvenih općina.

Sasvim sigurno se može tvrditi da prema kršćanima i pored činjenice da je problem pojave nove kršćanske religije postajao sve akutniji i poprimao oblike religijskog ankronizma od strane države nije donešen *lex rogata* koji bi specijalno bio uperen prema ovom do tada nepoznatom religijskom fenomenu. U pravnim izvorima se ne mogu naći podaci koji bi nam ukazivali na okolnost da je kršćanstvo kao nova religija bilo izričito zabranjeno nekom odlukom rimskog senata. U svojoj državopolitičkoj povijesti je senat još u republikansko doba znao raspravljati o pitanjima iz religijske sfere kao npr. o sve većem prodiranju religijskih kultova sa istoka ali za donošenje konkretnog *senatus consulta* koji bi tretirao pitanja kršćanske problematike ima zaista malo indicija. Iz državnog pravnog instrumentarija kao propis kojim bi se uvela generalna zabrana kršćanske religije preostaje još samo institut carskih konstitucija u formi edikta. Pravna priroda carskih edikata je bila njihova univerzalna općeobveznost na cjelokupnom teritoriju rimske države, ali se javlja problematičnost njihove efektivne provodivosti od strane nižih administrativnih jedinica. Hipotetičke carske odredbe bi trebale dovesti do posljedica da se kršćanstvo generalno označava kao zločin. Povijesni izvori nam pokazuju da u prvim stoljećima razvoja kršćanstva nije bilo sistematskih progona kršćana temeljem jednog jasnog propisa dok je sama konkretna akcija progona najčešće bila mjesno i vremenski ograničena prema izdvojenim slojevima i nije postizala karakteristike kontinuiranosti. U cjelokupnoj kršćanskoj literaturi, bilo ona povijesna, apologetska ili hagiografska, ne nalazi se spomena da je postojala do sredine trećeg stoljeća neka opća pravna zabrana njihovog pokreta (Castelli, 2018, str. 17-35; Belda Iniesta, 2015, str. 1-28).

Progon kršćana se mogao posmatrati i kao neposredna primjena administrativne *coercitio*. Kao ilegalna komponenta u društvenom tkivu, iako formalnim zakonom nije bila zabranjena, morala je biti nezakonito tretirana nekim propisima koji nisu imali stupanj zakonske javnosti. Takvi propisi su pravno-tehnički označavani kao *coercitio*. To se dovodi u vezu sa poznatim princi-

pom *salus publica suprema lex esto* koji je svoju pravno-filozofsku ustrojenost dobio od Cicerona (Cicero, 1996, 3, 8). Rimljani su se pridržavali ovog principa u svim prilikama političkog labirinta kroz koji je išao njihov ekspanzionistički razvoj. Prema njemu nosioci imperijuma izgrađuju osobeni pravni normativni instrumentarij putem kojeg svoja vojno-politička stremljenja pretvaraju u obvezujuće norme putem kojih mogu reprimirati svakog protivnika generalno određenog pravca društvenog razvoja. Ovakve norme su bile primjenjive kako na rimske građane tako i na peregrine. Nosioci magistratskih funkcija su imali široke ovlasti tumačenja kazneno-pravnih odredaba a putem *ius honorarium* su stvarali nove pravne principe djelovanja koji su predstavljali stvaralačku dogradnju starih i od vremena odbačenu pravnu praksu. Najbolji primjer za primjenu ovog principa prezentira nam Plinijeva epistolarna korespondencija o *pertinacia* i *inflexibilis obstinatio*. Administrativni namještenici su imali ovlasti da primjenjuju *coercitio* prema osobnim rastegljivim kriterijima. Centralna vlast je prema njima, obično na njihove konkretne zahtjeve, izdavala samo pravno obvezujuće smjernice i linije. Velike slobode i širina ovlašćenja provincijskih namjesnika u realiziranju ovih smjernica su bile glavne karakteristike u određivanju kazneno-pravnog okvira za vrijeme principata i kraja klasičnog perioda rimskog prava. Informacije o primjeni magistratske *coercitio* kao pravnog osnova djelovanja prema kršćanima nalazimo kod Laktancija (Lactantius, 2010). Uopćeni odgovori koje su princepsi davali u *epistulae* svojim osobama od povjerenja na razgranatim ograncima birokratskog aparata su stvarali naročite precedentne slučajeve. Princepsova politika je izgradila i efikasne metode kontrole svojih državnih namještenika no i pored toga će praksa upravljanja na nižim nivoima vlasti obilovati raznim oblicima koruptivnog djelovanja (Justinijan, 2003, 48, 13, 4, 2).

Od sredine trećeg stoljeća će se praksa postupanja prema kršćanima u pogledu pravne zasnovanosti državnih postupaka znatno izmijeniti. Povećat će se broj carskih instrukcija u ovim pitanjima. Postavlja se pitanje koju formu se te instrukcije imale. Prema izvješćima kršćanskih pisaca u najvećem broju se tu radilo o mandatima (*Plin.ep. 10,96,97*). Vrlo je teško prosuditi pravnu prirodu i oblik tih instrukcija na osnovu uopćenih saznanja i podjela u nomenklaturi princepsovih odluka. Koji kriterijumi bi se trebali upotrijebiti da bi se izdvojilo klasificiranje pojedine instrukcije kao edikta u općeobvezujućem dejstvu. Praksa kažnjavanja kršćana je rapidnom brzinom dobijala nove, do tada još nevidene forme kažnjavanja, različitim modalitetima izvršenja smrtne kazne, dovtljivim mjerama tjelesnog kažnjavanja i drugim mjerama ugnjetavanja. Raznolikost pitanja u ovakvoj šarolikoj praksi u pogledu postupanja lokalnih dužnosnika su stavljali pred vladare vrlo zahtjevne zadatke u pogledu potrebe postavljanja nekih općenitih pravila ponašanja koja bi dali mogućnost rješavanja što većeg broja mogućih enigatskih situacija. Posebno velike poteš-

koće su se javljale u pogledu utvrđivanja autentičnosti pojedinih vladarskih odluka i određivanja njihove pravne pozitivnosti.

Nakon smrti cara Septimija Severa (Schwarte, 1963, str. 185-208) koji je u formi edikta zabranio obraćanje na kršćanstvo i svaki oblik kršćanske propagande, usljed sve većih problema na istočnim i sjevernim granicama imperije, sve veća moć se počela nalaziti u vojnim formacijama porijeklom iz provincija (Harnack & Christi, 1963; Stöver, 1984, str. 89). Njihovi pripadnici su bili veoma nisko kultivirani i sa svojim lokalnim običajima su predstavljali ugrozu za *mos maiorum*. Kao odgovor na nastale poteškoće, doći će do rasplamsavanja progona kršćana (Vogt, 1954, str. 9). Car Decije će 250. godine izdati edikt kojim se svim muškarcima, ženama, pa čak i djeci naređuje da pred specijalnim za tu priliku posebno formiranim komisijama iskažu poštovanje rimskim Bogovima, nakon čega će dobiti potvrde koje će ih ekskomunicirati iz sve jaćih akcija progona kršćana. Od tog vremena će postojati nesumnjivi pravni osnov za progone kršćana a to su bile carske konstitucije u formi edikta (Sherwin-White, 1952, str. 199-213).

Zaključak

Osnovni razlog proganjanja kršćana je njihovo odbijanje priznavanja rimskog vladara – cara za Boga. Pagani su kršćane proglašavali za bezbožnike. Takvo ponašanje kršćanskih pristalica je od strane rimskih vlasti tretirano kao posebni oblik *crimen laese maiestatis*, označavan terminom *lesae divinitatum*. Iako u povijesnom tijeku aktivnosti progona kršćana susrećemo različite modalitete postupanja pojedinih careva u osnovi se oni mogu tretirati kao biće ovog specifičnog kažnjivog djela koji svoju osebnost različitosti sadržaja i aktualnost nije izgubio niti u moderno doba. Odnos države i religije, od antike do danas, pripada sferi pravno-političkih pitanja.

Bibliografija

- Alföldi, A. (1938). *Zu den Christenverfolgungen in der Mitte des 3. Jahrhunderts*, Klio, 31, 323-348.
- Arena, V. (2011). *Tolerance, intolerance, and religious liberty at Rome: an investigation in the history of ideas*. U: Cecconi & Gabrielli (ed.), *Politiche religiose nel mondo antico e tardoantico. Poteri e indirizzi, forme del controllo, idee e prassi di tolleranzas*. (str. 147-164). Bari: Edipuglia.
- Beduhn, J. D. (2005). *Augustine, Manichaeism and the Logic of Persecution*. *Archiv für Religionsgeschichte*, 7, 153-166.

- Belda Iniesta, J. (2015). La iurisdictio episcopalis entre el imperio y la Christianitas: aproximatio'n historico-cano'nica a la aparicio'n de la potestas sacra. *Ius Romanum*, 2, 1-28.
- Berdica, J. & Žiha, N. (2013). Utjecaj kršćanske tradicije na matrimonium u Justinijanovoj kodifikaciji. *Pravni vjesnik*, 29 (3-4), 29-59.
- Botermann, H. (1996). *Das Judenedict des Kaisers Claudius: Römischer Staat und Christiani im 1. Jahrhundert*. Stuttgart.
- Brasileo, U. (1937). *La repressione penale in diritto Romano*. Napoli : E. Jovene.
- Castelli, E. (2018). Sulpicio Severo contro Girolamo Per una nuova interpretazione della lettera prefatoria e del primo capitolo della Vita Martini. *Revue d'études augustinienes et patristiques*, 64, 17-35.
- Cezarejski, E. (2004). *Crkvena povijest*. (M. Mandac, prev.). Split: Služba božja.
- Cicero, M. T. (1996). *De legibus*. (D. N. Hraste, prev.). Zagreb.
- Cohen, S.J.D. (1966). *Judaism under Roman Domination: From the Hasmo-neans Through the Destruction of the Second Temple*. U: Lewis, N. & Reinhold, M. (Ed.). *Roman Civilisation Source-book II*, (str. 57-69). New York: Routledge.
- D'Anna, A., Castelli, E. (2006). Considerazioni a margine del libro di P. Lampe, "From Paul to Valentinus. Christians at Rome in the First Two Centuries. *Annali di storia dell' esegesi, Rivista semestrale con il patrocinio dell' Universita' degli Studi di Bologna, Estrato del fascicolo*, 23 (2), 499-525.
- Dusenbury, D. L. (2017). The Judgment of Pontius Pilate: A Critique of Giorgio Agamben. *Journal of Law and religion*, 32 (2), 121-135.
- Ensminger, J. J. (1988). The Sadducean Persecution of the Christians in Rome and Jerusalem, A.D. 58 to 65. *Southwestern Journal of Theology*, 3, 9-14.
- Feldt, L. & Bremmer, J. N. (Ed.) (2019). *Marginality, Media, and Mutations of Religious Authority in the History of Christianity*. Leuven-Paris-Bristol: Peeters.
- Franzen, A. (1968). *Kleine Kirchengeschichte. Herder Bücherei Bd. 237/238*. Freiburg.

- Grbešić, G. (2007) Progona kršćana, napose u Dioklecijanovo doba. *Diacovensia: teološki prilozi*, 15 (1), 21-42.
- Harnack, A. (1963). *Militia Christi: Die christliche Religion und der Soldatenstand in den ersten drei Jahrhunderten*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft.
- Hubert, J. (ured.) (2001). *Velika povijest crkve*, I. Zagreb: Kršćanska sadašnjost.
- Justinijan. (2003). *Justinijanova Digesta. Knj. 1. Deo auctore. Tanta. Omnem rei publicae: konstitucije* (A. Malenica, prev.). Beograd : Službeni glasnik.
- Kovačić, S. (2004). *Kršćanstvo i crkva u starom i srednjem vijeku*. Split: Verbum.
- Külzer, A. (2017). Aspekte der Christianisierung der frühbyzantinischen Provinz Asia. *Asia Minor Studien*, 87, 79-105.
- Lactantius (2010). *The Divine Institutes*. The Catholic University of America Press.
- Last, H. (1954). *Christenverfolgung II (juristisch)*, RAC II. 1208-1228.
- Lenski, N. (2017). *The significance of the Edict of Milan*. U: E. Siecienski (Ed.) Constantine: Religious Faith and Imperial Policy (Str. 27-56).
- Lopez, J.d.M. (2016). *Cristianos versus paganos: la respuesta imperial tras la crisis generada por la revuelta de Illus*. U: G. Bravo, R. González Salinero (ed.)
- Crisis en Roma y soluciones desde el poder (str. 417-434). Madrid: Signifer Libros.
- Lučić, Z. (1998). Izvještaj Plinija Mlađeg o progonima hrišćana. *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, XL, 194 – 204.
- Macchioro, R. (2018). *Costantino a Milano: L'Editto a la sua storia*. Rim: Bulzoni.
- Marotta, V. (2016). *Una breve nota sui diritti di libertà nel mondo romano: Tertulliano*,
- Lattanzio, Costantino* U: Scritti per Luigi Lombardi Vallauri. (str. 909-926). Milano: Wolters Kluwer – CEDAM.
- Medved, M. & Šiljeg, F. (2011). O vjerskoj toleranciji u prvim stoljećima kršćanstva. *Riječki teološki časopis*, 19 (2), 403-436.

- Mijić, K. & Cambi, N. (2018). Dioklecijan-povijesne kontroverze i današnje dileme. *Radovi Zavoda za povijesne znanosti HAZU u Zadru*, 60, 449-451.
- Milović, I. (2013). Milanski edikt-prijevod, komentar i studija. *Croatica Christiana periodica*, 38 (73).
- Mommsen, T. (2010). *Römisches Staatsrecht*. Cambridge University Press.
- Monnickendam, Y. (2018). Late Antique Christian Law in the Eastern Roman Empire: Toward a New Paradigm. *Studies in Late Antiquity*, 2 (1), 40-83.
- Moreau, J. (1971). *Die Christenverfolgung im römischen Reich*. (2. Aufl.). Berlin- New York: W. de Gruyter.
- Moreau, J. (1944). *Les plus anciens témoignages profanes sur Jésus*. Bruxelles: Lebègue.
- Mouxy, P. (1957). Nomen Christianorum. *Sonderdruck aus Atti della Accademia delle Scienze di Torino*, 91, 211.
- Paulus, I. (1989). *Sentencije*. (A. Romac, prir. i prev). Zagreb: Latina et Graeca.
- Richardson, J. (2016). *Provincial Administration*. U: Plessis, P.J., Ando, C., Tuori, K. (Ed.) *The Oxford Handbook of Roman Law and Society* (str. 111-123). Oxford: Oxford University Press.
- Rives, J. B. *The Persecution of Christians and Ideas of Community in the Roman Empire*. U: Cecconi & Gabrielli (ed.), *Politiche religiose nel mondo antico e tardocantico. Poteri e indirizzi, forme del controllo, idee e prassi di tolleranzas*. (str. 199-216). Bari: Edipuglia.
- Schwarte, K.H. (1989). *Die Christengesetze Valerians*. U: W. Eck (Ed.). *Religion und Gesellschaft in der römischen Kaiserzeit: Kolloquium zu Ehren von Friedrich Vittinghoff*. (str. 103-163). Cologne: Böhlau.
- Shaw, B.D. (2015). *The Myth of the Neronian Persecution*. *Journal of Roman Studies*, 105, 1-28.
- Sherwin-White, A.N. (1952). The early Persecutions and Roman Law. *The Journal of Theological Studies*, 3 (2), 199-213.
- Städele, A. (2002). *Laktanz - Die Todesarten der Verfolger/ De mortibus persecutorum*. Turnhot: Brepols Publishers.
- Stöver, H. D. (1984). *Christenverfolgungen im Römischen Reich*. München, 1984.

- Suetonius Tranquillus, C. (1912). *The Lives of the Twelve Caesars*. Loeb Classical Library.
- Tacit, K. (1970). *Anali*. Beograd: SKZ.
- Tenšek, T.Z. (2007). “Ekklesía i polis”. *Politika u ranokršćanskoj misli. Bogoslovska smotra*, 77 (2), 391-417.
- Vogt, J. (1954). Die Zählungen der Christenverfolgungen im römischen Reich. *La Parola del Passato*, 34, 9.
- Vukšić, T. (2014). Odnos rimske države prema kršćanstvu u IV. Stoljeću. Od progona preko tolerancije i slobode do državne religije. *Vrhbosnensia XVIII* (2), 277-301.
- Watson, A. (1993). *International Law in Archaic Rome: War and Religion*. Baltimore/London: John Hopkins Univ. Press.
- Walsh, J. & Gottlieb, G. (1992). Zur Christenfragen im zweiten Jahrhundert. U: G. Gottlieb & P. Barcelo (Ed.) *Christen und Heiden in Staat und Gesellschaft des zweiten bis vierten Jahrhunderts*. (Str. 3-86). München
- Wilson, M. (2018). *Jews and Chistians in Ancient Lycia: A Fresh Appraisal*. U: Hazirlayanlar, Y., Dogan, S., Findik, E. F. (Ed.) *Aziz Nikolaus Kilisesi Kazilari 1989-2009*. (str. 11-35). Istanbul: Homer Kitabevi ve Yayıncılık.
- Wlosok, A. (1959). Die Rechtsgrundlage der Christenverfolgungen der ersten zwei Jahrhunderte. *Gymnasium* 66, 14.
- Zečević, J. (2014). Milanski edikt u kontekstu jedinstva crkve i društvenog suživota u svoje vrijeme i danas. *Crkva u svijetu*, 49 (1), 11-18.

Zdravko Lučić, PhD

Full professor

University of Sarajevo

Faculty of law

z.lucic@pfsa.unsa.ba

THE LEGAL BASIS OF ANCIENT ROMAN PERSECUTION OF CHRISTIANS

Summary

The paper analyzes the social circumstances of the emergence of Christianity and the attitude of this religious movement towards the traditional Roman religious policy of polytheism. The issue of the need for different evaluations of Christian and secular sources in judging the phenomenon of persecution of Christians is especially emphasized. A review of the relations between the Christian and Jewish religious communities is given. The actions of individual emperors are presented chronologically, with an emphasis on the rule of Diocletian and his edicts on the persecution of Christians. The central part of the paper is devoted to the analysis of the legal basis for Christian persecution, with special reference to imperial rescripts, edicts, crimen maiestatis, coercitio. The special status of Christian communities is pointed out.

Keywords: *Christianity, persecution, emperor, edict, crimen laese maiestatis, religion*

Dr. sc. Amina Nikolajev
Vanredna profesora
Univerzitet u Sarajevu
Pravni fakultet
a.nikolajev@pfsa.unsa.ba

UDK 330.34:502/504]:336.71
Pregledni naučni rad

ODRŽIVOST I ZELENO BANKARSTVO

Sažetak

U nastojanju ostvarenja što višeg nivoa ekonomskog razvoja i boljeg životnog standarda zajednica je zbog povećanja proizvodnje i potrošnje povećavala obim ekonomskih aktivnosti. Time su dodatno iscrpljivani resursi kojima planeta Zemlja raspolaže i neminovno se doprinijelo sve prisutnijim klimatskim promjenama. Posljedice klimatskih promjena, koje se sve više osjećaju, dovele su i do veće zabrinutosti za očuvanje Planete. Suočavajući se s brojnim izazovima negativnog utjecaja ekonomskog rasta na okoliš razvio se koncept održivog razvoja koji se zasniva na međusobnoj povezanosti ekonomske, ekološke i društvene dimenzije. Nositelji održivog razvoja su brojni, od pojedinaca, poslovne zajednice, vlada i međunarodnih aktera. U domenu poslovne zajednice posebno se razvio koncept održivog ili zelenog bankarstva kroz koji se ističe značaj bankarskog sektora u ispunjenju ciljeva održivosti. Cilj ovog rada usmjeren je ka upoznavanju sa pojmom i osnovnim odrednicama zelenog bankarstva te njegovom utjecaju na održivost. Imajući u vidu da je za razumijevanje zelenog bankarstva nužno i razumijevanje koncepta održivog razvoja, u radu se daju osnovne naznake i kraći osvrt na navedeni koncept.

Ključne riječi: *održivi razvoj, zeleno bankarstvo, društveno odgovorno poslovanje*

Uvod

Decenijama se kroz ekonomsku teoriju i praksu tragalo za iznalaženjem odgovarajućeg modaliteta za postizanjem željenog nivoa ekonomskog razvoja i poboljšanjem životnog standarda. Dugo vremena se poimanje ekonomskog

razvoja¹ posmatralo kroz prizmu ekonomskog rasta, kao njegove kvantitativne dimenzije². Ustaljene kriterije mjerenja dostignutog stupnja razvoja predstavljale su kategorije poput nacionalnog dohotka i bruto društvenog proizvoda (*per capita*³). Naglasak je bio na povećanju privrednih mogućnosti, ekonomskoj efikasnosti i maksimizaciji proizvodnje, što je za posljedicu svakako imalo pretjerano iskorištavanje resursa i ubrzanje klimatskih promjena. Posljednjih decenija sveprisutnije su rasprave o stanju okoliša i problemima sa kojima se čovječanstvo suočava, a što, u cilju sprječavanja negativnih posljedica, zahtijeva promjenu obrasca ponašanja i poduzimanje konkretnih akcija na globalnom nivou. Istovremeno se, kao mjerilo ekonomskog razvoja nametnuo i kriterij stanja okoliša. Time je shvatanje razvojnog puta dobilo novi smisao, a razvojne politike u cilju očuvanja okoliša izrasle iz zajedničke potrebe svih ljudi da se zaštite od negativnih posljedica narušene ekološke ravnoteže i klimatskih promjena. Tako postavljen koncept trebao bi voditi prosperitetu cjelokupne društvene zajednice, što, pored zadržavanja optimalnog obima ekonomskih aktivnosti, podrazumijeva i obavezu očuvanja čistog i zdravog okoliša, za što su svi pojedinačno i kolektivno odgovorni. Na tragu izrečenog nastao je koncept održivog razvoja koji u sebi sadrži tri osnovne dimenzije: ekonomsku, ekološku i društvenu, a koje predstavljaju međusobno povezane oslonce održivosti. Vodeći računa da se, kao jedan od značajnih nosilaca privrednih aktivnosti pojavljuje i bankarski sektor njegova uloga u postizanju održivosti je neupitna. Iako banke, generalno, kroz svoje interne aktivnosti ne predstavljaju velike zagađivače, aktivnosti njihovih klijenata imaju odraza na okoliš, koji je često ekološki neprihvatljiv. Shvatajući svoju korporativnu

¹ Proučavanje ekonomskog razvoja i rasta predstavlja svojevrsan naučni izazov iz razloga što nema univerzalno prihvaćene definicije razvoja, nego postoji čitav niz shvatanja o onome što čini osnovu ispitivanja razvojnih mogućnosti različitih zemalja u diverzificiranom međunarodnom poretku... Ekonomski razvoj predstavlja složen, višedimenzionalni proces, te se sasvim logično u literaturi, u pokušaju određivanja i opisivanja ekonomskog razvoja, nailazi na njegove različite definicije... Ekonomski razvoj je pojam koji obuhvata proces privrednog rasta u kojem dolazi do kvalitativnih promjena u ekonomskoj i socijalnoj strukturi društva, manifestirajući se nadalje kroz poboljšanje standarda i kvaliteta življenja. (Osmanović & Nikolajev, 2010, str. 16-17)

² Iako se u literaturi može naići na poistovjećivanje pojmova „razvoj“ i „rast“ treba voditi računa da „rast“ predstavlja izraz ekonomskog razvoja kroz koji se ne može ostvariti uvid u kvalitativne promjene, odnosno promjene u kontekstu promjena u ekonomskoj i socijalnoj strukturi društva i općenito kvalitetu življenja.

³ Izračunavanje navedenih kategorija *per capita* svoj značaj ima u tome što predstavlja stvarnu sliku mjerenja životnog standarda stanovništva (brži rast stanovnika od rasta dohotka nije odraz porasta životnog standarda, već naproti, ukazuje na pad životnog standarda).

društvenu odgovornost bankarski sektor sve više razmatra i ekološke aspekte u kreditiranju svojih klijenata (Vijai, 2018), zbog čega se sve više govori i o zelenom bankarstvu. Ovaj vid bankarstva doprinosi ostvarenju opće održivost, kroz ponudu finansijskih usluga koje ne samo da zadovoljavaju potrebe klijenata i banaka, nego istovremeno utiču i na zaštitu okoliša.

1. Koncept Održivog razvoja

Koncept održivog razvoja⁴, i održivosti generalno, odnosi se na “zadovoljenje potreba sadašnje generacije a da se pri tome ne ugroze potrebe budućih generacija”. Ovaj koncept pretpostavlja unapređenje kvalitete življenja ne prelazeći granice obnovljivosti prirodnih resursa uz naglašavanje održivosti ravnoteže između ekonomskog⁵, društvenog⁶ i okolišnog⁷ segmenta (Nikolajev, 2016, str. 192). Da bi se postigao održivi razvoj, cjelovito očuvao kvalitet okoliša i prirodnih zajednica na globalnom nivou potrebni su određeni kompromisi

⁴ Ideja Održivog razvoja prezentirana je prvi puta 1974. godine, da bi na značaju dobila tek 1992. godine, nakon Konferencije u Rio de Jeneiru i usvajanja Agende 21 te definiranja seta Milenijskih razvojnih ciljeva.

⁵ Ekonomski segment promatran u kontekstu ove dvije razvojne teorije odnosio bi se na mogućnost pristupa različitim ekonomskim izvorima i mogućnostima pojedinaca da ih koriste u svrhu proizvodnje, potrošnje, ili razmjene. U mjeri u kojoj se mogućnosti izbora pojedinaca povećavaju, uvećavaju se i individualni prihodi ali i opće bogatstvo države, što se u konačnici odražava i na ukupan ekonomski razvoj. Pri tome ne treba zanemariti faktor raspodjele, jer od način ostvarivanja i raspodjele dodatnih prihoda ovisi i raspoloživost i pristup ekonomskim mogućnostima. (Sen, 2002, str. 53-59)

⁶ Društveni segment (koji se vezuje za politički i kulturni) odnosi se na povećanje izbora pojedinaca i njihovih mogućnosti da žive bolje. Ovaj segment predstavlja osnovu mogućnosti i pristupa obrazovanju, zdravstvenoj zaštiti itd. što je veoma važno ne samo radi pukog vođenja zdravog života nego i zbog efikasnijeg učešća u ekonomskim i političkim aktivnostima. Tako npr. nepismenost ili nedovoljan nivo obrazovanja može biti osnovna prepreka za učešće u onim ekonomskim aktivnostima koje zahtjevaju više nivoe obrazovanja i specifična znanja i vještine. Na sličan način politička participacija može biti ugrožena nesposobnošću da se prate novine ili komunicira pismenim putem sa drugima koji su uključeni u političke aktivnosti. Također, očuvanje kulture pretpostavlja znaje i osnovne obrazovne sposobnosti. Ibid

⁷ Okolišni segment odnosi se na nastojanje uspostavljanja odgovarajuće ravnoteže između ekonomskog rasta i očuvanja okoliša. Imajući u vidu činjenicu da je razvojni put održiv samo ukoliko vrijednost ukupnog kapitala ostaje nepromijenjena ili raste vremenom, budući rast i ukupna kvaliteta života ovise upravo od kvalitete okoliša. (Todaro, Smith, 2006, str. 452)

u pogledu zadovoljenja potreba (i ostvarivanja profita) uz istovremenu brigu o okolišu. U tom smislu raspoloživi resursi trebaju se koristiti što efikasnije i racionalnije te se dodatno ulagati u tehnologije koje umanjuju zagađenja (Nikolajev, 2017, str. 346).

Imajući u vidu da se koncept održivog razvoja zasniva na tri dimenzije: ekonomskoj, ekološkoj i društvenoj, na svaku od dimenzija relevantna disciplina gleda na sebi svojstven način. Tako, ekonomisti na ekonomsku dimenziju gledaju na način da se zahtjeva održavanje nivoa ekonomskih aktivnosti na optimalnom nivou koje osiguravaju ravnomjeran ekonomski rast i ciljani nivo ekonomskog razvoja. Ekolozi u okviru ekološke dimenzije podrazumijevaju obavezu zaštite i očuvanja okoliša kao preduvjeta života⁸ (i samim time načina upravljanja prirodnim resursima), ali i preduvjeta ostvarenja ekonomskih, socijalnih i kulturnih ljudskih prava, čime se stvara i preduvjet za društveno odgovorno upravljanje okolišem (Nikolajev, 2017, str. 346). Sociološka dimenzija, prema sociolozima, zahtijeva osiguranje poštivanja i unaprjeđenje socijalnih i ljudskih prava, postavljajući u fokus razmatranja pravednu distribuciju, a što znači odgovor na društvenu dimenziju održivog razvoja (Frajman-Jakšić, Ham, Redek, 2010, str. 469).

Potpuno je jasno da su se, prihvatanjem koncepta održivog razvoja, donositelji odluka našli u situaciju u kojoj se trebalo suočiti sa izazovima „pomirenja“ svih navedenih dimenzija: ekonomskih, ekoloških i društvenih. Pri tome treba voditi računa i o tome da postizanje ciljeva održivosti treba odražavati kolektivni interes i zajedničku potrebu svih ljudi, ne ostvarujući se samo na nacionalnom nivou, nego zahtijevajući i djelovanje na globalnom nivou. U tom smislu su poduzimane različite inicijative kako bi se izazovi prevazišli a zajednički ciljevi ostvarili u što većem obimu. Na tom putu održana je još 1972. godine *Konferencija Ujedinjenih naroda o ljudskom okolišu u Stockholmu*, koja je iznjedrila *Deklaraciju o ljudskom okolišu*⁹. Nakon toga je, 1992. godine održana konferencija u Rio de Janeiro-u pod nazivom: *Konferencija*

⁸ Ovdje treba imati na umu pravo na život kao osnovno ljudsko pravo te pravo na slobodu i ličnu sigurnost i s njima vezanih prava čime se ukazuje na međusobnu korelaciju svih ljudskih prava u očuvanju okoliša.

⁹ Ova deklaracija, poznata pod nazivom Stockholmska deklaracija, utvrdila je načela međunarodnih pitanja zaštite okoliša, uključujući ljudska prava, upravljanje prirodnim resursima, sprečavanje zagađenja te odnos između okoliša i razvoja. Konferencija je dovela i do kreiranja Programa Ujedinjenih naroda za okoliš (*United Nations Environment Programme - UNEP-a*).

*Ujedinjenih naroda o okolišu i razvoju*¹⁰, na kojoj je donesena *Rio Deklaracija* i potvrđeno prvo načelo *Stockholmske deklaracije*¹¹. Od ovog perioda težište okolinskih politika bilo je usmjereno ka prognoziranju posljedica ekonomskih aktivnosti i utjecaja na okoliš te su države počele s primjenom novih ekonomskih instrumenata i izdavanjem okolišnih dozvola¹². Time se otvara novo poglavlje okolinskih politika koje naglasak stavljaju na održivi razvoj i usaglašavanje ekonomskih, društvenih i prirodnih komponenti (Nikolajev, 2017, str. 345). Nakon toga, 2002. godine, održana je i konferencija pod nazivom *Svjetska konferencija o održivom razvoju*¹³ te *Konferencija Ujedinjenih naroda o održivom razvoju* 2012. godine u Rio de Janeiro-u¹⁴. Naposljetku, na sastanku UN-a o održivom razvoju, održanom u New Yorku 2015. godine, usvojen je *Program održivog razvoja do 2030.* ili *Agenda 2030*, koji se temelji

¹⁰ Konferencija je poznata i pod nazivom Prvi samit o Zemlji, a rezultirala je potpisivanjem brojnih ugovora i definiranjem ciljeva, uključujući i Plan za 21. stoljeće poznatiji kao Agenda 21 kojom su utvrđeni globalni zadaci na uspostavljanju harmonije između razvoja i prirodne sredine, ali i sugerirane određene mjere i aktivnosti koje bi trebalo poduzeti kako bi do kraja zaživjela filozofija održivog razvoja.

¹¹ Prvo načelo Stockholmske deklaracije navodi: "Čovjek ima fundamentalno pravo na slobodu, jednakost i adekvatne uvjete za život, u okolini koja je dovoljno kvalitetna da dopušta život dostojanstva i blagostanja, i on nosi svečanu odgovornost da zaštiti i poboljša tu okolinu za sadašnje i buduće generacije.", čime uvodi pojam održivog razvoja promoviran Deklaracijom iz Rija.

¹² Okolišnim dozvolama propisuju se mjere zaštite svih sastavnica okoliša (mjere sprječavanja ili smanjenja emisija), odnosno tretiraju svi utjecaji koje aktivnosti privrednih subjekata imaju kako na pojedine segmente okoliša tako i okoliš u cjelini.

¹³ Ova konferencija, poznata i pod nazivom Rio 10+, iznjedrila je Johannesburgsku deklaraciju (kojom se izražava predanost održivom razvoju, upozorava na aktuelne izazove te naglašava važnost multilateralnog djelovanja) i Lokalni plan za 21. stoljeće (u cilju usklađivanja društveno-ekonomskog razvoja i očuvanja okoliša, ne samo na lokalnoj, nego i regionalnoj globalnoj razini).

¹⁴ Treća međunarodna konferencija o održivom razvoju, poznata i kao Rio 20+, usmjerena ka usklađivanju ekonomskih i okolišnih ciljeva rezultirala je finaliziranjem neobavezujućeg dokumenta „Svijet koji želimo“ čime je dodatno potvrđena predanost održivom razvoju i osiguranju promicanja društvene, ekonomske i okolišne održive budućnost za planetu Zemlju te za sadašnje i buduće generacije.

na 17 ciljeva i 169 podciljeva¹⁵, a kojima se dodatno nastoji postići uravnoteženje navedenih dimenzija održivog razvoja.

Sasvim je jasno iskazano opredjeljenje prema kojem se međusobna povezanost ekonomije, društva i okoliša smatraju osnovnim osloncima održivosti, pri čemu očuvanje okoliša i održivi razvoj postaju važna strategija cjelokupne svjetske zajednice (Deka, 2018).

Cijenu društveno-ekonomskog napretka platio je okoliš, što je dovelo do klimatskih promjena, globalnog zagrijavanja, gubitka biodiverziteta, zagađenja, iscrpljivanja resursa, ekoloških katastrofa... Privredne aktivnosti, koje predstavljaju okosnicu ekonomskog rasta i razvoja, i želja za ostvarenjem što većeg profita, uzrokovale su brojne štete po okoliš. Društvo postaje svjesno potrebe za održivim razvojem i očuvanjem okoliša, pa se od svih učesnika u ekonomskom procesu zahtijeva da pokažu svoju odgovornost za zaštitu okoliša i društva (Ganesan i Bhuvanewari, 2016). Imajući u vidu da se kao jedan od najvažnijih i najutjecajnijih posrednika u privrednim aktivnostima, kao žila kucavica privrede, pojavljuje bankarski sektor, finansijska sredstva kojima raspolaže mogu doprinijeti ostvarenju ciljeva održivosti. U poređenju sa drugim sektorima, bankarski sektor ima nevjerovatnu odgovornost za razvoj i održanje održivosti kroz svoje interne i eksterne bankarske aktivnosti (Kumar, 2017).

2. Koncept zelenog bankarstva

Prema definiciji konvencionalne banke su finansijske institucije koje se bave bankovnim poslovima i koje u tom smislu u svojoj pasivi drže depozite (novac) dok u aktivni plasiraju kredite, a mogu obavljati i poslove investicijskog karaktera.

Zeleno bankarstvo predstavlja jedan novi pristup bankarstvu, kojim se uz prethodno navedenu definiciju banaka dodaje i aktivna uloga banaka u pro-

¹⁵ Ciljevi se odnose na: iskorjenjivanje siromaštva; iskorjenjivanje gladi; osiguranje zdravlja i dobrobiti; kvalitetno obrazovanje; rodnu ravnopravnost; pitku vodu i higijenske uvjete; pristupačnu i čistu energiju; dostojanstven rad i ekonomski rast; industriju, inovacije i infrastrukturu; smanjenje nejednakosti; održive gradove i održive zajednice; odgovornu proizvodnju i potrošnju; odgovor na klimatske promjene; život ispod vode; život na kopnu; mir i pravdu/snažne institucije; te partnerstvo za ciljeve. Izvor: Globalni ciljevi održivog razvoja dostupno na http://www.ba.undp.org/content/bosnia_and_herzegovina/bs/home/post-2015/sdg-overview.html (pristup 2. 9. 2017).

micanju održivosti kroz uključivanje u održivo finansiranje i osnaživanje klijenata da žive zelenijim životnim stilovima. Ova vrsta bankarstva predstavlja koncept relativno novijeg datuma, koji se najprije razvio u zapadnim zemljama¹⁶, da bi se 2003. godine, usvojila i Ekvatorska načela¹⁷. Ova načela služe kao zajednička polazna osnova i okvir djelovanja finansijskih institucija u identifikaciji, procjeni i upravljanju okolišnim i društvenim rizicima prilikom finansiranja projekata. U tom smislu, klijentu će se odobriti projektno finansiranje jedino ako kroz obavljanje vlastite aktivnosti poštuje Ekvatorska načela (Munitlak – Ivanović, Zubović & Mitić, 2017, str. 1474). U odnosu na zeleno bankarstvo, koje se isključivo odnosi na pitanja okoliša, održivo bankarstvo ima širi spektar, odnoseći se i na društvenu dimenziju te i upravljanje. Mnoge, najveće evropske banke izvještavaju i objavljuju svoje zeleno finansiranje ili održivo finansiranje.¹⁸ Preuzimajući posredničku ulogu između ekonomskog razvoja i zaštite okoliša bankarski sektor promiče ekološki održivo i društveno odgovorno ulaganje.

OECD definira zelenu banku kao javni, kvazi-javni ili neprofitni subjekt¹⁹ osnovan posebno kako bi se olakšalo privatno ulaganje u domaću infrastrukturu.

¹⁶ Koncept zelenog bankarstva prvobitno su usvojile neke vodeće svjetski banke, kao što su Citigroup Inc, The Royal Bank of Scotland, Westpac Banking Corporation, a u martu 2009. godine kongresmen Chris Van Hollen iz SAD-a uveo je Zakon o zelenoj banci s ciljem osnivanja zelene banke u vlasništvu američke vlade (Lalon, 2015, str. 34-42)

¹⁷ Za više na: <https://equator-principles.com/about-the-equator-principles/>, (pristup 2.9.2022.)

¹⁸ Tako Deutsche Bank i HSBC ne navode posebno vrijednost svojih zelenih finansiranja, već svoje održivo finansiranje, koje je za Deutsche Bank iznosilo oko 35 milijardi eura. Najviša među najvećim evropskim bankama koje su posebno prijavile "zeleno finansiranje" bila je vrijednost Barclaysa, koja je dostigla skoro 19,6 milijardi eura. <https://www.statista.com/statistics/598287/green-financing-value-by-largest-banks-in-europe/> pristup 8.9.2022.

¹⁹ Generalno postoje tri modela zelene banke: javne banke, kapitalizirane iz državnih fondova, obično su u vlasništvu vlade i nude niz finansijskih usluga i investiranja u okolišno održive projekte; privatne banke, koje nude zelene verzije tradicionalnih bankovnih računa ili kreditnih kartica, daju zajmove za solarnu energiju i energiju vjetra, zelene hipoteke ili ulaganja; te hibridne banke, koje kombiniraju elemente javnih i privatnih banaka. <https://www.nrdc.org/sites/default/files/state-green-banks-2020-report.pdf>, i https://cgs.umd.edu/sites/default/files/2020-12/CGS_Public-Private%20Partnership%20%26%20Clean%20Energy%20Finance_Green%20Bank_Final%20Report_ENG.pdf (pristup 4.9.2022.)

turu s niskim emisijama ugljika, otporno na klimatske promjene, kao i ulaganje u druge zelene sektore kao što su upravljanje vodom i otpadom.²⁰

Da bi se prevazišle investicione barijere i iskoristio utjecaj dostupnih javnih resursa, više od desetak nacionalnih i podnacionalnih vlada je posljednjih godina stvorilo javne zelene banke i subjekte slične zelenoj banci²¹. Na osnovu njihovog jedinstvenog nacionalnog i lokalnog konteksta, vlade prilagođavaju djelovanje zelene banke kako bi one bile u stanju zadovoljiti specifične potrebe.²² U tom smislu zelene banke svoje poslovanje usmjeravaju ka ostvarenju različitih ciljeva, poput: smanjenja emisijâ, mobilizacija privatnog kapitala, smanjenje troškova kapitala, smanjenje troškova energije, razvoj tržišta zelene tehnologije, podrške razvoju lokalne zajednice i otvaranje novih radnih mjesta, i sl.

Postoje dva modaliteta strategije zelenog bankarstva. Prvi se odnosi na interne aktivnosti i reviziju utjecaja na okoliš, dok se drugi modalitet vezuje za eksterne aktivnosti, odnosno poslovanje sa i prema klijentima. Kada je riječ o prvom modalitetu, početak usmjeravanja bankarskih aktivnosti u cilju zaštite okoliša započeo je minimiziranjem upotrebe papira kako bi se na taj način doprinijelo smanjenju potrošnje papira, odnosno smanjenju korištenja drveta kao sirovine i očuvanju šuma kao glavnih prečišćivača zagađene atmosfere²³. Pored toga, dodatne interne operativne promjene odnosile su se i na: uvođenje *internet* bankarstva, povećanje *e-mail* korespondencije, reviziju politike putovanja uposlenika i uvođenje *online* sastanaka i konferencija, korištenje obnovljivih izvora energije u što većem procentu (npr. ugradnja solarnih panela na krovu banke), upravljanje otpadom, i sl. Na ovaj način banke, u pogledu svojih internih aktivnosti, doprinose smanjenju negativnog utjecaja na okoliš i postaju ekološki prihvatljivije. Međutim, ostaje pitanje njihovih eksternih aktivnosti, odnosno aktivnosti njihovih klijenata, čije poslovanje ima veliki utjecaj

²⁰ <https://greenbanknetwork.org/what-is-a-green-bank-2/> (pristup 2.9.2022.)

²¹ Ovdje je najčešće riječ o fondovima, tačnije zelenim investicijskim fondovima koji kroz ulaganja nastoje promovirati održivi ekonomski razvoj i ublažiti negativan utjecaj na okoliš. Ovi fondovi najčešće predstavljaju javno-privatno partnerstvo po osnovu kojeg se sredstva finansiranja usmjeravaju ka ulaganju u projekte i mjere koje smanjuju potrošnju energije, korištenje resursa i emisiju CO₂.

²² Zelene banke se često osnivaju kako bi upotpunile djelovanje postojećih finansijskih institucija tako što privlače privatni kapital, ali i druge izvore finansiranja poput: filantropije, mehanizama trgovanja emisijama i poreza na ugljik, prihoda od obveznica, pa i prikupljanja sredstava putem interneta (*crowdfunding*).

²³ Oslobađajući kisik i apsorbirajući ugljen dioksid šume smanjuju efekat staklenika. Pored toga, značaj šuma se ogleda i u tome što sprečavaju nastanak bujica i eroziju tla, smanjuju buku, proizvode značajnu količinu biomase te imaju veliki društveni značaj.

na okoliš. U ovom slučaju riječ je o drugom modalitetu koji se odnosi na finansiranje investicija i projekata koji imaju održivu dimenziju i koji su usmjereni na očuvanje okoliša, poput finansiranja zelenih projekata kao što su postrojenja za: solarnu i druge oblike obnovljivih izvora energije, biogas, biođubrivo, tretman otpadnih voda i sl.; investicije u energetske efikasnost i zelenu gradnju i sl. Pored toga, banke klijentima za svaku transakciju koju naprave omogućavaju i izračun CO₂ otiska²⁴, daju određene pogodnosti (smanjenje kamatnih stopa, povrat određenog iznosa novca) te nudeći zelene programe lojalnosti²⁵, dodatno potiču na zelenije navike potrošnje i minimiziranje negativnih utjecaja na okoliš.

Bankarski sektor je shvatio svoju korporativnu društvenu odgovornost i počeo da razmatra ekološke aspekte u kreditiranju svojih klijenata (Vijai, 2018). Da bi postigle cilj održivog razvoja i ekološke održivosti, banke su se odlučile za revolucionarni koncept zelenog bankarstva - *Going Green*. Zeleno bankarstvo pretpostavlja mogućnost upravljanja finansijama na način koji je okolišno odgovoran (i pritom profitabilan). To znači finansiranje klijenata (pojedinaца i privrednih subjekata) koji se zalažu za održivost okoliša. Pri tome zelene banke nastoje povećati protok kapitala u projekte čiste energije i čistih tehnologija.

Zeleno bankarstvo je koncept koji ima za cilj da svoje interne i eksterne bankarske aktivnosti i aktivnosti klijenata učini održivijim u cilju zaštite okoliša kroz unapređenje bankarskih proizvoda i usluga i procesa, uz efikasno korištenje obnovljivih, neobnovljivih, ljudskih i prirodnih resursa. Poduzimajući proaktivne mjere kako bi se zaštitila okolina i razvila održivost, banke balansiraju između okolišne, ekonomske i društvene dimenzije kao osnova održivosti (Giridhar i Sudhakar, 2017).

²⁴ Ugljični otisak (*carbon footprint*) je količina emisije ugljičnog dioksida (CO₂) povećana sa svim aktivnostima osobe ili drugog subjekta (npr. zgrada, korporacija, država, itd.). Uključuje direktne emisije, kao što su one koje su rezultat sagorijevanja fosilnih goriva u proizvodnji, grijanju i transportu, kao i emisije potrebne za proizvodnju električne energije povezane s potrošnjom robe i usluga. Koncept ugljičnog otiska također često uključuje emisije drugih stakleničkih plinova, kao što su metan, dušikov oksid ili hlorofluorouglikohidrati (CFC). <https://www.britannica.com/science/carbon-footprint> (pristup 3.9.2022.)

²⁵ Zeleni programi lojalnosti uvedeni su zbog jakih pritisaka različitih zainteresiranih strana, uključujući i potrošače. U tom smislu, „Zelena lojalnost je sklonost kupaca da ponovo kupe proizvod ili uslugu podstaknuti jakom posvećenošću očuvanja okoliša” (Oliver, 1999, str. 33–44). Osim toga, lojalnost potrošača ima snažan utjecaj na korporativnu efikasnost, jer je direktno povezana sa nižim troškovima i većim prihodima, a iskazivanje korporativne društvene odgovornosti u očuvanju okoliša u današnjoj visoko konkurentnoj eri je od ključnog značaja za unaprjeđenje poslovanja.

3. Karakteristike zelenog bankarstva

Svjesni sveprisutnijih klimatskih promjena koje sa sobom nose brojne probleme i izazove zeleno bankarstvo pokazuje svoju snažnu opredijeljenost ka očuvanju okoliša, čime postaje dio globalne inicijative za očuvanje okoliša. U tom smislu se kao važne karakteristike zelenog bankarskog poslovanja izdvajaju sljedeće (Lalon, 2015):

- promjene interne operativnosti (provođenje mjera štednje i efikasnija potrošnja energije i materijalnih resursa, veće korištenje *online* komunikacije, reorganizacija politike putovanja i sl.) usmjerene ka *eco-friendly* pristupu;
- uvođenje internet bankarstva i omogućavanje bankovnih transakcija (novčanih transfera i transakcija valuta) i plaćanje računa putem interneta, novčanih transfera i transakcija valuta, što smanjuje papirni otpad, štedi energiju, smanjuje emisiju ugljika, smanjuje troškove štampanja i troškove poštarine;
- finansiranje projekata usmjerenih ka smanjenju negativnog utjecaja na okoliš (obnovljiva energija, vodosnabdijevanje, tretman otpadnih voda, upravljanje čvrstim i opasnim otpadom, postrojenja za bio-plin, bio-đubriva, i sl.) kroz analize stanja i procjene utjecaja na okoliš;
- davanje prednosti investicijama / kreditima koji u obzir uzimaju faktore rizika (prirodne nepogode) u pogledu utjecaja na okoliš; te
- kreiranje okruženja spremnog na promjene, kroz jačanje ekološke svijesti uposlenika i klijenata (pojedinaca i privrednih subjekata, institucija) te razvijanje zelenog senzibiliteta u cilju veće društvene odgovornosti u borbi za održivost i život u čistoj prirodnoj sredini.

Zelene banke se kao kreatori promjena nameću kao ključni akteri borbe za očuvanje Planete, koji svojim djelovanjem osiguravaju upravljanje finansijskim tokovima u skladu ne samo sa ostvarenjem profita (što je i primarni cilj svake banke), nego i u skladu s misijom zaštite okoliša i postizanja održivosti. U tom smislu zelene banke, svjesne svoje uloge, šire, odnosno modificiraju svoje portfelje ka postizanju ciljeva zelene tranzicije.

4. Zeleni bankarski proizvodi

Kako bi promovirale koncept zelenog bankarstva, banke su poduzele mnoge inicijative, među kojima su i zeleni bankarski proizvodi (Krishna, 2020). Zeleni bankarski proizvodi su obnovljivi, netoksični, tehnološki dizajnirani

tako da postignu cilj održivosti u bankarstvu u cilju zaštite Planete i osiguranja „zelenije budućnosti“.

Kao neki od ovih proizvoda navode se:

- zeleni štedni računi, na osnovu kojih se štedni depoziti koriste samo za finansiranje ekološki prihvatljivih projekata (za razliku od standardnih štednih računa kojima se finansiraju razne aktivnosti);
- zeleni tekući računi, putem kojeg klijent može provjeriti podatke o svom računu putem bankomata, mobilnog telefona ili posebnog ekrana osjetljivog na dodir u bankama, za uzvrat dobijajući određenu nagradu (npr. određeni postotak povrata za svaku transakciju i sl.);
- zeleni depozitni certifikat, koji izdaju banke za iznos deponovan od strane klijenta kojim će se finansirati ekološki prihvatljivi projekti, po osnovu kojeg imaju postotak kamate od iznosa glavnice;
- računi zelenog novca, za obavljanje besplatnih *online* transakcija;
- zelena hipoteka, koja podrazumijeva davanje pogodnosti (nižu kamatnu stopu ili povrat dijela novca) na zelenu hipoteku onima koji kupuju imovinu koja ispunjava određene ekološke standarde;
- zeleni zajmovi, kao oblik finansiranja koji omogućava zajmoprincipima da koriste sredstva isključivo za finansiranje projekata od značaja za postizanje ekološki održivih ciljeva;
- zelene kreditne kartice, sa kojih se prilikom svake kupovine donira određeni postotak za projekte i/ili organizacije koje se bore protiv klimatskih promjena;
- *online* bankarstvo, koje korisnicima omogućava pristup informacijama o njihovom bankovnom računu, omogućavajućim im obavljanje niza finansijskih transakcija (sistem elektronskog plaćanja) putem web stranice finansijske institucije;
- mobilno bankarstvo, po osnovu kojeg klijenti mogu obavljati transakcije i vršiti plaćanja bilo gdje i bilo kad koristeći svoj mobilni telefon; te
- zeleni automobilske krediti, kao jedinstvena opcija finansiranja za one koji žele kupiti ekološki prihvatljive automobile ili vozila sa nižim emisijama (hibridni ili električni automobili), uz niže kamatne stope, produžene rokove otplate i druge pogodnosti.

Svaki od navedenih proizvoda doprinosi brojnim uštedama i zaštiti prirodnih resursa i okoliša, čime koncept zelenog bankarstva prevazilazi uobičajeno shvatanje banaka kao finansijskih institucija. Preusmjeravanjem finansijskih tokova prema projektima koji ne utječu štetno na okoliš zelene banke vode se misijom održivosti i okolišne stabilnosti.

5. Politika zelenog bankarstva

U skladu sa globalno postavljenim standardima zaštite okoliša i sprječavanjem njegove dalje degradacije sveobuhvatna politika zelenog bankarstva sve je prisutnija. Ova politika u svojoj osnovi ima punu posvećenost održivosti okoliša i borbi protiv klimatskih promjena. Na putu usvajanja sveobuhvatne politike zelenog bankarstva banke su najprije svoje aktivnosti usmjeravale ka poboljšanju internih performansi i internoj operabilnosti. Potom su se usredotočile na: razvijanje sektorskih politika zaštite okoliša, postavljanje zelenih ciljeva i njihovo ostvarivanje kroz strateško planiranje, uspostavljanje zelenih filijala, izradu planova upravljanja ekološkim rizicima, usvajanje odgovarajućih ekoloških standarda, izvještavanje o aktivnostima zelenog bankarstva... Imajući u vidu koncept društvene odgovornosti, od banaka se očekuju okolišno prihvatljive inicijative, uvođenje inovativnih proizvoda, izdvajanje sredstva za ublažavanje rizika od klimatskih promjena i sl.

Napredak koje su banke postigle ne samo u svojim internim aktivnostima, kroz interne operative promjene, nego i kroz svoje eksterne aktivnosti, potičući klijenate na *eco-friendly* pristup u njihovom poslovanju, vidljiv je u mnogim zemljama (Lalon, 2015).

Bankarski trendovi u svijetu već su uveliko na putu zelene tranzicije.²⁶ Njihovo poslovanje integrira načela održivog razvoja i održivog finansiranja. To potvrđuje i činjenica da, ne samo da klijentima nude široku paletu zelenih usluga, nego od njih zahtijevaju i analizu količine emisijâ ugljika i procjenu utjecaja na okoliš te procjenu rizika. Time banke postaju i vodiči promjena u održivom finansiranju²⁷, ostvarujući ne samo finansijsku korist nego i dugoročnu korist za cijelo društvo.

Zamah ozelenjavanja dešava se na globalnom nivou te se stvaraju i zelene bankarske alijanse. Tako je pod pokroviteljstvom UN-a osnovan Neto nula ban-

²⁶ Prema izvještaju dostupnom na <https://www.statista.com/statistics/598287/green-financing-value-by-largest-banks-in-europe/> banke sa najvećim udjelom zelenog finansiranja su: Deutsch Bank, HSBC Holdings, Barclays PLC, BNP ParisBas, ...

²⁷ Investirajući u projekte obnovljivih izvora energije banke doprinose pristupačnosti i povećavaju atraktivnost ovakvih projekata za klijente koji prepoznaju značaj zelenog bankarstva, njegove prednosti za očuvanje okoliša, uključujući i lične preferencije (uštede energije i drugih resursa, poput vlastitog novca) te mogućnosti ostvarivanja profita, što vodi povećanju otpornosti na rizike koje sa sobom nose klimatske promjene.

kovni savez (*NetZero Banking Alliance*)²⁸ koji okuplja globalnu grupu banaka, koje trenutno obuhvataju oko 40% globalne bankarske imovine.²⁹ Alijansa prepoznaje značajnu ulogu banaka u podršci globalnoj tranziciji realne ekonomije na neto nulte emisije, a čije je poslovanje posvećeno usklađivanju kreditnih i investicionih portfelja sa nultim neto emisijama do 2050. godine. Alijansa jača, ubrzava i podržava implementaciju strategija dekarbonizacije, pružajući međunarodno koherentan okvir i smjernice za djelovanje odgovornog bankarstva³⁰ usmjerenog ka klimi i klimatskim promjenama.³¹ Alijansa je, vođena vizijom i ciljevima održivog finansiranja dizajnirala i načela odgovornog bankarstva³² koji trebaju biti integrirani u strategije banaka i kroz njihov portfelj aktivnosti.

Na nivou EU Zelenim planom (*European Green Deal*) definirana je strategija usmjerena ka postizanju privredne održivosti EU, kroz podsticanje efikasnog korištenja resursa, prelazak na čistu (kružnu) ekonomiju, očuvanje biodiverziteta, smanjenje zagađenja i zaustavljanje klimatskih promjena.³³ U tom smislu potrebna je preobrazba cjelokupne privrede EU koja obuhvata različite sektore privrede, posebno transport, energetiku, poljoprivredu, gra-

²⁸ Savez je sazvan od strane Finansijske inicijative Programa UN-a za okoliš, a akreditovan je od strane *Race to Zero*, globalne kampanje UN-a koja okuplja nedržavne aktere – uključujući kompanije, gradove, regije, finansijske i obrazovne institucije – koji trebaju preduzeti rigorozne i hitne mjere u cilju smanjenja globalnih emisija do 2030. godine za polovinu te time na vrijeme omogućiti zdraviji i pravedniji svijeta bez ugljika. <https://racetozero.unfccc.int/join-the-race/> (pristup 5.9.2022.)

²⁹ Pored toga, velike banke, njih 43, okupljene u *NetZero Banking Alliance* su inicirale osnivanje Saveza za vlasnike aktive (*NetZero Asset Owner Alliance*), Inicijativu kompanija za upravljanje aktivom koje ciljaju neto nulu (*NetZero Asset Managers Initiative*) i Inicijativu investitora koji posluju u skladu s Pariskim sporazumom – Paris Aligned Investor Initiative. Specijalni izaslanik UN za klimatsku akciju i klimatsko finansiranje Mark Carney okupio je u Glazgovsku finansijsku alijansu za neto nulu (Glasgow Financial Alliance for NetZero – GFANZ) 160 banaka koje kontroliraju aktivu vrijednu preko 70 milijardi dolara. <https://www.unepfi.org/net-zero-banking/> (pristup 5.9.2022.)

³⁰ O smjernicama na: <https://www.unepfi.org/net-zero-banking/commitment/> (pristup 5.9.2022.)

³¹ <https://www.unepfi.org/net-zero-banking/> (pristup 5.9.2022.)

³² Oko ovih načela okupljeni su brojni eksperti i banke potpisnice, njih oko trećine od ukupnog broja banaka u svijetu. Za više o načelima na: <https://www.unepfi.org/banking/bankingprinciples/> (pristup 5.9.2022.)

³³ Za više na: https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal_en (pristup 5.9.2022.)

đevinarstvo i industriju.³⁴ Jedan od primarnih ciljeva Zelenog plana usmjeren je ka postizanju klimatske neutralnosti EU do 2050. godine.³⁵ Imajući u vidu značaj finansijskog sektora očekuje se njegova ključna uloga u skladu s Akcijskim planom Europske komisije o finansiranju održivog rasta³⁶ čiji je cilj preusmjerenje finansijskih tokova prema održivim ulaganjima, uspostavljanje održivosti u upravljanju rizicima te jačanje transparentnosti i dugoročnosti. Akcijskim planom predviđena je:

- izrada Jedinog sistema klasifikacije održivih aktivnosti (taksonomije), kojim se predočavaju „održive“ aktivnosti;³⁷
- upostavljanje Standarda i oznaka za održive finansijske proizvode, npr. zelenih obveznica (*The EU Green Bond Standard*), kojim bi se zaštitio integritet finansijskih tržišta i povjerenje u njihovu održivost te omogućio lakši pristup ulagateljima koji traže te proizvode;³⁸ te
- poticanje ulaganja u održive projekte, kojima će se poboljšati učinkovitost i djelotvornost instrumenata za potporu održivom ulaganju u EU-u i partnerskim zemljama.³⁹

³⁴ Za više o osnovnim elementima Evropskog zelenog plana na: <https://www.nortonrosefulbright.com/en/knowledge/publications/c50c4cd9/the-eu-green-deal-explained> (pristup 5.9.2022.)

³⁵ Ovo naročito imajući u vidu Pariški sporazum potpisan 2015. godine koji predstavlja prvi pravno obavezujući globalni sporazum o klimatskim promjenama (za više na: <https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement/the-paris-agreement> pristup 5.9.2022.), kao i Globalne ciljeve održivog razvoja do 2030. godine kojiima se predstavlja transformativni plan za stvaranje bolje i održive budućnosti za cijeli svijet (za više na: <https://sdgs.un.org/goals> pristup 5.9.2022.)

³⁶ Za više na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX%3A52018DC0097> (pristup 5.9.2022.)

³⁷ Europska komisija je u 2019. godine objavila Tehnički izvještaj o taksonomiji (*The Taxonomy Technical Report*), a donesena je Uredba (EU) 2020/852 Europskog Parlamenta i Vijeća od 18. lipnja 2020. o uspostavi okvira za olakšavanje održivih ulaganja i izmjeni Uredbe (EU) 2019/2088 – (Uredba o taksonomiji) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX%3A52018DC0097> (pristup 5.9.2022.)

³⁸ Uredba (EU) 2019/2088 Europskog Parlamenta i Vijeća od 27. studenoga 2019. o objavama povezanim s održivosti u sektoru finansijskih usluga (SFDR uredba) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX%3A52018DC0097> (pristup 5.9.2022.)

³⁹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX%3A52018DC0097> (pristup 5.9.2022.)

Akcijским planom utvrđuju se i referentna mjerila održivosti, tačnije indeksi koji ulagateljima omogućavaju praćenje i mjerenje uspješnosti te usmjeravanje sredstava u skladu s time.

U izvještaju koji je 2019. godine objavila Europska komisija (u sklopu Akcijskog plana) navode se i zahtjevi za objavljivanjem referentnih vrijednosti vezanih za okoliš, društvo i upravljanje (*Environmental Social and Governance - ESG*) te njihovo usklađivanje s Pariškim sporazumom.⁴⁰

6. Okoliš, društvo i upravljanje

Okoliš, društvo i upravljanje (*Environmental Social and Governance - ESG*) odnosi se na tri ključna faktora za mjerenja održivosti, odnosno procjene okolišnih i društvenih rizika, prilikom donošenja odlukâ o ulaganjima. Uvođenje ovih faktora omogućava bankama procjenu i kontrolu svoje izloženosti rizicima u poslovanju s klijentima, zbog čega banke u svoj sistem upravljanja rizicima uključuje navedene faktore.⁴¹

Razvoj ESG-a vezuje se za rad Globalnog dogovora UN-a o finansijskim tržištima i pitanjima održivosti. Faktori ESG smatraju se podskupom nefinansijskih indikatora, koji su posvećeni evaluaciji korporativnog ponašanja prema okolini i društvu. Uključivanje ovih nefinansijskih faktora u evaluacije može doprinijeti poboljšanju performansi korporacija, kao što može negativno utjecati na njihov ugled. U svakom slučaju kultura izvještavanja o finansijskim i nefinansijskim performansama ESG-a doprinosi procjenama održivosti privrednih subjekata (Barua, 2020).

Banke, ovakve procjene učinka mogu potaknuti na inovacije u nove proizvode, nove usluge i poslovne modele. Usklađivanje ESG-a može na kraju dovesti do održivih bankarskih praksi. Međutim, održivo bankarstvo nije ograničeno na posvećenost održivosti kroz aspekte okoliša, već bi ga trebalo

⁴⁰ Pariški sporazum predstavlja svojevrsnu prekretnicu jer je, po prvi put, riječ o obavezujućem sporazumu koji okuplja sve zemlje u zajedničkom cilju borbe protiv klimatskih promjena i prilagođavanju njihovim posljedicama. Pariški sporazum predviđa obavezno izvještavanje u pogledu okolinskih, društvenih i upravljačkih faktora održivosti, odnosno procjene ovih rizika.

⁴¹ Tako banke, za kontrolu i procjenu ESG rizika mogu u ugovornu dokumentaciju dodati određene klauzule s ciljem smanjenja vlastitog rizika, istovremeno potičući klijente na odgovornije upravljanje ESG rizicima čime utječu na njihovu svijesti o mogućim implikacijama na okoliš.

smatrati širim terminom koji obuhvata pitanja održivosti relevantna za sve zainteresirane strane... Društveni učinak uključuje radne uvjete, sigurnost korisnika, privatnost itd., a učinak upravljanja uključuje upravljanje sistemskim rizikom, upravljanje pravnim i regulatornim okruženjem, itd. (Barua, 2020, poglavlje 4.)

Uspješnost banke u upravljanju ESG rizicima nije određena samo industrijom ili sektorom kojeg finansira, već i općim okvirom za upravljanje rizicima te vrstama proizvoda i usluga koje ima u svojoj ponudi. Također, razvoj strategije upravljanja ESG rizicima može postati strateški alat banke, ako se prilagođava dobrim praksama na međunarodnoj razini, regulatornom okviru i sl. Velika je mogućnost da banka, oformi specijalizirani odjel za provedbu strategija i politikâ iz ovog područja, kao i da provede edukaciju cijelog osoblja o ovoj tematici (Nitescu & Cristea, 2020, str. 699).

Intencija zaštite okoliša i postizanja ciljeva održivosti zahtijevaju uspostavu poveznice između finansijskog sektora i ekonomskog razvoja. U tom smislu zeleno bankarstvo implicira društvenu odgovornost banaka prema zaštiti okoliša, kroz uvođenje okolišnih aspekata poslovanja, primjenu ekoloških standarda, kreiranje inovativnih zelenih proizvoda i usluga, praćenje zelenih pozitivnih praksi kroz izvještavanje o zaštiti okoliša, što u konačnici ima direktan utjecaj i na povećanje nivoa svijesti o značaju zaštite okoliša.

7. Društveno odgovorno poslovanje

Ekspanzija multinacionalnih kompanija kasnih 50-ih i 60-ih godina dovela je do razvoja ideje o društveno odgovornom poslovanju. U početku se sam pojam društveno odgovornog poslovanja vezivao za pojam društveno odgovornog ulaganja kada su investitori počeli da koriste provjere kako bi spriječili ulaganja u „neetička” preduzeća u skladu sa vjerskim uvjerenjima (Barua, 2020). Howard Bowen (1953) definira društveno odgovorno poslovanje kao obavezu svakog poduzetnika da ciljeve i vrijednosti društva u kojem djeluje, uključi u poslovne odluke i aktivnosti. Kasnije će se razviti posebna vrsta investicione strategije koja uključuje okolišne, društvene i upravljačke faktore u donošenju odlukâ o ulaganju, što je pristup *Triple Bottom Line*⁴². Pri tome se koristi kombinacija negativnih (usmjerene na vrijednost) i pozitivnih (usmjerene na rizik i povrat) tehnikâ provjere - procjene na osnovu

⁴² Riječ je o poslovnom konceptu koji, pored finansijske komponente, u mjerenju učinkovitosti i stvaranju veće vrijednosti, koristi i društvenu i okolinsku komponentu.

koje se nastoje maksimizirati finansijski povrati od ulaganja (Barua, 2020). Vremenom se koncept društveno odgovornog poslovanja, 80-ih i 90-ih godina prošlog stoljeća, raširio do te mjere da se njegovo uvođenje podrazumijevalo. Danas, društveno odgovorno poslovanje predstavlja koncept prema kojem privredni subjekti u obavljanju svojih aktivnosti vode računa o okolišnim i društvenim problemima. Prema Svjetskom poslovnom vijeću za održivi razvoj, društveno odgovorno poslovanje označava nužnost vođenja poslovanja na način koji će uvažavati etičke norme i poticati razvoj čitavog gospodarstva, uz stalnu brigu o blagostanju radnika i cjelokupnog društva. Također, ovaj koncept karakteriziraju brojna obilježja, među kojima su dobrovoljnost, upravljanje eksternalijama, fokusiranje na više uključenih strana i dr. (Glumac, 2018, str. 102).

Kao dio društveno odgovornog poslovanja, ističe se i društveno odgovorno bankarstvo. U današnjem vremenu, kada termin „zeleno“ ima vrlo široku upotrebu zbog globalne akcije usmjerene ka očuvanju okoliša i borbi protiv negativnih utjecaja klimatskih promjena, društvena odgovornost zelenih banaka dodatno dobija na značaju.

Banke koje su usvojile ovaj koncept u svoje poslovanje, često dobivaju imena poput „etične“, „zelene“, „održive“ banke i slično. One u svoje poslovanja uključuju sve elemente koncepta društveno odgovornog poslovanja, ali i održivog razvoja. Najčešće se društveno odgovornim bankama smatraju one koje provode društveno odgovorne aktivnosti kroz: učešće u različitim projektima koji su od značaja za društvo i okolinu; sudjelovanje u humanitarnim akcijama; davanje donacija, sponzoriranje i sl. Međutim, ovakav koncept društvene odgovornosti nema pretjeran utjecaj na okoliš. Banke koje finansiraju zelene projekte s ciljem smanjenja negativnog utjecaja na okoliš orijentirane su ka okolišnoj, ali i društvenoj dimenziji. Pri tome su njihove i interne i eksterne aktivnosti usmjerene ne samo ka ostvarenju i maksimiziranju profita nego i ka ostvarenju održivosti kroz poticanje klijenata na ozelenjavanje poslovanja, a čime ostvaruju i koncept društvene odgovornosti. Održivo bankarstvo zasniva se na prikupljanju i plasiranju novčanih sredstava samo onim klijentima koji brinu o posljedicama njihovih aktivnosti, pri čemu su motivirani društvenim, okolišnim i ekonomskim kriterijima. Održivo bankarstvo je društveno – ekonomska doktrina koja se temelji na razumijevanju važnosti uloge bankarskog sektora u procesu prelaska nacionalnih ekonomija na model održivog razvoja (Lebedeva, 2018).

U skladu sa načelima odgovornog bankarstva banke mogu graditi strategiju poslovanja kojom će ostvarivati profit, ali i sudjelovati u rješavanju problema vezanih za okoliš.

Umjesto zaključka

Svjesni činjenice sveprisutnijih klimatskih promjena izazvanih ponajprije djelovanjem čovjeka trend održivosti i „ozelenjavanja“ postaje neupitan. Na putu suočavanja sa globalnim izazovima (prekomjerno iscrpljivanje resursa, narušavanje biodiverziteta, sve veće zagađenje svih sastavnica okoliša, prirodne katastrofe, klimatske promjene) zahtijeva se globalni odgovor, odgovor cijelog društva, pojedinaca i poslovnog sektora, za očuvanje Planete. Na tom putu zelene finansije mogu pomoći u postizanju nacionalnih i globalnih klimatskih ciljeva. Koncept zelenog bankarstva predstavlja komponentu jedne globalne inicijative zainteresirane za očuvanje okoliša i jedan je od ključnih faktora koji može doprinijeti ostvarenju koncepta održivog razvoja. Inicijative zelenog bankarstva, njihov utjecaj na održivi razvoj, i ozelenjavanje poslovanja kroz interne i eksterne aktivnosti pozicioniraju zelene banke kao vodilje ka održivom razvoju. Zeleno bankarstvo potiče investiranja u čiste tehnologije, sisteme obnovljive energije, *eco friendly* projekte, inovacije, niskouglična poslovanja koja proizvode dugoročnu profitabilnost i privlače ekološki osviještene investitore. Zelene banke utiču i na jačanje svijesti o značaju proizvoda zelenog bankarstva čime potiču klijente na njihovo korištenje kako bi se okoliš zaštitio.

Zeleno bankarstvo povezuje se ne samo sa okolišem nego i društvom i načinom upravljanja, sa korporativnom društvenom odgovornošću i održivim bankarstvom, uključujući u sebe elemente održivog razvoja. Zelene banke, kao aktivni učesnici u ekonomskim i društvenim procesima, načinom svoga poslovanja i kreiranjem sistema upravljanja rizicima sve više pokazuju svoju društvenu odgovornost, čime doprinose i jačanju svog kredibiliteta.

Zbog široke uloge i utjecaja koje banke imaju na bilo koju ekonomiju, smatra se da je poslovanje zelenih banaka ključno za postizanje održivog razvoja. Da bi se usvojile zelene bankarske prakse, imperativ je da se, uz ostvarivanje finansijskih prihoda, pređe na rješavanje okolišnih a time i društvenih izazova.

Bibliografija

Knjige i članci

- Barua, S. (2020). *The Meaning of Green Banking From the book Principles of Green Banking* <https://doi.org/10.1515/9783110664317-004>

- Bowen, H. R. (1953). *Social Responsibility Of The Businessman*. New York: Harper & Row.
- Deka, G. (2018). Adoption And Usage Of Sustainable Green Banking Practices: An Empirical Study On Internet Banking In Assam. *International Journal of Business and Management Invention (IJBMI)*, 7(8), 9-22.
- Frajman-Jakšić, A., Ham, M. & Redek, T. (2010). Sreća i ekološka svjesnost – čimbenici održivog razvoja. *Ekonomski vjesnik: Review of Contemporary Entrepreneurship, Business, and Economic Issues*, XXIII (2). Preuzeto sa: <https://hrcak.srce.hr/file/95156> 13.05.2022.
- Ganesan, R., & Bhuvanewari, A. (2016). Customer Perception Towards Green Banking. *Journal of Economics and Finance*, 7 (5), 5-17.
- Giridhar, K. V. & Sudhakar, K. G. (2017). *Green Banking: Issues and challenges in India*. *International Journal of Latest Technology in Engineering, Management and Applied Science*, 6 (6), 130-132.
- Glumac, M. (2018). Društvena odgovornost kao važan aspekt uspješnog poslovanja. *Paragraf*, 2 (1), 99-124. <https://hrcak.srce.hr/207652>
- Krishna, D. V. (2020). A study on green banking system –our money, our world. *MuktShabd Journal*, 9(4), 26-31.
- Kumar, S. C. (2017). A study on customers awareness on Green Banking initiatives in selected private sector banks with reference to Kunnamkulam municipality. *SSRG International Journal of Economics and Management Studies*, 4 (3), 40-42.
- Lalon, R.M. (2015). Green Banking: Going Green. *International Journal of Economics, Finance and Management Sciences*. 3 (1). <https://www.sciencepublishinggroup.com/journal/paperinfo.aspx?journalid=173&doi=10.11648/j.ijefm.20150301.15>
- Lebedeva, N. Yu. (2018.) The sustainable banking in a model of sustainable economy development. https://www.researchgate.net/publication/325480783_The_sustainable_banking_in_a_model_of_sustainable_economy_development
- Munitlak – Ivanovic, O., Zubović, J., Mitić, P. (2017). Relationship Between Sustainable Development And Green Economy - Emphasis On Green Finance And Banking. *Ekonomika poljoprivrede*, 64 (4), 1467-1482. https://www.researchgate.net/publication/324100125_Relationship_between_sustainable_development_and_green_economy_Emphasis_on_green_finance_and_banking

- Nikolajev, A. (2016). Unaprjeđenje upravljanja okolišem kao osnova održivog razvoja. *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, LIX, 279-296.
- Nikolajev, A. (2017). Pravo na razvoj i očuvanje okoliša. *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, LX, 339-352.
- Nitescu, D. C., Cristea, M. A. (2020). Environmental, Social and Governance Risks –New Challenges for the Banking Business Sustainability, *Amfiteatru Economic*, 22(55), 692-706. <https://www.ceeol.com/search/article-detail?id=888536>
- Oliver, R. L. (1999). Whence consumer loyalty? *Journal of Marketing, Fundamental Issues and Directions for Marketing*, 63, 33-44.
- Osmanković, J. & Nikolajev, A. (2010). *Humani razvoj*. Ekonomski fakultet u Univerziteta u Sarajevu.
- Public-Private Partnership & Clean Energy Finance: The Green Bank Model. https://cgs.umd.edu/sites/default/files/2020-12/CGS_Public-Private%20Partnership%20%26%20Clean%20Energy%20Finance_Green%20Bank_Final%20Report_ENG.pdf
- Sen, A. (2002). *Razvoj kao sloboda*. Beograd: Filip Višnjić.
- Todaro, M. P. & Smith, S. C. (2006). *Ekonomski razvoj*. Sarajevo: Šahinpašić.
- Vijai, C. (2018). A Study on Customer's Awareness on Green Banking Initiatives in Selected Public and Private Sector Banks with Special Reference to Cuddalore District. *International Journal of Innovative Research in Science, Engineering and Technology*, 7(11), 9362-9367.

Dokumenti

- Deklaracija o okolišu i razvoju iz Rio de Janeiro <http://www.un.org/documents/ga/conf151/aconf15126-1annex1.htm>
- Earth Summit Agenda 21 <https://sustainabledevelopment.un.org/outcomedocuments/agenda>
- Ekvatorska načela <https://equator-principles.com/about-the-equator-principles/>
- Eurospki zeleni plan https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal_en i <https://www.nortonrosefulbright.com/en/knowledge/publications/c50c4cd9/the-eu-green-deal-explained>

Globalni ciljevi održivog razvoja http://www.ba.undp.org/content/bosnia_and_herzegovina/bs/home/post-2015/sdg-overview.html i <https://sdgs.un.org/goals>

Izvještaj o državnim zelenim bankama za 2020. godinu <https://www.nrdc.org/sites/default/files/state-green-banks-2020-report.pdf>

Johanesburg Declaration www.un.org/esa/sustdev/.../Johannesburg%20Declaration.doc

Načela odgovornog bankarstva <https://www.unepfi.org/banking/banking-principles/>

Pariški sporazum <https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement/the-paris-agreement>

Smjernice odgovornog bankarstva <https://www.unepfi.org/net-zero-banking/commitment/>

Stockholmska deklaracija <http://www.un-documents.net/unchedec.htm>

Uredba EU o objavama povezanim s održivosti u sektoru financijskih usluga <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX%3A52018DC0097>

Uredba EU o taksonomiji <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX%3A52018DC0097>

Web stranice

Value of green financing of a selection of the largest banks in Europe in 2020. <https://www.statista.com/statistics/598287/green-financing-value-by-largest-banks-in-europe/>

What is a Green Bank? <https://greenbanknetwork.org/what-is-a-green-bank-2/>
Encyclopædia Britannica (2022). <https://www.britannica.com/science/carbon-footprint>

Race to resilience, Race to zero. <https://racetozero.unfccc.int/join-the-race/>

Net-Zero Banking Alliance. <https://www.unepfi.org/net-zero-banking/>

EUR-Lex <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX%3A52018DC0097>

Amina Nikolajev, PhD

Assistant professor

University of Sarajevo

Faculty of Law

a.nikolajev@pfsa.unsa.ba

SUSTAINABILITY AND GREEN BANKING

Summary

Due to the aspiration to achieve the highest possible level of economic development and a better standard of living, the community increases production and consumption over time and thus enlarges the scope of economic activities. In doing so, they further drained the Earth's resources and inevitably contributed to present climate changes. The consequences of climate change, which are omnipresent have led to rising concern for the preservation of the Planet. Facing numerous challenges of the negative impact of economic growth on the environment, the concept of sustainable development, based on the interdependence of the economic, ecological, and social dimensions, was developed. The responsible stakeholders of sustainable development are numerous, from individuals, the business community, governments, and international actors. In the domain of the business community, the concept of sustainable or green banking has been specially developed, in which the importance of the banking sector in fulfilling sustainability goals is highlighted. This paper aims to know the concept and basic determinants of green banking and its impact on sustainability. In order to understand green banking, the paper provides basic indications and a brief overview of the concept of sustainable development.

Keywords: *sustainable development, green banking, socially responsible business*

Anisa Ruhotina, MA
Viša asistentica
Univerzitet u Sarajevu
Pravni Fakultet
a.ruhotina@pfsa.unsa.ba

UDK 347.172:347.91
Pregledni naučni rad

PROGLAŠENJE NESTALE OSOBE UMRLOM U BOSANSKOHERCEGOVAČKOM I EVROPSKOM PRAVU

Sažetak

Kako činjenica smrti proizvodi niz pravnih posljedica, savremena zakonodavstva propisuju način utvrđivanja smrti i vođenje evidencije o smrtnim slučajevima, kako bi time omogućili licima koja imaju pravni interes da saznaju za smrt i trenutak smrti umrle osobe, te da činjenicu smrti dokažu kada je to potrebno. Međutim, postoje različite životne situacije u kojima se ne može sa sigurnošću utvrditi smrt, jer ne postoji tijelo na kojem se medicinskim pregledom može konstatirati smrt. Tada se smrt može samo pretpostavljati, kao rezultat protoka vremena u kojem nema nikakvih informacija o nestaloj osobi, ili pak kao rezultat događaja za koje nije vjerovatno da ih je osoba mogla preživjeti (požara, poplave, brodoloma ili druge neposredne smrtno opasnosti). U našem pravnom sistemu potrebi za otklanjanjem neizvjesnosti u pogledu statusa nestale osobe udovoljava vanparnični sudski postupak za proglašenje nestale osobe umrlom, čiji je ratio prevazići nepostojanje informacija o nestaloj osobi i ishoditi donošenje rješenja u osnovi kojeg je oboriva pretpostavka da je nestala osoba umrla. Tako se upis smrti određenog lica u matičnu knjigu umrlih može izvršiti, osim na osnovu potvrde o smrti koju izdaje doktor medicine, odnosno drugi zdravstveni radnik ovlašten za utvrđivanje smrti (mrtvozornik) i zapisnika o nalasku leša, i na temelju pravomoćne sudske odluke koju sud dostavlja nadležnom matičnom uredu. To unosi određenu sigurnost i izvjesnost u pravni poredak, naročito kada je riječ o realizaciji određenih prava članova porodice nestale osobe.

U radu ćemo, prije svega, u uporednopravnoj perspektivi dati pregled instituta koji imaju za cilj otkloniti neizvjesnost izazvanu nestankom osobe, pri čemu ćemo u svrhu razumijevanja pojedinih instituta uzeti u obzir i njihov razvoj u historijskoj perspektivi. U drugom dijelu rada, utvrdit ćemo pravni okvir proglašenja nestale osobe umrlom u Bosni i Hercegovini, te analizirati materijalnopravne pretpostavke i tok postupka proglašenja nestale osobe umrlom.

Konačno, u posljednjem dijelu rada, dat ćemo osvrt na rješenje o proglašenju nestale osobe umrlom kao preduvjetu za ostvarivanje niza prava članova porodice nestale osobe, pri čemu će posebna pažnja biti usmjerena na učinke rješenja na raspravljanje zaostavštine, brak i prava iz oblasti socijalne zaštite.

Ključne riječi: *vanparnični postupak, nestale osobe, proglašenje nestale osobe umrlom, presumpcija smrti, upis u matičnu knjigu umrlih.*

Uvod*

Smrt je prirodni događaj za koji pravo vezuje određene pravne učinke. Za činjenicu smrti, vezan je cijeli jedan niz pravnih posljedica, do kojih dovodi ili ona sama ili djelujući zajedno s još nekim drugim pravnim činjenicama (Gavela, 2008, str. 41). Tako smrću čovjek gubi subjektivitet, prestaje pravna, deliktna i poslovna sposobnost, prestaje brak, otvara se nasljeđe itd. Stoga i postoji potreba da se urede različiti pravni odnosi – da se raspravi zaostavština, da se odredi ko će umjesto umrlog lica biti staratelj itd. Da bi došlo do promjene u ovim pravnim odnosima, nastupanje smrti mora biti dokazano i utvrđeno, a činjenica smrti upisana u odgovarajuće matične knjige (Stanković & Trgovčević Prokić, 2019, str. 331).

Savremeni pravni poreci uređuju način utvrđivanja smrti i vođenje evidencije o smrtnim slučajevima kako bi time omogućili licima koja imaju pravni interes da saznaju za smrt i trenutak smrti umrle osobe, te da činjenicu smrti dokažu kada je to potrebno. Pravni okvir za utvrđivanje uzroka i vremena smrti u BiH čine zakoni o zdravstvenoj zaštiti¹, zatim Pravilnik o načinu pregleda umrlih i načinu utvrđivanja vremena i uzroka smrti u Federacije BiH², Pravilnik o postupku utvrđivanja smrti u Republici Srpskoj³, te zakoni

* Rad je dio naučnog projekta “Presumpcija smrti u bosanskohercegovačkom i evropskom pravu” realiziranog u okviru projekta Međunarodnog komiteta Crvenog križa pod nazivom „Individualne i društvene posljedice neizvjesnog gubitka – MKCK podrška fakultetima i istraživanjima u BiH“. Sadržaj, zaključci i stavovi isključiva su odgovornost autorice te ne predstavljaju stavove Međunarodnog komiteta Crvenog križa.

¹ Zakon o zdravstvenoj zaštiti Federacije BiH, Službene novine Federacije BiH, broj 46/10 i 75/13; Zakon o zdravstvenoj zaštiti Republike Srpske, Službeni glasnik Republike Srpske, 57/22 i Zakon o zdravstvenoj zaštiti Brčko distrikta BiH, Službeni glasnik Brčko distrikta BiH, broj 52/18 - prečišćen tekst, 34/19 i 16/20.

² Službene novine Federacije BiH, broj 79/13.

³ Službeni glasnik Republike Srpske, broj 65/10.

o krivičnom postupku⁴ u slučaju kada postoji sumnja da je smrt uzrokovana krivičnim djelom ili da je u vezi sa izvršenjem krivičnog djela, dok su propisi vezani za evidenciju činjenice smrti sadržani u zakonima o matičnim knjigama⁵. Navedeni propisi nastupanje smrti vezuju za nesumnjivu spoznaju o nastupanju smrti određene osobe.

Međutim, postoje određeni slučajevi kada je vrlo vjerovatno da je smrt nastupila, ali to nije moguće nesumnjivo utvrditi, jer unatoč vjerovatnoći da je smrt nastupila ne postoji izvjesnost da se to uistinu i dogodilo (primjerice, ne postoji tijelo na kojem bi medicinskim pregledom mogla biti konstatirana smrt) (Gavela & Belaj, 2008, str. 41). Takva neizvjesnost unosi pravnu nesigurnost u različitim pravnim odnosima u kojima činjenica života odnosno smrti predstavlja pravno relevantnu činjenicu (Bulka, 2007, str. 86). Stoga je i postojala potreba za iznalaženjem rješenja za slučajeve kada činjenicu smrti nije moguće nesumnjivo utvrditi.

U pravnoj literaturi se za osobu koja je odsutna iz svoga mjesta prebivališta, odnosno boravišta, te o kojoj nema nikakvih informacija, posebice od bližnjih osoba za koje bi bilo osnovano očekivati da znaju gdje se osoba nalazi, koristi termin odsutna ili nestala osoba. Naš zakonodavac usvojio je termin nestala osoba, koji će i biti korišten za potrebe ovoga rada. Pod nestalom osobom, u smislu ovoga rada, misli se na osobu koja je odsutna iz svoga mjesta prebivališta, odnosno boravišta, koja nema kontakata sa svojim bližnjim, te čija smrt na koncu ne može biti utvrđena jer ne postoji tijelo na kojem se medicinskim pregledom može konstatirati smrt (Schoeman-Malan, 2018, str. 222). U kontekstu ovog rada, pored navedenoga, treba imati na umu i činjenicu da pitanje nestanka osoba u Bosni i Hercegovini ima dodatni značaj, uzevši u obzir da se u Bosni i Hercegovini još uvijek traga za preko 7500 osoba nestalih usljed rata.

⁴ Zakon o krivičnom postupku Federacije BiH, Službene novine Federacije BiH, br. 35/03, 56/03 - ispravka, 78/04, 28/05, 55/06, 27/07, 53/07, 9/09, 12/10, 8/13, 59/14 i 74/20; Zakon o krivičnom postupku Republike Srpske, Službeni glasnik Republike Srpske broj, 53/12, 91/17, 66/18 i 15/21 i Zakon o krivičnom postupku Brčko distrikta BiH, Službeni glasnik Brčko distrikta BiH", broj 34/13 - prečišćen tekst, 27/14, 3/19 i 16/20.

⁵ Zakon o matičnim knjigama Federacije BiH, Službene novine Federacije BiH, broj 37/12 i 80/14, (dalje: ZMK FBiH); Zakon o matičnim knjigama Republike Srpske, Službeni glasnik Republike Srpske, broj 111/09, 43/13 i 66/18, (dalje: ZMK RS); Zakon o matičnim knjigama Brčko distrikta BiH, Službeni glasnik Brčko distrikta BiH, broj 58/11 (dalje: ZMK BD BiH).

U pravu Bosne i Hercegovine razrješenju neizvjesnosti uzrokovane nestankom osobe udovoljava posebni vanparnični sudski postupak – postupak proglašenja nestale osobe umrlom, koji će u konačnici imati iste učinke kao da je smrt utvrđena u redovnim tokovima stvari. Dakle, ukoliko se ostvari pretpostavka smrti neke osobe, ona će izazvati jednake pravne učinke kao i faktička smrt. Međutim, ukoliko navedena pretpostavka bude osporena, time će biti oborena i pretpostavka o tim učincima (Gavela, 2008, str. 42).

U radu ćemo, prije svega, u uporednopravnoj perspektivi dati pregled instituta koji imaju za cilj otkloniti neizvjesnost izazvanu nestankom osobe, pri čemu ćemo u svrhu razumijevanja pojedinih instituta uzeti u obzir i njihov razvoj u historijskoj perspektivi. U drugom dijelu rada, utvrdit ćemo pravni okvir proglašenja nestale osobe umrlom u Bosni i Hercegovini, te analizirati materijalnopravne pretpostavke i tok postupka proglašenja nestale osobe umrlom. Konačno, u posljednjem dijelu rada, dat ćemo osvrt na rješenje o proglašenju nestale osobe umrlom kao preduvjetu za ostvarivanje niza prava članova porodice nestale osobe, pri čemu će posebna pažnja biti usmjerena na učinke rješenja na raspravljanje zaostavštine, brak i prava iz oblasti socijalne zaštite. Kada je riječ o našem pravnom sistemu, u fokusu će biti vanparnični postupak za proglašenje nestale osobe umrlom, dok su odredbe Zakona o nestalim osobama Bosne i Hercegovine (dalje: ZON BiH)⁶, kao *lex specialis* zakona koji se odnosi samo na osobe nestale u periodu od 30. aprila 1991 godine do 14. februara 1996. godine, predmetom razmatranja tek u pojedinim dijelovima rada.

1. Uporednopravna analiza pravnog položaja nestalih osoba

Na našim prostorima gotovo da nije moguće pronaći izvore literature koji u uporednopravnoj perspektivi govore o nastanku i razvoju instituta koji u osnovi imaju za cilj regulirati pravni položaj nestale osobe i otkloniti neizvjesnost izazvanu njenim nestankom.⁷ Stoga smo opredijeljeni, prije svega, ispitati na koji način su pojedina evropska zakonodavstva odgovorila složenom problemu nestanka osobe, i to u historijskoj perspektivi, počevši od rimskog prava, koje iako oskudno uređujući pitanja nestalih osoba, sadrži određena pravila o tome, a zatim i dva velika pravna sistema, i to: evropskog kontinentalnog pravnog sistema, koji počiva na dva različita modela uređenja prav-

⁶ Službeni glasnik BiH, broj 50/04.

⁷ Prilikom izrade rada, identificirana su samo dva udžbenika koja o ovim pitanjima govore u uporednopravnoj perspektivi. Vidjeti: Eisner, 1953, str. 132 i Kamhi, 1968, str. 57.

nog položaja nestalih – Francuskom i Njemačkom, te engleskog *common law* sistema,⁸ koji istina neće biti predmetom detaljne analize, ali čije će osnovne postavke doprinijeti razumijevanju određenih razlika u pristupu navedenoj problematici u zemljama *civil law* i *common law* sistema. Iako je, kako ćemo i vidjeti u nastavku, neizvjesnost uzrokovana nestankom osobe iznjedrila različite modele pristupa problematici nestalih osoba i dalje se radi o funkcionalno ekvivalentnim modelima, utoliko što nastoje odgovoriti na isti problem društvene stvarnosti, što ujedno i opravdava njihovu zajedničku analizu (de Miguel Asensio, 1995, str. 44). Razlika u pristupu navedenoj problematici u pojedinim pravnim sistemima odraz je drugačijeg pristupa suprotstavljenim interesima koji se pojavljuju u slučaju nestanka osobe, pri čemu jedni daju prednost interesima nestale osobe, dok u drugima prevagu imaju interesi trećih lica (de Miguel Asensio, 1995, str. 44).

1. 1. Evropski kontinentalni pravni sistem

Rimsko pravo nije sadržavalo iscrpna, jednoobrazna i sveobuhvatna pravila u vezi sa pitanjem nestalih osoba (Villequez, 1856, str. 211). Smatrajući kako zakonodavnom regulativom trebaju biti obuhvaćeni učestali događaji, nedostatak pravila o nestalim osobama rezultat je shvatanja da nestanak osobe predstavlja tek iznimnu, vanrednu situaciju o kojoj zakon ne treba „brinuti“. Rimsko pravo je tako poznavalo samo oskudna pravila koja uređuju različite situacije koje proizilaze iz odsustva, kao što je upravljanje imovinom nestale osobe⁹ i brak¹⁰, i to u slučajevima kvalificiranog odsustva,¹¹ primjerice nestanka vojnog lica ili zarobljeništva (Cloutier, 2017, str. 251).

⁸ Kako smo opredijeljeni prikazati različite modele uređenja pravnog položaja nestalih osoba u evropskom zakonodavstvu (imajući na umu njegove geografske granice op. a.), to smo ovo istraživanje ograničili samo na engleski *common law* sistem, izostavivši pri tome druge zemlje koje tradicionalno bivaju predmetom obrade u okviru *common law* sistema.

⁹ U slučaju nestanka vojnog lica ili u slučaju zarobljeništva, do njihova povratka, imovinom nestale osobe upravljala je rodbina ili prijatelji. Ukoliko bi se osoba vratila, smatralo se da nikada nije ni bila odsutna. U suprotnom, ukoliko je osoba umrla u zarobljeništvu, smatralo se da je umrla na početku tog perioda.

¹⁰ Digeste poznaju pravo sina da se oženi bez očeva odobrenja ukoliko je od nestanka njegova oca prošlo tri godine, odnosno pravo žene na ponovno zaključenje braka ukoliko nema vijesti o suprugu četiri godine od njegova odlaska u rat.

¹¹ Pod kvalificiranim odsustvom podrazumijeva se odsustvo vezano za određeni događaj kao što je rat, prirodne katastrofe i sl.

Nastanak cjelovite teorije o pravnom položaju nestalih osoba vezuje se za kraj 18. i početak 19. stoljeća, te kodifikatorski pokret obilježen donošenjem velikih građanskih kodifikacija, prije svega, Francuskog građanskog zakonika (*Code civil*) 1804. godine, zatim Austrijskog općeg građanskog zakonika (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*) 1811. godine te na koncu Njemačkog građanskog zakonika (*Bürgerliches Gesetzbuch*) 1900. godine. U evropskom kontinentalnom pravnom sistemu postoje dva različita modela reguliranja pravnog položaja nestalih osoba: prvi, model proglašenja nestale osobe za odsutnu, odnosno tzv. Napoleonov model koji je uveden Francuskim građanskim zakonikom i drugi, model proglašenja nestale osobe umrlom, odnosno tzv. germanski model, predstavljen u Austrijskom i Njemačkom građanskom zakoniku. Prvi model ne poznaje presumpciju smrti i tradicionalno je usmjeren na zaštitu interesa odsutne osobe, dok drugi model poznaje poseban sudski postupak za proglašenje nestale osobe umrlom, gdje se u slučaju donošenja takve odluke osoba smatra mrtvom od trenutka navedenog u odluci (Carriere, 1990, str. 919–920; Schoeman-Malan, 2018, str. 226). Razlika između ovih modela je utoliko zanimljivija ukoliko uzmemo u obzir da je i sama Francuska izmjenama i dopunama Francuskog građanskog zakonika iz 1977. godine napustila stari Napoleonov model i usvojila gotovo u cijelosti germanski model (Corral Talciani & Rodriguez Pinto, 2000, str. 557).

Pored navedenih osnovnih modela, postoji i mješoviti model koji objedinjuje osnovne karakteristike modela proglašenja nestale osobe za odsutnu i modela proglašenja nestale osobe umrlom.¹² U zemljama koje su prihvatile mješoviti model moguće je, nakon relativno kratkog perioda, ishoditi odluku kojom se lice proglašava odsutnim,¹³ a u konačnici, ukoliko period odsustva potraje duže, moguće je ishoditi i odluku kojom se odustno lice proglašava umrlim.¹⁴

¹² Vidjeti više: de Miguel Asensio, 1995, str. 46. Navedeni mješoviti model primjenjuje se u Italiji, koja je prvobitno recipirala klasični Napoleonov model, da bi se vremenom, unijevši element izvjesnosti, približila osnovnim postavkama germanskog modela. Osim toga, i Španija je usvojila model sličan mješovitom, uključujući mogućnost da ista situacija dovede do proglašenja osobe odsutnom, a naposljetku i proglašenja smrti.

¹³ Primjerice vidjeti član 50 Italijanskog Codice Civile-a koji propisuje da protekom dvije godine od posljednje vijesti o odsutnom licu, pretpostavljeni zakonski nasljednici i svako ko vjeruje da ima prava na imovini odsutne osobe u slučaju njene smrti, može od nadležnog suda zatražiti da se to lice proglašava odsutnim.

¹⁴ Primjerice vidjeti član 58 Italijanskog Codice Civile-a koji pripisuje da sud može, protekom deset godina od posljednje vijesti o odustnom licu, na prijedlog lica koja imaju pravni interes i zainteresiranog organa, proglasiti odsutnu osobu umrlom.

Kako su Napoleonov i germanski modela poslužili kao osnov za reguliranje položaja nestalih osoba u mnogim evropskim zakonodavstvima, pa i šire, u nastavku ovoga rada obradit ćemo osnovne postavke ovih dvaju suprotstavljenih modela.

1. 1. 1. Napoleonov model

Pitanje nestalih osoba u Francuskoj je prvi put cjelovito uređeno Francuskim građanskim zakonikom iz 1804. godine. Iako ovaj tzv. Napoleonov model u Francuskoj više nije na snazi od izmjena Zakonika iz 1977. godine, njegov značaj je neupitan, jer je isti bio nadahnućem za različite pravne sisteme,¹⁵ te se u nekolicini zemalja još uvijek primjenjuje.¹⁶ Navedeni model utemeljen je na odsustvu i u osnovi ne poznaje institut proglašenja nestale osobe umrlom, niti presumpciju smrti. Za razumijevanje ovog modela, prije svega treba imati na umu da se termini odsustvo i nestanak osobe ne podudaraju. Naime, nestanak (*disparition*) osobe vezuje se za duži period odsustva (*absence*) i praćen je neizvjesnošću o životu određene osobe (Corral Talciani & Rodriguez Pinto, 2000, str. 556). Tako se ovaj model zasniva na apsolutnoj neizvjesnosti o životu ili smrti odustne osobe, pri čemu se odsutna osoba ne može smatrati niti živom niti mrtvom (Carriere, 1990, str. 919; Corral Talciani & Rodriguez Pinto, 2000, str. 558).

Napoleonov model period odsustva vezuje za tri različite faze, pri čemu je svaka faza vezana za određena prava i obaveze u vezi sa očuvanjem i upravljanjem imovinom odsutne osobe (Cloutier, 2017, str. 255). U osnovi ove podjele je ideja da se neizvjesnost u pogledu života odsutne osobe protekom vremena uvećava, te da, u skladu s time, treba prilagoditi i zaštitu koju zakon pruža odsutnoj osobi (Cloutier, 2017, str. 256). Prva faza, koju Zakonik naziva presumpcija odsustva (*présomption d'absence*), započinje

¹⁵ U drugoj polovini XIX stoljeća mnoge evropske zemlje koje pripadaju tzv. latinskoj porodici (primjerice Rumunija, Portugal, Španija, Italija) donijele su građanske zakonike po ugledu na francuski, što se samim time odrazilo i na uređenje pitanja nestalih osoba. Pored toga, i mnoge države Latinske Amerike, te Luizijana i Kvebek, donijele su građanske zakonike inspirirane francuskim modelom (Šarkić & Popović, 2005, str. 127).

¹⁶ Prvobitno su osnovne postavke Napoleonovog modela bile prihvaćene u nizu zemalja (primjerice Švicarska, Italija i Španija). Međutim, vremenom je većina zakonodavstava prihvatila institut proglašenja nestale osobe umrlom i time se približila germanskom modelu i njegovoj teoriji izvjesnosti (Corral Talciani & Rodriguez Pinto, 2000, str. 557).

momentom nestanka osobe, odnosno momentom u kojem je nedostatak informacija doveo u sumnju njegovo prisustvo (Cloutier, 2017, str. 257). U ovoj fazi, sud je, na prijedlog zainteresiranih lica, ovlašten odrediti hitne mjere koje su potrebne kako bi se zaštitila imovina odsutne osobe (Corral Talciani & Rodriguez Pinto, 2000, str. 559). Druga faza započinje donošenjem odluke kojom se osoba proglašava odsutnom (*d'absence déclarée*), a koju sud donosi na prijedlog zainteresiranih lica u slučaju kada se odsutna osoba ne pojavi u mjestu prebivališta odnosno boravišta, a o njoj nema nikakvih vijesti u posljednje četiri godine (Cloutier, 2017, str. 257).¹⁷ Nakon donošenja navedene odluke, pretpostavljenim nasljednicima dodjeljuje se privremeni posjed (*possession provisoire*) nad imovinom odsutne osobe, što im omogućava upravljanje tom imovinom, ali i dalje uz stroga ograničenja (Corral Talciani & Rodriguez Pinto, 2000, str. 559). Protekom trideset godina od momenta dodjeljivanja privremenog posjeda ili sto godina od rođenja odsutne osobe, započinje treća faza u kojoj se nasljednicima dodjeljuje konačan posjed (*possession definitive*) i od kojeg momenta uživaju imovinu kao „stvarni“ vlasnici (Corral Talciani & Rodriguez Pinto, 2000, str. 559). Slijedom navedenoga zaključujemo kako je ovaj model utemeljen na shvaćanju da je smrt vjerovatnija što je period odsustva duži. Međutim, odsutna osoba se niti u jednom momentu ne smatra umrlom (Corral Talciani & Rodriguez Pinto, 2000, str. 559). Također, ne postoji ni pretpostavka da je ta osoba živa (Corral Talciani & Rodriguez Pinto, 2000, str. 559).

1. 1. 2. **Germanski model**

Germanski model temelji se na dvojbi između sumnje i izvjesnosti, pri čemu je prednost ipak data izvjesnosti da je smrt određene osobe i nastupila (Corral Talciani & Rodriguez Pinto, 2000, str. 559). Za razliku od prethodnog modela, u osnovi germanskog modela je uspostavljanje sistema koji jasno regulira status nestale osobe. Svoje korijene ima, prije svega, u Pruskom¹⁸ i Austrij-

¹⁷ Treba imati na umu da sud, odluku kojom se određeno lice proglašava odsutnim, ne donosi „olako“. Donošenju odluke uvijek prethodi preduzimanje svih mjera koje su potrebne da bi se prijedlog za oglašavanje odsustva stavio na znanje odsutnoj osobi. Razlog za to je što je pretpostavljeni odsutni morao biti upoznat sa štetnim posljedicama koje bi mogle proizaći iz njegova odsustva. Stoga mu je pružena prilika da obznani svoje prisustvo i onemogućiti donošenje ovakve odluke.

¹⁸ Pruski građanski zakonik iz 1794. godine je prvi zakonski tekst koji uređuje pitanje proglašenja nestale osobe umrlom (*Todeserklärung*).

skom¹⁹ građanskom zakoniku koji su prvi implementirali presumpciju smrti u kontinentalnom pravu, a koju, kako smo vidjeli, stari Napoleonov model ne poznaje. Ovaj model konačno je uobličen Njemačkim građanskim zakonikom iz 1900. godine.

Germanski model temelji se na sudskom proglašenju nestale osobe za umrlu, a kome se pripisuju pravni učinci jednaki fizičkoj smrti. U slučaju proglašenja nestale osobe umrlom, pretpostavlja se da je nestala osoba umrla u momentu određenom u odluci. Da bi sud donio odluku kojom se nestala osoba proglašava umrlom potrebno je da se ispune određene materijalnopravne pretpostavke koje se vezuju za protek određenog roka neizvjesnosti u kojem nije bilo vijesti o nestaloj osobi. Osim toga, nestalu osobu moguće je proglasiti umrlom i u slučajevima neposredne smrtne opasnosti kao što su brodolom, požar, poplave, rat itd. (kvalificirani nestanak), u kojim slučajevima je rok neizvjesnosti vezan za kraći vremenski period. Prema navedenom modelu, život nestale osobe se pretpostavlja sve dok se ne ispune zakonom propisane pretpostavke za sudsko proglašenje nestale osobe umrlom, nakon čega se nestala osoba pravno smatra mrtvom. Navedeno predstavlja jedno od najvećih dostignuća germanskog modela jer omogućava da se sa sigurnošću definira status nestale osobe: nestala osoba smatra se živom do momenta kada postoji dovoljno dokaza da se može pretpostaviti njena smrt (Cloutier, 2017, str. 250). Međutim, postojanje neke od zakonom propisanih materijalnopravnih pretpostavki ne tvori samo po sebi presumpciju smrti, „već ovlašćuje jedino zahtjevati, da se sudbeno proglasi smrt onoga, kojega je u tih okolnosti nestalo“ (Rušnov & Posilović, 1910, str. 76).

Kako smo ranije naveli, izmjene Francuskog građanskog zakonika iz 1977. godine rezultirale su napuštanjem klasičnog Napoleonovog modela i uspostavljanjem modela sličnog germanskom. Važeći propisi u Francuskoj tako

¹⁹ Opšti Austrijski građanski zakonik iz 1811. godine (dalje: OGZ), kao jedan od načina dokazivanja smrti, propisuje sudsko proglašenje smrti. U skladu sa § 24 OGZ „Ako nastane dvojba, da li je onaj, koji je nepritoman ili kojeg je nestalo, jošte živ ili ne, držat će se da je umro samo u sljedećih okolnostih: 1. ako je, od kako se rodio, prošlo osamdeset godina, a od deset godina ne zna se gdje je; 2. ako bez obzira na vrijeme, koje je prošlo od rođenja njegova, ne zna se njem kroz punih trideset godina; 3. ako bivši teško ranjen u ratu, ili našavši se u brodu, kada se razbio, ili u drugoj kojoj smrtnoj pogibelji, neima ga od tog vremena za tri godine. U svih ovih slučajevih može se iskati da se proglasi da je mrtav, i preduzeti takvo ponašanje pod opazi propisanim u § 277.“ Slijedom navedenoga zaključujemo kako OGZ poznaje presumpciju smrti i institut sudskog proglašenja nestale osobe umrlom. Vidjeti: Rušnov & Posilović, 1910, str. 74–75.

razlikuju dvije faze: prva, presumpcija odsutnosti (*présomption d'absence*), u kojoj fazi se smatra da je odsutni živ i druga, odluka o odsutnosti (*déclaration d'absence*), nakon čijeg donošenja se odsutna osoba smatra umrlom. Slijedom navedenoga, Francuska je napustila teoriju sumnje kao posebno obilježje tog pravnog sistema i pridružila se germanskoj teoriji izvjesnosti.

1. 2. Engleski common law sistem

Common law sistem zasnovan je na presumpciji smrti nestale osobe. Smrt određene osobe presumira se protekom određenog vremenskog perioda – uobičajeno perioda od sedam godina (de Miguel Asensio, 1995, str. 46). Osnovne ideje ovog sistema u Engleskoj su uspostavljene u 19. stoljeću u dvjema odlukama engleskih sudova: *Doe d. George v. Jesson*²⁰ iz 1805. godine i *Nepean v. Doe*²¹ iz 1837. godine.

Naime, ukoliko je osoba odsutna iz svog prebivališta odnosno boravišta, a bližnji nemaju informacija o njoj u periodu od sedam godina, sud je ovlašten donijeti odluku kojom se presumira smrt nestale osobe. Dakle, da bi sud donio ovu odluku, potrebno je dokazati sljedeće činjenice: odsustvo za period od najmanje sedam godina, izostanak vijesti o nestaloj osobi te da je izostanak vijesti vezan za osobe koje bi u uobičajenim okolnostima imale informacije o nestaloj osobi (Carriere, 1990, str. 907). Stoga je problem nestanka osobe u engleskom common law sistemu „išao rame uz rame sa presumpcijom smrti, dok se ova ideja u zemljama evropskog kontinentalnog pravnog sistema razvijala sporije“ (Corral Talciani & Rodriguez Pinto, 2000, str. 566–567).

U Engleskoj su danas na snazi dva zakona koja uređuju pravni položaj nestalih osoba, i to: *Presumption of Death Act* iz 2013. godine koji sadrži detaljne odredbe o načinu donošenja odluke kojom se presumira smrt, te *Guardianship (Missing Persons) Act* iz 2017. godine koji uređuje način upravljanja imovinom nestale osobe u periodu neizvjesnosti.

²⁰ U ovoj odluci sud se poziva na Zakon o bigamiji iz 1604. godine koji je izuzeo od krivnje osobe koje su zaključile brak protekom sedam godina od nestanka bračnog druga, jer se presumira da je nestali bračni drug umro, te Zakon iz 1667. godine „Cestui qui de vie“ koji poznaje presumpciju smrti protekom sedam godina odsutnosti za potrebe reguliranja ugovora o doživotnom najmu. Vidjeti više: Carriere, 1990.

²¹ Navedena odluka ukazuje da sud donosi odluku kojom se presumira smrt u slučaju kada je osoba odsutna u periodu od sedam godina i kada nema nikakvih informacija o njenom životu. Vidjeti više: Carriere, 1990.

1. 3. Pravni položaj nestalih osoba u međunarodnim dokumentima

Kada je riječ o problematici uređenja pravnog položaja nestalih osoba, napravljen je određeni iskorak i na međunarodnom planu. Uz pojedine dokumente koji reguliraju pitanje nestalih osoba u vezi sa određenim kvalificiranim događajem,²² konkretniju regulativu nalazimo tek u dva dokumenta: Konvenciji o utvrđivanju smrti u slučajevima kada je smrt izvjesna iz 1966. godine i Preporuci Vijeća Evrope CM/Rec (2009) 12 o principima koji se odnose na nestale osobe i presumpciju smrti iz 2009. godine.

U okviru *International Commission on Civil Status (ICCS)* 1966. godine nastala je Konvencija o utvrđivanju smrti u slučajevima kada je smrt izvjesna, tzv. Atenska konvencija, koja regulira situacije u kojima je, uzevši u obzir sve okolnosti, smrt nestale osobe izvjesna. U slučajevima kada je izvjesno da je nastupila smrt osobe čije tijelo ne može biti identificirano, Konvencija zainteresiranim licima omogućava da bez odlaganja pribave dokument kojim se utvrđuje smrt nestale osobe. Naime, u slučajevima kada je smrt izvjesna, nema potrebe za protekom vremena prije pokretanja postupka čiji je cilj pribaviti potvrdu o pretpostavljenoj smrti.

Međutim, pored Atenske konvencije koja regulira situacije u kojima je smrt izvjesna, dugo vremena nije postojao dokument koji bi na međunarodnom planu uredio pitanje nestalih osoba čija smrt nije izvjesna. Tek je 2009. godine, kao izraz nastojanja za uređenjem situacija u kojima smrt nije izvjesna, nastala Preporuka Vijeća Evrope CM/Rec (2009) 12 o principima koji se odnose na nestale osobe i presumpciju smrti (dalje i kao: Preporuka CM/Rec (2009) 12), koja, iako neobavezujući dokument, predstavlja značajan iskorak u reguliranju ove materije na širem planu. Preporuka se odnosi na građanskopravne aspekte nestanka osobe i rezultat je potrebe za uspostavljanjem principa koji se ne odnose samo na situacije u kojima je smrt vjerovatna, već i na situacije u kojima je vrlo izvjesno da je došlo do smrti. Preporuka razlikuje tri kategorije nestalih osoba u kontekstu presumpcije smrti: 1. slučajevi u kojima je smrt izvjesna, 2. slučajevi u kojima je razumno zaključiti da je smrt vjerovatno nastupila, 3. slučajevi u kojima nije izvjesno da je nastupila smrt osobe, pri čemu nestanak osobe razumno ne može biti povezan sa drugim slučajem osim smrti.

²² Primjerice Konvenciju UN o proglašenju nestalih osoba za umrle iz 1950. godine koja se primjenjuje samo u slučajevima proglašenja smrti osoba nestalih u periodu od 1939–1945 godine, te je nije moguće primijeniti na slučajeve nestanka koji nisu povezani sa ratom. Vidjeti više: Friedmann, A., 1950.

2. Postupak za proglašenje nestale osobe umrlom u pravu BiH

U našem pravnom sistemu potrebi za otklanjanjem neizvjesnosti u pogledu statusa nestale osobe udovoljava vanparnični sudski postupak za proglašenje nestale osobe umrlom, čiji je *ratio* prevazići nepostojanje informacija o nestaloj osobi i ishoditi donošenje rješenja u osnovi kojeg je oboriva pretpostavka da je nestala osoba umrla. Time je u BiH prihvaćen germanski model zasnovan na teoriji izvjesnosti, koja je na stanovištu da se život nestale osobe pretpostavlja sve dok se ne ispune zakonom propisane pretpostavke za sudsko proglašenje nestale osobe umrlom, nakon čega se nestala osoba pravno smatra mrtvom.

Pravni okvir postupka za proglašenje nestale osobe umrlom u našem pozitivnopravnom zakonodavstvu čine Zakon o vanparničnom postupku Federacije BiH²³, Zakon o vanparničnom postupku Republike Srpske²⁴ i Zakon o vanparničnom postupku Brčko distrikta BiH^{25,26}. Iako doneseni u različitim vremenskim intervalima, zakoni o vanparničnom postupku u BiH sadrže

²³ Službene novine FBiH, broj 2/98, 39/04, 73/05, 80/14 - dr. zakon i 11/21.

²⁴ Službeni glasnik RS, broj 36/09 i 91/16.

²⁵ Službeni glasnik Brčko distrikta BiH, broj 5/01, 36/17 i 36/17 - dr. zakon.

²⁶ Propisi o proglašenju nestale osobe umrlom kod nas su dijelom zakona o vanparničnom postupku, dok s druge strane, pojedina zakonodavstva postupak proglašenja nestale osobe umrlom uređuju posebnim zakonima. Tako je ovaj postupak u Republici Hrvatskoj reguliran Zakonom o proglašenju nestalih osoba umrlim i dokazivanju smrti (Narodne novine, broj 10/74), u Austriji Todeserklärungs-gesetz-om (StF: BGBl. Nr. 23/1951), a u Njemačkoj Verschollenheitsgesetz-om (RGBl. I S. 1186). I na našim prostorima je 50-ih godina prošlog stoljeća donesen Zakon o proglašenju nestalih osoba umrlim i dokazivanju smrti (Službeni list FNRJ, broj 24/52), čime se ovaj postupak izdvojio kao jedan od rijetkih vanparničnih postupaka za koji je u to vrijeme postojao pozitivnopravni propis. Navedeni Zakon prestao je važiti donošenjem republičkih zakona o vanparničnom postupku (vidjeti fn. 14), odnosno novog Zakona o proglašenju nestalih osoba umrlim i dokazivanju smrti, kada je riječ o Republici Hrvatskoj.

identične odredbe o postupku proglašenja nestale osobe umrlom.²⁷ Prema tome, propisi o proglašenju nestale osobe umrlom u BiH su, iako sadržani u različitim zakonima, harmonizirani. Štaviše, sadržinski, rješenja važećih zakona o vanparničnom postupku u BiH u pogledu proglašenja nestale osobe umrlom sežu dosta ranije,²⁸ te su uz određene terminološke prilagodbe u cij-

²⁷ Postupak proglašenja nestale osobe umrlom je zajedno sa postupkom dokazivanja smrti uređen u posebnom dijelu zakona o vanparničnom postupku u BiH, pri čemu su odredbe o ovom postupku u Federaciji BiH i Republici Srpskoj obuhvaćene članovima od 60–73, a u Brčko distriktu članovima od 57–70. Sadržina, kao i redosljed pojedinih odredaba, istovjetni su u sva tri zakona. U nastavku rada, prilikom komentiranja pojedinih članova, koristit ćemo samo Zakon o vanparničnom postupku Federacije BiH (dalje: ZVP FBiH), ali uzevši u obzir da je tekst pojedinih članova koji uređuju postupak proglašenja nestale osobe umrlom i dokazivanja smrti istovjetan, svi komentari dati na ZVP FBiH odnose se i na odgovarajuće članove zakona o vanparničnom postupku Republike Srpske i Brčko distrikta BiH.

²⁸ Navedeno nije slučaj samo sa odredbama o proglašenju nestale osobe umrlom. Primjerice, ZVP FBiH je prvobitno, praktično u cijelosti recipirao odredbe Zakona o vanparničnom postupku SR BiH iz 1989. godine (Omanović, 2006, str. 7; Zečević, 2001). Istina, vremenom su vršene određene izmjene i dopune, uređeni pojedini novi posebni vanparnični postupci, ali opće odredbe Zakona, kao i pojedini posebni vanparnični postupci su i dalje gotovo identične sadržine. To je stoga što su zakoni o vanparničnom postupku češće bili predmetom posrednih izmjena i dopuna i to donošenjem posebnih materijalnih propisa (npr. zakona o nasljeđivanju, porodičnog zakona itd.), te promjena u domenu parničnog postupka čije odredbe se shodno primjenjuju u vanparničnom postupku (tako i Stanković & Trgovčević Prokić, 2019). Ovakav nedostatak zakonodavne aktivnosti na području vanparničnog procesnog prava, međutim, nije svojstven samo za BiH. U Republici Hrvatskoj, se primjerice još uvijek primjenjuju pravna pravila Zakona o vanparničnom postupku iz 1934. godine, uz niz zakona primarno materijalnopravnog karaktera koji sadrže i procesne odredbe (Maganić, 2006; također vidjeti: Maganić, 2015, 2022), dok se vanparnično zakonodavstvo u Republici Srbiji, uz određene izmjene i dopune, slično kao i kod nas, zasniva na Zakonu o vanparničnom postupku koji je donijet kao republički, 1982. godine. U Republici Srbiji, stoga ovaj zakon često nazivaju pravim “pravim metuzalemom”. Čini se da se sličan izraz može upotrijebiti u sva tri slučaja, te da je reforma vanparničnog zakonodavstva nužna i u BiH, kao i u Republici Srbiji i Republici Hrvatskoj.

losti preuzeta iz Zakona o vanparničnom postupku SR BiH iz 1989. godine,²⁹ a koji je opet u velikoj mjeri, barem kada je riječ o materijalnopравnim pretpostavkama za proglašenje nestale osobe umrlom i toku postupka, oslonjen na Zakon o proglašenju nestalih lica za umrla i o dokazivanju smrti FNRJ iz 1952. godine.

Međutim, osim postupka proglašenja nestale osobe umrlom do kojeg dolazi nakon što se ispune određene zakonom propisane materijalnopравne pretpostavke (vidjeti *infra*), naš pravni sistem ne bavi se detaljnije uređenjem pravnog položaja nestale osobe u periodu do pokretanja ovog postupka. Određeni stupanj zaštite pravnih interesa nestale osobe u našem pravu moguć je samo posredstvom instituta starateljstva za posebne slučajeve, propisanog porodičnim zakonima^{30, 31} S druge strane, kako smo i vidjeli iz prethodnih izlaganja, pojedina zakonodavstva poznaju posebnu fazu ili postupak proglašenja osobe odsutnom / nestalom, kao pomoćne ili supsidijarne mehanizme koji imaju za cilj zaštititi pravne interese nestale osobe, ali i omogućiti licima koja

²⁹ Ustavni amandmani XX do XLI na Ustav SFRJ, te novi Ustav iz 1974. godine rezultirali su promjenama u raspodjeli zakonodavnih ovlaštenja između federacije i republika, pri čemu je niz posebnih vanparničnih postupaka prenesen u zakonodavnu nadležnost republika (Maganić, 2006). Navedeno je rezultiralo donošenjem zakona o vanparničnom postupku u svim republikama i pokrajinama, sa izuzetkom Hrvatske (Maganić, 2006). Tada su zakonodavcima, u procesu kodifikacije vanparničnog procesno prava, kao uzor „poslužili propisi kojima je do tada bila uređena ova materija, kao i različita pravna shvatanja nastala u sudskoj praksi tokom dugogodišnje primjene Zakona o sudskom vanparničnom postupku za Kraljevinu Jugoslaviju iz 1924. godine i Uvodnog zakona za Zakon o sudskom vanparničnom postupku za Kraljevinu Jugoslaviju iz 1934. godine“ (Stanković, 2014, str. 3).

³⁰ Porodični zakon Federacije Bosne i Hercegovine, Službene novine FBiH broj 35/05, 41/05-ispr, 31/14, 32/19 – odluka US; Porodični zakon RS, Službeni glasnik RS, broj 54/02, 63/14 i Porodični zakon BD BiH, Službeni glasnik BD BiH, broj 23/07.

³¹ Organ starateljstva imenovat će posebnog staratelja za pojedine poslove ili određenu vrstu poslova odsutnoj osobi čije je boravište nepoznato, a koja nema zastupnika, nepoznatom vlasniku imovine kada je potrebno da se neko o toj imovini stara, kao i u drugim slučajevima kada je to potrebno radi zaštite prava i interesa određene osobe (član 197 stav 1 Porodičnog zakona FBiH, član 214 stav 1 Porodičnog zakona RS i član 178 stav 1 Porodičnog zakona BD BiH). U citiranoj odredbi zakonodavac koristi termin odsutna osoba, što ukazuje na to da se radi o osobi za koju je izvjesno da je još uvijek živa. Međutim, porodični zakoni u BiH ne propisuju koliko treba trajati odsutnost kako bi se određenom licu postavio staratelj.

imaju pravni interes da upravljaju imovinom nestale osobe,³² te shodno tome ostvare određena prava u periodu od nestanka osobe do pokretanja postupka proglašenja nestale osobe umrlom.³³ Stoga bi bilo svrsishodno i u našem sistemu razmotriti mogućnost potpunijeg uređenja pravnog položaja nestale osobe, ali i osoba povezanih sa nestalim, u fazi do pokretanja postupka proglašenja nestale osobe umrlom.

U nastavku rada detaljno ćemo analizirati odredbe o proglašenju nestale osobe umrlom u našem pozitivnopravnom zakonodavstvu, počevši od samog predmeta i cilja postupka, zatim materijalnopravnih pretpostavki za proglašenje nestale osobe umrlom, nadležnosti u postupku, te samog toka postupka.

2. 1. Predmet i cilj postupka

Postupak za proglašenje nestale osobe umrlom reguliran je u posebnom dijelu zakona o vanparničnom postupku koji se odnosi na uređenje statusnih odnosa, odnosno, uređenje ličnih stanja učesnika u vanparničnom postupku,³⁴ i to u okviru postupka proglašenja nestale osobe umrlom i dokazivanja smrti. Radi se o dva postupka, postupku proglašenja nestale osobe umrlom i postupku dokazivanja smrti, koji su spojeni u jedan jedinstveni postupak. U ovom radu ograničit ćemo se samo na postupak proglašenja nestale osobe umrlom.

U postupku proglašenja nestalih osoba umrlim sud odlučuje o proglašenju nestalih osoba umrlim (član 60 ZVP FBiH). Postupak proglašenja nestale osobe umrlom spada u klasične vanparnične postupke u kojem su došla do izražaja “sva bitna obilježja koja vanparnični postupak izdvajaju u samostalan i poseban metod ostvarivanja pravosudne funkcije” (Čalija & Omanović, 2000, str. 346). Cilj ovog postupka je “stvoriti jasnu pravnu situaciju u

³² Pravo na upravljanje imovinom nestale osobe, kod nas priznaje ZON BiH, koji međutim ima ograničenu primjenu i odnosi se samo na određenu kategoriju nestalih lica.

³³ Primjerice, u Engleskoj je 2017. godine donesen poseban propis - *Guardianship (Missing persons) act*, koji se bavi isključivo pitanjima koja se tiču upravljanja i raspolaganja imovinom, te određenim poslovima nestale osobe. O upravljanju imovinom nestale osobe vidjeti više: Jalet, 1968; T. S P. & J. W. D., 1966.

³⁴ Postupak proglašenja nestale osobe umrlom spada u kategoriju posebnih vanparničnih postupaka u kojima sud uređuje status fizičkih lica. U literaturi su ovi postupci označeni i kao „prave vanparnične stvari“ jer u njima ne postoje suprotstavljeni interesi učesnika u postupku (Jakšić, 2007, str. 694). Naime, među učesnicima može postojati *de facto* spor, ali ne i spor u materijalnopravnom smislu (Jakšić, 2007, str. 694).

pogledu nestalog lica, odnosno lica čija se smrt ne može dokazati ispravama na osnovu kojih se ta činjenica upisuje u matične knjige” (Čalića & Omanović, 2000, str. 351).

2. 2. Pretpostavke za proglašenje nestale osobe umrlom

Materijalnopravne pretpostavke za proglašenje nestalog lica umrlim propisane su zakonima o vanparničnom postupku.³⁵ Da bi neka osoba bila proglašena umrlom u postupku pred sudom, potrebno je da je nestala, odnosno da nema tijela na kome bi medicinskim pregledom mogla biti konstatirana smrt (Stanković & Trgovčević Prokić, 2019, str. 333). U najširem smislu, pod nestalošću se podrazumijeva da je osoba odsutna iz mjesta prebivališta odnosno boravišta na način da osobe iz njezine bliže okoline (porodica, komšije, saradnici i prijatelji) ne raspoložu nikakvim vijestima bilo o životu bilo o smrti te osobe, te da zbog određenih događaja u vrijeme njezinog nestanka ili određenih okolnosti, kao i protoka vremena postoji velika vjerojatnoća da ta osoba više nije živa.³⁶ Pored ove opšte pretpostavke, koja predstavlja osnovni uvjet za vođenje postupka za proglašenje nestale osobe umrlom, potrebno je da se ispuni i jedna od zakonom taksativno pobrojanih posebnih pretpostavki. U skladu sa članom 61 ZVP FBiH umrlom osobom će se proglasiti:

a) *osoba o čijem životu za posljednjih pet godina nije bilo nikakvih vijesti, a od čijeg je rođenja proteklo šezdeset godina.* U ovom slučaju, potrebno je da se ispune dva kumulativno propisana uvjeta: da pet godina prije pokretanja postupka nije bilo nikakvih vijesti o osobi i da se radi o osobi

³⁵ Uobičajeno je da procesni zakoni koji uređuju postupak proglašenja nestale osobe umrlom, sadrže i materijalnopravne pretpostavke za proglašenje nestale osobe umrlom. Materijalnopravne pretpostavke za proglašenje nestale osobe umrlom su i u zemljama regiona u kojima su odredbe o proglašenju nestale osobe umrlom dijelom zakona o vanparničnom postupku, sadržane u navedenim procesnim zakonima (npr. Republika Srbija, Republika Crna Gora, Republika Slovenija, Republika Sjeverna Makedonija). Izuzetak je Republika Hrvatska, koja ima poseban Zakon o proglašenju nestalih osoba umrlim i dokazivanju smrti, koji ujedno sadrži i materijalnopravne pretpostavke za proglašenje nestalog lica umrlim.

³⁶ Vidjeti: Rješenje županijskog suda u Osijeku, Gž 963/2018-2 od 24. 9. 2018. godine.

od čijeg je rođenja proteklo šezdeset godina³⁷. Dok je u zemljama regiona, kao rezultat rasta očekivane dužine života prisutna tendencija pomjeranja životne dobi za koju se vezuje ova materijalnopravna pretpostavka na 70 godina,³⁸ ZVP FBiH je tradicionalno, zadržao rješenja zakona iz 1989. godine i ovu pretpostavku još uvijek vezuje za dob od 60 godina. Obzirom da statistički podaci ukazuju da je i u BiH očekivana dužina života pri rođenju od 90-ih godina do danas kontinuirano rasla, te da u periodu od 2015–2020 godine iznosi 77,2 godine,³⁹ kao i da je prosječna starost umrlih osoba u istom periodu 73,6 godine,⁴⁰ bilo bi osnovano pomjeriti životnu dob za koju se vezuje ova pretpostavka na 70 godina i u zakonima o vanparničnom postupku u BiH.⁴¹

³⁷ U komentaru Preporuke Vijeća Evrope CM/Rec (2009)12 Komiteta ministara državama članicama o principima koji se odnose na nestale osobe i presumpciju smrti, kao zapanjujuća, istaknuta je činjenica da je u pojedinim zemljama proglašenje nestale osobe umrlom vezano za životnu dob te osobe. Posebice je ukazano na potrebu da se propisima o nestalim osobama i presumpciji smrti obuhvate i osobe mlađe životne dobi (djeca). Smatramo da se navedeno naročito odnosi na nedostatke propisivanja minimalne životne dobi prije koje nije moguće proglasiti nestalu osobu umrlom, i to bez obzira na protek roka neizvjesnosti. Tako primjerice, u Njemačkoj i Austriji lice koje nije navršilo dvadeset pet godina života ne može biti proglašeno umrlim, osim u slučajevima neposredne smrtne opasnosti kao što su rat, požar, brodolom itd. (vidjeti § 3 Njemačkog Verschollenheitsgesetz-a i § 3 Austrijskog Todeserklärungs-gesetz-a).

Kada je riječ o našem zakonodavstvu, iako je jedna od materijalnopravnih pretpostavki za proglašenje nestale osobe umrlom vezana za navršениh 60 godina života (član 61 stav 1 tačka 1 ZVP FBiH), i dalje postoji mogućnost proglašenja nestale osobe umrlom bez obzira na navršene godine života, ukoliko u posljednjih pet godina nije bilo vijesti o osobi, a vjerovatno je da nije živa (član 61 stav 1 tačka 2 ZVP FBiH), kao i u slučajevima neposredne smrtne opasnosti (član 61 stav 1 tačke 3 i 4 ZVP FBiH). Dakle, naš ZVP ne sadrži odredbu kojom se explicite onemogućava proglašenje nestale osobe umrlom prije navršene određene dobi života.

³⁸ U tom smislu vidjeti: Zakon o vanparničnom postupku Republike Slovenije (član 123 stav 1 tačka 1), Zakon o vanparničnom postupku Republike Srbije (član 57 stav 1 tačka a).

³⁹ Podaci o očekivanoj životnoj dobi preuzeti su iz dokumenta Socijalna uključenost u Bosni i Hercegovini: Nacionalni izvještaj o humanom razvoju za 2020. godinu, dostupnog na: https://www.undp.org/sites/g/files/zskgke326/files/migration/ba/NHDR_2020_BHS.pdf.

⁴⁰ Podaci o prosječnoj starosti umrlih preuzeti sa web stranice Agencije za statistiku Bosne i Hercegovine, dostupno na: https://bhas.gov.ba/data/Publikacije/VremenskeSerije/DEM_05.xls.

⁴¹ Tako i: Ćizmić, 2014, str. 393.

b) osoba o čijem životu za posljednjih pet godina nije bilo nikakvih vijesti, a za koju je vjerovatno da više nije živa. Za razliku od prethodno navedene pretpostavke, zakonodavac je kod ove pretpostavke propisao mogućnost da se umrlom proglašeni osoba o kojoj posljednjih pet godina nije bilo nikakvih vijesti,⁴² a za koju je vjerovatno da više nije živa. U ovom slučaju pretpostavke za proglašenje nestale osobe umrlom zakonodavac ne vezuje za životnu dob osobe, već za okolnost da se radi o osobi za koju je vjerovatno da više nije živa, pri čemu će ocjena o tome postojati li vjerovatnoća da osoba više nije živa, ovisiti od okolnosti svakog konkretnog slučaja.⁴³ Navedena pretpostavka odnosi se na širi spektar mogućnosti koje ukazuju da osoba više nije živa (primjerice, prije osam godina kada se osoba posljednji put javila, bila je teško bolesna; pored

⁴² Iako bi bilo razumljivo da, uzevši u obzir komunikacijska dostignuća i brzinu protoka informacija, postoji tendencija skraćivanja roka neizvjesnosti (tako i Čizmić, J. 2014), primjetno je da većina zakonodavstava i dalje vremenski period u kojem nije bilo vijesti o nestaloj osobi vezuje za period od pet i više godina. U zemljama regiona rok neizvjesnosti vezan je, kao i u našem zakonodavstvu, za period od pet godina. S druge strane, u pojedinim zemljama kontinentalnog pravnog kruga taj rok je često i duži: primjerice u Austriji i Njemačkoj opšti rok neizvjesnosti vezan je za period od deset godina, odnosno za period od pet godina ukoliko se radi o osobi koja ima više od osamdeset godina (vidjeti: § 3 Njemačkog Verchollenheitsgesetz-a, § 3 Austrijskog Todeserklärungs-gesetz-a), u Italiji je rok neizvjesnosti također vezan za period od deset godina (vidjeti: član 58 Italijanskog Codice Civile-a), dok je u Francuskoj rok neizvjesnosti vezan za period od deset godina od donošenja odluke kojom je utvrđena pretpostavka odsustva, a u nedostatku ovakve odluke rok neizvjesnosti iznosi dvadeset godina (vidjeti: član 122 Francuskog Code civil-a). U zemljama anglosaksonskog pravnog kruga rok neizvjesnosti je u pravilu vezan za period od sedam godina, uz izuzetak pojedinih saveznih država u SAD (vidjeti: član 1 Presumption of Death Act-a Engleske i Velsa). Vođene zahtjevima pravne sigurnosti, različite zemlje su tako zadržavanjem dužih rokova neizvjesnosti nastojale obezbijediti veći stupanj vjerovatnoće da je smrt uistinu i nastupila. Osim toga, dužim rokovima nastoji se suziti prostor za eventualne zloupotrebe (primjerice slučaj „namjernog“ nestanka osobe koja iza sebe ostavlja velike dugove). Vidjeti: Principles concerning missing persons and the presumption of death, Recommendation CM/Rec (2009)12 and explanatory memorandum, str. 17.

⁴³ „Sama okolnost da o nestaloj osobi nema duže vremena nikakvih vijesti ne znači sama za sebe da ta osoba više nije živa. Po pravnom shvaćanju ovoga suda, treba uzeti da postoji vjerojatnost da nestala osoba o čijem životu nije bilo nikakvih vijesti posljednjih pet godina više nije živa kada nakon brižljivog ispitivanja svih okolnosti slučaja za razumnog čovjeka ne postoji ozbiljna sumnja da je nastupila smrt nestale osobe.” (Iz obrazloženja Rješenja Županijskog suda u Splitu, Gž-1680/17-2 od 16. 7. 2018. godine).

rijeke gdje je osoba posljednji put viđena, pronađena je njena odjeća itd.) (Čizmić, 2014, str. 393).

Kod navedenih pretpostavki, rok od pet godina računa se od dana kad je prema posljednjim vijestima nestala osoba nesumnjivo bila živa, a ako se taj dan ne može tačno utvrditi, ti rokovi počinju teći istekom mjeseca, odnosno godine u kojoj je nestala osoba, prema posljednjim vijestima, bila živa.

c) *osoba koja je nestala u brodolomu, saobraćajnoj nesreći, požaru, poplavi, zemljotresu ili u kakvoj drugoj neposrednoj smrtnoj opasnosti, a o čijem životu nije bilo nikakvih vijesti za šest mjeseci od dana prestanka takve opasnosti.* Kod ove pretpostavke potrebno je da se ispune dva kumulativno propisana uvjeta: da je osoba nestala usljed događaja koji predstavljaju neposrednu smrtnu opasnost, te da je protekao rok od šest mjeseci od dana prestanka te opasnosti. Kako zakonodavac nestanak osobe u ovom slučaju vezuje za određeni događaj kod kojeg je veća vjerovatnoća da ga osoba nije preživjela, to je i „vrijeme nestalosti“ protekom kojeg se može podnijeti prijedlog, kraće.

d) *osoba koja je nestala u toku rata ili u vezi sa ratnim događajima, a o čijem životu nije bilo nikakvih vijesti za godinu dana od dana prestanka neprijateljstva.* Kod ove pretpostavke potrebno je da se ispune također dva kumulativno propisana uvjeta: da je osoba nestala u toku rata ili u vezi sa ratnim događajem, te da o njoj nije bilo vijesti godinu dana nakon prestanka neprijateljstva. Kao i kod prethodne pretpostavke, i u slučaju da je osoba nestala u toku rata ili neposredne ratne opasnosti, zakonodavac je propisao kraći rok protekom kojeg je moguće pokrenuti postupak za proglašenje nestale osobe umrlom.

Za proglašenje nestale osobe umrlom neophodno je da postoje osnovni pokazatelji da lice nije živo, te da neizvjesnost traje određeno vrijeme (Vodinelčić, 2012, str. 351). Zakonodavac materijalnopravne pretpostavke za proglašenje nestale osobe umrlom vezuje, s jedne strane, za određene događaje koji su po svojoj prirodi takvi da ostavljaju manji stupanj vjerovatnoće da ih je određeno lice preživjelo (brodolom, saobraćajna nesreća, požar, poplave, zemljotres ili druga neposredna smrtna opasnost, te rat i događaji u neposrednoj vezi sa ratom), a s druge strane, za životnu dob nestale osobe i činjenicu da o toj osobi određeni vremenski period nema nikakvih informacija. Navedene pretpostavke uobičajene su po principu da što je veća vjerovatnoća da je određeno lice umrlo, to je rok neizvjesnosti kraći, i obrnuto (Vodinelčić, 2012, str. 351).

2. 3 Nadležnost u postupku proglašenja nestale osobe umrlom

Za proglašenje nestale osobe umrlom stvarno je nadležan opštinski sud.⁴⁴ Mjesna nadležnost u postupku proglašenja nestale osobe umrlom propisana je članom 63 posebnog dijela ZVP FBiH, prema kojem je mjesno nadležan sud na čijem području je nestala osoba imala posljednje prebivalište, a ako nije imala prebivalište, sud na čijem području je ta osoba imala posljednje boravište. U praksi su identificirani određeni nedostaci u vezi sa primjenom navedene odredbe o mjesnoj nadležnosti za provođenje postupka proglašenja nestale osobe umrlom. Naime, kao rezultat ratnih dejstava na području Bosne i Hercegovine mnoga lica su raseljena i izbjegla iz svojih domova. Za članove porodice nestalih osoba, obaveza pokretanja postupka za proglašenje nestale osobe umrlom često je iziskivala potrebu odlaska u mjesto gdje je nestala osoba imala prebivalište odnosno boravište, a koje je ujedno bilo i mjestom stradanja nestale osobe, što je za članove porodice nestalih osoba značilo otvaranje starih rana i nerado vraćanje u mjesto ranijeg prebivališta odnosno boravišta. Uzevši u obzir navedeno, te činjenicu da se navedeni postupci uistinu i provode u interesu lica koja se pojavljuju u ulozi predlagača, bilo je primjerenije ostaviti mogućnost za pokretanje navedenog postupka kod suda na čijem području predlagač ima prebivalište odnosno boravište, a koja mogućnost prema našem mišljenju proizilazi iz općih odredaba o mjesnoj nadležnosti ZVP FBiH.⁴⁵ Naime, odredbom člana 13 općeg dijela ZVP FBiH propisano

⁴⁴ Stvarna nadležnost opštinskih sudova da u prvom stepenu sude u građanskim predmetima u vanparničnom postupku proizilazi iz odredbe člana 27 Zakonom o sudovima Federacije BiH (Službene novine FBiH, broj 38/2005, 22/2006, 63/2010, 72/2010 - ispr., 7/13, 52/14 i 85/21). O stvarnoj nadležnosti sudova u građanskim predmetima vidjeti više u Čizmić, Huseinbegović & Haubrich, 2021, str. 99–106.

⁴⁵ Pitanje mjesne nadležnosti u postupku proglašenja nestale osobe umrlom u zakonom o vanparničnom postupku, odnosno posebnim zakonima kojima je propisan ovaj postupak, u zemaljama regiona uređeno je različito. Zakon o vanparničnom postupku u Republici Srbiji (Službeni glasnik SRS, broj 25/82 i 48/88 i Službeni glasnik RS, broj 46/95 - dr. zakon, 18/05 - dr. zakon, 85/12, 45/13 - dr. zakon, 55/14, 6/15, 106/15 - dr. zakon i 14/22) ne sadrži posebnu odredbu o mjesnoj nadležnosti u postupku proglašenja nestale osobe umrlom, te u pogledu mjesne nadležnosti vrijedi odredba člana 13 stav 1 općeg dijela zakona kojom je propisano da je u statusnim stvarima mjesno nadležan sud na čijem području ima prebivalište lice u čijem interesu se postupak vodi, a ako nema prebivalište, sud na čijem području to lice ima boravište, ako ovim ili drugim zakonom nije drugačije određeno.

je da je u ličnim i porodičnim stanjima sudionika mjesno nadležan sud na čijem području osoba u čijem interesu se postupak vodi ima prebivalište, a ako nema prebivalište, sud na čijem području ta osoba ima boravište, ako zakonom nije drugačije određeno. Intencija je zakonodavca kod propisivanja odredaba o mjesnoj nadležnosti u ličnim i porodičnim stvarima bila “dati prednost” licima u čijem interesu se vodi postupak.

Zakon o vanparničnom postupku u Republici Crnoj Gori (Službeni list Republike Crne Gore, broj 027/06 od 27.04.2006, Službeni list Crne Gore, broj 073/10 od 10.12.2010, 020/15 od 24.04.2015, 075/18 od 23.11.2018, 067/19 od 11.12.2019) sadrži posebnu odredbu o mjesnoj nadležnosti u postupku proglašenja nestale osobe umrlom (član 56), prema kojoj je za proglašenje nestale osobe umrlom nadležan sud na čijem području nestalo lice ima posljednje prebivalište, a ako nije imalo prebivalište, sud na čijem je području imalo posljednje boravište. Izuzetno, ukoliko prijedlog podnosi porodica nestalog lica nadležan je i sud u mjestu prebivališta, odnosno boravišta porodice. Zakonom o proglašenju nestalih osoba umrlim i dokazivanju smrti u Republici Hrvatskoj (Narodne novine broj 10/74), pitanje mjesne nadležnosti uređeno je na isti način kao i u našim pozitivnopravnim propisima, te je za proglašenje nestale osobe umrlom nadležan, u vanparničnom postupku, općinski sud na čijem je području nestala osoba imala posljednje prebivalište, a ako nije imala prebivalište, onda sud na čijem je imala posljednje boravište. Zakon o vanparničnom postupku u Republici Sloveniji (Uradni list RS, št. 16/19) ne sadrži posebnu odredbu o mjesnoj nadležnosti u postupku proglašenja nestale osobe umrlom, te se u tom smislu primjenjuje član 11 stav 3 općeg dijela Zakona, prema kojem je u postupcima u kojima učestvuje samo jedan učesnik, mjesno nadležan sud na području kojeg taj učesnik ima prebivalište odnosno boravište. Zakon o vanparničnom postupku u Republici Sjeverenoj Makedoniji (Službeni Vesnik Republike Makedonije, broj 09/08) sadrži isto rješenje kao i naše pozitivnopravno zakonodavstvo, gdje je odredbama posebnog dijela zakona u dijelu koji se odnosi na proglašenje nestale osobe umrlom propisano da je mjesno nadležan sud na čijem području je nestala osoba imala prebivalište u trenutku nestanka (član 75 stav 1), čime je derogirana odredba općeg dijela Zakona o mjesnoj nadležnosti kojom je propisano da je za odlučivanje u vanparničnom postupku nadležan sud na čijem području predlagач ima prebivalište ili boravište (član 14). Iz navedenog slijedi da je u pojedinim zemljama regiona (Republika Srbija, Republika Crna Gora, Republika Slovenija), smatramo ispravno, u pogledu mjesne nadležnosti u postupku proglašenja nestale osobe umrlom “data prednost” učesniku koji pokreće postupak. U Republici Hrvatskoj i Republici Sjevernoj Makedoniji, kao i u našem pozitivnopravnom zakonodavstvu, u ovom postupku mjesno je nadležan sud na čijem je području je nestala osoba imala posljednje prebivalište odnosno boravište.

U postupku proglašenja nestale osobe umrlom, osoba u čijem interesu se postupak vodi je sam predlagač, te bi supsidijarnom primjenom ove odredbe općeg dijela u postupku proglašenja nestale osobe umrlom bio nadleža sud na čijem području predlagač ima prebivalište odnosno boravište.⁴⁶ Međutim, odredbama o mjesnoj nadležnosti propisanim u okviru ovog posebnog postupka, onemogućena je i derogirana mogućnost primjene odredaba o mjesnoj nadležnosti propisanih u općem dijelu ZVP FBiH, a kojom primjenom bi bila izdejstvovana nadležnost suda na čijem području predlagač ima prebivalište odnosno boravište.

Smatramo, kako bi zakonodavac u ovom slučaju trebao dati prednost licu koje pokreće postupak proglašenja nestale osobe umrlom, a naročito u situaciji kada je to lice bliski srodnik nestale osobe. U konkretnom slučaju, radi se „samo“ o pitanju nadležnosti za pokretanje i provođenje postupka za proglašenje nestale osobe umrlom na području suda gdje je prebivalište odnosno boravište predlagača, a da se pri tome ne zadire u same propise o matičnim knjigama i upis u matičnu knjigu prema posljednjem prebivlištu umrlog. Naime, prema članu 30 stav 1 ZOM FBiH, proglašenje nestalog lica umrlim dokazano u sudskom postupku upisuje se u matičnu knjigu umrlih na osnovu pravomoćne sudske odluke koju je sud obavezan dostaviti u roku od 15 dana od dana njene pravomoćnosti matičaru matičnog područja na kojem je bilo posljednje prebivalište umrlog. Smatramo da činjenica provođenja postupka za proglašenje nestale osobe umrlom na području suda gdje je prebivalište odnosno boravište predlagača, nužno ne utiče na činjenicu da upis proglašenja nestalog lica za umrlo vrši matičar matičnog područja u kojem je bilo posljednje prebivalište umrlog lica. Matičar matičnog područja u kojem je bilo posljednje prebivalište umrlog lica bi činjenicu proglašenja nestale osobe mogao upisati u matičnu knjigu tog područja na osnovu rješenja bilo kojeg suda u BiH koji je proveo taj postupak.⁴⁷

Slijedom navedenoga, kod eventualnih budućih izmjena zakona o vanparničnom postupku u BiH treba voditi računa o specifičnosti postupka za proglašenje nestale osobe umrlom i činjenici da navedeni postupak najčešće pokreću članovi porodice nestalog lica i time im „olakšati“ položaj, te omogućiti da postupak pokrenu kod suda na čijem području imaju prebivalište odnosno boravište.

⁴⁶ O nadležnosti u postupku proglašenja nestale osobe umrlom vidjeti više: Čizmić, 2014.

⁴⁷ U tom smislu vidjeti Rješenje Općinskog suda u Sarajevu broj 65 0 V 916036 21 V od 29. 12. 2021. kojim je naloženo Matičnom uredu opštine Srebrenica da činjenicu datuma i mjesta smrti upiše u matične knjige umrlih.

2. 4. Pokretanje postupka

Prijedlog za proglašenje nestale osobe umrlom može podnijeti svako fizičko i pravno lice koje za to ima pravni interes, kao i zainteresirani organ (član 64 stav 1 ZVP FBiH). To mogu biti bliski srodnici, nasljednici i legatari nestalog lica, kao i svako drugo lice koje učini vjerovatnim da ima pravni interes za pokretanje postupka. Pravni interes za pokretanje postupka nesumnjivo ima svako lice koje iz činjenice smrti nestalog lica za sebe pribavlja određena lična, imovinska ili druga prava i interese (Lazarević, 2012, str. 147). Osim toga, postupak može pokrenuti i zainteresirani organ, koji ne mora dokazati postojanje pravnog interesa budući da se radi o javnom interesu. Postupak, međutim, ne može po službenoj dužnosti pokrenuti sam sud (Kamhi, 1968, str. 30). Iako je jedna od osnovnih karakteristika klasičnih vanparničnih postupaka pokretanje postupka po službenoj dužnosti, kod postupka za proglašenje nestale osobe umrlom zakonodavac je propisao isključivo mogućnost pokretanja postupka prijedlogom fizičkog i pravnog lica koje ima pravni interes, kao i zainteresiranog organa.⁴⁸

Prijedlog za proglašenje nestalog osobe umrlom mora biti razumljiv i mora sadržavati sve ono što je potrebno da bi se u vezi s njim moglo postupiti. Prije svega, u prijedlogu moraju naročito biti navedeni osnovni elementi koje sadrži svaki podnesak: naziv suda, osnovni podaci o učesnicima u postupku – ime i prezime osobe za koju se predlaže da se proglašuje umrlom, odnosno čija smrt treba dokazati, datum rođenja i posljednje prebivalište, odnosno boravište te osobe, te ime i prezime odnosno naziv predlagača i njegovu adresu. Pored navedenoga, prijedlog naročito sadrži i činjenice na kojima se zasniva, dokaze kojima se utvrđuju te činjenice i pravni interes predlagača za podnošenje prijedloga. Tako je u prijedlogu potrebno navesti činjenice iz kojih proizilazi da su ispunjene materijalnopravne pretpostavke za proglašenje nestale osobe umrlom, kao i dokaze kojima se utvrđuju te činjenice. Osim toga, mora biti naznačen i dan odnosno mjesec kada je nestali bio nesumnjivo živ, kako bi se moglo utvrditi da je protekao zakonom propisan rok protekom kojeg se može podnijeti prijedlog za proglašenje nestale osobe umrlom. U svakom slučaju, prijedlog mora

⁴⁸ U razgovoru sa članovima udruženja nestalih osoba, došli smo do podataka da je upravo obaveza pokretanja postupka po načelu dispozitivnosti razlogom zbog kojeg se članovi porodice nestalih osoba teško odlučuju pokrenuti ovaj postupak. Upravo je rješenje *lex specialis* ZON BiH, koje omogućava neposredan upis u matične knjige umrlih bez potrebe vođenja vanparničnog postupka za proglašenje nestale osobe umrlom, potaknuto nastojanjem da se izbjegne dodatno produbljivanje patnje i boli članova porodice nestale osobe (Nenadić, Đuderija, Džumhur & Krehić, 2008, str. 33).

sadržavati i zahtjev da sud nestalu osobu proglasi za umrlu, jer je to predmet odlučivanja u ovom postupku (Stanković & Trgovčević Prokić, 2019, str 335).

Ukoliko je prijedlog nerazumljiv ili ne sadrži sve što je potrebno da bi se po njemu moglo postupiti, shodnom primjenom odredaba Zakona o parničnom postupku⁴⁹ sud će podnositelju vratiti podnesak (prijedlog op. a.) radi ispravke ili dopune, uz navode šta treba ispraviti ili dopuniti i odredit će rok za ispravku ili dopunu, koji ne može biti duži od osam dana. Ukoliko prijedlog ne bude vraćen sudu u određenom roku, smatrat će se da je povučen, a ukoliko bude vraćen bez ispravke i dopune, sud će odbaciti takav prijedlog.

Predlagatelj je dužan uz prijedlog priložiti i izvod iz matične knjige rođenih za osobu za koju se prijedlog podnosi. Naime, u postupku proglašenja nestale osobe umrlom sud mora na pouzdan način utvrditi datum rođenja nestalog lica, jer na osnovu podataka o rođenju nestalog lica sud cijeni da li su protekli zakonom propisani rokovi za proglašenje nestalog lica umrlim.⁵⁰

2. 5. Tok postupka

Nakon prijema prijedloga, sud na osnovu navoda iz prijedloga cijeni da li su ispunjene procesne pretpostavke za pokretanje postupka. Ako ocijeni da nisu ispunjene pretpostavke od kojih ovisi dopuštenost odlučivanja (primjerice ne postoji nadležnost naših sudova, sud nije mjesno nadležan, predlagatelj nema pravni interes za pokretanje postupka i sl.), sud će u skladu sa članom 65 stav 2 ZVP FBiH donijeti rješenje kojim se prijedlog odbacuje.⁵¹ Ukoliko pak ocijeni da su ispunjeni uslovi da se postupak pokrene, sud će po potrebi, saslušati predlagače i svjedoke, pribaviti potrebne podatke i izvještaje i zatražiti od općinskog organa uprave nadležnog za poslove starateljstva (dalje: organ

⁴⁹ Vidjeti član 336. Zakona o parničnom postupku Federacije BiH, Službene novine Federacije BiH broj 53/03, 73/05, 19/06 i 98/15.

⁵⁰ Rješenje Višeg suda u Beogradu Gž 13377/13 od 26. februara 2014. godine, citirano prema Stanković & Trgovčević Prokić, 2019, str. 352.

⁵¹ Odredbe o odbacivanju prijedloga propisane su članom 65 stav 2 ZVP FBiH, dok je u stavu 1 propisano preduzimanje određenih prethodnih radnji u slučaju kada su ispunjeni uvjeti za pokretanje i vođenje postupka, a zatim u stavovima 3 i 4 odredbe o objavljivanju oglasa o pokretanju postupka. Čini se kako član 65 ZVP FBiH nije ispravno sistematiziran, te da bi odredbe o odbacivanju prijedloga trebale biti propisane stavom 1, nakon čega bi slijedile odredbe vezane za preduzimanje prethodnih radnji u slučaju kada su ispunjene pretpostavke od kojih ovisi dopuštenost odlučivanja, te odredbe o objavljivanju oglasa. Tako i: Zečević, 2010, str. 65.

starateljstva) da osobi na koju se prijedlog odnosi, odredi staratelja. Kako je jedno od osnovnih načela vanparničnog postupka načelo posebnog staranja o osobama koje nisu u stanju da se same brinu o svojim pravima i pravnim interesima, sud u postupku proglašenja nestale osobe umrlom po službenoj dužnosti poduzima mjere radi zaštite prava i pravnih interesa nestale osobe.⁵² Sud će tako obavijestiti organ starateljstva o pokretanju postupka, pozivati ga na ročišta i dostavljati mu podneske sudionika i rješenja protiv kojih je dozvoljen pravni lijek. Organ starateljstva koji sudjeluje u postupku, i kada zakonom nije ovlašten da pokreće postupak, može preduzimati sve radnje u postupku radi zaštite prava i pravnih interesa osoba pod posebnom zaštitom, a naročito iznositi činjenice koje sudionici nisu naveli, predlagati izvođenje dokaza i izjavljivati pravne lijekove (član 6 ZVP FBiH).

Nakon što sud utvrdi da su ispunjeni uvjeti da se postupak pokrene,⁵³ u službenim novinama će objaviti oglas da je postupak pokrenut. Zakoni o vanparničnom postupku u BiH tradicionalno, kao jedini vid oglašavanja o pokrenutom postupku, predviđaju oglašavanje u odgovarajućim službenim listovima. U tom smislu, smatramo da bi mogućnosti oglašavanja trebalo proširiti, a posebno uzevši u obzir komunikacijska dostignuća i mogućnosti korištenja različitih online platformi putem kojih bi navedene informacije bile dostupne širem krugu ljudi.⁵⁴ Odredbe o objavljivanju oglasa su kogentne prirode, te bi eventualni propust suda da objavi oglas predstavljao procesnu povredu koja ima bitan značaj.⁵⁵ Za razliku od prethodne faze postupka, faza oglašavanja je javna i ima za cilj da širi krug lica sazna da je pokrenut postupak proglašenja nestale osobe umrlom, te da se lica koja imaju određena saznanja o nestaloj osobi jave kako bi se prikupilo što više podataka o nestalom licu i vremenu

⁵² Vidjeti član 5 ZVP FBiH. O ulozi organa starateljstva vidjeti Omanović, 2006, str. 12–14.

⁵³ Iako sud prije objavljivanja oglasa preduzima niz prethodnih radnji, na ovom mjestu zakonodavac propisuje da će sud objaviti oglas „ako ocijeni da su ispunjeni uvjeti za pokretanje postupka“ (član 65 stav 3 FBiH). Obzirom da je postupak već pokrenut i da je sud preduzeo određene radnje, smatramo da termin „uvjeti za pokretanje postupka“ nije odgovarajući, te da se radi o uvjetima za nastavak postupka. Tako i: Stanković & Trgovčević Prokić, 2019, str 338.

⁵⁴ Primjerice, zakoni o vanparničnom postupku susjednih zemalja pored oglašavanja u odgovarajućim službenim listovima predviđaju oglašavanja na oglasnoj ploči suda i oglašavanje na drugi uobičajen način u mjestu u kojem je nestala osoba imala svoje posljednje prebivalište odnosno boravište. Iako važeći zakoni o vanparničnom postupku u BiH ne propisuju druge načine oglašavanja, smatramo da nema prepreke da predlagatelj, o svom trošku, objavi oglas u drugim sredstvima javnog informisanja.

⁵⁵ Tako i: Stanković & Trgovčević Prokić, 2019, str. 339.

njegove smrti, kao i da se samo nestalo lice javi ukoliko je živo. Stoga, sadržina oglasa o pokretanju postupka proglašenja nestale osobe umrlom treba biti jasna sa dovoljno podataka o identitetu nestalog lica i okolnostima pod kojima je nestalo (Ristić & Ristić, 1982, str. 89). Oglas mora sadržavati bitne okolnosti na kojima se prijedlog temelji, poziv da se nestala osoba javi, te poziv ostalim osobama kojima su poznati bilo kakvi podaci o životu ili smrti nestalog da to jave sudu u roku od tri mjeseca od dana objavljivanja oglasa. Iako zakoni ne sadrže posebne odredbe o troškovima oglašavanja, smatramo da bi troškove oglasa prethodno trebao snositi predlagatelj, te da bi se, u slučaju da predlagatelj ne predujmi troškove, prijedlog smatrao povučenim, a postupak obustavio.⁵⁶ U konačnici, objavljivanje oglasa imat će za posljedicu odbacivanje prijedloga i obustavu postupka u slučaju da se nestalo lice javi sudu, odnosno nastavak postupka i donošenje odluke o proglašenju nestale osobe umrlom protekom tri mjeseca u kojima se nestalo lice nije javilo sudu niti postoje druge informacije koje ukazuju na to da je lice živo.

Ukoliko se nestala osoba ne javi sudu i ukoliko nema drugih dokaza koji nesumnjivo ukazuju da je nestala osoba živa, postupak će se nastaviti po isteku roka od tri mjeseca od objavljivanja oglasa. Kako je oglasni rok zakonski rok, njegovo trajanje ne mogu mijenjati ni učesnici ni sud.⁵⁷ Osim toga, radi se o dilatornom roku, te sud, u pravilu, prije njegova isteka ne može preduzimati nikakve procesne radnje.⁵⁸ U nastavku postupka sud će saslušati staratelja, a po potrebi i predlagača, te sprovesti ostale dokaze potrebne za donošenje meritorne odluke. Sud tako izvodi dokaze o životu, odnosno o nestanku lica koje je prikupio i predložio staratelj nestalog lica, kao i dokaze koje je sam sud po službenoj dužnosti pribavio,⁵⁹ te saslušava lica koja su se eventualno javila po oglasu i

⁵⁶ Vidjeti: Zečević, 2010, str. 66. i Čizmić, 2014, str. 398.

⁵⁷ U vezi sa oglasnim rokom u trajanju od tri mjeseca, članovi porodica nestalih osoba nerijetko su isticali potrebu za njegovim skraćivanjem u slučajevima kvalificiranog nestanka. Naime, članovi porodice često i sami, prije pokretanja postupka i dok još uvijek teku rokovi neizvjesnosti propisani za pojedine slučajeve nestanka, preduzimaju određene korake potrebne za pronalazak osobe. Osim toga, i sami materijal-nopravni rokovi u slučajevima kvalificiranog nestanka su kraći, te bi stoga u ovim slučajevima bilo opravdano razmotriti i skraćivanje oglasnog roka.

⁵⁸ Sud bi mogao i prije proteka roka označenog u oglasu donijeti rješenje kojim se odbija prijedlog, samo u slučaju da se u toku oglasnog roka nestala osoba javi ili ukoliko na drugi način nesumnjivo utvrdi da je nestala osoba živa. Tako i: Čizmić, 2014, str. 399.

⁵⁹ U posebnim vanparničnim postupcima koji se odnose na lična i porodična stanja učesnika u postupku, sud može utvrđivati i činjenice koje sudionici nisu iznijeli, ako su značajne za odlučivanje (član 8 stav 2 ZVP FBiH).

koja mogu posvjedočiti o životu ili smrti nestalog lica (Stanković & Trgovčević Prokić, 2019, str. 339). Ako sud utvrdi da nisu ispunjeni uslovi da se nestala osoba proglasi umrlom, odnosno da se utvrdi smrt, donijet će rješenje kojim se prijedlog odbija. S druge strane, ukoliko sud utvrdi da su ispunjeni materijal-nopravni uslovi za proglašenje nestale osobe umrlom i da rezultati cjelokupnog postupka ukazuju da nestala osoba više nije živa, donosi rješenje kojim se nestala osoba proglašava umrlom (Stanković & Mandić, 2013, str. 198).

Po svojoj pravnoj prirodi rješenje je deklaratornog karaktera jer se njime nestala osoba proglašava umrlom i utvrđuje dan njene smrti (Stanković & Trgovčević Prokić, 2019, str. 342). Međutim, kako proglašenjem nestale osobe umrlom nastupaju određene promjene u materijal-nopravnim odnosima, koje ne pogađaju samo predlagatelja i nestalu osobu, već imaju dejstvo *erga omnes*, rješenje proizvodi i određena konstitutivna dejstva (Stanković & Trgovčević Prokić, 2019, str. 342). Članom 67 ZVP FBiH propisana je sadržina rješenja o proglašenju nestale osobe umrlom. U rješenju kojim se nestala osoba proglašava umrlom naznačit će se dan, mjesec i godina, a po mogućnosti i sat koji se ima smatrati kao vrijeme smrti nestale osobe. Kao dan smrti smatra se dan kada je nestala osoba vjerovatno umrla ili dan koji vjerovatno nije preživjela. Ako taj dan nije moguće utvrditi, kao dan smrti smatra se prvi dan poslije isteka zakonskih rokova čijim istekom se stiču uslovi za pokretanje postupka proglašenja nestale osobe umrlom.⁶⁰ Slijedom navedenog, zaključujemo da naš zakonodavac daje prednost utvrđivanju tačnog (stvarnog) dana smrti. Tek u slučaju da taj dan nije moguće utvrditi, zakonodavac „proizvoljno fiksira dan smrti na neki drugi datum koji nužno nije vezan sa danom kada je smrt uistinu i nastupila“ (Corral Talciani & Rodriguez Pinto, 2000, str. 373). Iako je vjerovatnije da je smrt osobe nastupila neposredno nakon nestanka, a ne u nekom kasnijem periodu, ne postoji općeprihvaćena pretpostavka o danu smrti (Schoeman-Malan, 2018, str. 237). Stoga su različita zakonodavstva, u slučaju kada dan smrti nije moguće precizno utvrditi, iznašla nekoliko stanovišta o tome koji dan treba označiti kao dan smrti. Pri tome, jedni dan smrti vezuju za dan kada je donijeta odluka kojom se nestala osoba proglašava umrlom, drugi za dan kada je lice nestalo, a treći za posljednji dan unutar zakonskih rokova za proglašenje nestale osobe umrlom odnosno za prvi dan po isteka tih rokova.⁶¹ U našem pravnom sistemu, u slučaju da tačan dan smrti nije moguće utvrditi,

⁶⁰ Primjerice, ukoliko se postupak vodi radi proglašenja umrlom osobe o čijem životu za posljednjih pet godina nije bilo nikakvih vijesti, a od čijeg je rođenja proteklo šezdeset godina, kao dan smrti utvrdit će se prvi dan po isteku roka od pet godina u kojem nije bilo nikakvih vijesti o toj osobi. Vidjeti: Čizmić, 2014, str. 400.

⁶¹ O nedostacima pojedinih stanovišta koja se odnose na utvrđivanje dana smrti vidjeti: Stanković, 1990, str. 1152.

dan smrti zakonodavac vezuje za prvi dan poslije isteka zakonskih rokova čijim istekom se stiču uslovi za pokretanje postupka.

Protiv rješenja donesenog u prvom stepenu žalbu mogu izjaviti predlagači i staratelj osobe koja je nestala, odnosno osobe za koju se smrt dokazuje (član 68 ZVP FBiH). Obzirom da u postupku proglašenja nestale osobe umrlom zakonodavac ne propisuje poseban rok za žalbu, supsidijarno se primjenjuju odredbe općeg dijela zakona o vanparničnom postupku. U skladu sa odredbom člana 18 ZVP FBiH protiv rješenja donesenog u prvom stepenu može se izjaviti žalba u roku od 15 dana od dana dostavljanja rješenja.

Pravosnažno rješenje o proglašenju nestale osobe umrlom sud po službenoj dužnosti dostavlja općinskoj službi nadležnoj za poslove vođenja matičnih knjiga, radi upisa u matičnu knjigu umrlih. Kako se proglašenje nestale osobe umrlom po svojim pravnim posljedicama izjednačava sa smrću, to se i upis proglašenja vrši u matične knjige umrlih.⁶² Od momenta upisa u matičnu knjigu umrlih prestaje pravni subjektivitet lica koje je proglašeno umrlim i nastaju sva dejstva smrti kao pravne činjenice u pravnim odnosima (Stanković & Trgovčević Prokić, 2019, str. 343). Obzirom da proglašenje nestale osobe umrlom mijenja lični i porodični status tog lica, smatramo da bi pravosnažno rješenje sud po službenoj dužnosti trebao dostaviti i organu starateljstva i sudu nadležnom za raspravljanje zaostavštine.⁶³

2. 6. Postupak za preinačenje i stavljanje van snage rješenja o proglašenju nestale osobe umrlom

Za postupak proglašenja nestale osobe umrlom specifično je da ni doneseno pravosnažno rješenje nema apsolutno dejstvo (Kamhi, 1968, str. 61). Naime,

⁶² Pojedina zakonodavstva predviđaju posebne registre u koje se upisuje pravosnažna odluka o proglašenju nestale osobe umrlom.

⁶³ Već u članu 72 ZVP FBiH propisano je da sud po službenoj dužnosti dostavlja pravosnažno rješenje o stavljanju van snage ili preinačenju rješenja o proglašenju nestale osobe umrlom i sudu nadležnom za raspravljanje zaostavštine i organu starateljstva. Moguće je da se radi o tehničkom propustu zakonodavca da isto propiše i za rješenje o proglašenju nestale osobe umrlom ili pak činjenici da zakonodavac smatra da za promjene nestale stavljanjem van snage i preinačenjem rješenja o proglašenju nestale osobe umrlom zainteresirani organi moraju saznati čim prije (primjerice, moguće je da je u toku ostavinska rasprava iza osobe koja je proglašena umrlom, te je potrebno čim prije pribaviti informacije o eventualnim promjenama do kojih je došlo).

odluka suda o proglašenju nestale osobe umrlom zasniva se na oborivoj pretprecijiji da je lice umrlo onog dana i časa koji su označeni u rješenuju, što omogućava dokazivanje suprotnog, tj. da je lice još uvijek živo ili da je umrlo u neko drugo vrijeme. Kako se radi o oborivoj pretprecijiji, u gotovo svim pravnim sistemima odluka o proglašenju nestale osobe umrlom može biti stavljena van snage i preinačena u slučaju da se dokaže da je lice koje je proglašeno umrlim još uvijek živo ili da je umrlo nekog drugog dana, a ne onog koji je naveden u rješenuju. Tako i naši zakoni o vanparničnom postupku, pored pravila postupka za proglašenje nestalog osobe umrlom, propisuju i pravila postupka za stavljanje van snage i preinačenje rješenuja o proglašenju nestale osobe umrlom (član 70–72 ZVP FBiH).

Postupak za stavljanje van snage rješenuja o proglašenju nestale osobe umrlom, pokreće se ukoliko je lice koje je proglašeno umrlim živo (Stanković & Mandić, 2013, str. 200). Ovaj postupak prijedlogom može pokrenuti svako fizičko i pravno lice koje za to ima pravni interes, kao i zainteresirani organ. Postupak za preinačenje rješenuja o proglašenju nestale osobe umrlom, pokreće se ukoliko se utvrdi da je lice umrlo drugog dana, a ne onog koji je naznačen u rješenuju (Stanković & Mandić, 2013, str. 201). Navedeni postupak može pokrenuti svako fizičko i pravno lice koje za to ima pravni interes, kao i zainteresirani organ. O pokretanju ovih postupaka bez odlaganja će se obavijestiti sud koji je nadležan za raspravljanje zaostavštine te osobe. Postupak za raspravljanje zaostavštine koji je u toku prekinut će se, a ako je ostavština pravomoćno raspravljena i ako je izvršen upis u zemljišne knjige ili druge javne knjige o nepokretnostima, naredit će se da se u ove knjige stavi zabilježba o pokretanju postupka za stavljanje van snage, odnosno preinačenje rješenuja o proglašenju nestale osobe umrlom (član 70 stav 2 ZVP FBiH).

Radi odlučivanja o prijedlogu za stavljanje van snage i preinačenje rješenuja, sud je dužan provesti postupak i na ročištu utvrditi činjenice od kojih zavisi odluka o prijedlogu (Zečević, 2010, str. 69). Ako se utvrdi da je nestala osoba koja je proglašena umrlom živa ili je umrla drugog dana, a ne onog koji se po rješenuju suda smatra kao dan njene smrti, sud će staviti van snage, odnosno preinačiti svoje ranije rješenuje. U suprotnom, ukoliko sud na osnovu sprovedenog postupka ocijeni da nema mjesta stavljanju van snage ili preinačenju ranijeg rješenuja, dostavit će pravosnažno rješenuje o tome sudu nadležnom za raspravljanje zaostavštine radi daljnjeg postupanja, odnosno brisanja zabilježbe u zemljišnoj knjizi i drugim javnim knjigama o nepokretnostima.

Pored navedenoga, postupak za stavljanje van snage rješenuja o proglašenju nestale osobe umrlom, može pokrenuti i nestalo lice koje je proglašeno umrlim, ukoliko se lično javi sudu i predloži da sud stavi van snage rješenuje kojim

je ono proglašeno umrlim. Da bi sud u ovom slučaju stavio van snage rješenje o proglašenju nestalog lica umrlim, uvjet je da se nestalo lice lično javi sudu što omogućava provjeru identiteta nestalog lica i njegovu identičnost sa licem koje je proglašeno umrlim. Isključena je mogućnost da se ono javi sudu podneskom ili putem punomoćnika. Pored ličnog pojavljivanja u sudu, nestalo lice koje je proglašeno umrlim treba predložiti sudu da stavi van snage rješenje o proglašenju nestale osobe umrlom. Za razliku od prethodno navedene situacije, ukoliko se nestalo lice koje je proglašeno umrlim samo javi sudu, sud neće dalje provoditi postupak, već će nakon provjere identiteta lica staviti van snage rješenje o proglašenju nestale osobe umrlom.

3. Proglašenje nestale osobe umrlom kao preduvjet za ostvarivanje različitih prava članova porodice nestale osobe

Činjenica da je određeno lice odsutno iz svoga mjesta prebivališta odnosno boravišta, te da o njemu nema nikakvih informacija, izaziva pravnu nesigurnost u vezi sa njegovim pravima i pravnim interesima, ali i u vezi sa pravima i pravnim interesima drugih lica, najčešće članova njegove porodice (de Miguel Asensio, 1995, str. 44). Ove okolnosti, osim u pravnim odnosima *inter vivos*, izazivaju neizvjesnost i u pravnim odnosima *mortis causa* (de Miguel Asensio, 1995, str. 44). Naime, ostvarivanje različitih prava članova porodice nestale osobe uvjetovano je prethodno potrebom unošenja određene izvjesnosti u pogledu statusa nestale osobe. Dakle, razjašnjenje o činjenici života i smrti nekog lica služi upravo ostvarivanju opravdanih interesa drugih lica koja su na određeni način povezana sa nestalim (Vodinelić, 2012, str. 351).

Kako smo i vidjeli, u našem pravnom sistemu ta izvjesnost nastupa provođenjem postupka proglašenja nestale osobe umrlom, kojim je, u slučaju da su ispunjene zakonom propisane pretpostavke, moguće ishoditi rješenje o proglašenju nestale osobe umrlom. Ovo rješenje predstavlja osnov za upis u matičnu knjigu umrlih, te omogućava pribavljanje izvoda iz matične knjige umrlih koji u konačnici biva osnovom za ostvarivanje niza prava članova porodice nestale osobe. Dakle, član porodice nestale osobe u svrhu ostvarivanja određenih prava nužno mora pribaviti izvod iz matične knjige umrlih. Dok se u redovnim tokovima stvari smrt fizičkog lica upisuje u matičnu knjigu umrlih na osnovu potvrde o smrti koju izdaje doktor medicine odnosno drugi zdravstveni radnik ovlašten za utvrđivanje smrti (mrtvozornik), u slučaju kada smrt nekog lica nije utvrđena na nesumnjiv način jer je to lice nestalo i o njemu nema nikakvih informacija, upis u matičnu knjigu umrlih iziskuje složeniju i nadasve dugotrajniju proceduru. Naime, potrebno je da proteknu zakonom propisani „rokovi neizvjesnosti“, nakon čega slijedi sam postupak

proglašenja nestale osobe umrlom, koji opet iziskuje protek oglasnog roka. Pridodavši uz sve navedeno i činjenicu da je za pokretanje samog postupka potrebna inicijativa zainteresiranih lica, lahko je zaključiti da je put do ostvarenja određenih prava koja bi pripadala članovima porodice nestale osobe mukotrpan. Navedeno naročito dolazi do izražaja u slučaju kada je nestanak posljedica rata ili ratnih dejstava, gdje je, iako sam rok neizvjesnosti nije dug, teret pokretanja postupka proglašenja nestale osobe umrlom najčešće na bliskim članovima porodice, koji često i sami pogođeni ratnim dejstvima i dalje imaju nadu da je nestali živ, te se stoga teško mire sa preduzimanjem inicijative za pokretanje ovog postupka.

Upravo se u BiH, kao posljedica ratnih dejstva gdje je nestala otprilike 31 500⁶⁴ osoba, javila potreba za pojednostavljenjem procedure za upis u matičnu knjigu umrlih, a koji će biti osnovom za ostvarenje niza prava članova porodice nestalih osoba (Sarkin, Nettelfield, Matthews & Renee, 2014, str. 22). Tako je, kao vid podrške članovima porodice nestalih osoba, ZON BiH predvidio određeni „skraćeni postupak“ kojim je moguće izdejstvovati upis u matičnu knjigu umrlih. Stoga ćemo u nastavku prikazati osnovne propise relevantnih zakona, nastojeći time utvrditi, prije svega, opći zakonodavni okvir za upis nestalog lica u matičnu knjigu umrlih, u čijoj osnovi je, prije svega, vođenje klasičnog sudskog vanparničnog postupka za proglašenje nestale osobe umrlom, a zatim i posebni okvir, koji je utvrđen ZON BiH.

Zainteresiranim licima je, prije svega, u skladu sa propisima o matičnim knjigama, izravno omogućeno pribavljanje izvoda iz matične knjige umrlih. Zakoni o matičnim knjigama u BiH uređuju pitanje upisa proglašenja nestalog lica umrlih u matičnu knjigu umrlih na način da se proglašenje nestalog lica umrlih dokazano u sudskom postupku upisuje u matičnu knjigu umrlih na osnovu sudske odluke (član 30 stav 1 ZMK FBiH, član 30 stav 1 ZMK RS, član 20 stav 2 ZMK BD BiH). Dakle, u ovom slučaju osnov za upis u matičnu knjigu umrlih je pravosnažno rješenje o proglašenju nestale osobe umrlom.

Prethodno je opisano opće pravilo prema kojem je upis u matičnu knjigu umrlih moguće izdejstvovati na osnovu pravosnažnog rješenja o proglašenju

⁶⁴ Prema podacima Međunarodne komisije za nestale osobe, procjenjuje se da je pronađeno 70% osoba koje su prijavljene nestalim usljed rata. Niti jedna druga država nakon sukoba nije dostigla tako visok nivo riješenih predmeta nestalih osoba kao BiH (dostupno na: <https://www.icmp.int/bs/where-we-work/europe/western-balkans/bosnia-and-herzegovina/>). Prema podacima Godišnjeg biltena Međunarodnog komiteta Crvenog križa iz juna 2021. godine u Bosni i Hercegovini se 7.571 osoba još uvijek vodi nestalim usljed rata.

nestale osobe umrlom donijetom u sudskom vanparničnom postupku. Pored navedenoga, u cilju olakšanja položaja članova porodice nestale osobe, ZON BiH kao *lex specialis* propisao je mogućnost upisa nestalih lica u matičnu knjigu umrlih, a da pri tome nije potrebno provesti klasični sudski postupak proglašenja nestale osobe umrlom. Tako je ZON BiH propisao da „tri godine od stupanja na snagu Zakona o nestalim osobama BiH, osobe evidentirane kao nestale u periodu od 30. aprila 1991. do 14. februara 1996. godine, a čiji je status nestalosti verificiran u okviru Centralne evidencije nestalih osoba u Bosni i Hercegovini, imaju se smatrati umrlim te će se ta činjenica službeno evidentirati u matične knjige umrlih“ (član 27 ZON BiH). Time je, zapravo, ZON BiH uveo pretpostavku na osnovu koje bi se, protekom tri godine od stupanja na snagu ZON BiH i na temelju verificiranog statusa nestalosti u okviru Centralne evidencije nestalih osoba imalo automatski smatrati da to lice više nije u životu i time isključio obavezu vođenja klasičnog vanparničnog sudskog postupka za proglašenje nestale osobe umrlom. Međutim, iako je primarni cilj navedene odredbe bio olakšati porodicama nestale osobe,⁶⁵ problem nastaje u vezi sa ispunjavanjem jednog od kumulativno propisanih uvjeta za upis u matičnu knjigu umrlih po ovom osnovu, a to je verificirani status nestalosti u okviru Centralne evidencije nestalih osoba. Prema podacima Međunarodne komisije za nestale osobe, Centralna evidencija nestalih osoba objedinjena je tek 2011. godine, a sam postupak verifikacije imena nestalih osoba, a koji postupak predstavlja uvjet po kojem bi se nestalo lice smatralo umrlim i službeno evidentiralo u matičnu knjigu umrlih, do danas

⁶⁵ U praksi se dešavalo da su, članovi porodice osoba nestalih u periodu od 30. aprila 1991. do 14. februara 1996. godine, u slučajevima kada posmrtni ostaci nestale osobe nisu identificirani, iako svjesni da neće moći ostvariti različita prava, dugo vremena odbijali pokrenuti postupak za proglašenje nestale osobe umrlom. Vođenje klasičnog vanparničnog postupka za članove porodica nestalih čiji posmrtni ostaci nisu pronađeni, značilo je da „odluku o smrti“ nestalog člana porodice koji još nije identificiran donose oni sami. U tom smislu ZON BiH pruža garant članovima porodice nestalih osoba da proglašenje nestale osobe ne znači i obustavu postupka traženja, propisujući da se postupak traženja neće obustaviti u slučaju kada je nestala osoba proglašena umrlom, a njeni ostaci nisu pronađeni (član 9 ZON BiH). Osim toga, i sama mogućnost upisa u matičnu knjigu umrlih temeljem ZON BiH, također je imala za cilj članove porodice nestalih osoba osloboditi tereta vođenja postupka za proglašenje nestale osobe umrlom. Među članovima porodica nestalih osoba postoje mišljenja da je porodicama nestalih osoba lakše da teret provođenja postupka proglašenja nestale osobe preuzmu odgovarajuće institucije. ZON BiH je upravo prethodno navedenim odredbama omogućio upis u matičnu knjigu umrlih bez prethodnog pokretanja postupka proglašenja nestale osobe umrlom (navedeni podaci su prikupljeni metodom intervjua sa članovima različitih udruženja nestalih osoba).

nije završen do kraja. Za članove porodice nestalih osoba to praktično znači da je upis u matičnu knjigu umrlih na temelju ZON BiH moguć tek od 2010. godine kada je uspostavljena Centralna evidencija nestalih osoba, i to i dalje uz uvjet da je proveden postupak verifikacije imena (Dubljević, Haxhibeqiri, Ramulić & Šijačić, 2018, str. 11). Uzevši u obzir navedeno, članovi porodice nestale osobe su upis nestale osobe u matičnu knjigu umrlih mogli i dalje ishoditi samo na temelju pravosnažnog rješenja o proglašenju nestale osobe umrlom, čime navedena odredba ZON BiH gubi smisao. Stoga će se provedba postupka proglašenja nestale osobe umrlom ipak pokazati nužnom u svrhu raspravljanja zaostavštine iza lica koje je proglašeno umrlim, zatim u vezi sa načinom i uvjetima prestanka braka, kao i ostvarivanja određenih prava iz oblasti socijalne zaštite.

3. 1. Učinci proglašenja nestale osobe umrlom na raspravljanje zaostavštine, brak i ostvarivanje prava iz oblasti socijalne zaštite

Smrt je bitna pretpostavka i neophodan uslov za primjenu propisa o nasljeđivanju. Isto pravno dejstvo ima i proglašenje nestale osobe umrlom, te kada se govori o smrti, misli se uvijek u širem smislu i na proglašenje nestale osobe umrlom (Vuković, 1997, str. 248). Prvu inicijelnu radnju za pokretanje postupka raspravljanja zaostavštine preduzima upravo matičar nadležan za upis činjenice smrti ili proglašenja nestalog lica umrlim u matičnu knjigu umrlih. Naime, Zakon o nasljeđivanju Federacije BiH⁶⁶, kojim je u Federaciji BiH i propisan postupak raspravljanja zaostavštine, stavlja u dužnost matičaru nadležnom za upis činjenice smrti u matičnu knjigu umrlih da, kada neka osoba umre ili bude proglašena umrlom, sastavi smrtovnicu i obavezno je dostavi sudu u roku od petnaest dana po izvršenom upisu (član 216 stav 1 Zakona o nasljeđivanju FBiH).⁶⁷ Smrtovnica je javna isprava koja sadrži izvještaj o tome da je neko lice umrlo, kao i podatke o svim činjenicama koje su od značaja za raspravljanje zaostavštine. Ima značaj inicijelnog akta putem kojeg se sud obavještava ne samo o tome da je neko lice umrlo ili proglašeno umrlim, već i o drugim važnim činjenicama, čime se omogućava ostavinskom sudu da dalje usmjerava tok postupka (Antić, 2009, str. 380). Dakle, sud pokreće postupak za raspravljanje zaostavštine čim, na osnovu smrtovnice koju sastavlja matičar nadležan za upis u matičnu knjigu umrlih, sazna za činjenicu da je neka osoba proglašena umrlom. I u ovom slučaju, preduvjet

⁶⁶ Službene novine Federacije BiH, broj 80/14 i 32/19 - odluka US.

⁶⁷ Također vidjeti član 99 ZVP RS kojim je u RS-u propisan postupak raspravljanja zaostavštine.

za pokretanje postupka raspravljana zaostavštine je, kako vidimo, prethodno izvršen upis proglašenja nestale osobe umrlom u matičnu knjigu umrlih.

Pravni učinci proglašenja nestale osobe umrlom na brak se, promatrano u historijskoj perspektivi, umnogome razlikuju od zakonodavstva do zakonodavstva.⁶⁸ Danas je preovlađujuće stanovište da brak, između ostalog, prestaje i proglašenjem nestale osobe umrlom.⁶⁹ Naime, u većini zakonodavstava današnjice proglašenje nestale osobe umrlom ima iste pravne posljedice kao smrt bračnog partnera u braku. Prestanak braka proglašenjem nestale osobe umrlom omogućava nadživjelom bračnom partneru da zaključi novi brak. Tako, porodični zakoni u BiH kao jedan od načina prestanka braka propisuju i proglašenje nestalog bračnog partnera umrlim.⁷⁰ U slučaju kada je nestali bračni partner proglašen umrlim, brak prestaje danom koji je u pravosnažnoj odluci suda utvrđen kao dan njegove smrti (član 32 stav 2 Porodičnog zakona FBiH).

Proglašenje nestale osobe umrlom proizvodit će bitne učinke i na ostvarivanje prava iz oblasti socijalne zaštite, a navedeno se posebice odnosi na članove porodice osobe koja je nestala u vezi sa ratom ili neposrednom ratnom opasnošću. U BiH su na snazi dva zakona kojima se uređuju prava nestalih branilaca i članova njihove porodice: Zakon o pravima branilaca i članova nji-

⁶⁸ Tradicionalni Napoleonov model je na stanovištu da odsustvo bračnog partnera ne dovodi do prestanka braka. Navedeno je i razumljivo, uzevši u obzir osnovne postavke ovog modela. Naime, Napoleonov model odsutnu osobu ne smatra mrtvom, te stoga nema razloga smatrati ni da je brak odsutne osobe prestao, čak i ukoliko odsutnost traje duže vremena (Corral Talciani & Rodriguez Pinto, 2000, str. 19). Međutim, ni prema germanskom modelu, iako baziranom na proglašenju nestale osobe umrlom, brak nije prestajao proglašenjem nestale osobe umrlom (Cloutier, 2017, str. 279). Učinci proglašenja nestale osobe umrlom na brak bili su često predmetom posebne regulative koja je zahtijevala pribavljanje posebne odluke suda i ispunjenje dodatnih uvjeta za prestanak braka proglašenjem nestale osobe umrlom ili pak, kako to propisuje Njemački građanski zakonik (dalje: BGB) brak prestaje tek zaključenjem novog braka (Corral Talciani & Rodriguez Pinto, 2000, str. 7 i de Miguel Ausensio, 1995, str. 50; vidjeti: član 1319 BGB). Također, i engleski *common law* model je bio predmetom kritika jer dugo vremena nije problematizirao pitanje prestanak braka. Tek je *Presumption of Death Act* iz 2013. godine uredio pitanje prestanka braka, proširivši dejstvo odluke kojom se presumira smrt na različite situacije, pa i prestanak braka (Schoeman-Malan, 2018, str. 233 i 235).

⁶⁹ Vidjeti: Consultation Paper, Civil Law Aspects of Missing Persons. Law Reform Commission, 2011.

⁷⁰ Vidjeti: član 32 stav 1 Porodičnog zakona FBiH, član 44 stav 1 Porodičnog zakona RS i član 31 stav 1 Porodičnog zakona BD BiH.

hovah porodica⁷¹ i Zakon o osnovama socijalne zaštite, zaštite civilnih žrtava rata i zaštite porodice sa djecom⁷². Ovi zakoni pružaju određena prava članovima porodice nestale osobe, u prvom redu pravo na porodičnu invalidninu ili pravo na uvećanu porodičnu invalidninu. U svakom slučaju, i za ostvarivanje prava iz oblasti socijalne zaštite članovi porodice nestale osobe moraju prethodno provesti postupak proglašenja nestale osobe umrlom.⁷³ Kada je riječ o određenim davanjima iz oblasti prava socijalne zaštite, kao poseban problem moglo bi se otvoriti pitanje ostvarivanja određenih prava za vrijeme dok nestalo lice još uvijek nije proglašeno umrlim. Naime, bliski srodnik, primjerice dijete osobe koja je nestala i o čijem životu nema nikakvih informacija, ova prava može ostvariti tek nakon što nestala osoba bude proglašena umrlom, za razliku od situacije kada je smrt nastupila u „redovnim tokovima“, u kojem slučaju će djeca u relativno kratkom vremenskom periodu moći ostvariti ovo pravo.

Slijedom navedenoga, proglašenje nestale osobe umrlom u našem pravnom sistemu ima iste pravne posljedice kao i faktička smrt,⁷⁴ te je stoga uvjetom za realizaciju različitih prava članova porodice nestale osobe. Tek je protekom zakonom propisanih rokova neizvjesnosti, te nakon sprovedenog postupka proglašenja nestale osobe umrlom i upisa činjenice proglašenja nestale osobe umrlom u matičnu knjigu, moguće pristupiti raspravljanju zaostavštine iza osobe koja je proglašena umrlom, uređenju pitanja vezanih za brak, te ostvarivanju prava iz oblasti socijalne zaštite za članove porodice osobe koja je proglašena umrlom.

⁷¹ Službene novine Federacije BiH, broj 33/04, 56/05, 70/07, 9/10 i 90/17.

⁷² Službene novine Federacije BiH, broj 36/99, 54/04, 39/06, 14/2009, 7/14 - rješenje US BiH, 45/16, 19/17 - drugi zakon i 40/18.

⁷³ U vezi sa ostvarenjem navedenog prava, Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o osnovama socijalne zaštite, zaštite civilnih žrtava rata i zaštite porodice sa djecom je odredbom temporalnog karaktera iz 2006. godine propisao da „pravo na porodičnu invalidninu pripada članovima porodice nestale civilne žrtve rata do njenog proglašenja umrlom, a najduže dvije godine od dana stupanja na snagu ovog zakona, kada im prava prestaju, ukoliko u tom roku ne pokrenu postupak za proglašenje civilne žrtve rata nestalom“ (član 18). Iz navedenog proizilazi da je ostvarivanje prava na porodičnu invalidninu bilo uslovljeno pokretanjem postupka proglašenja nestale osobe umrlom.

⁷⁴ Jedan od osnovnih principa sadržanih u Preporuci Vijeća Evrope CM/Rec (2009)12 je da proglašenje nestale osobe umrlom treba imati sve pravne posljedice smrti. Države članice mogu propisati iznimke od ove odredbe samo kada je to nužno. Te bi iznimke trebale biti ograničene i odnosile bi se na pitanja poput braka, roditeljstva, nasljeđivanja itd. U svakom slučaju navedene odredbe trebale bi odražavati ravnotežu između interesa trećih lica i lica čija je pretpostavljena smrt proglašena.

Zaključak

Neizvjesnost izazvana nestankom osobe u evropskom zakonodavstvu iznjedrila je različita rješenja, počevši od starog Napoleonovog modela, u čijem fokusu je zaštita interesa nestale osobe, preko germanskog modela koji insistira na izvjesnosti u pogledu razrješenja o činjenici života ili smrti nestale osobe, zatim engleskog *common law* modela zasnovanog na presumpciji smrti protekom perioda od sedam godina i na kraju, određenih mješovitih modela koji nastoje pomiriti zaštitu interesa nestale osobe i potrebu za stvaranjem izvjesnosti proglašenjem nestale osobe umrlom.

U našem pravnom sistemu potrebi za otklanjanjem neizvjesnosti uzrokovane nestankom osobe udovoljava sudski vanparnični postupak za proglašenje nestale osobe umrlom. Time je u BiH prihvaćen germanski model zasnovan na teoriji izvjesnosti, koja je na stanovištu da se život nestale osobe pretpostavlja sve dok se ne ispune zakonom propisane pretpostavke za sudsko proglašenje nestale osobe umrlom, nakon čega se nestala osoba pravno smatra mrtvom. Stoga proglašenje nestale osobe umrlom proizvodi iste pravne posljedice kao i faktička smrt. Nakon sprovedenog postupka, te upisa činjenice proglašenja nestale osobe umrlom u matičnu knjigu, osobe koje imaju pravni interes mogu pristupiti raspravljanju zaostavštine iza osobe koja je proglašena umrlom, uređenju pitanja vezanih za brak, te ostvarivanju prava iz oblasti socijalne zaštite.

Međutim, osim postupka proglašenja nestale osobe umrlom do kojeg dolazi nakon što se ispune određene zakonom propisane materijalnopravne pretpostavke, naš pravni sistem ne bavi se detaljnije uređenjem pravnog položaja nestale osobe do momenta pokretanja ovog postupka. Osim ZON BiH, koji obzirom na kategorije nestalih lica ima ograničenu primjenu, na ovu situaciju moguće je primijeniti samo propise porodičnih zakona o imenovanju posebnog staratelja za pojedine poslove ili određenu vrstu poslova odsutnoj osobi čije je boravište nepoznato, a koja nema zastupnika, nepoznatom vlasniku imovine kada je potrebno da se neko o toj imovini stara, kao i u drugim slučajevima kada je to potrebno radi zaštite prava i interesa određene osobe. Kako smo i vidjeli iz prethodnih izlaganja, pojedina zakonodavstva poznaju posebnu fazu ili postupak proglašenja nestale osobe odsutnom/nestalom, čiji je osnovni cilj zaštita prava i pravnih interesa nestale osobe. Smatramo da je opravdano promisliti o ovom komplementarnom, pomoćnom mehanizmu i u našem pravu, bilo propisivanjem posebnih odredaba u okviru postupka proglašenja nestale osobe umrlom, bilo detaljnijim uređenjem odredaba o imenovanju posebnog staratelja u porodičnim zakonima u vidu instituta staratelj nestale osobe.

Bibliografija

- Antić, O. (2009). *Nasledno pravo*. Beograd: Službeni glasnik.
- Arandelović, D. (1906). *Austrijski građanski zakonik*. Beograd: Arhiv za pravne i društvene nauke.
- Bulka, Z. (2007). Smrt kao pravna činjenica. *Hrvatska pravna revija*, VII (3), 86–90.
- Carriere, J. L. (1990). The Rights of the Living Dead: Absent Persons in the Civil Law. *Louisiana Law review*, 50 (5), 901–971.
- Cloutier, É. (2017). Origines et évolution du droit québécois de l'absence : de l'existence incertaine aux présomptions de vie et de mort. *McGill Law Journal / Revue de droit de McGill*, 63 (2), 247–281.
- Consultation Paper: Civil Law Aspects of Missing Persons (2011). Law Reform Commission. Preuzeto 7. juna 2022. sa http://www.lawreform.ie/_fileupload/consultation%20papers/cp64MissingPersons.pdf.
- Corral Talciani, H. & Rodriguez Pinto, M. S. (2000). Disparition de personnes et présomption de décès: observations de droit comparé. *Revue internationale de droit comparé*, 52 (3), 553–580.
- Čalija, B. & Omanović, S. (2000). *Građansko procesno pravo*. Srajevo: Univerzitet u Sarajevu, Pravni Fakultet.
- Čizmić, J., Huseinbegović, A. & Haubrich, V. (2021). *Nadležnost sudova u parničnom postupku*. Sarajevo: Privredna štampa.
- Čizmić, J. (2014). Proglašenje nestale osobe umrlom u pravu Federacije Bosne i Hercegovine, s osvrtom na hrvatsko pravo de lege lata i de lege ferenda. *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta Rijeka*, 35(1), 389–411.
- de Miguel Asensio, P. A. (1995). La Ausencia y la Declaracion de Fallecimiento en Derecho Internacional Privado. *Revista Española de Derecho Internacional*, XLVII (1), 41–70.
- Dubljević M., Haxhibeqiri, Nj., Ramulić, E. & Šijačić V. (2018). Istraživanje: Jačanje strategije regionalne suradnje u rješavanju problema nestalih osoba. Zagreb: Documenta – Centar za suočavanje s prošlošću.
- Eisner, B. (1953). *Međunarodno privatno pravo*. Zagreb: Školska knjiga.
- Friedmann, A. (1950). Declarations of Death – A New International Convention. *St. John's Law Review*, 25 (1), 18–41.

- Gavela, N. & Belaj, V. (2008). *Nasljedno pravo, III bitno izmijenjeno i dopunjeno izdanje*. Zagreb: Narodne novine.
- Godišnji bilten Međunarodnog komiteta Crvenog krsta/križa (2021). Sarajevo: Međunarodni komitet Crvenog krsta/križa.
- Jakšić, A. (2007). *Građansko procesno pravo, drugo dopunjeno izdanje*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Javno preduzeće „Službeni glasnik“.
- Jalet, F. (1968). Mysterious Disappearance: The Presumption of Death and the Administration of the Estates of Missing Persons or Absentees. *Iowa Law Review*, 54(2), 177–252.
- Kamhi, S. (1968). *Vanparnični postupak*. Sarajevo: Univerzitet.
- Krešić, M. (2017). Hrvatski vojnici u Prvom svjetskom ratu: proglašenje nestalih umrlima. *Časopis za suvremenu povijest*, 49 (2), 297–313.
- Lazarević, D. (2012). *Komentar zakona o vanparničnom postupku: sa sudskom praksom, obrascima i registrom pojmova*. Beograd: Poslovni biro.
- Maganić, A. (2006). Nužnost reforme hrvatskog izvanparničnog prava. *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 27 (1), 465–497.
- Maganić, A. (2015). Novi pravci reforme izvanparničnog prava u Republici Hrvatskoj. U: Šago, D. (ured.) *Zbornik aktualnosti građanskog procesnog prava – nacionalna i usporedna pravnoteroijska i praktična dostignuća* (str. 147–172). Split: Pravni fakultet Split.
- Maganić, A. (2022). Novine u izvanparničnom pravu u Republici Hrvatskoj. *Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, 19, 153–171.
- Nenadić, M., Đuderija, S., Džumhur, J. & Krehić, A. (2008). *Komentar zakona o nestalim osobama Bosne i Hercegovine*. Sarajevo: Centar za slobodan pristup informacijama.
- Omanović, S. (2006). *Institucije vanparničnog procesnog prava*. Tuzla: Univerzitet u Tuzli.
- Ristić, V. & Ristić, M. (1982). *Priručnik za praktičnu primenu Zakona o vanparničnom postupku*. Beograd: Savremna administracija.
- Rušnov, A & Posilović, S. (1910). Tumač Obćemu Austrijskomu građanskom zakoniku, Knjiga prva, 1–530. Zagreb: Tisak i naklada knjižare L. Hartmana (St. Kugli).
- Sarkin, J., Nettelfield, L., Matthews, M. & Kosalka, R. (2014). Bosnia and Herzegovina, Missing Persons from the Armed Conflicts of the 1990s:

- A Stocktaking. Sarajevo: International Commission on Missing Persons (ICMP).
- Schoeman-Malan, L. (2018). Missing Persons – Current Tendencies. *Journal of Contemporary Roman-Dutch Law*, 81, 218–238. Preuzeto 5. Juna 2022 sa: <https://ssrn.com/abstract=3295630>.
- Socijalna uključenost u Bosni i Hercegovini: Nacionalni izvještaj o humanom razvoju za 2020. godinu. Švicarska agencija za saradnju i razvoj SDC. Preuzeto 16. juna 2022. sa: https://www.undp.org/sites/g/files/zskgke326/files/migration/ba/NHDR_2020_BHS.pdf.
- Stanković, A. (1990). Proglašenje nestalih lica za umrla po našem pravu. *Pravni život*, XL (7–8), 1151–1154.
- Stanković, G. & Mandić, Lj. (2013). *Vanparnično procesno pravo*. Kosovska Mitrovica, Niš: Sven.
- Stanković, G. & Trgovčević Prokić, M. (2019). *Komentar zakona o vanparničnom postupku: sa odabranom sudskom praksom i primerima podnesaka, rešenja i javnobeležničkih isprava: prema stanju zakonodavstva od 1. maja 2019. godine, drugo dopunjeno i izmenjeno izdanje*. Beograd: Službeni glasnik.
- Stanković, G. (2014). Novi Zakon o vanparničnom postupku. *Pravni informator*, XVII (9), 3–8.
- Stjepanović, S., Milijević, N. & Šaćirović, S. (2010). *Vanparnica: teorija – praksa*. Banja Luka: Udruženje pravника Republike Srpske.
- Šarkić, S. & Popović, D. (2005). *Veliki pravni sistemi i kodifikacije*. Beograd: Izdavačka kuća Draganić.
- T. S. P., & J. W. D. (1966). Property Law: The Estates of Missing Persons. *Duke Law Journal*, 1966(3), 745–778.
- Villequez, M. (1856). De l'absence en droit romain et dans l'ancien droit français. *Revue historique de droit français et étranger (1855-1869)*, 2, 209–236. Preuzeto 9. maja 2022. sa: <http://www.jstor.org/stable/43840268>.
- Vodinelić, V. V. (2012). *Građansko pravo: uvod u građansko pravo i opšti deo građanskog prava*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta Union, Službeni glasnik.
- Vuković, S. R. (1997). *Komentar Zakona o nasljeđivanju i Zakona o vanparničnom postupku (deo o ostavinskom postupku): sa sudskom praksom, registrom pojmova i obrascima*. Beograd: Poslovni biro.

Zečević, E. (2001). *Komentar zakona o vanparničnom postupku sa obrascima za praktičnu primjenu*. Sarajevo: Federalno ministarstvo pravde.

Zečević, E. (2010). *Komentar Zakona o vanparničnom postupku i pravila vanparničnog postupka uređenih Porodičnim zakonom sa obrascima za praktičnu primjenu*. Sarajevo: Centar za edukaciju i pružanje intelektualnih usluga "Logos".

Propisi, odluke sudova i web stranice

Agencija za statistiku Bosne i Hercegovine. Preuzeto 16. juna 2022. sa: https://bhas.gov.ba/data/Publikacije/VremenskeSerije/DEM_05.xls.

Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 15. Juli 2022 (BGBl. I S. 1146) geändert worden ist.

Code Civil. Version en vigueur au 27 septembre 2022. Preuzeto 16. Juna 2022. sa: <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGI-TEXT000006070721/>.

Codice Civile del Regno d'Italia. R.D. 16 marzo 1942, n. 262, Aggiornato al 29/04/2022. Preuzeto 9. juna 2022. sa: <https://www.gazzettaufficiale.it/sommario/codici/codiceCivile>.

Guardianship (Missing persons) act 2017.

Mođunarodna komisija za nestale osobe, Bosna i Hercegovina. Preuzeto 10. septembra 2022, sa <https://www.icmp.int/bs/where-we-work/europe/western-balkans/bosnia-and-herzegovina/>.

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

Porodični zakon Federacije BiH. Službene novine Federacije BiH, broj 35/05, 41/05-ispr, 31/14, 32/19 – odluka US.

Porodični zakon Republike Srpske. Službeni glasnik Republike Srpske, broj 54/02, 63/14.

Pravilnik o načinu pregleda umrlih i načinu utvrđivanja vremena i uzroka smrti Federacije BiH, Službene novine Federacije BiH, broj 79/13.

Pravilnik o postupku utvrđivanja smrti Republike Srpske, Službeni glasnik Republike Srpske, broj 65/10.

Presumption of Death Act 2013 (Commencement and Transitional and Saving Provision) Order 2014.

Principles concerning missing persons and the presumption of death - Recommendation CM/Rec (2009)12 and explanatory memorandum (2010). Preuzeto 4. maja 2022. sa: <https://rm.coe.int/16807096bd>.

Rješenje Općinskog suda u Sarajevu broj 65 0 V 916036 21 V od 29. 12. 2021.

Rješenje Višeg suda u Beogradu Gž 13377/13 od 26. februara 2014. godine.

Rješenje Županijskog suda u Osijeku, Gž 963/2018-2 od 24. 9. 2018. godine.

Rješenje Županijskog suda u Splitu, Gž-1680/17-2 od 16. 7. 2018. godine.
Todeserklärungs-gesetz. StF: BGBI. Nr. 23/1951.

Verschollenheitsgesetz. RGBI. I S. 1186.

Zakon o krivičnom postupku Brčko distrikta BiH, Službeni glasnik Brčko distrikta BiH”, br. 34/2013 - prečišćen tekst, 27/14, 3/19 i 16/20.

Zakon o krivičnom postupku Federacije BiH, Službene novine Federacije BiH, broj 35/03, 56/03 - ispravka, 78/04, 28/05, 55/06, 27/07, 53/07, 9/09, 12/10, 8/13, 59/14 i 74/20.

Zakon o krivičnom postupku Republike Srpske, Službeni glasnik Republike Srpske, broj 53/12, 91/17, 66/18 i 15/21.

Zakon o matičnim knjigama Brčko distrikta BiH. Službeni glasnik Brčko distrikta BiH, broj 58/11.

Zakon o matičnim knjigama Federacije BiH. Službene novine Federacije BiH, broj 37/12 i 80/14.

Zakon o matičnim knjigama Republike Srpske. Službeni glasnik Republike Srpske, broj 111/09, 43/13 i 66/18.

Zakon o nasljeđivanju Federacije BiH. Službene novine Federacije BiH, broj 80/14 i 32/19 - odluka US.

Zakon o nestalim osobama BiH. Službeni glasnik BiH, broj 50/04.

Zakon o osnovama socijalne zaštite, zaštite civilnih žrtava rata i zaštite porodice sa djecom Federacije BiH. Službene novine Federacije BiH, broj 36/99, 54/04, 39/06, 14/09, 7/14 - rješenje US BiH, 45/16, 19/17 - drugi zakon i 40/18.

- Zakon o parničnom postupku Federacije BiH. Službene novine Federacije BiH broj 53/03, 73/05, 19/06 i 98/15.
- Zakon o pravima branilaca i članova njihovih porodica Federacije BiH. Službene novine Federacije BiH, broj 33/04, 56/05, 70/07, 9/10 i 90/17.
- Zakon o sudovima Federacije BiH. Službene novine Federacije BiH, broj 38/2005, 22/2006, 63/2010, 72/2010 - ispr., 7/13, 52/14 i 85/21.
- Zakon o vanparničnom postupku Brčko distrikta BiH. Službeni glasnik Brčko distrikta BiH”, broj 5/01, 36/17 i 36/17 - dr. zakon.
- Zakon o vanparničnom postupku Federacije BiH. Službene novine Federacije BiH, broj 2/1998, 39/2004, 73/2005, 80/2014 - dr. zakon i 11/2021.
- Zakon o vanparničnom postupku Republike Crne Gore. Službeni list Republike Crne Gore, broj 027/06 od 27.04.2006, Službeni list Crne Gore, broj 073/10 od 10.12.2010, 020/15 od 24.04.2015, 075/18 od 23.11.2018, 067/19 od 11.12.2019.
- Zakon o vanparničnom postupku Republike Slovenije. Uradni list RS, št. 16/19.
- Zakon o vanparničnom postupku Republike Srbije. Službeni glasnik SRS, br. 25/82 i 48/88 i Službeni glasnik RS, broj 46/95 - dr. zakon, 18/2005 - dr. zakon, 85/12, 45/13 - dr. zakon, 55/14, 6/15, 106/15 - dr. zakon i 14/22.
- Zakon o vanparničnom postupku Republike Srpske. Službeni glasnik RS, broj 36/09 i 91/16.
- Zakon o vanparničnom postupku Republike Sjeverne Makedonije. Službeni Vesnik Republike Makedonije, br. 09/08.
- Zakon o zdravstvenoj zaštiti Republike Srpske, Službeni glasnik Republike Srpske, 57/22.
- Zakon o zdravstvenoj zaštiti, Službene novine Federacije BiH, broj 46/10 i 75/13
- Zakon o zdravstvenoj zaštiti, Službeni glasnik Brčko distrikta BiH, broj 52/18 - prečišćen tekst, 34/19 i 16/20.
- Zakonom o proglašenju nestalih osoba umrlim i dokazivanju smrti FNRJ. Službeni list FNRJ, broj 24/52.
- Zakonom o proglašenju nestalih osoba umrlim i dokazivanju smrti Republike Hrvatske. Narodne novine 10/74.

Anisa Ruhotina, MA iur.

Senior Teaching and Research Assistant
University of Sarajevo
Faculty of Law
a.ruhotina@pfsa.unsa.ba

PROCLAIMING A MISSING PERSON'S DEATH IN BOSNIAN-HERZEGOVINIAN AND EUROPEAN LAW

Summary

As the fact of death produces a number of legal consequences, modern legislation prescribes the method of determining death and keeping records of death cases, in order to enable persons who have a legal interest to find out about the death and the moment of death of the deceased person and, if necessary, to prove the fact of death. However, there are various life situations in which death cannot be determined with certainty, as there is no body on which a medical examination can state that death has occurred. In such cases, death can only be presumed, due to the passage of time in which there is no information about the missing person, or due to events that the person is unlikely to have survived (fire, flood, shipwreck or other imminent danger of death). In our legal system, the need to eliminate uncertainty regarding the status of a missing person is met by a non-contentious court procedure for proclaiming a missing person's death, the purpose of which is to overcome the lack of information about the missing person and to obtain a decision based on a rebuttable presumption that the missing person is dead. Thus, the death of a certain person may be entered in the death register on the basis of a death certificate issued by a medical doctor, i. e. another health professional authorized to determine death (coroner) and the record of the discovery of the corpse, as well as on the basis of a final court decision that the court delivers to the competent registry office. This brings certain security and certainty to the legal system, especially when it comes to the exercise of some rights of the family members of a missing person.

The article first provides an overview, in a comparative law perspective, of the institutes that aim to eliminate the uncertainty caused by the disappearance of a person and, in order to understand each institute, it also considers its development in a historical perspective. In the second part of the paper, we will define the legal framework for proclaiming a missing person's death in

Bosnia and Herzegovina, and analyze the substantive legal requirements and the process for proclaiming a missing person's death. Finally, the last part of the paper provides an overview of the decision on declaring a missing person dead as a prerequisite for realizing a number of rights of the missing person's family members, focusing on the impact of the decision on the discussion of inheritance, marriage and rights in the field of social protection.

Keywords: *Non-Contentious Procedure, Missing Persons, Proclaiming a Missing Person's Death, Presumption of Death, Registering a Death.*

Dr. sc. Ehlimana Memišević

Docentica

Univerzitet u Sarajevu

Pravni fakultet

e.memisevic@pfsa.unsa.ba

UDK 347.6:348.97]:061.1 EU

Pregledni naučni rad

PRAVNI PLURALIZAM U EVROPSKOJ UNIJI: PRIMJENA ISLAMSKOG PRAVA U PORODIČNIM PITANJIMA

Sažetak

Pitanje pravnog pluralizma odnosno mogućnosti primjene religijskog, uglavnom islamskog, prava u evropskom pravnom poretku povlači niz pitanja, poput pitanja integracije i očuvanja jezičkog i religijskog identiteta manjina, te odnosa individualnih i kolektivnih prava. Shvaćen kao koegzistencija dvaju ili više pravnih sistema u jednom području, pravni pluralizam proglašen je neusklađenim sa demokratskim vrijednostima i Evropskom konvencijom o ljudskim pravima u praksi Evropskog suda za ljudska prava, između ostalog, i jer narušava princip nediskriminacije.

Obavezujuća primjene islamskog prava, kako je nekonzistentno tumačena, na pripadnike muslimanske manjine Zapadne Trakije u Grčkoj skoro stoljeće, to potvrđuje, ukazujući na to da koncept zaštite vjerskih manjina sa pravnom autonomijom nije prihvatljiv za savremenu Evropu. Primjena islamskog prava kao specijalnog prava isključuje pripadnike muslimanske manjine iz punog građanstva.

Eventualna primjena islamskog prava u evropskom pravnom poretku mogla bi se osigurati mogućnošću izbora, shodno odluci Evropskog suda za ljudska prava iz 2018. u slučaju Molla Sali protiv Grčke kojom je uspostavljena izbornost nadležnosti muftije i primjene šerijatskog prava. Ali, sukob u pogledu pitanja imenovanja ili izbora muftije, koji ima sudsku nadležnost, i osiguravanja njegovog izbora povlačilo bi u potpunosti ukidanje primjene islamskog prava, i svođenje muftije na isključivo vjerskog vođu. U tom pogledu bi se islamsko pravo moglo primjenjivati vansudskim putem, osnivanjem tijela za arbitražu i medijaciju, čime bi se vjernici, na temelju savjesti i slobodnog izbora, odlučivali na primjenu religijskog prava, a nisu na to obavezani zbog pripadnosti određenoj zajednici. Budući da se odluka arbitražnog tijela može proglasiti neizvršnom u slučaju „ozbiljnih neregularnosti“, ovakav pristup bi predstavljao,

bar teoretski, efikasan sistem kontrole usklađenosti primijenjenih propisa sa pravom države.

Ključne riječi: *islamsko pravo, porodično pravo, pravni pluralizam, Evropska unija, Grčka, Zapadna Trakija*

I. Uvod

Kraj Drugog svjetskog rata i potreba rekonstrukcije evropskih gradova dovela je do vala imigracije u Evropu tokom 20. stoljeća. S obzirom na to da su evropske države nedostatak radne snage uglavnom nadomještale iz svojih bivših kolonija – većinski muslimanskih zemalja iz Sjeverne Afrike i Srednjeg istoka, došlo je do povećanog prisustva muslimana u Evropi. Tokom 1970-ih godina, usljed usporavanja ekonomskog rasta, u mnogim evropskim zemljama usvajaju se propisi o ograničavanju imigracije, uz istovremeno olakšavanje mogućnosti spajanja porodica. To je rezultiralo porastom broja useljenika tokom 1970-ih i 1980-ih i promjene u strukturi imigranata (ne samo radnici već i članovi njihovih porodica – supruge i djeca). Ove promjene neminovno su dovele do zahtjeva za akomodacijom tradicije i kulture imigranata – uključujući i primjenu islamskog prava na neka porodična pitanja.

Pluralizam, u njegovim različitim aspektima i oblicima – politički, kulturni, filozofski i dr., koji proizlaze iz različitih društvenih vrijednosti i tradicija, kulturnih normi, političkih ideologija, svjetonazora i etičkih sistema – prepoznat je kao osnovna odlika i preduvjet demokratskog društva i u praksi Evropskog suda za ljudska prava,¹ ali pitanje pravnog pluralizma je znatno složenije (Kyriazi, 2020, str. 2).

Pravni pluralizam, definiran kao koegzistencija dvaju ili više pravnih sistema u jednom području (Engle Merry, 1988) predstavlja izazov budući da omogućava stvaranje autonomnih i sukobljenih normativnih i pravnih sistema. Evropski sud za ljudska prava je u slučaju *Refah partija protiv Turske* utvrdio da politički program koji predviđa postojanje više pravnih sistema nije u skladu sa demokratskim vrijednostima, niti sa Evropskom konvencijom o ljudskim pravima,

¹ Evropski sud za ljudska prava je pri put izričito spomenuo pluralizam 1976., kada je ispitivao slučaj navodne povrede prava na izražavanje u kontekstu *Handysde* protiv Ujedinjenog Kraljevstva slučaja. Naglasio je da je pluralizam povezan za nizom osnovnim prava, kao što su sloboda izražavanja, sloboda udruživanja i okupljanja, sloboda religije i uvjerenja i pravo na obrazovanje.

jer bi ugrozio ulogu države kao garanta individualnih prava i sloboda i prekršio bi princip nediskriminacije (Tsitselikis, 2012, str. 410-411).

Međutim, iako su Evropska konvencija za ljudska prava i Sud uspostavili zajednički temelj za pitanje primjene stranih pravni pravila – uključujući i pravila zasnovanih na islamskom pravu – pravni sistemi država članica imaju mogućnost da akomodiraju pluralizam do određene mjere (Rohe, 2018, str. 729). U tom smislu, britanski komunitarizam se razlikuje od francuskog unitarizma (*unité de la République*). Pri tome, kako ističe Mathias Rohe (2018), važno je napraviti distinkciju između istovremenog postojanja više primjenljivih pravni normi podržanih sankcijom države – pravni pluralizam, i različiti normi koje postoje u društvu bez sankcije države – normativni pluralizam, koji je široko rasprostranjen. Međutim, i u ovom drugom slučaju, ako postoji sukob između državnih normi i društvenih normi – često religijski inspirisanih, obavezujuće norme državnog prava će imati prednost (str. 729).

Normativni pluralizam u Ujedinjenom Kraljevstvu

Primjer normativnog pluralizma u savremenom periodu je Ujedinjeno Kraljevstvo Velike Britanije i Sjeverne Irske (u daljem tekstu Ujedinjeno Kraljevstvo), u kojem osim crkvenih sudova, koji se smatraju državnim sudovima, postoje i sudovi drugih vjerskih zajednica, kao što su jevrejski *beth din* sudovi i islamski sudovi, ali oni nisu dio državnog sistema sudstva (Holm, Oliva, 2016, str. 385). Još od 1985. godine postoji Vijeće šerijatskog prava, koje djeluje kao arbitražno tijelo, ali njegove odluke nisu izvršne (Keshavjee, 2013; Karčić, 2018). Stoga će postupak razvoda braka ovo Vijeće pokrenuti samo ukoliko su stranke već pokrenule građanski postupak pred engleskim sudom. Slično vijeće u Birminghamu će pokrenuti postupak razvoda braka, ukoliko je građanski postupak pred engleskim sudom već okončan (Griffith-Jones, 2013, str. 18).

Na osnovu Zakona o arbitraži iz 1996. godine, koji predviđa da se stranke mogu saglasiti na koji način će riješiti spor, određene sporove mogu rješavati religijska arbitražna tijela, čije odluke moraju biti izvršne, osim ukoliko to ne bi bilo u suprotnosti sa „javnim interesom“ (Holm, Oliva, 2016, str. 382). Muslimanski arbitražni sud, koji omogućava strankama rješavanje sporova u skladu sa normama šerijatskog prava, osnovan je 2007. Iako odluke donosi na osnovu šerijatskog prava, uzima u obzir i pravo Engleske i Velsa. Odluke ovog tijela su priznate i izvršne, a samo u slučaju „ozbiljnih neregularnosti“ državni sudovi ne moraju poštovati odluku ovog arbitražnog tijela (Bano, 2012, str. 54; Broyde, 2017; Prief, 2019, str. str. 12-42). U tom smislu, iako ne postoji

formalno mogućnost žalbe na odluke Muslimanskog arbitražnog suda, one su u određenoj mjeri predmet kontrole Visokog suda Engleske i Velsa.²

Pitanja priznavanja religijskih sudova, posebno islamskih, aktuelizirano je nakon što je nadbiskup Canterburyja, Rowan Williams, predložio primjenu principa „transformativne akomodacije“, prema kojoj pojedinac zadržava pravo izbora suda u kojem želi riješiti određeno pitanje. To bi se, prema biskupu, moglo dozvoliti za pitanja bračnog prava, reguliranja finansijskih transakcija i autoriziranih tijela za medijaciju i rješavanje sukoba. Među prednostima takvog pristupa naveo je, između ostalih, i unapređivanje različitih nadležnosti. Religijske sudske ustanove ili ustanove zajednice morale bi brinuti o napuštanju njihove nadležnosti zbog nefleksibilne, previše restriktivne primjene tradicionalnog prava. S druge strane, „univerzalistički sistem prosvjetiteljstva“ bi morao voditi računa o posljedicama getoiziranja i obespriješavanja manjina. U tom pogledu, „transformativna akomodacija“ bi doprinijela tome da obje nadležnosti moraju mijenjati svoj pristup tokom vremena, „kako bi izbjegle sterilnost uzajamno isključivih monopola“ (Williams, 2013, str. 32).

Ovaj stav nadbiskupa Williamsa izazvao je oštre reakcije u engleskoj javnosti (Bras, 2013, str. 151–158). Nakon pet mjeseci žustrih rasprava o “šerijatskim sudovima”, kako se ovo pitanje često predstavljalo u javnosti, Lord Nicholas Phillips, tadašnji Lord glavni sudija Engleske i Velsa javno je podržao stavove nadbiskupa. Istakao je da englesko pravo daje mogućnost izbora prava i da “ne postoji razlog zašto principi šerijatskog prava ili bilo kojeg religijskog prava ne mogu biti osnov za medijaciju ili druge oblike alternativnog rješavanja sporova” (Prief, 2019, str. 13).

Do transformativne akomodacije nije došlo, a religijski sudovi još uvijek djeluju izvan sistema državnog sudstva. Osim Muslimanskog arbitražnog suda, koji djeluje kao arbitražno tijelo u okviru Zakona o arbitraži iz 1996., i dalje postoje šerijatska vijeća širom zemlje, čiji pravni položaj nije reguliran državnim pravom, i nemaju nadležnost za donošenje pravnoobavezujućih odluka.

Postojanje i djelovanje ovih vijeća često je predmet oštirih javnih rasprava. Tokom 2015., tadašnji premijer Ujedinjenog Kraljevstva, David Cameron, i Theresa May, tada ministrica unutrašnjih poslova, naložili su izradu izvještaja o integraciji različitih etničkih muslimanskih zajednica u društvo Ujedinjenog Kraljevstva, uključujući i primjenu islamskog prava u Engleskoj i

² <http://www.matribunal.com/rules.php>

Velsu. Izvještaj je, između ostalog, trebalo da odgovori na pitanje da li i u kojoj mjeri se šerijatsko pravo zloupotrebljava ili primjenjuje na način koji nije u skladu sa engleskim pravom u šerijatskim vijećima. Louise Casey izradila je “Izvještaj o mogućnostima i integraciji” u decembru 2016 (Casey, 2016), koji je izazvao brojne reakcije (Haidrani, 2016).

Tokom 2017. Theresa May, tada premijerka Velike Britanije, tražila je ponovo izradu izvještaja o primjeni islamskog prava u Ujedinjenom Kraljevstvu, koji će sačiniti komisija stručnjaka. Taj izvještaj je objavljen u februaru 2018. i predstavljen pred parlamentom (Sidiqi, Hutchinson, Momtaz & Hedley, 2018). U izvještaju su istraženi uzroci osnivanja šerijatskih vijeća, temelji i principi njihovog djelovanja i kao savjetodavnih tijela i kao tijela za rješavanje sporova, izazovi i dobre prakse, te su date preporuke.

Utvrđeno je da iako odluke ovih vijeća nemaju pravnoobavezujuću snagu, ona imaju izvjesni autoritet u donošenju odluka, naročito u pitanjima razvoda braka. Najčešće im se obraćaju žene zahtijevajući razvod braka prema islamskom pravu, jer brak koji je zaključen često nije registriran pred državnim organima, što predstavlja poseban izazov (Vora, 2019) i nije moguće tražiti razvod braka pred državnim sudovima. Prema mišljenju ove Komisije, ukidanje šerijatskih vijeća ne bi bilo odgovarajuće rješenje, jer mnoge žene koje zavise od njih bile bi ostavljene u pravnom limbu, što bi ih učinilo iznimno nezaštićenim i izložilo daljoj diskriminaciji i zlostavljanju (Siddiqi et. al, 2018, str. 23).

Kako bi se spriječilo obraćanje ovim vijećima sa zahtjevima za razvod braka, Komisija je u izvještaju preporučila izmjene zakonskih propisa koje bi povezale islamski i građanski razvod braka, opsežne akcije podizanja svijesti o potrebi građanske registracije brakova, te uspostavljanje sistema organiziranja i funkcioniranja koje bi primijenila šerijatska vijeća što bi im omogućilo da djeluju u okviru postojećih državnih propisa (Siddiqi et. al, 2018, str. 5, 23).

Iako Ujedinjeno Kraljevstvo već od 2020. nije više u sastavu Evropske unije, opisana situacija primjene normi islamskog prava u šerijatskim vijećima – koja djeluju neformalno i čije odluke nisu pravnoobavezujuće – i Muslimanskog abritražnog suda – osnovanog na osnovu Zakona o aribraži i čije su odluke pravnoobavezujuće osim u slučaju “ozbiljnih neregularnosti” – bila je identična, i specifična za britanski model multikulturalizma i dok je Ujedinjeno Kraljevstvo bilo u sastavu Evropske unije.

Jedina članica Unije u kojoj se islamsko pravo formalno primjenjuje u okviru državnog sistema sudstva već skoro stoljeće je Grčka, o čemu će u nastavku ovog rada biti više riječi.

II. Pravni pluralizam u Grčkoj: primjena islamskog prava u Zapadnoj Trakiji

Pravni okvir primjene islamskog prava u Grčkoj osiguran je Ugovorom o miru iz 1913. između Turske i Grčke (Konvencijom iz Atine) nakon okončanja balkanskih ratova.³ Muslimanskom stanovništvu područja pripojenim Grčkoj, koje se opredijelilo da ostane, zajamčena je zaštita života, imovine, časti, religije i običaja, što je podrazumijevalo i osiguranje primjene šerijatskog prava u pitanjima ličnog statusa. Opći propisi Konvencije iz Atine specificirani su u Zakonu 2345/1920. o nadležnosti muftije, koji je, nakon izmjena i dopuna iz 1991., još uvijek na snazi.

Tokom grčko-turskog rata (1919–1922), Liga naroda je pokrenula mirovne pregovore u Lausannei 30. novembra 1922. Kao rezultat tog procesa, 30. januara 1923. godine, usvojena je Konvencija o razmjeni grčkog i turskog stanovništva.⁴ Konvencija je dodata kasnije zaključenom mirovnom ugovoru, potpisanom 24. jula 1923, kojim je regulirano i pitanje primjene islamskog prava.⁵

Konvencijom je predviđena obaveza razmjene, odnosno iseljavanja „turskog stanovništva grčke pravoslavne vjere na području Turske“ i „grčkog stanovništva muslimanske vjere na području Grčke“. Iz obavezne razmjene izuzeto je „grčko stanovništvo Konstantinopolja“ i „muslimansko stanovništvo zapadne Trakije“ (član 1). Članom 14 mirovnog ugovora iz Lausanne izuzeto je i grčko pravoslavno stanovništvo otoka Gökçeada (grč. Imvros) i Bozacaada (grč. Tenedos) (Oran, 2003, str. 100).

Dakle, zaštićene su vjerske, a ne etničke ili nacionalne manjine, što je zahtijevala turska delegacija tokom pregovora. Ugovorom iz Lausanne (članovima 37–45) ovim vjerskim manjinama garantirana je zaštita života i imovine; sloboda religije i javnog ispovijedanja religije; puna građanska i politička prava; jednakost pred zakonom; jednak pristup javnim službama; upotreba maternjeg jezika pred sudovima; jednaka prava na osnivanje, upravljanje i kontrolu dobrotvornih, religijskih i društvenih ustanova, škola i drugih obra-

³ The Treaty of Peace Between Turkey and Greece, *The American Journal of International Law, Supplement: Official Documents*, 8 (1), 1914, str. 46-55

⁴ Convention Concerning the Exchange of Greek and Turkish Populations, *The American Journal of International Law, Supplement: Official Documents*, 18 (2), 1924, str. 84-90

⁵ The Settlement of Lausanne, *The American Journal of International Law*, 18 (4), 1924, str. 696-706

zovnih ustanova; te pravo na obrazovanje na maternjem jeziku u osnovnim školama u određenim uslovima.

Član 42 predviđa da će “grčka vlada u pogledu muslimanskih manjina, preduzeti sve mjere kojima će omogućiti da se pitanja porodičnog prava ili ličnog statusa rješavaju u skladu sa običajima muslimanskih manjina“. Za rješavanje ovih pitanja nadležni su muftije, a njihove odluke izvršavaju grčki državni sudovi. Osim sudske nadležnosti muftije vrše nadzor nad vakufima i muslimanskim vjerskim školama (Karčić, 2011, str. 195–196).

Početkom 1928. postojalo je ukupno dvanaest muftijskih službi, koje su se od tada postepeno ukidale, zbog smanjivanja muslimanskih zajednica. Danas postoje tri službe muftijstava u Trakiji: u Komotiniju (turski Gümülcine) i Xanthiju (turski: İskeçe) i Didymoteihou (turski Dimetoka) (Tsitselikis, 2012, str. 387).

Postoji i muftijska služba u Rodosu, jednom od dvanaest otoka (Dodecanese otoci) koja nije zakonski priznata i djeluje u potpuno drugačijoj društvenoj i političkoj stvarnosti (Tsitselikis, 2012, str. 374). Ovo područje je bilo pod italijanskom vlašću, koja je u početku zadržala službu kadije za suđenje u porodičnim i nasljednim pitanjima. Tokom 1920-ih godina muftija je preuzeo nadležnost kadije.⁶ Nakon što je Grčka anektirala Dodecanese otoke, 1947., zadržala je muftiju Rodosa, kao vjerskog vođu muslimana, što je nerijetko koristila u političke svrhe.⁷ Međutim, njegovo imenovanje nije priznala grčka vlast, jer je broj priznatih muftijskih službi određen predsjedničkim dekretom iz 1928., u kojem se ne navodi služba na Rodosu (Tsitselikis, 2012, str. 388-390). Zbog toga je međunarodna komisija istražujući položaj muslimana Dodecanese otoka, uočila “nejasno muslimansko religijsko vođstvo na otocima” (Gross, 2011, para 6).

⁶ Muftiju je na osnovu dekreta 53 iz 1930. birala muslimanska zajednica, predlažući tri kandidata, od kojih je jednog imenovala vlada. Tokom 1936., italijanska uprava je obnovila mandat prethodno imenovanog muftije, bez konsultiranja muslimanske zajednice.

⁷ Naime, turski konzulat Rodosa bio je protiv muftije, koji je predstavljao konzervativne muslimane, što se nije uklapalo sa turskom nacionalnom ideologijom. Stoga je zahtijevao da se imenuje novi muftija. Grčka vlast je podržala postojećeg muftiju. Kada vakufska imovina nije mogla osigurati dovoljne prihode za plaću muftije, pružila mu je i finansijsku pomoć. Na Kosu, muftijska služba, koja je postojala do smrti imenovanog muftije za vrijeme italijanske vlasti, nije obnovljena, jer su grčke vlasti smatrale da bi drugi religijski autoritet na Dodecanese otocima naštetio poziciji muftije Rodosa, koji je pokazao lojalnost.

Uprkos nastojanju Turske u više navrata da se ukine primjena šerijatskog prava u Trakiji, Grčka je upravo primjenu šerijatskog prava, i uopće zaštitu manjinskog muslimanskog stanovništva, koristila u svrhu odupiranja ideološkom i političkom interveniranju turske vlasti, podržavajući sukobe između proreformirskičkih i tradicionalističkih snaga. Naime, politički sukob o pitanju identiteta muslimanske manjine u Zapadnoj Trakiji pojavio se nakon ukidanja hilafeta 1924. i uvođenja sekularnih reformi u Turskoj. Ove reforme podrazumijevale su i ukidanja primjene šerijatskog prava, kao i svih religijskih prava, uvođenjem Građanskog zakona, 1926., čime su odredbe člana 42 ugovora iz Lausanne stavljene van snage, o čemu su manjine potpisale deklaraciju (Tsitselikis, 2012, str. 393).

Protivnici sekularnih reformi Kemala Atatürk u Trakiji, uglavnom pripadnici neturskih etničkih skupina, poznati kao „tradicionalisti“ ili „konzervativisti“, zalagali su se za očuvanje religijskog karaktera muslimanske manjine. To je, između ostalog, podrazumijevalo zadržavanje osmanskog pisma, primjenu šerijatskog prava, vjerskog karaktera obrazovanja – muslimanskih škola i dr. (Katsikas, 2021, str. 204). Nasuprot, pobornici reformi kemalističkog režima u Turskoj – „kemalisti“ ili „proreformisti“, uglavnom mlađe generacije turske etničke skupine, zalagali su se za njihovo uvođenje i u Trakiji (Katsikas, 2009, str. 186).

Nastojeći spriječiti utjecaj sekularnih reformi u Zapadnoj Trakiji, koje bi mogle transformirati vjersku manjinu u tursku nacionalanu manjinu i time dovesti do secesionističkih zahtjeva, grčka vlast je podržavala tradicionaliste. To je činila diplomatskim putem, podržavajući službeno imenovane predstavnike muslimanske manjine, koji su većinom bili protiv kemalističkih sekularnih reformi (Katsikas, 2013, str. 161). Ista situacija postojala je i u Bugarskoj, koja je podržavala konzervativne muslimane i antikemaliste, smatrajući pobornike kemalističkih reformi potencijalnom prijateljom bugarskom teritorijalnom integritetu (Neuburger, 2004, str. 45).

U narednim pregovorima o ukidanju nadležnosti muftije, odnosno reformi šerijatskog prava, 1959., Grčka je isticala da je manjina zadovoljna *statusom quo*, te dalje produbljivala sukobe između tradicionalista i reformista, nastojeći antagonizirati turski nacionalni utjecaj (Tsitselikis, 2012, str. 394). Od tog perioda razmatran je prijedlog da se dozvoli mogućnost izbora muslimanima između obraćanja građanskim sudovima ili muftijama, koja će se uspostaviti tek odlukom Evropskog suda za ljudska prava iz 2018.

1. Nadležnosti muftije

Nadležnost muftije regulirana je Zakonom 2345 iz 1920. Podrazumijevala je nadležnost u porodičnom i nasljednom pravu (u pitanjima braka i razvoda, izdržavanja, starateljstva nad djecom, alimentacije i nasljeđivanja), upravljanju vakufima, nadzoru nad obrazovnim ustanovama i muslimanskim grobljima.

Nakon usvajanja Zakona 1250/1982, grčko muslimansko stanovništvo ima mogućnost zaključivanja građanskog braka, na koji se primjenjuju propisi grčkog Građanskog zakonika iz 1946. i nadležni su redovni sudovi. Ukoliko se odluče za građanski brak, nadležnost muftije u ovim slučajevima je u potpunosti isključena (Sezgin, 2018, str. 258–259). Iz njegove nadležnosti izuzeta su i pitanja usvajanja vanbračne djece, imovinska pitanja nakon razvoda braka, te zaključenje poligamnih brakova, zabranjenih grčkim pravom (Tsitselikis, 2010, str. 668). U upravljanju vakufima, nadležnost muftije u savremenom periodu svedena je na formalno izdavanje mišljenja prije prodaje (Tsitselikis, 2004, str. 416; 2012, str. 374).

Na odluke muftije, kako propisuje Zakon 3069 iz 1924. godine ne postoji mogućnost žalbe, dok se ne uspostavi služba vrhovnog muftije, koja će biti apelaciona instanca, kao u drugim balkanskim zemljama. Ova služba nikada nije uspostavljena, a odluke muftija kontroliraju grčki građanski sudovi prve instance istog administrativnog okruga. Odluke postaju izvršne tek nakon odobrenja, ali budući da ratifikacija suda prve instance predstavlja priznavanje, pravni učinci muftijinih presuda smatraju se retroaktivnim (Tsitselikis, 2012, str. 392, 396).

U procesu ratifikacije ovi sudovi utvrđuju da li je muftijina odluka u granicama njegove nadležnosti i u skladu sa ustavom (Sezgin, 2017, str. 174). Međutim, ustavnost odluka u praksi je rijetko propitivana (Tsitselikis, 2012, str. 404). Sud prve instance u Trakiji je, u periodu između 1991. i 2011. u procesu ratifikacije više od 3600 presuda, samo u jednom slučaju utvrdio neustavnost odluke, kojom je muškom nasljedniku dodijeljen dvostruko veći nasljedni dio (7/21) u odnosu na nasljedni dio ženskog nasljednika (14/21), što je u suprotnosti sa članom 4, stav 2 Ustava Grčke. Sud je vratio slučaj muftiji Komotinija na ponovno odlučivanje, koji je donio istu odluku, bez brojčanog navođenja nasljednih dijelova, koristeći formulaciju „odgovarajući nasljedni dio“. Ovu odluku je sud prve instance ratificirao (Sezgin, 2018, str. 263).

Iako je nadležnost muftije jasno utvrđena Zakonom iz 1920 (reformiranog 1991.) i obuhvata samo muslimanske grčke državljane određenog administrativnog okruga, prilikom ratifikacije odluka različito je tumačena. Vrhovni sud je u odluci iz 1980. (1723/1980.) utvrdio da je šerijatsko pravo primjenljivo na sve grčke muslimane bez obzira na njihovo prebivalište, osim na stanovnike Dodecanese otoka (Sezgin, 2018, str. 258). S druge strane, u odluci suda prve instance u Xanthiju (203/2007) iz 2007. nije ratificirana presuda muftije (40/2004) i proglašen je nenadležnim za slučaj razvoda braka, jer je jedna stranka imala prebivalište nekoliko kilometara izvan Xanthija, u području koje se tradicionalno smatralo da spada u nadležnost muftije (Tsitselikis, 2012, str. 397). Ranije je sud prve instance Rodopija ratificirao odluku muftije o razvodu braka grčkih državljana muslimana iz Atine (98/1997) (Sezgin, 2018, str. 258). Mnoge kontradiktorne odluke postoje i u pogledu muftijine nadležnosti nad negrčkim muslimanima, kao i nemuslimanskim grčkim državljanima, kao u slučaju razvoda mješovitih brakova (Sezgin, 2017, str. 175).

Uprkos nerijetko restriktivnom tumačenju nadležnosti muftije, te činjenici da mirovni ugovor iz Lausanne primjenu šerijatskog prava nije učinio obavezujućom, već je predvidio kao mogućnost da se pitanja ličnog statusa rješavaju u skladu sa „muslimanskim običajima“, u praksi se smatra obavezujućom. Naime, grčki građanski sudovi se često proglašavaju nenadležnim u ovim pitanjima i upućuju ih muftiji, između ostalog, i kako ne bi bili optuženi da krše autonomiju manjinskih prava (Tsitselikis, 2012, str. 398).

Obavezujuća nadležnost muftije, osim što je suprotstavljena grčkom ustavnim poretku i međunarodnim dokumentima za zaštitu ljudskih prava, odražava i oživljava distinkciju između građana i članova *milleta* (Tsitselikis, 2012, str. 398). Na to je ukazao i ministar pravde, Antonis Roupakiotis, 2013., tvrdeći da nadležnost muftije mora biti izborna, budući da bi njeno shvatanje obavezujućom predstavljalo kršenje ustavnih i međunarodnih obaveza zaštite individualnih prava (Sezgin, 2018, str. 259).

Neusklađenost propisa šerijatskog prava sa grčkim pravom rezultira i u neusklađenosti odluka muftija, kao i suprotstavljenosti međunarodnim standardima zaštite ljudskih prava, na što se ukazivalo i u izvještajima Komesara za ljudska prava Vijeća Evrope, kao i Komiteta za ukidanje diskriminacije (Hammarberg, 2009). Neusklađenost se posebno očituje u zaključivanju brakova maloljenika, nejednakom pristupu na iniciranje razvoda braka, nejednakosti u nasljeđivanju i dr. (Tsavousoglou, 2015). Naprimjer, muftija Komotinja je 2005. izdao certifikat za zaključenje braka jedanaestogodišnjoj muslimanskoj djevojčici, uz suglasnost roditelja, što je odobrio javni ured za registraciju. Slučaj je bio predmet istrage u Njemačkoj pod sumnjom „seksualnog iskori-

štavanja maloljetnika” i okončan je razvodom braka usljed društvenog pritiska (Tsitselikis, 2012, str. 411). Iako bi prema Zakonu 1920/1991. sudovi prve instance trebalo da vrše kontrolu ustavnosti i takve odluke proglaše neizvršnim, to u praksi nije slučaj.

Osim toga, nemogućnost žalbe na presudu u meritornom dijelu na odluke muftije ne zadovoljava međunarodne standarde u vezi sa pravičnim suđenjem. Nije u skladu ni sa grčkim procesnim pravom, koje predviđa dvostruku sudsku kontrolu: putem apleacionih sudova i Vrhovnog suda (Tsitselikis, 2012, str. 404-405). U izvjesnom smislu, žalba na izvršnost odluke suda prve instance (kojom se odobrava muftijina odluka) pred sudom druge instance ili Vrhovnim sudom, predstavlja indirektni, ali ograničen način žalbe, jer se ne može dovoditi u pitanje meritum odluke (Sezgin, 2018, str. 258).

Početkom 2000-ih godina, grčka vlast je u kontekstu sistema zaštite manjina Evropske unije, poduzela niz mjera za unaprjeđivanje društveno-ekonomskog položaja muslimana u Trakiji. Od tada se može uočiti i restriktivnije tumačenje nadležnosti muftije. Iako i dalje nisu ispitivali ustavnost odluka muftija, sudovi prve instance kao i apelacioni sudovi češće su odbijali ratificirati ih i proglašavali su građanske sudove nadležnim za određena pitanja (Sezgin, 2018, str. 259). Tako je Apelacioni sud Trakije u odluci iz 2001., (7/2001), isključio iz nadležnosti muftije pitanja odnosa roditelja i djece, a odlukom iz 2006., (119/2006) i imovinska pitanja nakon razvoda braka. Niz odluka građanskih sudova u periodu između 2008. i 2011. isključili su i pitanje starateljstva (*epimeleia*) iz nadležnosti muftija, zbog zasnivanja odluka na vrlo uskom tumačenju „roditeljskog autoriteta“ (*goniki merimna*) (Sezgin, 2018, str. 261). Ovakvu praksu sudova Trakije muftija Komotinja je ocijenio „ukidanjem uspostavljenih normi“. (Tsitselikis, 2012, str. 402).

U pogledu nasljednog prava u kojem je muftija imao nadležnost za raspolaganje *mulk* imovinom (u isključivom vlasništvu) testamentom, kojim se ne može zavještati više od trećine imovine osobi koja nije srodnik ostavitelja, mnogi muslimani su zaobilazili ostavljajući testament ovjeren kod javnog bilježnika (*dimosia diathki*), u skladu sa grčkim pravom. Nekoliko odluka Apelacionog suda Trakije utvrdilo je da muslimani imaju slobodu izbora između nadležnosti muftije ili građanskih sudova u pitanjima nasljednog prava (392/2011) (Tsitselikis, 2012, str. 403) ili je čak nadležnost muftije u potpunosti isključena (439/2005, 642/2009, 392/2011, 192/2013) (Sezgin, 2018, str. 262).

Međutim, ovakav razvoj spriječio je Vrhovni sud, čije odluke odražavaju zvanični stav grčke vlade o očuvanju *statusa quo* u primjeni šerijatskog prava. U obrazloženjima presuda, Sud je u više navrata isticao da je primjena šeri-

jatskog prava u Zapadnoj Trakiji obaveza koja proističe iz međunarodnog ugovora, koja mu daje status „specijalnog prava“. S obzirom na taj status, ne može se propitivati njegova ustavnost niti usklađenost sa Evropskom konvencijom o ljudskim pravima ili javnim poretkom (Sezgin, 2018, str. 262). Najbolji pokazatelj takvog razvoja je slučaj Chatitze Molla Sali, koji je u konačnici razmatran pred Evropskim sudom za ljudska prava, o čemu će u nastavku biti više riječi.

2. Slučaj Molla Sali protiv Grčke

Nakon što je pripadnik muslimanske manjine u Trakiji, Mustafa Molla Sali, cjelokupnu imovinu testamentom zavještao supruzi, što je u skladu sa grčkim pravom, njegove sestre su pokrenule postupak pred sudom u Rodpoiiju. Dovodile su u pitanje validnost takvog testamenta, pozivajući se na obaveznu primjenu šerijatskog prava na pripadnike muslimanske manjine u Trakiji. Međutim, ni sud prve instance u Rodopiju, niti Apelacioni sud Trakije nije presudio u njihovu korist, ističući da primjena šerijatskog prava nije obavezujuća i da ostavitelj ima mogućnost izbora testamenta putem kojeg će raspolažati svojom imovinom. Vrhovni sud je, međutim, primjenu šerijatskog prava smatrao obavezujućom, tim više što nekretnine koje su predmet spora spadaju u *mulk*, kojima se nužno raspolaže primjenom šerijatskog prava, proglašivši testament ostavitelja nevažećim. Apelacioni sud Trakije je u ponovnom odlučivanju donio sličnu odluku. Supruga ostavitelja, Chatitze Molla Sali, nakon bezuspješnog obraćanja Vrhovnom sudu, obratila se Evropskom sudu za ljudska prava, pozivajući se na kršenje člana 6 stava 1 Konvencije (pravo na pravično suđenje) u vezi sa članom 14 (zabrana diskriminacije) i članom 1 (zaštita imovine) Prvog protokola Konvenciji.

Veliko vijeće Suda je odlučivalo samo u okviru člana 14 u vezi sa članom 1 Prvog protokola. Sud je utvrdio da bi primjena šerijatskog prava protiv volje ostavitelja bilo kršenje prava podnositeljice zahtjeva. Osim toga, različite odluke nacionalnih sudova o obaveznosti primjene šerijatskog prava i njegove usaglašenosti sa principom jednakosti i standardima ljudskih prava, stvorile su pravnu nesigurnost, koja je u sukobu sa vladavinom prava. Budući da sloboda religije ne podrazumijeva i osiguravanje primjene religijskog prava, negiranje članovima religijske zajednice da primjenjuju pravo države nije samo diskriminatorno već predstavlja i kršenje prava na samoidentifikaciju, koje je temelj međunarodnog prava o zaštiti manjina. Konačno, naglašavajući da niko ne može, u ime zaštite manjina, biti prisiljen da se protiv svoje volje podvrgne određenom režimu, Sud je jednoglasno utvrdio da je došlo do kršenja člana 14 Konvencije u vezi sa članom 1 Prvog protokola.

Još prije donošenja odluke Evropskog suda za ljudska prava u slučaju *Molla Sali protiv Grčke*, grčki parlament je, u januaru 2018., usvojio Zakon 4511, kojim se dozvoljava muslimanima Trakije mogućnost izbora između obraćanja muftiji i građanskim sudovima za rješavanje pitanja iz nadležnosti muftije (Anon., 2018). Pitanja nasljednog prava su prema ovom Zakonu u nadležnosti građanskih sudova, osim ukoliko ostavitelj izričito pred javnim bilježnikom ne izjavi da želi da se primjenjuju odredbe šerijatskog prava. Povlačenje odluke ostavitelja je dozvoljeno, u skladu sa odredbom grčkog Građanskog zakonika iz 1946 (Anthimos, 2018).

Mogućnost izbora obraćanja muftiji ili građanskim sudovima predstavlja primjenu principa „transformativne akomodacije“, koju je predlagao i nadbiskup Canterburyja, Rowan Williams, u pogledu priznavanja religijskih, posebno islamskih, sudova u Velikoj Britaniji. Prednost ovakvog pristupa, kako je istakao, predstavlja potreba reforme kako bi se zaštitila nadležnost ovih sudova, zbog mogućnosti njenog napuštanja usljed nefleksibilne, suviše restriktivne primjene religijskog prava (Williams, 2013, str. 32; Bras, 2013, str. 151–158). Takva reforma izvršena je u šerijatskim sudovima u Izraelu, a moguće je da će do nje doći i u Trakiji, čime bi Evropski sud za ljudska prava izvršio ulogu koju su propustili grčki sudovi (Sezgin, 2018, str. 265).

Parlamentarna skupština Vijeća Evrope je u Rezoluciji 2253 (2019), pozitivno ocijenila zakonodavne mjere kojima je uspostavljena izbornost nadležnosti muftije i primjene šerijatskog prava, te pozvala na implementaciju odluke Evropskog suda za ljudska prava u slučaju *Molla Sali protiv Grčke*. Ukazala je i na još jedno značajano, sporno pitanje – imenovanja muftija, te pozvala da se dozvoli izbor muftija kao isključivo vjerskog vođe (bez sudske nadležnosti), odnosno ukidanje primjene šerijatskog prava, kako je već preporučeno u Rezoluciji 1704 iz 2010.

3. Imenovanje ili izbor muftije

Zakon 2345 iz 1920. izmijenjen je 1991., ali su zadržane brojne ranije odredbe (Tsitselikis, 2012–13, str. 343). Izmijenjene odredbe se, uglavnom, tiču izbora muftije. Zakon iz 1920. predviđao je da muftije biraju direktno muslimanski građani prefekture u njegovoj nadležnosti, koji imaju pravo glasa na državnim izborima. Izabrani muftija bi bio promulgiran putem dekreta. Izmjene zakona iz 1990. predviđale su državno imenovanje muftija, a ne izbor. Od tada postoji pet muftija, jer muslimani zapadne Trakije nastavljaju birati muftije, koji ne priznaje grčka vlast, koja nastavlja imenovati muftije, koje ne priznaje muslimanska manjina. Tokom 1990. grčka vlast je imenovala dvojicu novih muf-

tija Komotinja i Xanthija, bez izbora, što je muslimanska manjina proglasila nezakonitim. Nakon zahtjeva dva člana parlamenta za organiziranje izbora za muftije Komotinja i Xanthija prema propisima Zakona iz 1920., na koji nisu dobili odgovor, izbori su organizirani samostalno. Za muftiju Xantija izabran je Mehmet Emin Aga, a za muftiju Komotinja Ismail Šerif (Tsitselikis, 2012, str. 417-420). Međutim, njihovo imenovanje nije prihvatila grčka vlast, kao ni određen procent muslimanskog stanovništva.

Protiv Ibrahima Šerifa pokrenut je krivični postupak zbog kršenja članova 175 i 176 Krivičnog zakona iz 1951 (dopunjenog zakonom 4254/2014), odnosno lažnog predstavljanja državnim službenikom. Krivični sud Soluna, što je potvrdio i Apelacioni sud, donio je osuđujuću presudu i izrekao kaznu od 6 mjeseci zatvora. Nakon neuspješne žalbe Vrhovnom sudu, Ibrahim Šerif se obratio Evropskom sudu za ljudska prava, pozivajući se na kršenje člana 9 (sloboda mišljenja, savjesti i vjeroispovijesti) Evropske konvencije o ljudskim pravima.

Sud je utvrdio da su sukobi u područjima u kojima su religijske zajednice podijeljene neophodna posljedica pluralizma, te da uloga države nije ukidanje pluralizma, već omogućavanje opstanka suprotstavljenih grupa (*Šerif protiv Grčke*, para 53). Pozivajući se na odluku u slučaju interveniranja bugarske vlasti u izbor vhovnog muftije – *Hasan i Chaush protiv Bugarske* (para 78), Sud je istakao da državne mjere, kojima se favorizira jedan predstavnik podijeljenih religijskih zajednica, s ciljem prisiljavanja zajednice da dođe pod jedinstveno vođstvo, predstavlja miješanje u slobodu religije. Osim toga, osuđivanje tužitelja na osnovu članova 175 i 176 Krivičnog zakona nije bilo “neophodno u demokratskom društvu zbog zaštite javnog poretka”. Shodno svemu navedenom, Sud je ustanovio da je došlo do kršenja člana 9 Evropske konvencije o ljudskim pravima (*Šerif protiv Grčke*, para 54).

Ista situacija postojala je u Xanthiju. Izabrani muftija, Mehmet Emin Aga, optužen je za kršenje člana 175 Krivičnog zakona, jer se „predstavljao“ kao muftija, pored službeno imenovanog muftije Emina Sinkoglua. Prvostepeno je osuđen na 120 mjeseci zatvora, što je u apelacionom postupku smanjeno na 70 mjeseci. Evropski sud za ljudska prava ustanovio je, pozivajući se na odluku u slučaju Šerif protiv Grčke, da je došlo do kršenja člana 9 Evropske konvencije o ljudskim pravima (*Agga protiv Grčke*, para 61).

Dakle, pitanje primjene šerijatskog prava u Grčkoj povezano je sa pitanjem imenovanja ili izbora muftija. Imenovanje muftija predstavlja miješanje vlasti u unutrašnja pitanja religijske zajednice i kršenje člana 9 Evropske konvencije o ljudskim pravima. Predstavlja i kršenje člana 6 Deklaracije o ukidanju

svih oblika netolerancije i diskriminacija zasnovanoj na religiji ili uvjerenju, usvojenoj 1981, koji garantira slobodu “podučavanja, postavljanja, izbora ili imenovanja po nasljeđivanju vođe prema zahtjevima i standardima svake religije ili uvjerenja“. Međutim, izbor muftije bi podrazumijevao gubitak sudske nadležnosti i, posljedično tome, prestanak primjene šerijatskog prava, kao što je slučaj u Bugarskoj i zemljama bivše Jugoslavije.

Primjena šerijatskog prava u evropskom pravnom poretku povlači niz pitanja, poput pitanja integracije i očuvanja jezičkog i religijskog identiteta manjina i odnosa individualnih i kolektivnih prava. Sudska nadležnost muftije smatra se značajnim za očuvanje identiteta manjine u Trakiji (Tsitselikis, 2012, str. 409). Slična situacija postojala je u jevrejskim zajednicama tokom perioda rasijanja i života u različitim političkim i pravnim okvirima, kao i među muslimanima u savremenom Izraelu (Memišević, 2019, str. 92–139).

Međutim, postavlja se pitanje neophodnosti primjene šerijatskog prava za očuvanje muslimanskog identiteta. Budući da šerijat, kao islamski normativni sistem, istovremeno predstavlja vjerske, etičke i pravne norme, kako ističe Fikret Karčić (2009), u odsustvu pravnih posljedica šerijatskih normi njihov religijski i etički aspekt je i dalje relevantan (str. 227).

Očuvanje pravnog pluralizma i mjera za zaštitu manjina predstavlja naslijeđe osmanskog komunitarizma i *millet* sistema, koji sadrži elemente koje su u suprotnosti sa evropskim standardima zaštite ljudskih prava. Primjena šerijatskog prava kao specijalnog prava isključuje pripadnike muslimanske manjine iz punog građanstva. Različite odluke nacionalnih sudova o obaveznosti primjene šerijatskog prava i njegove usaglašenosti sa principom jednakosti i standardima ljudskih prava, stvorile su pravnu nesigurnost, koja je u sukobu sa vladavinom prava, kako je istakao Evropski sud za ljudska prava.

Osim neusaglašenosti sa grčkim i uopće evropskim pravnim poretkom, ovakav pristup je diskriminatoran i u pogledu teritorijalnog ograničenja primjene šerijatskog prava na muslimane Zapadne Trakije. Ne primjenjuje se na muslimanske imigrante različitog etničkog porijekla, koji su nakon 1990-ih u nekoliko talasa useljavali u Grčku, tražeći utočište iz političkih ili ekonomskih razloga. Oni prema Konstantinos Tsitselikisu, autoru koji se bavi primjenom islamskog prava u Grčkoj, konstituiraju „novi islam“ (2004; 2012; 2019).

Teoretski, muslimani stranci u Grčkoj imaju više mogućnosti da primjenjuju šerijatsko pravo od grčkih državljana, pod uslovom da se šerijatsko pravo primjenjuje u njihovim matičnim državama. Grčki Građanski zakonik predviđa da je u određenim slučajevima na strance primjenljivo pravo matične države.

Shodno tome, grčki sud može ili mora primijeniti relevantne odredbe šerijatskog prava u pitanjima uslova braka (član 13), ličnih i imovinskih pitanja supružnika (čl. 14, 15), usvojenja, (člana 23), odnosa između roditelja i djece (član 24), starateljstva nad maloljetnim (član 24), razvoda (član 16) i nasljeđivanja (član 28). Međutim, primjena ovih odredaba zavisi od usaglašenosti sa grčkim javnim poretkom ili javnim moralom. Budući da poligamija nije u skladu sa javnim poretkom, ne može biti primijenjena u Grčkoj. Kao rezultat toga, Zakon 3386/2005 koji regulira i spajanje porodica nije primjenjiv na poligamne brakove (član 54), čemu je posljedica dvostruka diskriminacija žena (Tsitselikis, 2012, str. 426). U praksi, muslimanski imigranti se ne obraćaju grčkim sudovima, najčešće jer nisu upoznati s ovim mogućnostima, sa kojima često nisu upoznate ni same sudije grčkih sudova, kao ni sa ograničenjem nadležnosti muftija, kojima ih upućuju (Tsitselikis, 2012, str. 428).

Koncept zaštite vjerskih manjina sa pravnom autonomijom nije prihvatljiv za savremenu Evropu, a počeo se napuštati još od političke emancipacije Jevreja, tokom 18. stoljeća, kada su im data individualna prava građana, eliminišući istovremeno kolektivna prava zajednica (Memišević, 2019, str. 136). Upravo evropsko iskustvo sa pozicijom jevrejskih zajednica i primjenom jevrejskog prava, kako ističe Fikret Karčić (2019), može biti korisno za rješavanje pitanja primjene šerijatskog prava u evropskom pravnom poretku. Opredjeljujući se za sekularnu državu i puno pravo građanstva Jevreji su prihvatili dva temeljna principa: poštivanje državnog prava (*dina de malkhuta dina*) i razvoj jevrejskog prava (*halakhah*) u dijaspori koji je odražavao poseban položaj jevrejske zajednice (str. 126). U tom pogledu, kako ističe Karčić, muslimani bi ove principe mogli prihvatiti putem koncepta ugovora (*ahd*) sa državom, kojim se obavezuju da poštuju državne zakone i građanske dužnosti, a država se obavezuje da im granatira ljudska i građanska prava. Drugi princip – razvoj islamske vjersko-pravne misli koja bi odražavala njihov manjinski položaj, već je u procesu – *fiqh al aqalliyat* (manjinska jurisorudencija) (str. 127).

U tom pogledu, šerijatsko pravo bi se u evropskom pravnom poretku moglo primjenjivati vanskudskim putem, osnivanjem tijela za arbitražu (*tahkim*) i medijaciju (*sulh*), kao što je slučaj u Ujedinjenom Kraljevstvu. Na ovaj način, vjernici se na temelju savjesti i slobodnog izbora odlučuju na primjenu religijskog prava, a nisu na to obavezani zbog pripadnosti određenoj zajednici. Budući da se odluka arbitražnog tijela može proglasiti neizvršnom u slučaju „ozbiljnih neregularnosti“, ovakav pristup predstavlja, bar teoretski, efikasan sistem kontrole usklađenosti primijenjenih propisa sa pravom države.

Mogućnost da se privatni sporovi rješavaju vanskudskim putem već je uspostavljena grčkim pravom. Direktivu 2008/52/EC Evropskog parlamenta i Vijeća iz

2008., Grčka je implementirala donošenjem Zakona o medijaciji u građanskim i trgovačkim pitanjima 3898/2010. Ali, usljed nedostatka kulture vansudskog rješavanja sporova, još uvijek nije u praksi (Tsitselikis, 2012, str. 414)

III. Zaključak

Pitanje pravnog pluralizma u savremenom kontekstu nerijetko je predmet oštrih političkih rasprava. Zahtjevi za akomodacijom religije i kulture, uključujući i primjenu religijskog prava na pojedina porodična pitanja u Evropi, neminovna su posljedica imigracije nakon razaranja u 20. stoljeću, kolonizacije koja je tome prethodila, te globalizacije i drugih procesa koji su uslijedili.

Pluralizam u njegovim različitim aspektima i oblicima prepoznat je u praksi Evropskog suda za ljudska prava kao osnovna odlika i preduvjet demokratiskog društva Ali, pitanje pravnog pluralizma, definiranog kao koegzistencija dvaju ili više pravnih sistema u jednom području, znatno je složenije, jer omogućava stvaranje autonomnih i sukobljenih normativnih i pravnih sistema.

Pravni pluralizam proglašen je neusklađenim sa demokratskim vrijednostima i Evropskom konvencijom o ljudskim pravima u praksi Evropskog suda za ljudska prava, između ostalog, i jer narušava princip nediskriminacije i jer bi ugrozio ulogu države kao garanta individualnih prava i sloboda.

Primjer obavezujuće primjene islamskog prava, kako su nekonzistentno tumačili grčki autoriteti, na pripadnike muslimanske manjine Zapadne Trakije u Grčkoj skoro stoljeće, pokazuje kako koncept zaštite vjerskih manjina sa pravnom autonomijom nije prihvatljiv za savremenu Evropu. Primjena islamskog prava kao specijalnog prava isključuje pripadnike muslimanske manjine iz punog građanstva. Ukazuje i na mogućnost političke instrumentalizacije primjene islamskog prava i uopće posebne zaštite manjinskog muslimanskog stanovništva.

Stoga bi dalji razvoj trebalo da podrazumijeva integraciju manjine u puno pravo građanstva, a da se eventualna primjena islamskog prava na pojedina pitanja porodičnog prava ostavi kao mogućnost izbora rješavanja sporova vansudskim putem. Pri tome, iskustvo normativnog pluralizma i primjene normi islamskog prava u šerijatskim vijećima – koja djeluju neformalno i čije odluke nisu pavnoobavezujuće – i Muslimanskog abitražnog suda – osnovanog na osnovu Zakona o aribtraži i čije su odluke pravnoobavezujuće osim u slučaju “ozbiljnih neregularnosti” moralo bi biti razmatrano ukoliko se odluči za ovakav model.

Bibliografija

Izvori

Agga v Greece, 50776/99, 52912/99 (2003). [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["agga"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER"\],"chamber":\["CHAMBER"\],"itemid":\["001-60690"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

Arbitration (Scotland) Act 2010. http://www.legislation.gov.uk/asp/2010/1/pdfs/asp_20100001_en.pdf

Arbitration Act 1996. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/data.pdf>

Convention Concerning the Exchange of Greek and Turkish Populations, *The American Journal of International Law, Supplement: Official Documents*, 18 (2), 1924, str. 84-90

Handyside v. The United Kingdom, 5493/72 (1976).

<https://www.refworld.org/cases,ECHR,3ae6b6fb8.html>

Hasan and Chaush v. Bulgaria, 30985/96, (2000). [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["hasan%20chaush"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER"\],"chamber":\["CHAMBER"\],"itemid":\["001-58921"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

Molla Sali v. Greece, 20452/14, (2018). [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-188985"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey [GC], 41340/98, 41342/98, 41343/98, (2003). [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["refah"\],"itemid":\["001-60936"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

Resolution 1704 (2010), Freedom of Religion and Other Human Rights for Non-Muslim Minorities in Turkey and for the Muslim Minority in Thrace (Eastern Greece), <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=17807&lang=en>

Resolution 1868 (2012), The International Convention for the Protection of all Persons from Enforced Disappearance, Parliamentary Assembly, Council of Europe <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=18076&lang=EN>

Resolution 2253 (2019), Sharia, the Cairo Declaration and the European Convention on Human Rights, <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=25353>

- Serif v. Greece, 38178/97 (2000). [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"full-text":\["serif%20v%20greece"\],"documentcollectionid2":\["GRANDC-HAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-58518"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)
- The Constitution of Greece. <https://www.hellenicparliament.gr/en/Vouli-ton-Ellinon/To-Politevma/Syntagma/>
- The Treaty of Peace Between Turkey and Greece, *The American Journal of International Law, Supplement: Official Documents*, 8 (1), 1914, str. 46–55
- Treaty between Great Britain, Germany, Austria, France, Italy, Russia, and Turkey for the Settlement of Affairs in the East: Signed at Berlin, July 13, 1878, *The American Journal of International Law, Supplement: Official Documents*, 4 (2), 1908, str. 401–424
- Treaty of Peace Between Bulgaria and Turkey, *The American Journal of International Law, Supplement: Official Documents*, 8 (1), 1914, str. 27–45
- Treaty of Peace Between the Principal Allied and Associated Powers and the Serb-Croat-Slovene State, *The American Journal of International Law, Supplement: Official Documents*, 14 (4), 1920, str. 333–343
- Treaty of Peace, The American Journal of International Law, Supplement: Official Documents*, 18 (1), 1924, str. 4–53, 15, član 42, st. 1
- Treaty of Vienna (1969), http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf,

Knjige

- Anagnostopoulos, A. N. (2017). *Orthodoxy and Islam Theology and Muslim-Christian Relations in Modern Greece and Turkey*. London, New York: Routledge.
- Broyde, J. M. (2017). *Sharia Tribunals, Rabbinical Courts and Christian Panels: Religious Arbitration in America and the West*. New York: Oxford University Press.
- Clark, B. (2006). *Twice a Stranger: The Mass Expulsions that Forged Modern Greece and Turkey*. Cambridge: Harvard University Press.
- Karčić, F. (2011). *Studije o šerijatskom pravu i institucijama*. Sarajevo: El-kalem, Centar za napredne studije.
- Karčić, F. (2005). *Šerijatski sudovi u Jugoslaviji 1918–1941*. Sarajevo: Fakultet islamskih nauka, El-kalem.

- Karčić, H. (2018). *Šerijat i pravni pluralizam u Evropi: primjeri koegzistencije religijskog i sekularnog prava na Starom kontinentu*. Sarajevo: Centar za napredne studije.
- Karpat, H. K. (1985). *Ottoman Population 1830–1914: Demographic and Social Characteristics*. Madison: University of Wisconsin Press.
- Katsikas, S. (2021). *Islam and Nationalism in Modern Greece, 1821– 1940*. New York: Oxford University Press.
- McCarthy, J. (1995). *Death and Exile: The Ethnic Cleansing of Ottoman Muslims 1821–1922*. Princeton: Darwin Press.
- Memišević, E. (2019). *Sudovi: komparativna studija*. Sarajevo: Centar za napredne studije.
- Neuburger, M. (2004). *The Orient Within: Muslim Minorities and the Negotiation of Nationhood in Modern Bulgaria*. Ithaca, London: Cornell University Press.
- Petropoulos, A. J. (1968). *Politics and Statecraft in the Kingdom of Greece, 1833–1843*. Princeton University Press.
- Tsitselikis, K. (2012). *Old and New Islam in Greece: From Historical Minorities to Immigrant Newcomers*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.

Članci i poglavlja u knjigama

- Alexandris, A. (2003). Religion or Ethnicity: The Identity Issue of the Minorities in Greece and Turkey. U: R. Hirschon (ed.). *Crossing the Aegean: An Appraisal of the 1923 Compulsory Population Exchange between Greece and Turkey* (str. 117–132). New York, Oxford: Berghahn Books.
- Bras, P. J. (2013). The British Debate Over Sharia Councils: A French-Style Controversy?. U: N. Göle (Ed.). *Islam and Public Controversy in Europe* (str. 151–158). London, New York: Routledge.
- Hirschon, R. (2003). 'Unmixing Peoples' in the Aegean Region. U: R. Hirschon (Ed.). *Crossing the Aegean: An Appraisal of the 1923 Compulsory Population Exchange between Greece and Turkey* (str. 3–12). New York, Oxford: Berghahn Books.
- Hirschon, R. (2009). History's Long Shadow: The Lausanne Treaty and Contemporary Greco-Turkish Relations. U: O. Anastasakis, K. A. Nicolaidis, K. Öktem (Eds.). *In the Long Shadow of Europe: Greeks*

and Turks in the Era of Postnationalism (str. 73–93). Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers.

- Hirschon, R. (2009). The Consequences of the Lausanne Convention: An Overview. U: O. Anastasakis, K. A. Nicolaidis, K. Öktem (Eds.). *In the Long Shadow of Europe: Greeks and Turks in the Era of Postnationalism* (str. 13–20). Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers.
- Holm, S., Oliva, J. G. Religion and Law in Twenty-First Century England: Tradition and Diversity. U: R. Bottoni, R. Cristofori, S. Ferrari (Eds.), *Religious Rules, State Law, and Normative Pluralism – A Comparative Overview* (str. 375–393). Springer.
- Karčić, F. (2009). Od prava do etike: proces modernizacije i reinterpretacije šerijata u BiH. *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, LII, str. 225–234
- Karčić, F. (2019). Islamska jurisdikcija u Evropi. U: E. Karić, R. Potz, D. Quistrop (ured.). *Država i religije u Bosni i Hercegovini i Austriji: pravni okvir za islam u evropskom kontekstu* str. 125–127. Verlag Österreich.
- Karpat, H. K. (2002). *Millets and Nationality: The Roots of the Incongruity of Nation and State in the Post-Ottoman Era*. U: K. H. Karpat, *Studies on Ottoman Social and Political History* (str. 611–646). Leiden, Boston, Koln: Brill.
- Karpat, H. K. (2002). The Balkan National States and Nationalism: Image and Reality. U: K. H. Karpat, *Studies on Ottoman Social and Political History* (str. 434–472). Leiden, Boston, Koln: Brill.
- Karpat, H. K. (2002). The Social and Political Foundations of Nationalism in South East Europe After 1878: A Reinterpretation. U: K. H. Karpat, *Studies on Ottoman Social and Political History* (str. 352–384). Leiden, Boston, Koln: Brill.
- Katsikas, S. (2013). Hostage Minority: the Muslims of Greece (1923– 41). U: B. C. Fortna, S. Katsikas, D. Kamouzis, P. Konortas (Eds.). *State-Nationalisms in the Ottoman Empire, Greece and Turkey: Orthodox and Muslims, 1830–1945* (str. 153–175). London, New York: Routledge.
- Katsikas, S. (2013). *Millet Legacies in a National Environment: Political Elites and Muslim Communities in Greece (1830s–1923)*. U: B. C. Fortna, S. Katsikas, D. Kamouzis, P. Konortas (Eds.). *State-Nationalisms in the Ottoman Empire, Greece and Turkey: Orthodox and Muslims, 1830–1945* (str. 47–72). London, New York: Routledge.

- Koker, T., Keskiner, L. (2003). Lessons in Refugeehood: The Experience of Forced Migrants in Turkey. U: R. Hirschon (Ed.). *Crossing the Aegean: An Appraisal of the 1923 Compulsory Population Exchange between Greece and Turkey* (str. 193–208). New York, Oxford: Berghahn Books.
- Koufopoulou, S. (2003). Muslim Cretans in Turkey: The Reformulation of Ethnic Identity in an Aegean Community. U: R. Hirschon (Ed.). *Crossing the Aegean: An Appraisal of the 1923 Compulsory Population Exchange between Greece and Turkey* (str. 209–220). New York, Oxford: Berghahn Books.
- Kyriazi, T. (2020). Legal Pluralism, Sharia Law and the Right to Fair Trial: A Case for Incompatibility Within the Council of Europe. *The International Journal of Human Rights*. DOI: 10.1080/13642987.2020.1822333, str. 1-25
- Meinardus, M. (2002). Muslims: Turks, Pomaks and Gypsies. U: R. Clogg (Ed.). *Minorities in Greece: Aspects of a Plural Society* (str. 81–93). London: Hurst & Company.
- Oran, B. (2003). The Story of Those Who Stayed: Lessons From Articles 1 and 2 of the 1923 Convention. U: R. Hirschon (Ed.). *Crossing the Aegean: An Appraisal of the 1923 Compulsory Population Exchange between Greece and Turkey* (str. 97–116). New York, Oxford: Berghahn Books.
- Prief, Y. (2019). Muslim Legal Practice in the United Kingdom: the Muslim Arbitration Tribunal. U: N. Oberauer, Y. Prief, U. Qubaja (Eds.). *Legal Pluralism in Muslim Contexts* (str. 12–42). Leiden, Boston: Brill.
- Rohe, M. (2018). Islamic Law in Western Europe. U: A. M. Emon, R. Ahmed, (Eds.). *The Oxford Handbook of Islamic Law* (str. 725–749). New York: Oxford University Press.
- Sezgin, Y. (2017). Reforming Muslim Family Laws in Non-Muslim Democracies. U: J. Cesari, J. Casanova (Eds.). *Islam, Gender, and Democracy in Comparative Perspective*, (str. 160–187). New York: Oxford University Press.
- Sezgin, Y. (2018). Muslim Family Laws in Israel and Greece: Can Non-Muslim Courts Bring about Legal Change in Shari‘a?. *Islamic Law and Society*, 25, 235–273
- Stelaku, V. (2003). Space, Place and Identity: Memory and Religion in Two Capadocian Greek Settlements. U: R. Hirschon (Ed.). *Crossing the Aegean: An Appraisal of the 1923 Compulsory Population Exchange between Greece and Turkey* (str. 179–192). New York, Oxford: Berghahn Books.

- Tsavousoglou, I. (2015). The Legal Treatment of Muslim Minority Women under the Rule of Islamic Law in Greek Thrace. *Oslo Law Review*, 3, str. 241–262
- Tsitselikis, K. (2004). The Legal Status of Islam in Greece. *Die Welt des Islams*, 44 (3), 402–431
- Tsitselikis, K. (2008). Reciprocity as a Regulatory Pattern for the Treatment of the Turkish/Muslim Minority of Greece. U: S. Akgönül (Ed.). *Reciprocity. Greek and Turkish Minorities: Law, Religion and Politics* (str. 163–189). Istanbul: Bilgi Univeristy Press.
- Tsitselikis, K. (2010). Applying Shari'a in Europe: Greece as an Ambivalent Legal Paradigm. U: J. Nielsen, S. Akgönül, A. Alibašić, B. Maréchal, C. Moe (Eds.). *Yearbook of Muslims in Europe* (str. 663–679). Leiden, Boston: Brill, 2010.
- Tsitselikis, K. (2012-13). Seeking to Accommodate Shari'a Within A Human Rights Framework: The Future of The Greek Shari'A Courts. *Journal of Law and Religion*, 28 (2), 341–360
- Tsitselikis, K. (2012). Aspects of Legal Communitarianism in Greece: Between *Millet* and Citizenship. *Oñati Socio-Legal Series*, 2 (7), 106–118
- Tsitselikis, K. (2013). A Surviving Treaty: The Lausanne Minority Protection in Greece and Turkey. U: K. Henrard (Ed.). *The Interrelation Between the Right to Identity of Minorities and their Socio-economic Participation* (str. 287–313). Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publisher.
- Vora, V. (2019). Unregistered Muslim Marriages in the United Kingdom. U: N. Oberauer, Y. Prief, U. Qubaja (Eds.). *Legal Pluralism in Muslim Contexts* (str. 43-62). Leiden, Boston: Brill.
- Williams, R. (2013). Civil and Religious Law in England: A Religious Perspective. U: R. Griffith-Jones (Ed.). *Islam and English Law: Rights, Responsibilities and the Place of Shari'a*, (str. 20–33). New York: Cambridge University Press.

Internet izvori

- Anthimos, A. (2018.) Sharia law in Greece: Blending European values with Islamic tradition. Preuzeto: 05. novembra 2022, sa: <http://conflictoflaws.net/2018/sharia-law-in-greece-blending-european-values-with-islamic-tradition/>

- Athens passes bill enabling Muslim Turks to choose civil or Sharia courts (2018). Preuzeto: 05. novembra 2022, sa: <https://www.dailysabah.com/politics/2018/01/11/athens-passes-bill-enabling-muslim-turks-to-choose-civil-or-sharia-courts>
- Douglas, G., Doe N., Gilliat-Ray, S. Sandberg, R., Khan, A. (2011). *Social Cohesion and Civil Law: Marriage, Divorce and Religious Courts: Report of a Research Study funded by the Arts and Humanities Research Council*, <http://www.law.cf.ac.uk/clr/research/cohesion>.
- Gross, A. (2011). *The situation of the inhabitants of Rhodes and Kos with a Turkish cultural background*. Report, 12526. Preuzeto, 06. novembra 2022, sa: <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=12646&lang=en>.
- Haidrani, S. (2016). What Do British Muslim Women Think About the Casey Review?, Preuzeto 05. novembra 2022, sa: <https://www.vice.com/en/article/vvdyqm/what-do-british-muslim-women-think-about-casey-review>
- Louise Casey (2016). *The Casey Review: A review into opportunity and integration*. https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/575973/The_Casey_Review_Report.pdf
- Sidiqui, M., Hutchinson A., Momtaz S. & Hedley M., (2018). *The independent review into the application of sharia law in England and Wales*, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/678478/6.4152_HO_CPGF_Report_into_Sharia_Law_in_the_UK_WEB.pdf

Ehlimana Memišević, PhD

Assistant professor

University of Sarajevo

Faculty of Law

e.memisevic@pfsa.unsa.ba

**LEGAL PLURALISM IN THE EUROPEAN UNION:
APPLICATION OF ISLAMIC LAW IN FAMILY MATTERS**

Summary

The issue of legal pluralism, i.e. the possibility of applying religious, mainly Islamic, a law in the European legal order raises many issues, such as the issue of integration and preservation of the linguistic and religious identity of minorities, and the relationship between individual and collective rights. Understood as the coexistence of two or more legal systems in one area, legal pluralism has been declared incompatible with democratic values and the European Convention on Human Rights in the practice of the European Court of Human Rights, because it, among other things, violates the principle of non-discrimination.

The obligatory application of Islamic law, as was inconsistently interpreted by the Greek authorities, to members of the Muslim minority of Western Thrace in Greece for almost a century confirms it. The concept of protecting religious minorities with legal autonomy is not acceptable in modern Europe. The application of Islamic law as a special law excludes members of the Muslim minority from full citizenship.

*The application of Islamic law in the European legal order could be ensured by the forum shopping, as concluded by the European Court of Human Rights in the case of *Molla Sali v. Greece*. However, the conflict regarding the issue of appointing or electing a mufti, who has judicial jurisdiction, and securing his election would entail the complete abolition of the application of Islamic law and the reduction of the mufti to an exclusively religious leader. In this regard, Islamic law could be applied extrajudicially, by establishing bodies for arbitration and mediation, whereby believers, based on conscience and free choice, would decide to apply religious law and are not obliged to do so because of belonging to a particular community. Since the decision of the arbitration body can be declared unenforceable in the case of “serious irregularities”, this*

approach would represent, at least in theory, an efficient system of controlling the compliance of the applied regulations with state law.

Keywords: *Islamic law, family law, legal pluralism, European Union, Greece, Western Thrace*

Dr. sc. Hajrija Sijerčić-Čolić

Professor emeritus

Univerzitet u Sarajevu

Pravni fakultet

h.sijercic.colic@pfsa.unsa.ba

UDK 343.1:616.9(497.6)

Pregledni naučni rad

Dr. sc. Vildana Pleh

Vanredna profesorica

Univerzitet u Sarajevu

Pravni fakultet

v.pleh@pfsa.unsa.ba

PANDEMIJA COVID-19, DUGOTRAJNOST KRIVIČNOG POSTUPKA I ORGANIZACIJA SUĐENJA U BOSNI I HERCEGOVINI

Sažetak

Izazovi u kriznim vremenima, poput pandemije COVID-19, prilike su u kojima se pokazuju mnoge prednosti i slabosti jednog sistema. Krivično pravosuđe u tim vremenima bilo je pred posebnim izazovom. S jedne strane je efikasnost rada i odvijanje procesa suđenja, a s druge zaštita zagarantovanih ljudskih prava, pri čemu je ostvarivanje jednih uslovljeno ograničavanjem drugih prava. Upravo u ovom radu autorice se bave efikasnošću rada krivičnog pravosuđa u BiH u vrijeme pandemije COVID-19 s aspekta dugotrajnosti krivičnog postupka i organizacije suđenja. Analiziranju rezultata istraživanja prethodi prikaz rada krivičnog pravosuđa kroz statističke podatke u 2020. i 2021. godini kako bi se dobila slika stanja u krivičnom pravosuđu i tendencije koje su iz ponuđenih podataka proizašle. U radu se analizira normativni okvir u pandemijskim uslovima i proces donošenja različitih dokumenata, zatim obezbjeđivanje pretpostavki za što efikasniji rad pravosuđa, naročito kroz omogućavanje online suđenja i pri tome osiguravanje zaštite ljudskih prava. Također, prikazane su i odluke Ustavnog suda BiH koje se odnose na kršenje prava na slobodu i pravičan postupak. Na kraju, autorice su predstavile istraživanje o radu krivičnog pravosuđa u BiH u vrijeme pandemije COVID-19 dokazujući postavljene hipoteze evaluacijom rada sudova koji u okviru svoje stvarne nadležnosti vrše funkciju presuđenja u krivičnim stvarima. Rezultati ovog istraživanja potvrđuju

postavljene hipoteze o dugotrajnosti i efikasnosti krivičnog pravosuđa i organizaciji suđenja u BiH.

Ključne riječi: *pandemija COVID-19, krivično pravosuđe, efikasnost rada, propisi, empirijsko istraživanje, Bosna i Hercegovina*

Uvod

Epidemiološka kriza izazvana pandemijom COVID-19 tokom 2020. otvorila je brojna medicinska, ekonomska, socijalna, pravna, politička, psihološka, etička i druga pitanja. Neka od njih su i dalje aktuelna, druga su izgubila na značaju, ali izazovi s kojima su se suočile države još dugo će biti predmetom interesa i rasprave. Među njima posebno mjesto pripada krivičnom pravosuđu i organizaciji njegovog rada, odvijanju krivičnih postupaka i njihovoj efikasnosti, te procesnim garancijama i njihovom osiguranju. Naime, proglašenje pandemije COVID-19 u svjetskim okvirima imalo je za posljedicu nove trendove u radu tužilaštava i sudova, odvijanju krivičnih postupaka i suočavanju s pravnim izazovima u odlučivanju o krivičnom djelu i njegovom učiniocu. Drugim riječima, sudsko odlučivanje u posebnim zdravstvenim okolnostima koje se nisu mogle predvidjeti niti se na njih moglo uticati, pri čemu je broj zaraženih nekontrolisano rastao i kulminirao kroz nekoliko valova epidemije, neminovno je bilo povezano s određenim pravnim pitanjima i dilemama. Konačno, sudski postupci, koji po mnogim parametrima traju (pre)dugo, sada su se dodatno produžili jer je na sudovima, bez obzira na epidemiološke mjere, bilo nemoguće izbjeći kako zarazu koronavirusom tako i samoizolaciju učesnika u konkretnom postupku.

1. Rad krivičnog pravosuđa kroz statističke podatke (2020. i 2021.)

U procesu propisivanja i uvođenja zaštitnih epidemioloških mjera (kao što su: izolacija, zabrana kretanja, zabrana okupljanja većeg broja osoba u istom prostoru, propisana distanca), vrlo brzo se pokazalo svuda po svijetu, pa i u Bosni i Hercegovini, da one mogu ugroziti meritorno odlučivanje u krivičnom pravosuđu i uticati na kvalitet, transparentnost i efikasnost rada sudova (Sijerčić-Čolić, 2020). S tim u vezi, u Godišnjem izvještaju Visokog sudskog i tužilačkog vijeća Bosne i Hercegovine (dalje: VSTV BiH) za 2020. godinu istaknuto je sljedeće: “Bitno je napomenuti da je 2020. godina predstavljala poseban izazov u pogledu očuvanja efikasnosti rada sudova, imajući u vidu proglašenja vanrednog stanja / stanja nesreće usljed pojave pandemije uzrokovane virusom COVID-19. Pojava pandemije globalnih razmjera je negativno uticala i na rad sudova, što se posljedično odrazilo i na njihovu

efikasnost. Usljed toga, u skladu s odlukama nadležnih kriznih štabova rad sudova je bio u značajnoj mjeri ograničen na taj način da su se u početnom periodu pojave pandemije rješavali samo predmeti hitne prirode, a u kasnijoj fazi suđenja i ročišta su održavana u predmetima za koje se moglo obezbijediti poštovanje epidemioloških mjera uzimajući u obzir prostorne kapacitete svakog pojedinačnog suda” (Visoki sudski i tužilački savjet BiH, 2021, str. 41). U sekciji Izvještaja u kojoj se analiziraju zbirni statistički podaci o radu redovnih sudova u 2020. godini navodi se da su u poređenju sa 2019. evidentne posljedice ograničenja i poteškoća u radu usljed pandemije COVID-19. Tako naprimjer, prema podacima o neriješenim predmetima značajno povećanje njihovog broja zabilježeno je na prekršajnom referatu (34,5%), dok je na krivičnom evidentno smanjenje broja neriješenih predmeta za 2,7%. Istovremeno, kada je riječ o krivičnom pravosuđu, došlo je do smanjenja priliva predmeta za 12,4%. Podaci o riješenim predmetima po vrstama u odnosu na 2019. pokazuju da su sudovi tokom 2020. godine riješili manji broj svih vrsta predmeta, pa i krivičnih; broj riješenih krivičnih predmeta manji je za 13,2% (Visoki sudski i tužilački savjet BiH, 2021, str. 128–130). Godišnji izvještaj VSTV BiH za 2021. godinu pokazuje da su pravosudne institucije nastojale riješiti zaostatke iz prethodne godine, ujedno poštujući preporučene epidemiološke mjere. Tako su sudovi postavljene planove realizovali za 7% više u odnosu na prethodni jednogodišnji period, čime je ostvareni obim realizovanih planova dostigao 87% od planiranog. Imajući u vidu da se teže pronalaze načini rješavanja kriza koje su posljedica dugotrajnosti postupaka, u Izvještaju se ističe da za rast efikasnosti rada sudova posebno mjesto ima izrada planova rješavanja predmeta u sudovima čime se osigurava ostvarenje prava stranaka na pravično suđenje u razumnim rokovima (Visoki sudski i tužilački savjet BiH, 2022, str. 8, 31). A analiza statističkih podataka o radu krivičnih sudova u 2021. godini pokazuje sljedeće. Tokom 2021. godine, zabilježen je rast priliva krivičnih predmeta za 12,1% i, očekivano, nastavljen je trend rasta broja neriješenih krivičnih predmeta za 2,2%. U odnosu na 2020. godinu, sudovi su tokom 2021. povećali broj riješenih predmeta po svim vrstama predmeta, pa je povećanje broja riješenih predmeta i to za 10,4% zabilježeno i u krivičnim postupcima (Visoki sudski i tužilački savjet BiH, 2022, str. 73–75).¹ VSTV BiH, u oba izvještaja, konstatuje da se komparacijom promjene broja neriješenih predmeta i promjene priliva predmeta može utvrditi da li je promjena broja neriješenih predmeta uzrokovana promjenom priliva ili aktivnostima unutar sudova. Ta komparacija može nas usmjeriti

¹ Za svestraniju analizu navedenih statističkih podataka, tj. za potpunu informaciju o protoku predmeta u sudovima potrebno je sagledati, kroz ove izvještaje, statističke podatke o neriješenim predmetima u sudovima, prilivu predmeta, kao i broju riješenih predmeta u sudovima.

na sljedeće zaključke: - o izuzetno pozitivnom trendu govorimo onda kada je zabilježeno smanjenje broja neriješenih predmeta, uprkos povećanju priliva; - pozitivan trend ogleđa se u tome da je smanjenje broja neriješenih predmeta znatno veće od smanjenja priliva; - negativan trend pokazuje smanjenje broja neriješenih predmeta, ali to smanjenje je znatno manje od smanjenja priliva; o izuzetno negativnom trendu govorimo onda kada je povećanje broja neriješenih predmeta znatno veće od povećanja priliva predmeta; konačno, može se uočiti i da je promjena broja neriješenih predmeta srazmjerna promjeni priliva, te da je povećanje broja neriješenih predmeta srazmjerno povećanju priliva. Zbog toga, promjena broja neriješenih predmeta može biti uzrokovana promjenom priliva ili promjenom broja riješenih predmeta ili kombinacijom ta dva faktora.²

Kao što je poznato, u optici krivičnog pravosuđa, sudske aktivnosti neodvojivo su povezane s funkcijom krivičnog gonjenja i aktivnostima tužilaštva. Zbog toga, i povezujući s prethodnim izlaganjima, ukratko ćemo se osvrnuti na rad tužilaštava u Bosni i Hercegovini u 2020. i 2021. godini: “S obzirom na pandemiju COVID-19 i Odluku VSTV-a BiH o radu na prioritetnim predmetima, u toku 2020. godine tužilaštva su kako zbog zatvaranja, tako i zbog bolovanja zaposlenih imala znatno manji broj radnih dana što se značajno odrazilo i na dinamiku procesuiranja svih vrsta krivičnih djela. Prema podacima iz 2020. godine, vidljivo je da su tužilaštva zaprimila ukupno 21.288 predmeta protiv poznatih počinitelja, što je 5% manje u odnosu na broj predmeta zaprimljenih u 2019. godini. Broj neriješenih predmeta na dan 31. 12. 2020. godine bio je 15.608, što je 15% više u odnosu na broj neriješenih predmeta na dan 31. 12. 2019. godine (13.546). Tokom 2020. tužilaštva su podigla 9.678 optužnica, što je za 16% manje u odnosu na broj podignutih optužnica u toku 2019. kada je podignuto 11.485 optužnica” (Visoki sudski i tužilački savjet BiH,

² Primjera radi, povećanje priliva predmeta za 10% može prouzrokovati povećanje broja neriješenih predmeta za 10% iz čega bi se moglo zaključiti da je povećanje broja neriješenih predmeta uzrokovano povećanjem priliva. Ukoliko ulaganjem dodatnog napora sudovi uspiju riješiti dio povećanog priliva predmeta, tada će povećanje broja neriješenih predmeta biti manje od povećanja priliva. Ilustracije radi, priliv predmeta može biti povećan za 10%, a broj neriješenih predmeta za 5% što bi se moglo definisati kao pozitivan rezultat. Suprotno, negativan rezultat znači da je povećanje broja neriješenih predmeta veće od povećanja priliva (npr. priliv predmeta može biti povećan za 10% a broj neriješenih predmeta za 15%). Opširnije u godišnjima izvještajima Visokog sudskog i tužilačkog vijeća BiH (2021, str. 127; 2022, str. 72).

2022, str. 64).³ Iako se i 2021. svrstava u “pandemijsku” godinu, iz statističkih podataka vidljive su pozitivne tendencije u smislu jačanja efikasnosti i efektivnosti u radu tužilaštava: “Prema podacima iz 2021. godine, vidljivo je da su tužiteljstva u BiH u 2021. godini zaprimala ukupno 21.683 predmeta protiv poznatih počinitelja što je 2% više zaprimljenih predmeta u odnosu na broj predmeta zaprimljenih u 2020. godini. Broj neriješenih predmeta na dan 31. 12. 2021. godine bio je 15.213 predmeta što je 3% manje u odnosu na broj neriješenih predmeta na dan 31. 12. 2020. godine (15.608). Tijekom 2021. godine tužiteljstva su podigla 11.041 optužnica, što je za 14% više u odnosu na broj podignutih optužnica u tijeku 2020. godine kada je podignuto 9.678 optužnica” (Visoki sudski i tužilački savjet BiH, 2022, str. 51).⁴

2. Normativni okvir, krivično pravosuđe i zdravstvena kriza

Zbog specifičnih i vanrednih uslova rada u prethodne dvije godine, posebno u 2020, te istraživanja koje su autorice provele tokom juna do augusta 2022. na području cijele BiH, a vezano za odvijanje krivičnih postupaka i organizaciju suđenja u vrijeme pandemije i o kojem slijede izlaganja, na ovom mjestu potrebno je podsjetiti na određene aktivnosti preduzete u vrijeme najvišeg stepena globalne zdravstvene krize u zadnjih sto godina.

Kao što je poznato, brojne aktivnosti registrovane su u prvim mjesecima 2020. nakon proglašenja pandemije.⁵ Izdvajamo sljedeće. VSTV BiH usvojio je 15. marta *Preporuke predsjednicima sudova i glavnim tužiocima u BiH o postupanju povodom epidemiološke situacije u zemlji*. Preporukama je otvorena mogućnost otkazivanja zakazanih ročišta, osim onih za koja je zakonom propisano da su hitna ili neodložna, uz hitno obavještenje učesnika u postupku. Dani koji su slijedili bili su praćeni i drugim dokumentima VSTV

³ Posebno poglavlje Izvještaja (str. 132–139) predstavlja rad tužilaštava u 2020. godini kroz zbirne izvještaje u vezi s: prijavama, istragama, podignutim optužnicama i presudama u Kt predmetima, Kt predmetima u kojima je nastupila zastarjelost krivičnog gonjenja, kao i ostvarenim rezultatima u pogledu kvaliteta i kvantiteta rada u skladu s važećim opštim aktima VSTV BiH. Podaci o radu pojedinačnih tužilaštava dostupni su na web-portalu vstv.pravosudje.ba.

⁴ I Izvještaj za 2021. (str. 77–84) predstavlja rad tužilaštava u posmatranom periodu kroz zbirne izvještaje u vezi s: prijavama, istragama, podignutim optužnicama i presudama u Kt predmetima, Kt predmetima u kojima je nastupila zastarjelost krivičnog gonjenja, kao i ostvarenim rezultatima u pogledu kvaliteta i kvantiteta rada u skladu s važećim opštim aktima VSTV BiH. Podaci o radu pojedinačnih tužilaštava u toj godini dostupni su na internet-stranici: vstv.pravosudje.ba.

⁵ Opširnije: Sijerčić-Čolić (2020), Pleh (2020) i Ferhatović & Prušćanović (2021).

BiH, kao što su: *Odluka Visokog sudskog i tužilačkog vijeća Bosne i Hercegovine o organizaciji rada u sudovima i tužilaštvima u Bosni i Hercegovini* od 22. marta i sa njom povezana *Odluka o dopuni Odluke Visokog sudskog i tužilačkog vijeća Bosne i Hercegovine o organizaciji rada u sudovima i tužilaštvima u Bosni i Hercegovini* od 27. aprila 2020, te *Uputa za obavezno postupanje u krivičnim predmetima* koja je donesena 26. marta i koja je istakla da je postupanje u krivičnim predmetima protiv zdravlja stanovništva apsolutni prioritet svih pravosudnih institucija u Bosni i Hercegovini. Organizacijsko-procesne tendencije VSTV BiH zaokružene su *Inicijativom za dopune zakona o krivičnom postupku u cilju omogućavanja "on-line" suđenja u neodložnim i hitnim predmetima u kojima postoji zdravstveni rizik za učesnike u postupku* koja je usvojena 3. aprila (u daljem tekstu: Inicijativa) (Dizdarević, 2020) i *Odlukom o organizaciji rada u sudovima i tužilaštvima u Bosni i Hercegovini* od 30. aprila 2020. (u daljem tekstu: Odluka) (Visoko sudsko i tužilačko vijeće, 2020) kojom su stavljene van snage ranije donesene preporuke i odluke.

Od navedenih dokumenata posebnu pažnju privukla je Inicijativa, između ostalog, i zato što se odmah na početku pokazalo da u prijedlozima za *online* suđenja nisu jasne granice dopuštenih odstupanja od pozitivnih krivičnoprocesnih normi i načela (Sijerčić-Čolić, 2020). O iznesenim prijedlozima mišljenja su bila podijeljena: i dok je VSTV BiH na uvođenje *online* suđenja gledao kao na jednu od mjera zaštite zbog pandemije i, istovremeno, kao na mjeru kojom bi se omogućilo odvijanje krivičnih postupaka (naročito onih hitnih) i funkcionisanje krivičnog pravosuđa, na drugoj strani bili su oni koji su se protivili ovom prijedlogu smatrajući ga neopravdanim i neprovodivim.⁶ VSTV BiH je spomenutu inicijativu uputio državnom i entitetskim ministarstvima pravde, kao i Pravosudnoj komisiji Brčko distrikta Bosne i Hercegovine. Usvajanjem *Zakona o dopuni Zakona o krivičnom postupku Brčko distrikta Bosne i Hercegovine* 24. aprila 2020. uveden je novi član 205a pod naslovom "Primjena audio-video linka u slučaju javne opasnosti". Novouvedenom odredbom je propisano da se prisustvo svih učesnika u postupku obezbjeđuje putem audio-video linka, tehnički odobrenog od strane VSTV BiH, i to u naročito složenim okolnostima: *postojanje neposrednog zdravstvenog rizika po učesnike*

⁶ O pravu na odbranu, transparentnosti i javnosti suđenja, zakonskim i tehničkim pretpostavkama za *online* suđenja, efikasnosti i funkcionalnosti krivičnog postupka pisali su i elektronski mediji. Više: Dizdarević (2020); Visoko sudsko i tužilačko vijeće BiH: *Potrebne hitne dopune zakonâ o krivičnom postupku za realizaciju "on-line" suđenja* (2020). Pri tome su predstavnici novinarskih udruženja i oni koji se bave istraživačkim novinarstvom izrazili bojazan da bi *online* suđenja ograničila pristup medijima i nesmetano medijsko praćenje sudskih postupaka, a što je od posebne važnosti za prevenciju vršenja krivičnih djela.

u postupku i javna opasnost koja prijete opstanku građana.⁷ Propise o online suđenjima nisu prihvatila ostala tri procesna zakona, a naše istraživanje je pokazalo da je odredba člana 205a spomenutog zakona rijetko primjenjivana u praksi sudova Brčko distrikta. Konačno, na ovom mjestu treba zabilježiti da recentne inicijative za reviziju, unapređenje i harmonizaciju zakona o krivičnom postupku u BiH u okviru *Programa zakonodavne pomoći krivičnim postupcima u Bosni i Hercegovini* nisu podržale uvođenje online suđenja u Zakon o krivičnom postupku BiH, Zakon o krivičnom postupku Federacije BiH i Zakon o krivičnom postupku Republike Srpske.⁸

Spomenuta Odluka propisala je, između ostalog, da je ročišta moguće organizovati i zakazivati samo na način i u prostorijama u kojima se može obezbijediti adekvatna socijalna distanca svih prisutnih te vodeći računa o hitnosti i starosti predmeta kao i broju učesnika u postupku. VSTV BiH naglasio je i da rad pravosudnih institucija mora biti usklađen s odlukama nadležnih kriznih štabova i drugih nadležnih organa za upravljanje krizom te da “sve odluke o liberalizaciji mjera rada u pravosudnim institucijama moraju biti srazmjerne trenutnoj epidemiološkoj situaciji na području rada svake institucije koja se mora svakodnevno pratiti te shodno istoj uvoditi ili ublažavati mjere”. O preduzetim mjerama predsjednici sudova i glavni tužioci bili su dužni obavijestiti VSTV BiH, ministarstva pravde i advokatske komore te istaći jasna uputstva na ulazima u sudove i tužilaštva o načinu ponašanja svih koji ulaze u zgrade pravosudnih institucija. Ova odluka bila je na snazi dok su trajale vanredne okolnosti uzrokovane koronavirusom.

O radu sudova u vrijeme pandemije doneseni su i drugi propisi i odluke. Među njima su: *Uredba sa zakonskom snagom o rokovima i postupanju u sudskim postupcima za vrijeme vanrednog stanja za teritoriju Republike Srpske* od 6. aprila 2020. objavljena u Službenom glasniku Republike Srpske, broj 32/20 (u daljem tekstu: Uredba RS), *Zakon o rokovima i postupanju u sudskim postupcima za vrijeme stanja nesreće na teritoriji Federacije Bosne i Hercegovine* od 6. maja 2020. objavljen u Službenim novinama Federacije BiH, broj 28/20 (u daljem tekstu: Zakon FBiH) i *Zakon o privremenim mjerama u radu pravosudnih i drugih organa Bosne i Hercegovine za vrijeme stanja prirodne ili druge nesreće na teritoriji Bosne i Hercegovine* od 27. maja 2021. koji je

⁷ Opširnije o ovoj odredbi v. Sijerčić-Čolić, 2020, str. 249–251.

⁸ Opširno o ovim aktivnostima v. Sijerčić-Čolić & Halilović, 2022.

objavljen u Službenom glasniku BiH, broj 34/21.⁹ Kao i mnogo puta do sada, i u vrijeme pandemije koordinacija između različitih nivoa vlasti u BiH bila je ograničena i neusklađena, pri čemu su tijela entiteta i Brčko distrikta BiH zadržala većinu nadležnosti za rješavanje epidemiološke krize: - Vijeće ministara BiH proglasilo je stanje prirodne ili druge nesreće na području BiH 17. marta 2020. (Službeni glasnik BiH, br. 18/20); - Vlada Federacija BiH je 16. marta 2020. donijela Odluku o proglašenju stanja prirodne nesreće pojavom koronavirusa u ovom entitetu (Službene novine Federacije BiH, br. 21/20) i isto ukinula 29. maja 2020. (Službene novine Federacije BiH, br. 34/20); - i Vlada Republike Srpske je 16. marta 2020. donijela Odluku o proglašenju vanrednog stanja na svom području uslijed koronavirusa (Službeni glasnik Republike Srpske, br. 31/20), a isto ukinula 21. maja 2020. (Službeni glasnik Republike Srpske, br. 48/2020); - Brčko distrikt je stanje prirodne nesreće proglasio 11. marta 2020. (Službeni glasnik Brčko distrikta BiH, br. 12/20) (Odgovor na krizu, 2020, str. 15–16). Dakle, krajem maja 2020. godine, prvo u Republici Srpskoj, a zatim i u Federaciji BiH, vanredno stanje, odnosno stanje prirodne nesreće, ukinuto je, jer je epidemiološka situacija stavljena pod kontrolu.¹⁰

Traganje za odgovorima istaknutim u naslovu ovog rada traži da ukratko predstavimo pravno-tehnički okvir karakterističan za spomenute normative akte. Tako je Uredbom RS (čl. 1 u vezi sa čl. 3) i Zakonom FBiH (čl. 1 u vezi sa čl. 3) bilo propisano postupanje u vezi s primjenom rokova u svim sudskim postupcima za vrijeme trajanja pandemije uzrokovane koronavirusom. Oba pravna akta su istovjetno propisala da rokovi za izjavljivanje redovnih i vanrednih pravnih lijekova kao i za “preduzimanje drugih procesnih radnji” prestaju teći za vrijeme vanrednog stanja (u Republici Srpskoj), odnosno za vrijeme stanja nesreće (u Federaciji BiH). Bilo je utvrđeno i odstupanje od opšteg pravila u smislu da rokovi ne prestaju teći u “hitnim postupcima”. Identična rješenja odnose se i na nastavak računanja rokova – prestankom važenja navedenih pravnih propisa nastavljaju teći

⁹ O razlozima za usvajanje ovog teksta više od godinu dana nakon što je Vijeće ministara BiH donijelo *Odluku o proglašenju stanja prirodne ili druge nesreće na području Bosne i Hercegovine zbog opasnosti od moguće pojave epidemije zarazne bolesti prouzrokovane virusom korona (Covid-19)* v. Sijerčić-Čolić, 2020, str. 238–239.

¹⁰ O ukidanju stanja prirodne ili druge nesreće na području BiH, odnosno prirodne nesreće u Brčko distriktu nije bilo obavijesti. Ažurirana evidencija propisa vezanih za sprečavanje širenja bolesti COVID-19 (koronavirus) dostupna je na ovoj stranici: <https://www.paragraf.ba/propisi-naredbe-bosne-i-hercegovine-za-sprecavanje-sirenja-korona-virusa-covid-19.html> (posjećeno 1. 9. 2022).

svi rokovi koji su prestali teći stupanjem na snagu spomenutih propisa, i u njih se uračunava vrijeme koje je proteklo prije stupanja na snagu Uredbe RS (čl. 9), odnosno Zakona FBiH (čl. 9). “Hitni postupci” navedeni su gotovo identično: - postupci u kojima je određen pritvor ili se traži određivanje pritvora; - postupci koji se vode za krivična djela iz čl. 194. i 195. Krivičnog zakonika Republike Srpske, odnosno čl. 222, 225, 226. i 240. Krivičnog zakona Federacije BiH; - postupci koji se vode za krivična djela izvršena za vrijeme vanrednog stanja i u vezi s vanrednim stanjem (u Republici Srpskoj), odnosno za vrijeme stanja nesreće i u vezi sa stanjem nesreće (u Federaciji BiH); - postupci u kojima postoji opasnost od zastarjelosti krivičnog gonjenja. Dodatno, rokovi za podnošenje prijedloga oštećenog za krivično gonjenje nisu tekli za vrijeme vanrednog stanja (čl. 3. st. 1. Uredbe RS). Također, oba su propisa obuhvatila i odredbe o dostavljanju, pri čemu je Uredba u članu 7. propisivala da se lično dostavljanje podnesaka i pismena ne vrši iako je to naloženo posebnim zakonom, osim u hitnim postupcima propisanim ovom uredbom. Prema članu 7. Zakona FBiH, dostavljanje podnesaka i pismena vrši se isključivo putem pošte, osim u hitnim postupcima propisanim ovim zakonom kada se dostava može vršiti i na drugi zakonom propisani način. I Uredba RS i Zakon FBiH propisivali su da se zbog vanrednog stanja (Republika Srpska), odnosno zaštite zdravlja (Federacija BiH) na ročištu može ograničiti ili privremeno, djelimično ili u cijelosti, isključiti prisustvo javnosti.

U razdoblju uvođenja ali i ublažavanja različitih mjera, među kojima su i ukidanje samoizolacije, otvaranje granica BiH, ukidanje policijskog sata koji je bio uveden za različite kategorije i u različitim dijelovima dana, ukidanje ograničenja kretanja stanovnika, nošenje zaštitnih maski u zatvorenom prostoru, poštivanje distance od minimalno dva metra, u tužilaštvima i sudovima su sačinjavani planovi rada te liberalizacije uvedenih mjera. Primjera radi, Sud BiH je 16. marta 2020. izdao Naredbu o preduzimanju osam mjera, kojima je, između ostalog, naloženo održavanje ili eventualno otkazivanje suđenja po procjeni sudskog vijeća ili sudije, ovisno o području s kojeg dolaze stranke, broju učesnika u postupku i neophodnosti održavanja konkretnog ročišta. U Sudu BiH bili su mogući ulasci po tri posjetioca istovremeno, o čemu je vodila računa Sudska policija BiH; stranke su mogle poštom ili lično dostavljati podneske, a na ulazu u zgradu je obezbijeđeno mjerenje temperature, kao i zaštitne maske i sredstva za dezinfekciju. Sudije i osoblje Suda bili su upućeni na rad od kuće, uz istovremeno obezbjeđenje dežurnih sudija (za radnje koje ne trpe odlaganje) i osoblja u zgradi suda. Broj ročišta je sveden na suđenja koja ne trpe odlaganja, koja su se u najvećoj mjeri odnosila na pritvorska ročišta i ekstradiciju. Donošenjem odluke o popuštanju mjera nametnutih zbog suzbijanja širenja koronavirusa, Sud

BiH je počeo sa zakazivanjem pojedinih suđenja, ali suđenja s velikim brojem optuženih nisu se u to vrijeme zakazivala (Sokol, [2021], str. 14). Rad zaposlenih u Republičkom javnom tužilaštvu, u periodu od marta do kraja aprila 2020. odvijao se na način da se uspostavio minimalan proces rada (dio zaposlenih je, kao i u drugim institucijama, svoje poslove obavljao od kuće). Komunikacija se uglavnom odvijala putem e-maila i telefona, a sva pismena dostavljala su se putem pošte. Sva zakazana ispitivanja, saslušanja stranaka i druge vrste istražnih radnji koje nisu bile hitne prirode odlagane su do daljnjeg. Početkom maja 2020. počela je normalizacija rada, uz poštivanje propisanih epidemioloških mjera (Sokol, [2021], str. 15). Vrhovni sud Federacije BiH donio je *Plan liberalizacije mjera u radu Vrhovnog suda Federacije BiH i Odluku o organizaciji rada u Vrhovnom sudu Federacije BiH počev od 18. 05. 2020.*, kao i Federalno tužilaštvo (*Plan liberalizacije mjera u radu Federalnog tužilaštva Federacije BiH u skladu sa Odlukom VSTV-a BiH od 30. 04. 2020. i trenutnom epidemiološkom situacijom uzrokovanom pojavom Coronavirusom (COVID-19)*). Plan mjera Federalnog tužilaštva slijedila su kantonalna donoseći planove liberalizacije mjera u konkretnom tužilaštvu, a u skladu s epidemiološkom situacijom. Iz tih dokumenata vidljivo je da se prioritet u radu daje pritvorskim predmetima, zatim krivičnim djelima protiv zdravlja ljudi, nezakonitostima u postupcima javnih nabavki, nasilju u porodici, starijim predmetima, kao i predmetima koji “izazivaju veliki interes javnosti”. Plan liberalizacije mjera donio je i Okružni sud u Banja Luci kako bi se omogućilo “postepeno i kontrolisano vraćanje radnih procesa u redovne Ustavom i zakonima propisane okvire”. Istaknuta je saradnja između Suda i Okružnog javnog tužilaštva u Banjoj Luci te Specijalnog javnog tužioca Posebnog odjeljenja za suzbijanje korupcije, organizovanog i najtežih oblika privrednog kriminaliteta, a zakazivanje glavnih pretresa, usmenih rasprava i ročišta povezano je s hitnim postupcima i brojem učesnika u postupku. U odnosu na druge predmete, predviđena je postepena liberalizacija mjera, vodeći računa o starosti predmeta i planovima za njihovo rješavanje, te optimalnim i predvidivim rokovima (Sijerčić-Čolić, 2020, str. 240–241).

Zakonom o privremenim mjerama u radu pravosudnih i drugih organa Bosne i Hercegovine za vrijeme stanja prirodne ili druge nesreće na teritoriji Bosne i Hercegovine iz 2021. propisuju se mjere u postupanju u sudskim i drugim postupcima pred Sudom BiH i Tužilaštvom BiH, kao i drugim tijelima BiH, za vrijeme proglašenja stanja prirodne ili druge nesreće na teritoriji BiH, ako postoji opasnost od epidemije zaraznih bolesti (čl. 1. Zakona). Privremene mjere odnose se na ista pitanja kao i prethodno opisani pravni propisi (posebno Uredba RS i Zakon FBiH), a i u sadržajnom smislu nude ista pravna rješenja.

3. Ustavni sud BiH

Dugotrajnost krivičnih postupaka u složenim zdravstvenim uslovima dodatno se zakomplikovala, jer je na sudovima i tužilaštvima, kao i svuda drugdje, bez obzira na epidemiološke mjere, bilo nemoguće izbjeći kako zarazu COVID-19 tako i samoizolaciju učesnika konkretnog postupka. Kako krivične postupke u vrijeme pandemije učiniti efikasnim i pravednim, pitanja su na koja je Ustavni sud BiH ponudio odgovore u svojim nedavnim odlukama. Zato pogledajmo stavove Ustavnog suda BiH u kojima je poseban naglasak stavljen na potrebu da se zaštite osnovna prava i slobode pojedinca (naročito prava na zaštitu lične slobode i pravičan postupak) bez obzira na to što se, opravdano, COVID-19 razumije kao prijetnja ljudskoj sigurnosti i ostvarivanju prava na zdravlje i zdravstvenu zaštitu.

U predmetu AP 534/21 od 21. aprila 2021. godine Ustavni sud BiH je, između ostalog, zaključio da postoji povreda apelantovog prava na slobodu i sigurnost iz člana II/3.(d) Ustava BiH i člana 5. stava 3. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda kada objektivne okolnosti nisu dovedene u vezu s okolnostima *in concreto* i kada u okolnostima konkretnoga slučaja nije osigurano efektivno vođenje postupka prema odredbama Zakona o krivičnom postupku. U ovom primjeru krivični postupak nije vođen na način da se trajanje pritvora svede na najmanju moguću mjeru, zbog čega je Ustavni sud BiH naložio preduzimanje mjera za efikasan nastavak postupka u krivičnom predmetu protiv apelanta i osiguranje garancija za suđenje u razumnome roku. Također, Ustavni sud BiH je naložio mjere bez obzira na deklaratornu prirodu povrede (pritvor apelantu je, u vrijeme donošenja odluke Ustavnog suda BiH, bio istekao) kako se ne bi dovela u pitanje efikasnost apelacije kao djelotvornog pravnog lijeka u ovoj vrsti postupaka. Zbog značaja ove odluke, iz njenog sadržaja izdvajamo sljedeće: "Ustavni sud nema dileme da na objektivne okolnosti izazvane pandemijom korona virusa učesnici u postupku (sudovi i tužilaštvo) ne mogu utjecati. Međutim, Ustavni sud podsjeća da se intenzitet objektivnih okolnosti tokom trajanja pandemije u periodu od godinu dana (mart 2020 – mart 2021. godine) mijenjao, počev od proglašenja vanrednog stanja u FBiH 16. marta 2020. godine, ukidanja vanrednog stanja zbog poboljšanja epidemiološke situacije 29. maja 2020. godine, nakon čega su na nivou BiH i entiteta donošeni propisi u zavisnosti od trenutne epidemiološke situacije s ciljem sprečavanja širenja bolesti (Naredba Kriznog štaba FBiH od 11. marta 2021. godine o uvođenju restriktivnijih mjera). Stoga je, u smislu zahtjeva da se pritvor svede na najmanju moguću mjeru, potrebno objektivne okolnosti u vrijeme odlučivanja o produženju pritvora dovesti u vezu s konkretnim okolnostima (o kojima je prethodno bilo riječi – između ostalih, obimnost optužnice, broj optuženih

lica) i pronaći modus koji omogućava efektivnu kontrolu vođenja postupka koje su date u ZKP, sve uz poštivanje restriktivnih mjera koje su propisali nadležni krizni štabovi. U tom pravcu, imajući u vidu protek perioda od tri godine, koliko je apelant u pritvoru, i konkretnu fazu postupka po optužnici (čitanje), Ustavni sud iz obrazloženja osporenih rješenja nije mogao utvrditi da su te mogućnosti korištene, da su objektivne okolnosti ocijenjene u vezi s epidemiološkim mjerama koje su na snazi u vrijeme odlučivanja kako bi se apelantu pritvor sveo na najmanju moguću mjeru, u situaciji kada se apelant tereti da je rukovodio grupom za organizirani kriminal, da su pri tome optužnicom obuhvaćeni svi članovi te grupe (32 lica), da je upravo zbog velikog broja optuženih lica i novonastale situacije zbog kovida 19 neizvjesno kada će glavni pretres biti nastavljen i da je, u konačnici, apelant već tri godine u pritvoru (s izuzetkom od 11. do 30. maja 2018. godine, kada je bio privremeno pušten na slobodu), kako to zahtijeva standard iz člana 5. stav 3. Evropske konvencije, i zaključuje da je u ovom dijelu došlo do povrede apelantovog prava na slobodu i sigurnost iz člana II/3.d) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 5. stav 3. Evropske konvencije koji garantiraju da svako ko je pritvoren u skladu s odredbama iz stava 1. tačka c) ovog člana izvodi se bez odgađanja pred sudiju ili drugu službenu osobu ovlaštenu zakonom da vrši sudsku vlast, te ima pravo da mu se sudi u razumnom roku ili da bude pušten na slobodu do suđenja. Puštanje na slobodu može biti uvjetovano jamstvima da će se osoba pojaviti na suđenju”. Pored navedenog, Ustavni sud BiH skreće pažnju na to da “sud vodi i organizira postupak bez obzira na njegovu složenost koja, između ostalog, podrazumijeva, na šta su sudovi u odgovorima na apelaciju skrenuli pažnju, obimnost optužnice i broj lica koja učestvuju u postupku. U tom smislu Ustavni sud ponavlja da lice koje se nalazi u pritvoru ne treba ‘trpjeti’ posljedice organiziranja rada na predmetu, imajući pri tome u vidu protek vremena od podignute optužnice i neizvjesnost u pogledu nastavka procesa koje sudovi opravdavaju vanrednom okolnošću izazvanom pandemijom. Imajući upravo u vidu te okolnosti, Ustavni sud smatra da je Kantonalni sud, koji u konkretnom slučaju vodi postupak, morao postupati efikasnije i iskoristiti mogućnosti koje su mu date na raspolaganje odredbama ZKP, a koje donošenjem naredbi u vezi sa pandemijom nisu stavljene van snage, niti je njihova primjena suštinski ograničena.” U svjetlu prava na pravičan postupak, prethodno iznesena argumentacija o pravu na suđenje u razumnom roku istaknuta je i ovim stavom: “Ustavni sud, stoga, bez obzira na to što je osporeno rješenje o produženju pritvora apelantu isteklo, ukazuje Kantonalnom sudu, imajući u vidu odredbe ZKP i relevantne odredbe Ustava Bosne i Hercegovine i Evropske konvencije i dovodeći ih u vezu sa činjenicama konkretnog predmeta, na obavezu što hitnijeg rješavanja predmeta i hitno preduzimanje mjera za efikasan nastavak krivičnog postupka protiv apelanta u smislu zahtjeva da se apelantu ‘sudi u razumnom roku ili da bude

pušten na slobodu do suđenja', uspostavljenih članom II/3.d) Ustava Bosne i Hercegovine i članom 5. stav 3. Evropske konvencije.”

Uprkos trendu otežanog rada u vrijeme pandemije, Ustavni sud BiH je u predmetu AP 1306/21 od 8. jula 2021. godine zaključio da su apelantovi zahtjevi da mu se “sudi u razumnom roku ili da bude pušten na slobodu do suđenja” neosnovani, jer je u konkretnom slučaju ispoštovana obaveza što hitnijeg rješavanja predmeta i hitnog preduzimanja mjera za efikasan nastavak krivičnog postupka protiv apelanta. S tim u vezi, u odluci se posebno ističe sljedeće: “Dovodeći navedene stavove u vezu s činjenicama konkretnog predmeta, Ustavni sud zapaža da u konkretnom slučaju iz osporenih rješenja proizlazi da je apelantu pritvor određen 7. novembra 2020. godine, da je zatim protiv apelanta potvrđena optužnica 30. novembra 2020. godine, nakon čega je doneseno rješenje da se apelantu pritvor produžava za dva mjeseca i da može trajati najduže jednu godinu od potvrđivanja optužnice do izricanja prvostepene presude uz obaveznu dvomjesečnu kontrolu i da su osporena rješenja, prema kojima je pritvor i dalje neophodan, donesena u postupku sudske kontrole opravdanosti pritvora nakon potvrđivanja optužnice. Ustavni sud primjećuje da se u konkretnom slučaju apelant nalazio u pritvoru nešto kraće od jednog mjeseca prije potvrđivanja optužnice, te da je nakon potvrđivanja optužnice Općinski sud započeo s glavnim pretresom. Pri tome, Ustavni sud zapaža da iz dostavljene dokumentacije proizlazi da je u početnoj fazi predmetnog krivičnog postupka sudija koji je bio zadužen za suđenje, zbog objektivnih okolnosti (bolest Covid-19), bio spriječen da postupa u navedenom predmetu, ali i da je Općinski sud, ne čekavši povratak postupajućeg sudije s bolovanja, zadužio drugog sudiju da postupa u predmetu upravo zbog toga što se radi o predmetu u kojem su optuženi u pritvoru.”

Kršenje prava na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava BiH i člana 6. stav 1. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda utvrđeno je u predmetu AP 4981/19 od 8. jula 2021. godine. U ovom predmetu Ustavni sud BiH analizira vrijeme trajanja krivičnog postupka, koji se u konkretnom slučaju smatra vrlo složenim s obzirom na: - prirodu krivičnih djela koja su apelantu i ostalim optuženim stavljena na teret; - činjenicu da se vodi protiv velikog broja optuženih osoba (prvobitno je bilo optuženo 46 fizičkih i pravnih osoba, u vrijeme postupka pred Ustavnim sudom BiH bilo je 38 optuženih); te - proglašenje pandemije COVID-19 na teritoriji Federacije BiH i uvođenje restriktivnih mjera kojima se, između ostalog, ograničavao i broj osoba koje mogu boraviti u zatvorenom prostoru u skladu s trenutnom epidemiološkom situacijom. Konstatujući da je, bez obzira na složenost predmeta, u apelantovom slučaju povrijeđeno pravo na suđenje i donošenje odluke u razumnom roku, Ustavni sud BiH zaključuje da je “u svojoj novijoj praksi (vidi npr. Odluka o dopustivosti i meritumu

broj AP 3457/20 od 16. marta 2021. godine, dostupna na www.ustavnisud.ba) uzimao u obzir navedenu epidemiološku situaciju u svjetlu čega je vršena ocjena da li su navedena pandemija/epidemija i mjere uvedene zbog toga negativno utjecale na dužinu postupka. Osim toga, Ustavni sud nema dileme da na objektivne okolnosti izazvane pandemijom koronavirusa učesnici u postupku (sudovi i tužilaštvo) ne mogu utjecati (vidi Odluku o dopustivosti i meritumu broj AP 534/21 od 21. aprila 2021. godine, stav 40, dostupna na www.ustavnisud.ba). Također, iz odgovora na apelaciju proizlazi i da su (prije izbijanja navedene epidemije/pandemije) ročišta za glavni pretres u ovom krivičnom predmetu odgađana najčešće zbog bolesti pojedinih optuženih. Sve naprijed navedeno, prema ocjeni Ustavnog suda, predstavlja objektivne okolnosti koje su doprinijele dužini trajanja predmetnog postupka i negativno se odrazile na vođenje postupka. Međutim, a uzevši u obzir da kod apelanta ne postoji doprinos trajanju predmetnog postupka, u okolnostima konkretnog slučaja Ustavni sud skreće pažnju da sud vodi i organizira postupak bez obzira na njegovu složenost koja, između ostalog, podrazumijeva obimnost optužnice i broj lica koja učestvuju u postupku. U tom smislu, Ustavni sud ističe da apelant kao optuženo lice ne treba 'trpjeti' posljedice organiziranja rada na predmetu, imajući pri tome u vidu protek vremena od podignute optužnice i neizvjesnost u pogledu nastavka procesa, koje sudovi opravdavaju vanrednom okolnošću izazvanom pandemijom. Imajući u vidu upravo te okolnosti, Ustavni sud smatra da je Kantonalni sud, koji u konkretnom slučaju vodi postupak, morao postupati efikasnije i iskoristiti mogućnosti koje su mu date na raspolaganje odredbama ZKPFBiH, a koje donošenjem naredbi u vezi s pandemijom nisu stavljene van snage, niti je njihova primjena suštinski ograničena (vidi, *ibid.*, AP 534/20, stav 40). Propustom da postupi na navedeni način, Kantonalni sud je, prema ocjeni Ustavnog suda, suštinski ugrozio načelo efikasnog rukovođenja (kontroliranja) postupka na apelantovu štetu. S obzirom na navedeno, Ustavni sud u okolnostima konkretnog slučaja nalazi da je dužina trajanja predmetnog postupka u relevantnom periodu u trajanju od preko tri godine i osam mjeseci, pri čemu se, kako proizlazi iz činjenica predmeta, krivični postupak protiv apelanta (...) zapravo nalazi u početnoj fazi, te je krajnje neizvjesno kad će biti okončan, prešla granice 'razumnog roka' iz člana 6. stav 1. Evropske konvencije."

U predmetu broj AP 3457/20 od 16. marta 2021. godine, raspravljalo se o suđenju u razumnom roku, višemjesečnom neodržavanju ročišta zbog pandemije COVID-19 i izrečenim mjerama zabrane. Pri tome, Ustavni sud BiH zaključuje da ne postoji kršenje prava na suđenje u razumnom roku iz člana II/3.e) Ustava BiH i člana 6. Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama kada se, usprkos pandemiji COVID-19 i mjerama uzrokovanim njom, redovno vrši kontrola izrečenih mjera zabrane. Obrazlažući svoj stav Sud konstatuje da su "predmet osporavanja apelacijom rješenja Suda BiH

donesena u postupku redovne kontrole opravdanosti izrečenih mjera zabrane. Dakle, radi se o procesnopravnim rješenjima čija je svrha osigurati neometano vođenje krivičnog postupka. Razlozi koji su opredijelili sud za izricanje ovih mjera (...) svode se na činjenicu da je apelant ranije bio nedostupan pravosudnim organima Bosne i Hercegovine, na težinu krivičnog djela koje se apelantu stavlja na teret i visinu zapriječene kazne. Apelant smatra da izrečene mjere predugo traju, posebno ukoliko se ima u vidu da ročišta u konkretnom predmetu nisu zakazana mjesecima. U vezi s tim, Ustavni sud zapaža da se kontrola izrečenih mjera vrši u redovnim dvomjesečnim terminima i da je posljednja kontrola pritvora izvršena osporenim rješenjem Suda BiH 29. jula 2020. godine, kada je utvrđeno da i dalje postoje okolnosti koje opravdavaju primjenu navedenih mjera. Ovo ukazuje na to da sudovi, iako u specifičnoj situaciji izazvanoj pandemijom virusa Covid-19, posebno rade na predmetima koji se tiču pritvora i/ili mjera zabrane. Ono što Ustavni sud želi istaknuti jeste to da pandemija Covida-19 i mjere uvedene zbog pandemije nisu (negativno) utjecale na to da se vrši redovna kontrola izrečenih mjera zabrane.”

4. Istraživanje o radu krivičnog pravosuđa u BiH u vrijeme pandemije COVID-19

Istraživanje o radu krivičnog pravosuđa u BiH u vrijeme pandemije COVID-19, načinu i dinamici odvijanja suđenja s većim ili manjim brojem optuženih odnosno svjedoka, odvijanju suđenja u pritvorskim predmetima, te drugim aspektima organizacije rada sudova u novonastalim, kriznim okolnostima provedeno je u periodu od 10. juna do 10. septembra 2022. godine. S ciljem uvida u organizaciju rada i dinamiku zakazivanja ročišta posebna pažnja posvećena je odvijanju suđenja u smislu učestalosti i trajanja odlaganja glavnih pretresa, zatim *online* suđenjima u skladu s pozitivnim procesnim normama, te pitanju da li su zakazivana ročišta u predmetima u kojima je tužilac u optužnici zatražio izricanje kaznenog naloga.

Istraživanje je provedeno putem *online* ankete koja je upućena sudovima koji u okviru svoje stvarne nadležnosti vrše funkciju presuđenja u krivičnim stvarima.¹¹ U tom smislu distribucija *online* ankete obuhvatila je ukupno 67 sudova. Po okončanju istraživanja konstatovano je da je spomenutoj anketi pristupilo samo 17 sudova. Na osnovu rezultata istraživanja može se izdvojiti ukupno 59 popunjenih *online* anketnih obrazaca. Na ovom mjestu želimo naglasiti da se i na manjem istraživačkom uzorku koji smo dobili mogu graditi odgovarajući

¹¹ Na pitanja iz *online* ankete odgovori su dati u okviru sektora sudske uprave i krivičnog odjeljenja konkretnog suda.

zaključci, posebno ako ove rezultate povežemo s prethodno navedenim statističkim podacima iz godišnjih izvještaja VSTV BiH za 2020. i 2021. godinu.

Na istraživačka pitanja odgovore su dostavili sljedeći sudovi:

- Sud Bosne i Hercegovine (devet popunjenih anketa);
- Osnovni sud Brčko distrikta Bosne i Hercegovine (*četiri popunjene ankete*);
- Apelacioni sud Brčko distrikta Bosne i Hercegovine (*šest popunjenih anketa*);
- tri kantonalna suda: Kantonalni sud u Sarajevu (jedna popunjena anketa), Kantonalni sud u Odžaku (tri popunjene ankete) i Kantonalni sud u Novom Travniku (19 popunjenih anketa);
- *šest opštinskih sudova*: Općinski sud u Cazinu (*dvije popunjene ankete*), Općinski sud u Travniku (dvije popunjene ankete), Općinski sud u Orašju (jedna popunjena anketa), Općinski sud u Sarajevu (jedna popunjena anketa), Općinski sud u Sanskom Mostu (jedna popunjena anketa) i Općinski sud u Zenici (jedna popunjena anketa);
- Okružni sud u Banja Luci (jedna popunjena anketa);
- pet osnovnih sudova: Osnovni sud u Banja Luci (jedna popunjena anketa), Osnovni sud u Bijeljini (jedna popunjena anketa), Osnovni sud u Doboju (jedna popunjena anketa), Osnovni sud u Modriči (jedna popunjena anketa), Osnovni sud u Gradišci (*četiri popunjene ankete*).

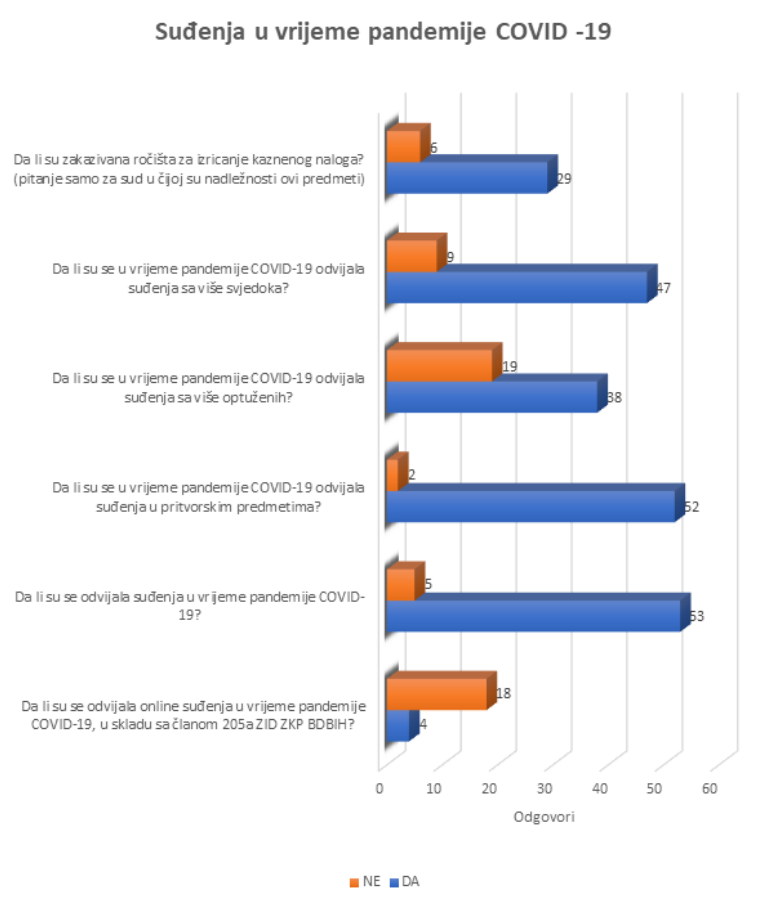
Da bismo ostvarili istraživački cilj i utvrdili pretpostavke o efikasnosti rada krivičnog pravosuđa u vrijeme pandemije COVID-19, postavili smo kako glavnu hipotezu tako i sporedne hipoteze za svaki segment istraživanja.

Glavna hipoteza je glasila: “U vrijeme pandemije COVID-19 djelimično je promijenjena efikasnost suđenja i rada krivičnog pravosuđa u BiH.” Sporedne hipoteze bile su sljedeće: “suđenja u krivičnim predmetima su se održavala u vrijeme pandemije COVID-19”, “broj optuženih odnosno svjedoka djelimično je uticao na održavanje suđenja u vrijeme pandemije COVID-19”, “pandemija COVID-19 nije uticala na održavanje suđenja u pritvorskim predmetima” te “dinamika suđenja je promijenjena u vrijeme trajanja pandemije COVID-19 na način da su suđenja trajala duže u odnosu na uobičajenu dinamiku trajanja suđenja u sličnim predmetima”.

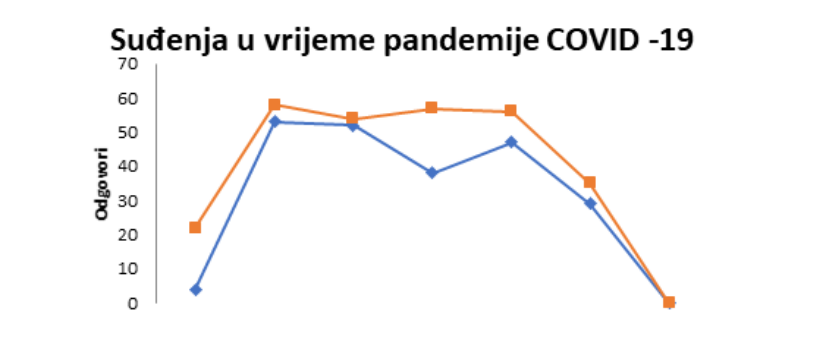
Pri dokazivanju postavljenih hipoteza korišteni su određeni parametri za procjenu efikasnosti suđenja koji se odnose na: održavanje suđenja uopšte; način održavanja suđenja (u sudnicama ili *online*); rad sudova koji sude samo u prvom stepenu i u čijoj je nadležnosti, između ostalog, i postupak za izdavanje

kaznenog naloga; organizacija rada i suđenja u krivičnim predmetima iz nadležnosti sudova koji sude za krivična djela za koje je propisana kazna zatvora preko 10 godina zatvora ili kazna dugotrajnog (Federacija BiH) odnosno doživotnog zatvora (Republika Srpska); organizaciju rada i suđenja u krivičnim predmetima iz nadležnosti Suda BiH i sudova u Brčko distriktu BiH; održavanje suđenja s više optuženih; održavanje suđenja s više svjedoka; održavanje suđenja u pritvorskim predmetima, te odlaganje glavnog pretresa duže od zakonom propisanih 30 dana (u ovom istraživanju do 60 dana ili duže).

Rezultate analize prikazat ćemo putem dijagrama, kvantitativno navodeći “da” i “ne” odgovore na postavljena pitanja. S obzirom na to da su neka pitanja zahtijevala izjašnjenja koja su bila razrada pozitivnih odgovora, uvid u njih dat ćemo kroz osvrt na glavnu i sporedne hipoteze i analizu da li su postavljene hipoteze dokazane ili nisu.



Dijagram 1. Prikaz pitanja i broja odgovora u vezi s predmetom istraživanja



Dijagram 2. Prikaz odgovora s “da” i “ne” kroz dijagram predstavljen krivom

Na osnovu empirijskog istraživanja može se konstatovati da su se pred sudovima u BiH odvijala suđenja u vrijeme pandemije COVID-19. To je potvrdilo 91% ispitanika; a samo njih 9% dalo je odričan odgovor. U vezi s tim, odgovarajući na pitanje da li su suđenja bila organizovana u prostorijama suda, 96% anketiranih odgovorilo je s “da”; samo 4% je istaklo da su se suđenja odvijala putem videolinka (*online*). Što se tiče Brčko distrikta BiH u čijem je procesnom zakonu regulisana *primjena audio-video linka u slučaju javne opasnosti*, u istraživanom periodu samo u četiri krivična predmeta od ukupno 22 održana su suđenja u skladu sa članom 205a Zakona o krivičnom postupku Brčko distrikta BiH. Generalno, i bez obzira na formalnopravne pretpostavke za održavanje *online* suđenja u sudovima Brčko distrikta BiH, suđenja u krivičnom pravosuđu u BiH su, u tim kriznim vremenima, ne samo zakazivana i održavana, već su se, u gotovo svim predmetima, održala u sudnicama.

Potvrda sporedne hipoteze prema kojoj je broj optuženih, odnosno svjedoka djelimično uticao na održavanje suđenja u vrijeme pandemije COVID-19 proizlazi iz dobivenih odgovora. Tako su suđenja, s više optuženih, održana u 67% predmeta; 33% ispitanika je negativno odgovorilo na postavljeno pitanje. U vezi s tim, od onih koji su odgovorili s “da” tražilo se da dodatno pojašne koliko su imali takvih predmeta (“do dva predmeta” odnosno “preko dva predmeta”). Anketiranje pokazuje da su u 70% slučajeva sudovi imali više od dva takva predmeta; u 30% slučajeva suđenja s više optuženih bila su organizovana u jednom ili dva krivična predmeta. Što se tiče pitanja: “Da li su se u vrijeme pandemije COVID-19 odvijala suđenja sa više svjedoka?”, 84% ispitanika je odgovorilo potvrdno; samo 16% je dalo negativan odgovor. Kao i u primjeru većeg broja optuženih, i ovdje se tražilo izjašnjenje o broju predmeta s više svjedoka. Analiza dobivenih odgovora pokazuje da u istraživanom periodu sudovi nisu odustajali od zakazivanja suđenja s većim brojem svjedoka (51% anketiranih je odgovorilo da je imalo takvih “preko pet predmeta”, a 49% “do pet predmeta”).

Nakon analize rezultata istraživanja uočili smo da je potvrđena sporedna hipoteza prema kojoj “pandemija COVID-19 nije uticala na održavanje suđenja u pritvorskim predmetima”. Naime, 96% ispitanika je odgovorilo da su se u vrijeme pandemije COVID-19 odvijala suđenja u pritvorskim predmetima; samo 4% je odgovorilo s “ne”. Vezano i dopunjujuće pitanje odnosilo se na saslušanje putem videolinka, odnosno dovođenje pritvorenika u sudnicu. Njih 98% potvrdilo je da su optuženi koji su se nalazili u pritvoru dovođeni u sudnicu na glavni pretres; samo je u jednom primjeru (2%) pritvorenik putem videolinka pratio suđenje. Dakle, možemo zaključiti da su se suđenja i u pritvorskim predmetima održavala i bez obzira na ograničenja prouzrokovana pandemijom COVID-19.

Privodeći kraju predstavljanje rezultata istraživanja izdvajamo hipotezu prema kojoj je dinamika suđenja promijenjena u vrijeme trajanja pandemije COVID-19 na način da su suđenja trajala duže u odnosu na uobičajenu dinamiku trajanja suđenja u sličnim predmetima. Naime, u 76% slučajeva odlaganje glavnog pretresa je trajalo duže od 30 dana; samo u 24% to nije bio slučaj. U odgovoru na pitanje na koji vremenski period, 55% ispitanika je odgovorilo da je to bilo “do 60 dana”, odnosno 45% anketiranih “preko 60 dana”.

5. Zaključna izlaganja

Nakon niza preporuka, odluka i uputa VSTV BiH, konačne Odluke i Inicijative u martu i aprilu 2020. godine, pokušale su se stvoriti pretpostavke za što efikasniji rad krivičnog pravosuđa u uslovima pandemije COVID-19. Spomenuta Inicijativa upućena ministarstvima pravde u BiH i Pravosudnoj komisiji Brčko distrikta BiH jedino je dovela do dopune Zakona o krivičnom postupku Brčko distrikta BiH i omogućila odvijanje *online* suđenja. Ovako stvorene pretpostavke za funkcionisanje krivičnog pravosuđa, naročito u pogledu propisa za odvijanje *online* suđenja, pokazale su se nedovoljnim, što se potvrđuje i kroz odluke Ustavnog suda BiH kojima su utvrđena kršenja prava na ličnu slobodu i sigurnost te pravo na suđenje i donošenje odluke u razumnom roku.

Na osnovu prethodnih izlaganja i utvrđenih parametara koji su korišteni, naročito u empirijskom dijelu istraživanja, možemo zaključiti da je potvrđena glavna hipoteza prema kojoj je u vrijeme pandemije COVID-19 djelimično promijenjena efikasnost suđenja i rada krivičnog pravosuđa u BiH. Dobiveni podaci pokazuju da su se suđenja u krivičnim predmetima održavala uživo, i da je to slučaj kako u predmetima s većim brojem optuženih, tako isto i s većim brojem svjedoka, te pritvorskim predmetima. Ono što jeste uočeno,

rekli bismo i očekivano, odnosi se na vremenski period koji je protekao između dva ročišta a u situaciji kada je dolazilo do odlaganja glavnog pretresa. Dakle, dinamika suđenja je promijenjena u vrijeme trajanja pandemije COVID-19 jer je u značajnom broju predmeta odlaganje glavnog pretresa trajalo duže od 60 dana. Navedeni zaključak nije iznenađujući jer su se suđenja održavala u sudnicama, dakle uživo, u vremenu kad su bile na snazi epidemiološke mjere kojima se željelo zaustaviti širenje pandemije COVID-19.

Pojavom pandemije COVID-19 neki hipotetički scenariji o tome kako organizovati rad krivičnog pravosuđa postali su dio društvene realnosti. U kriznim situacijama dolazi do kolizije različitih interesa i načela koja može dovesti do toga da se u konkretnom krivičnom predmetu ne mogu osigurati osnovna ljudska prava i slobode. Drugim riječima, odgovora na pitanje o uzrocima ovih promjena je više, i oni oslikavaju teškoće s kojima je suočen krivični postupak u kriznim vremenima.

Bibliografija

- Dizdarević, E. (15. 4. 2020). Online suđenja u BiH – više pitanja nego odgovora. *Detektor*. Preuzeto 20. 8. 2022: <https://detektor.ba/2020/04/15/online-sudjenja-u-bih-vise-pitanja-nego-odgovora/>
- Ferhatović, A. & Prušćanović, K. (2021). Krivičnopravne posljedice pandemije COVID-19 u Bosni i Hercegovini. *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, 64, 31–64.
- Najnoviji propisi Bosne i Hercegovine vezani za sprečavanje širenja bolesti - Covid19 (Korona virus). (n. d.) Paragraf. Preuzeto 1. 9. 2022: <https://www.paragraf.ba/propisi-naredbe-bosne-i-hercegovine-za-sprecavanje-sirenja-korona-virusa-covid-19.html>
- Odgovor na krizu uzrokovanu pandemijom COVID-19: analiza iz perspektive ljudskih prava i rodne ravnopravnosti. (2020). OSCE. Preuzeto 22. 8. 2022: <https://www.osce.org/files/f/documents/7/a/470658.pdf>
- Pleh, V. (2020). Pandemija i izvršenje krivičnih sankcija u Bosni i Hercegovini. *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, god. 63, 211–231. Preuzeto 20. 8. 2022: <https://www.pfsa.unsa.ba/pf/wp-content/uploads/2021/01/GodisnjakPFSA-2020-za-web5-25-01-2021.pdf>
- Sijerčić-Čolić, H. (2019). *Krivično procesno pravo. Knj. 1, Krivičnoprocesni subjekti i krivičnoprocesne radnje*. (5. izmijenjeno i dopunjeno izd.). Sarajevo: Pravni fakultet.

- Sijerčić-Čolić, H. (2019). *Krivično procesno pravo. Knj. 2, Tok redovnog krivičnog postupka i posebni postupci*. (5. izmijenjeno i dopunjeno izd.). Sarajevo: Pravni fakultet.
- Sijerčić-Čolić, H. (2020). (Ne)očekivane pandemije, krivičnoprocesna načela i online suđenja. *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, 63, 231–256.
- Sijerčić-Čolić, H. & Halilović, Haris. (2022). Predstavljanje projekta ABA ROLI : program zakonodavne pomoći krivičnim postupcima u Bosni i Hercegovini. *Pravo i pravda*, 20 (1), 17-38.
- Sokol, A. [2021]. *Transparentnost rada pravosudnih institucija tokom pandemije: javna komunikacija i odnosi s medijima*. Sarajevo: The AIRE Centar. Preuzeto 1. 8. 2022: <https://www.media.ba/sites/default/files/transparency-report-vol-01-bcms.pdf>
- Vasić, M. & Mandić, S. (2021). *Rad sudova tokom epidemije zarazne bolesti COVID-19: Analiza i preporuke*. Beograd: OEBS.
- Visoki sudski i tužilački savjet Bosne i Hercegovine. (2021). Godišnji izvještaj za 2020. godinu. Preuzeto 19. 8. 2022: <https://vstv.pravosudje.ba/vstvfo-api/vijest/download/78139>
- Visoki sudski i tužilački savjet Bosne i Hercegovine. (2022). Godišnji izvještaj za 2021. godinu. Preuzeto 19. 8. 2022: <https://vstv.pravosudje.ba/vstvfo-api/vijest/download/88703>
- Visoko sudsko i tužilačko vijeće: Donijeta nova Odluka o organizaciji rada u sudovima i tužilaštvima u BiH (5. 5. 2020). *Paragraf*. Preuzeto 1. 9. 2022: <https://www.paragraf.ba/dnevne-vijesti/05052020/05052020-vijest1.html>

Hajrija Sijerčić-Čolić, PhD

Professor emeritus
University of Sarajevo
Faculty of Law
h.sijercic.colic@pfsa.unsa.ba

Vildana Pleh, PhD

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

**THE COVID-19 PANDEMIC, THE LENGTH OF CRIMINAL
PROCEEDINGS AND TRIAL ORGANISATION IN
BOSNIA AND HERZEGOVINA**

Summary

Times of crisis, such as the COVID-19 pandemic, bring challenges that can demonstrate many strengths and weaknesses of a system. During these times, the criminal justice system in Bosnia and Herzegovina was going through a particular challenge, including work efficiency and trial process conduct on one side and protection of guaranteed human rights where achieving one group of rights is conditioned by limiting the other group, on the other side. This article deals with the work efficiency of the criminal justice system in Bosnia and Herzegovina during the COVID-19 pandemic, from the perspective of criminal proceedings length and trial organization. In the article, the authors use statistical data from 2020 and 2021 to present and analyze the work of the criminal justice system, as well as the implications emerging from the data. The article analyzes the normative framework within pandemic conditions and the processes of approving various legislation documents in said conditions and providing the basis for a more efficient criminal justice system, especially through enabling online trials, all the while ensuring human rights protection. Furthermore, the article presents the decisions of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, which refer to the violation of the right to freedom and fair trial. Finally, the authors present the research concerning the work of the criminal justice system in Bosnia and Herzegovina during the pandemic and prove the set hypotheses by evaluating the work of the courts, which, within

the scope of their substantive jurisdiction, perform the function of judging in criminal matters. The findings confirm the set hypotheses regarding the length and efficiency of criminal proceedings, as well as trial organization in Bosnia and Herzegovina.

Keywords: *COVID-19 pandemic, criminal justice, work efficiency, regulation, empirical research, Bosnia and Herzegovina*

Dr. sc. Jasminka Gradašćević-Sijerčić

Redovna profesorica
Univerzitet u Sarajevu
Pravni fakultet
j.gradascevic.sijercic@pfsa.unsa.ba

UDK 331.101.5
349.2:004
Pregledni naučni rad

Dr. sc. Mehmed Hadžić

Vanredni profesor
Univerzitet u Sarajevu
Pravni fakultet
m.hadzic@pfsa.unsa.ba

DIGITALIZACIJA I SVIJET RADA

Sažetak

Uticaj digitalizacije u oblasti radnih angažmana predstavlja glavni predmet analiza izvedenih u ovom radu. Opći pristup uticaju digitalizacije na svijet rada vezuje se za: globalnu povezanost, nova radna mjesta (novi sektori, novi proizvodi, nove usluge), promjenu posla (nova granica između čovjeka i stroja, novi oblici upravljanja), nestanak radnih mjesta (automatizacija, robotizacija) te izmještanje poslova (digitalne platforme, skupno financiranje (crowdsourcing), ekonomija „dijeljenja“).

U uvodnom dijelu rada analiza je koncentrisana na promjene koje se prepoznaju u mogućnostima i načinima zapošljavanja u okviru poslovnih modela koji se prilagođavaju digitalnoj ekonomiji s ciljem uočavanja prednosti ali i negativnih učinaka. U okviru ključnih trendova i pokretača promjena na tržištu rada u svjetlu digitalne ekonomije posebno je izdvojena karakteristika virtuelnog i fleksibilnog rada obzirom na fleksibilne obrasce rada, virtualna radna mjesta te rad s mnoštvom. Treći dio rada je posvećen ispitivanju uvjeta pod kojim se obavlja rad preko digitalnih platformi uz osvrt na radno mjesto, mjesta rada i radno vrijeme u kontekstu virtuelnog i fleksibilnog rada. U završnim razmatranjima autori su analizu koncentrisali na pitanje: da li se pojedinac koji pruža usluge/određeni rad – bio to Uberov vozač ili crowdworker može smatrati radnikom?

Ključne riječi: *digitalna ekonomija, crowdsourcing, digitalizacija procesa rada, crowdwork, virtuelni i fleksibilni rad, digitalne platforme*

Uvodne napomene

Generacije 21. stoljeća ne poznaju život i u privatnom i u poslovnom smislu bez korištenja moderne tehnologije i društvenih medija. Digitalizacija, uključujući tehnologije omogućene informacijskom i komunikacijskom tehnologijom (ICT-ETs), robotika, umjetna inteligencija (AI), internetske platforme ili internet stvari (IoT) kompleksno utiče i mijenja prirodu kako nesamostalnog/zavisnog tako i samostalnog rada. Digitalizacija mijenja uključivanje u organizirani rad i organizaciju poslovanja tj. poslovne modele uz stvaranje i novih formi/oblika rada koji se u pravilu ne uklapaju u kategorije pozitivno-pravnih rješenja u radnim zakonodavstvima.

Drugačije rečeno, zbog uticaja digitalizacije na organizaciju rada i poslovanje poslodavačkih subjekata, odnosno organiziranje nesamostalnih i samostalnih procesa rada od početka 21. stoljeća, svijet rada prolazi kroz velike i značajne promjene. Promjene se uočavaju u mogućnostima i načinima zapošljavanja u okviru organizacije procesa rada koja se prilagođava digitalnoj ekonomiji. Digitalizacija donosi brojne prednosti i koristi. Istovremeno, prisutni su i negativni učinci: pritisak dostupnosti, produženo radno vrijeme koje nije adekvatno kompenzirano, brisanje granice između poslovnog i privatnog života, iscrpljenost i izgaranje itd.¹ Intenziviranje rada je jedan od najčešće prijavljivanih rizika vezanih uz učinke digitalizacije na svijet rada. Neo-

¹ U Berlinu je 14.2.2017. održan seminar u organizaciji evropskih socijalnih partnera na temu digitalizacije odnosno industrijalizacije 4.0 i njenog utjecaja na tržište rada, na vrste poslova, na radne uvjete. Njemačka je u suradnji sa socijalnim partnerima provela savjetovanje i donijela strateški dokument, u kojem se pored aspekata digitalizacije obrađuju i pitanja demografije u kontekstu radne snage i globalizacije. Zahtjevi predstavnika rada vezuju se za: jednostavnije spajanje privatnog i poslovnog života i fleksibilizaciju radnih odnosa. Međutim ove zahtjevi se shvataju različito ili drugačije rečeno: primjetno je da u svijetu rada svako to shvata na svoj način. Tako, dio radnika želi raditi puno radno vrijeme i nakon toga ne želi biti dostupan ni elektronski, drugi dio radnika traži fleksibilnost na način da radi manje u prostoru poslodavca zbog privatnih obaveza, ali da to vrijeme nadoknadi kasnije. Poseban problem je organizacija fleksibilnosti u pogledu radnog vremena kao i praćenje radnog vremena u ciljnim skupinama visoko obrazovanih radnika i IT stručnjaka koji kada rade na projektima, gotovo da nemaju radno vrijeme. vidjeti: "Digitalizacija i tržište rada u EU" od 14.02.2017. na: www.hup.hr/digitalizacija-i-trziste-rada-u-eu.aspx,

sporno, pojava novih tehnologija ima dubok uticaj na svijet rada jer postaje sastavni dio gotovo svih organiziranih oblika rada.

U kontekstu novih oblika rada i zapošljavanja, ovaj rad procjenjuje i analizira uticaj digitalizacije i novih trendova u svijetu rada oslonom na relevantnu literaturu i objavljena istraživanja. Pored uvodnog osvrta na prednosti i nedostatke koje donosi digitalizacija u mogućnostima rada i zapošljavanja te zaključka, rad je podjeljen na četiri poglavlja. Prvo poglavlje sadrži osvrt na budućnost rada, a u drugom poglavlju razmatraju se ključni trendovi i pokretači promjena koju digitalizacija donosi na tržište rada. U trećem i četvrtom poglavlju, analizira se uticaj digitalizacije u kontekstu radnog zakonodavstva pri čemu je naglasak stavljen na rad preko digitalnih platformi i status pojedinaca obzirom na radno mjesto, mjesto rada i radno vrijeme te promjene koje u radno zakonodavstvo donosi virtuelni i fleksibilni rad.

1. Budućnost rada

Digitalna tehnologija pored sve važnije uloge u ekonomskom i socijalnom životu, dramatično mijenja i tradicionalno organizirane oblike poslovanja i rada. Primjena digitalnih tehnologija i način na koji se one iskorištavaju na radu i u vezi s radom ovisi o različitim faktorima: stepena ekonomskog rasta i ulaganja, potražnje i prihvaćanja od strane radnika, poslodavaca, javnosti, ali i od načina kako upravljačke odluke podržavaju investiranje u digitalizaciju. Izvjesno je da će /da je došlo do diferencijacije u organizaciji procesa rada. S jedne strane, postoje poslodavci sa stalno zaposlenim radnicima, a s druge strane, postoji rastući broj poslodavaca s „fluidnom” organizacijom, koja se sve više temelji na radnicima koji rade u okviru masovnog rada putem interneta. Istovremeno, procjenjuje se i razvoj niza miješanih oblika organizacije rada: odvajanje poslova s radnicima koji rade u okviru masovnog rada putem interneta i poslova koji se rade unutar poslodavačkog subjekta.

U brojnim raspravama na tlu Evrope pokušava se odgovoriti na pitanja kao što su: da li se digitalizacijom stvaraju ili gube radna mjesta; hoće li digitalizacija dovesti do daljnje fleksibilizacije radnih odnosa; kako uskladiti sisteme socijalne sigurnosti i kako novim oblicima rada prilagoditi državno zaštitno radno zakonodavstvo, posebno odredbe o radnom vremenu, zaštiti zdravlja radnika, te kako uskladiti vještine radnika s potrebama poslodavaca prilikom uvođenja novih tehnologija.

1.1. Evropski sindikalni institut (ETUI) 2016². godine je objavio studiju Christophea Degrysea pod naslovom “Digitalizacija ekonomije i učinci na tržišta rada”³. U ovom radu autor procjenjuje da su najveće opasnosti digitalizacije rada vezane za potencijalnu destrukciju poslova koji zahtijevaju srednju stručnu spremu, zamagljivanje granice između radnog i slobodnog vremena⁴, prekarizaciju poslova, slabljenje kolektivnih radnih odnosa ali i stvaranje globalne otvorene konkurencije među radnicima putem tzv. crowdworka.

Prekarnost je život u neizvjesnosti i strahu od gubitka posla zbog raznih oblika nesigurnosti radnog mjesta, slabe plaćenosti, gubitka pojedinih garantovanih prava na radu i u vezi s radom. To je život pod egzistencijalnom ucjenom sa neslućenim posljedicama ne samo na čoveka pojedinca već i na čitave društvene grupe. Kao složena, višedimenzionalna pojava, prekarnost se iskazuje na razne načine: u rasponu od osjećanja nesigurnosti i neizvjesnosti zbog radnog statusa pa do otuđenja i odsustva solidarnosti zbog izopštenosti i odbačenosti iz društva (Standing, 2011).

“Crowdwork” je izraz koji se koristi za opisivanje posla koji se obavlja u kontekstu “crowdsourcinga” komercijalnih aktivnosti. “Crowdsourcing” se defi-

² Evropski sindikalni institut je nezavisni centar za istraživanje i obuku Evropske konfederacije sindikata (ETUC) koja povezuje evropske sindikate u jedinstvenu evropsku krovnu organizaciju. ETUI stručnu i israživačku djelatnost implementira suradnjom sa univerzitetima i stručnim mrežama u cilju zaštite interesa radnika na evropskoj razini te jačanja socijalne dimenzije EU.
vidjeti: <https://www.etui.org/about-etui>

³ Degryse, C., Digitalisation of the economy and its impacts on labour markets, working paper 2016.02, ETUI aisbl, Brussels, 2016, dostupno na: <https://www.etui.org/Publications2/Working-Papers/Digitalisationof-the-economy-and-its-impact-on-labour-markets>

⁴ Trend “nošenja posla kući” i pozivanja poslodavaca radi konsultacija sa radnicima te nalaganja poslova i zadataka povećao se u periodu vezanom za pandemijom u toj mjeri da je kod velikog broja zaposlenih izbrisana granica između radnog i slobodnog/privatnog vremena.

Pojedine evropske države su to prepoznale i počele su zakonima zabranjivati bilo kakvo pozivanje radnika van radnog vremena ili stavljanje u nepovoljan položaj ukoliko se u slobodno vrijeme ne javljaju poslodavcima na pozive. Tako je Belgija je u 2022. godini zabranila poslodavcima da kontaktiraju službenike van radnog vremena uz naznaku izuzetaka da će to biti dopušteno samo ako se dogovore dežurstva. Njihov zakon sada definiše da oni radnici koji ne budu odgovarali na telefonski poziv ili na e-mail poruke neće biti stavljeni u nepovoljan položaj. Ovakvo rješenje je i u Portugalu, a u drugim državama dostupnost radnika van radnog vremena plaća se skuplje nego što je redovan prekovremeni rad (Krivokapić, 2007).

nira kao “praksa dobivanja potrebnih usluga, ideja ili sadržaja traženjem doprinosa od velike grupe ljudi, a posebno od online zajednice, a ne od tradicionalnih zaposlenika ili dobavljača”(Wass, Liebman, 2017, str. 13). Naime, zbog dostupnosti interneta visokog kapaciteta rad je obilježen rastućim brojem netipičnih oblika rada, kao što su (višestruki) rad na nepuno radno vrijeme, rad s više ugovaratelja odnosno prisutnošću „masovnog rada putem interneta” (eng. crowdworking) u okviru kojega radnici nude svoje vještine na internetskim platformama”(Opinion of the European Economic and Social Committee on the ‘Provision and development of skills, including digital skills, in the context of new forms of work: new policies and changing roles and responsibilities’ EESC, Conclusions and recommendations: 2017/C 434/06). Masovno zapošljavanje je novi oblik zapošljavanja koji koristi internetsku platformu kako bi organizacijama ili pojedincima omogućio pristup neodređenoj i nepoznatoj skupini drugih organizacija ili pojedinaca radi rješavanja specifičnih problema ili pružanja određene usluge ili proizvode u zamjenu za plaćanje. Digitalna tehnologija je najzanimljiviji segment u ovom obliku zapošljavanja, jer se spajanje klijenta i radnika, kao i izvršavanje i podnošenje zadataka, uglavnom odvija online. Ovaj oblik zapošljavanja temelji se na individualnim zadacima ili projektima, a ne na kontinuiranom odnosu. Poslovi i zadaci podjeljeni su na manje podzadatke koji su relativno jednostavni ili standardizirani, te se mogu obaviti neovisno o drugim zadacima i imaju specifičan rezultat.

1.2. U literaturi, ekonomija digitalnog doba u pojmovnom smislu vezana je za mnoštvo naziva. Upotrebljavaju se pojmovi: digitalne ekonomije dijeljenja, ekonomije na „zahtjev“, gig-ekonomije, kolaborativna ekonomija, itd⁵. Prema Degryseu osnov ekonomije digitalnog doba je u uzročno-

⁵ Historijski gledano govori se o četiri industrijske revolucije. Prva industrijska revolucija odvija se od 1760. do 1840., a druga industrijska revolucija od 1870. do 1914. Treća industrijska revolucija – nazvana „digitalna revolucija“; odvija se od 1960. a traje i dalje. Nazvana je digitalna revolucija budući da počiva na transformaciji mehaničke i analogne elektronske tehnologije u digitalnu elektroniku, zahvaljujući pronalasku tranzistora 1947. godine. Zasluga za to pripada fizičarima Johnu Bardeenu, Walteru Brattainu, i Williamu Shockleyu koji su za svoje dostignuće 1956. godine primili Nobelovu nagradu. Promjene koje su donijeli digitalni računari i komunikacijske tehnologije označavaju i početak informacijskog doba. Temelj digitalne revolucije bio je razvoj digitalnih elektroničkih računara, osobnih, a posebno mikroprocesora sa svojim stalnim povećanjem performansi što je imalo za posljedicu da kompjuterska tehnologija bude ugrađena u veliki broj uređaja. Paralelno, veliku ulogu odigrale su prijenosne tehnologije, uključujući računarske mreže, internet i digitalno emitiranje, 3G telefoni.

posljedičnoj vezi i globalno tržište rada vezuje se za tri segmenta (Degryse, 2016, str. 7-16):

- a) internet i razvoj brzih mreža,
- b) Big Data („veliki podaci“) i
- c) sveprisutnost novih oblika mobilnih uređaja (mobilnih telefona, tableta itd.).

Brzina širenja i prihvatanje novih tehnologija i inovacija četvrtu industrijsku revoluciju značajno diferenciraju od prethodnih.⁶ U pogledu suštine četvrte industrijske revolucije pojedini ekonomisti naznačavaju da se radi o razvoju novog trenda koji ne predstavlja istinsku revoluciju, a drugi, da digitalna revolucija odnosno četvrta industrijska revolucija predstavlja sveobuhvatan odmak od načina organizacije radnih sredina te da su nove tehnološke inovacije pokretač budućeg ekonomskog rasta.

U recentnoj literaturi o uticaju digitalne revolucije na svijet rada intenzivnije se raspravlja posljednjih desetak godina s fokusom na pokretače promjena u svijetu rada (Samardžija, Butković, Skazlić, 2017; Schwab, 2016; Bonciu, 2017; Paić 2020; Department of Economic & Social Affairs 2017; European Commission 2019; World Economic Forum, 2020)⁷.

Eurofound- agencija EU-a za poboljšanje životnih i radnih uvjeta identificira tri glavna smjera promjena, koje mijenjaju rad i zapošljavanje u digitalnoj ekonomiji.

Prvi se odnosi na automatizaciju rada koja se očituje u zamjeni ljudskog rada radom (digitalnih) mašina/strojeva u pogledu određenih zadataka, u okviru procesa proizvodnje i distribucije. Tehnologija koja u digitalno doba

⁶ Četvrta industrijska revolucija je nadogradnja na digitalnu revoluciju i odvija se sada. Četvrtu industrijsku revoluciju stručnjaci često nazivaju i evolucijom, jer je ne veže neki poseban događaj, već se nastavlja na treću industrijsku revoluciju obilježenu razvojem četvrte generacije računala. Prema Klausu Schwabu brzina širenja i dospijeće novih tehnologija i inovacija četvrtu industrijsku revoluciju znatno razlikuju od prethodnih tri, obzirom na brzinu prihvatanja i primjene. Internet je zavladao svijetom u manje od jednog desetljeća. Do kraja 2021. većina zemaljske kugle biti će pokrivena satelitskim internetom „Starlink“, tako da neće postojati kutak Zemlje koji neće biti pokriven

⁷ -Europska komisija, Kako tehnološka revolucija mijenja svijet rada i vještina unutar Europske unije, https://ec.europa.eu/croatia/tech_revolution_changing_jobs_in_eu_hr 3. European Commission, Environment, Strategic plan 2020-2024,

omogućuje automatizaciju rada uključuje naprednu robotiku, umjetnu inteligenciju te strojno učenje. Iako je automatizacija rada kao fenomen mnogo starija od digitalne revolucije, nove tehnologije omogućuju strojevima i robotima da obavljaju zadatke za koje se prije smatralo da nisu pogodni za automatizaciju. Posebno važnu ulogu ima umjetna inteligencija, koja postepeno preuzima aktivnosti za čije je obavljanje donedavno bila nužna ljudska moć rasuđivanja te iskustvo.

Dakle, iako automatizacija rada nije nova pojava; nova je činjenica da upotrebom digitalnih tehnologija dolazi do znatnog proširivanja raspona radnih zadataka koje mogu obavljati strojevi. Eurofound ističe sljedeća ključna svojstva digitalnih tehnologija koja stvaraju promjene u ekonomskoj aktivnosti:

- a) fleksibilnost proizvodnje,
- b) dostupnost informacija,
- c) nepostojanje graničnih troškova i
- d) mrežne efekte.

Navedene karakteristike posebno se uočavaju u onim djelatnostima u kojima je digitalna transformacija jako uznapredovala: IT-sektor te industrije koje se bave komunikacijama i slobodnim vremenom. Neosporno, s daljnjim širenjem digitalnih tehnologija i sve većom digitalizacijom radnih procesa karakteristike digitalnih tehnologija će se proširiti na sve vrste djelatnosti mijenjajući procese ekonomskih aktivnosti.

Drugi pokretač promjena u svijetu rada prema Eurofoundu je digitalizacija procesa. Digitalizacija procesa podrazumijeva upotrebu uređaja koji pretvaraju analognu u digitalnu informaciju (senzora) i uređaja koji pretvaraju digitalnu u analognu informaciju kako bi se segmenti fizičkog proizvodnog procesa preveli u digitalne informacije i obrnuto. U takvom procesu dolazi do mnogo efikasnije i jeftinije obrade podataka te komunikacije putem digitalnih informacija. Digitalizacijom procesa dolazi paralelno i do efikasnijeg upravljanja i kontroliranja procesa rada. Ključne tehnologije koje pokreću digitalizaciju ekonomskih procesa su internet stvari (engl. Internet of Things), trodimenzionalni ispis (engl. 3D printing) te virtualna i proširena stvarnost (engl. virtual and augmented reality).

Treći smjer promjena odnosi se na koordinaciju putem platformi, tj. upotrebu digitalnih mreža u svrhu koordinacije ekonomskih transakcija na algoritamski način. Pod pojmom mreže podrazumijeva se strukturirani digitalni „prostor“ za ponudu i potražnju dobara i usluga. Digitalnu mrežu karakterizira skup algoritama koji spajaju i koordiniraju transakcije na automatizirani

način. U literaturi se ističe da internetske platforme predstavljaju nov tip ekonomskih institucija pošto se radi o specifičnom hibridu tržišta i poslodavca/preduzeća jer mreže i algoritamske komponente platformi obavljaju funkcije svake od tih temeljnih ekonomskih institucija.

1.3. I Svjetski Ekonomski forum je u posljednjih dvije decenije, prateći migracije radnika zbog tehnološke automatizacije promatrao kretanja tržišta rada. Koristeći jedinstvene metode koje predviđaju kratkoročne i dugoročne trendove te uticaj prilagodbe tehnologije na tržište rada, ispitivanje je provedeno na uzorku od 15 industrija i 26 ekonomija⁸.

U januarau 2016. godine, Svjetski ekonomski forum objavio je prvi izvještaj o novom tržištu rada pod naslovom "Budućnost radnih mjesta: zaposlenost, vještine i radna snaga za 4. industrijsku revoluciju". U izvještajima je poseban akcent stavljen na potencijal novih tehnologija, uključujući automatizaciju i algoritme, stvaranje novih visokokvalitetnih radnih mjesta te znatno poboljšanje kvalitete i produktivnosti ljudskog rada. Prema očekivanjima, nove tehnologije će povećati broj radnih mjesta – od razvoja aplikacija i upravljanja dronovima sve do daljinskog nadziranja zdravlja pacijenata, suvremenih industrijskih tehnologija i certificiranih radnika u socijalnoj skrbi. Istovremeno, tehnološki napredak ima za posljedicu smanjivanje broja radnika na određenim poslovima, ali procjenjuje se da će povećana potražnja za novim radnim mjestima nadomjestiti pad potražnje za onima u nestajanju.

1.4. Kratko rečeno, uticaj digitalizacije u oblasti radnih angažmana otvara mnoga nerješena i otvorena pitanja uz mnoge razloge za zabrinutost. Opći pristup uticaju digitalizacije na svijet rada vezuje se za:

- otvaranje radnih mjesta: novi sektori, novi proizvodi, nove usluge;
- promjena posla: digitalizacija, nova granica između čovjeka i stroja, novi oblici upravljanja;
- uništenje poslova: automatizacija, robotizacija;
- izmještanje poslova: digitalne platforme, skupno financiranje (crowdsourcing), ekonomija „dijeljenja“.

Pri tome, uloga države na tržištu rada se takođe mijenja: država sve manje ima aktivnu participaciju, a sve više korektivne funkcije.

⁸ Izvor: "The Future of Jobs Report" 2018.; "Future of Jobs Survey" 2020, World Economic Forum, WEF (2020.)

2. Digitalizacija i tržište rada - ključni trendovi i pokretači promjena

Tržište rada vezano je za sveukupnost odnosa onih koji nude i onih koji traže rad određene kvalifikacije. Drugačije rečeno, tržište rada označava ponudu i potražnju radnika, a uključuje zapošljavanje, napredovanje, prestanak rada, konkurenciju u traženju posla i na samom poslu te formiranje cijene rada.

Novi trendovi digitalne ekonomije dovode do potpune promjene strukture tržišta rada, prije svega kroz mijenjanje uvjeta rada uz stvaranje novih prilika ali i rizika. U projekcijama iz prošlog desetljeća, dvijehiljadedvadesete godine trebale su biti desetljeće rada od kuće. Budućnost rada podrazumijevala je da radna mjesta postanu dnevni boravci, a radni stolovi bilo koje mjesto na kojem je dostupna brza internetska veza. Pandemija vezana za Corona virus je uticala da je u dvijehiljadedvadesetoj godini bilo 72% svjetskih kompanija čiji zaposlenici su radili od kuća.

Digitalizacija u sferi rada je najjasnije uočljiva u integraciji digitalnih tehnologija u radne procese koje donose promjene u traženim kompetencijama (znanju i vještinama) radnika, zatim u organizaciji rada, kao i u načinima rada (poput rada na online platformama).

Deset najvažnijih vještina koje traže poslodavci – poređenje 2018. godine i projekcija za 2022.godinu:⁹

⁹ Izvor: Future of Jobs Survey 2018, World Economic Forum

2018.	Tendencije: 2022.	Stagnacija: 2022.
Analitičko mišljenje i inovacije.	Analitičko razmišljanje i inovacije.	Manualne vještine, izdržljivost i preciznost.
Rješavanje složenih problema.	Aktivno učenje i strategije učenja.	Pamćenje, verbalne, slušne i prostorne sposobnosti.
Kritičko mišljenje i analiza	Kreativnost, originalnost i inicijativa.	Upravljanje finansijskim i materijalnim resursima.
Aktivno učenje i strategije učenja.	Tehnološko projektiranje i programiranje.	Tehnološka instalacija i održavanje.
Kreativnost, originalnost i inicijativa.	Kritičko razmišljanje i analiza.	Čitanje, pisanje, matematika, aktivno slušanje.
Fokus na detalje, pouzdanost.	Rješavanje složenih problema.	Upravljanje osobljem
Emocionalna inteligencija	Vodstvo i društveni utjecaj	Kontrola kvalitete i sigurnost Koordinacija i planiranje vremena
Razumijevanje, rješavanje problema, ideje.	Emocionalna inteligencija	Vizualne, auditorne i govorne sposobnosti
Vodstvo i društveni utjecaj	Razumijevanje, rješavanje problema, ideje	Upotreba tehnologije, nadziranja i kontrole
Koordiniranje i planiranje vremena.	Sistemska analiza i procjena	

Ukratko, primjena digitalne tehnologije u poslovanju kroz prizmu Swot analize¹⁰ ukazuje na sljedeće:

Snage: globalna povezanost, otvorena ekonomija, postojanje mreža informacija koje se razmjenjuju i dijele, integracija industrije, proizvodnje i usluge, automatizacija i robotizacija procesa, povećanje dobiti poslodavaca, ekonomija nultog marginalnog troška, nastanak novih inovacija;

Slabosti: smanjenje broja radnih mjesta, nastanak nedostižnih oligopola, koncentracija moći i bogatstva u lancu vrijednosti, nepoštovanje zakonskih

¹⁰ SWOT analiza je jedna od najpoznatijih i osnovnih tehnika strateške analize koja se često koristi prilikom pisanja poslovnog plana ili projekta. Jednostavna je i korisna jer daje uvid u trenutno stanje vezano za oblast koja se procjenjuje i analizira. SWOT analiza analizira i identifikira četiri aspekta, a to su: S - Strengths (snage), W - Weaknesses (slabosti), O - Opportunities (prilike), T - Threats (prijetnje). Procjenom vlastitih snaga i slabosti u kombinaciji s prilikama i prijetnjama dolazi se do strateških saznanja s ciljem poduzimanja adekvatnih mjera i aktivnosti za postizanje utvrđenih ciljeva.

i moralnih standarda, tipizacija navika i ponašanja potrošača, nestanak radničke klase kao srednjeg sloja društva;

Prilike: nova radna mjesta, fleksibilnija poduzeća, ukidanje rutinskih zadataka, bolja ergonomija, bolja saradnja unutar poduzeća, smanjenje radnog vremena, razvoj industrije i proizvodnje;

Prijetnje: nestanak radnih mjesta, intenziviranje rada “bilo kad, bilo gdje”, radnici postaju strojevi, digitalno upravljanje, nadzor radnika, rizik od uzajamnog gubitka povjerenja između radnika i poslodavaca, ovisnost o podacima, izloženost riziku krađe podataka, izloženost riziku kompjuterskih pogreški.¹¹

Drugačije rečeno, za tržište rada od izuzetnog značaja su predviđanja budućih trendova i digitalnih tehnologija¹² kako bi se na tržištu na vrijeme našao odgovarajući profil radnika uz samozapošljavanje i fleksibilne poslove.

2.1. U završnom izvještaju Evropske agencije za sigurnost i zaštitu na radu (EU-OSHA) pod nazivom “Predviđanje novih i dolazećih rizika za sigurnost i zdravlje na radu povezanih s digitalizacijom do 2025.”¹³ iz 2018. godine, naznačeni su mogući scenariji do 2025.¹⁴ u svjetlu posljedica koje razvoj informacijskih i komunikacijskih tehnologija (IKT) te promjena na radnom mjestu (uključujući razvoj Jedinstvenog digitalnog tržišta EU-a¹⁵) mogu imati na sigurnost i zdravlje radnika.

Cilj projekta koji je naznačen u izvještaju bio je davanje informacija donositeljima odluka u EU-u, kao i vladama država članica, sindikatima i poslodavcima, da bi se mogle donijeti odluke o oblikovanju budućnosti sigurnosti i zdravlja na radu radi sigurnijih i zdravijih radnih mjesta.

¹¹ Sadržaj SWOT analize prema Christophe Degryse (Degryse, 2016).

¹² Uber je primjer dvosmjernog uticaja primjene digitalne tehnologije. Uber svoje poslovanje temelji upravo na digitalnoj tehnologiji i digitalizaciji poslovanja. Razvoj aplikacije koja je pronašla veliko odobravanje krajnjih korisnika, ali i jednostavnost samozapošljavanja početak je velike promjena na tržištu rada. Svatko ko ima položen vozački ispit može biti vozač Ubera i obavljati prijevoz ljudi. S jedne strane, pojednostavljeno je samozapošljavanje u ovom segmentu, a sa druge, ostale su ogromne praznine u zakonskim regulativama.

¹³ Dostupno na EU-website: <https://osha.europa.eu/en/emerging-risks/developments-ict-and-digitalisation-work> “Foresight on new and emerging occupational safety and health risks associated with digitalisation by 2025”

¹⁴ Naznačena su četiri scenarija: evolucija, preobrazba, eksploatacija, fragmentacija: op.cit..s.17-18, 23-28.

¹⁵ Jedinstveno evropsko digitalno tržište jedan je od 10 prioriteta Europske komisije. Procjenjuje se da bi jedinstveno digitalno tržište u Evropi moglo stvoriti stotine hiljada radnih mjesta i donijeti 415 milijardi eura za ekonomiju EU svake godine.

U tom kontekstu u okviru analize ključnih trendova i pokretača promjena koju donosi digitalizacija u svijetu rada¹⁶, posebno je izdvojen virtualni i fleksibilni rad koji se oslanja na:

1. fleksibilne obrasce rada vezane za fleksibilno radno vrijeme; nepuno radno vrijeme, nula sati ugovore, privremene ugovore, samozapošljavanje; rad od kuće, mobilni i smjenski rad,
2. virtualna radna mjesta: rad na mreži/platformi bilo gdje i bilo kada tako da lokacija nije bitna,
3. rad s mnoštvom, pri čemu se internetska platforma koristi za omogućavanje organizacijama ili pojedincima pristup neodređenoj i nepoznatoj skupini drugih organizacija ili pojedinaca u vezi s pružanjem određene usluge ili proizvoda u zamjenu za plaćanje.

Rezultat virtualnog i fleksibilnog rada posebno se odražava na promjene u radnim angažmanima i socijalnoj sigurnosti. Ove promjene u najkraćem mogu se označiti i predviđanjem: “Moj otac je imao jedan posao u životu, ja sam imao šest u svom, moja djeca će imati šest u isto vrijeme”¹⁷.

3. Digitalizacija i radno zakonodavstvo

Jedna od temeljnih karakteristika razvoja informaciono komunikacijskih tehnologija je širenje načina povezivanja ljudi sa ljudima i ljudi sa različitim bazama podataka u najširem smislu riječi, te jačanje kvaliteta povezanosti. Pod kvalitetom povezanosti, između ostalog, podrazumijeva se konstantna dostupnost svih usluga koje pruža odgovarajuća baza na tehnički zadovoljavajućem nivou, te pouzdanost u smislu tehničke zaštite različitih vrsta komunikacije. Dostignutim nivoom razvoja, ove tehnologije su izvršile i dalje vrše snažan uticaj na postojeći koncept radnih odnosa i to u najmanje dva segmenta. Prvi segment se veže za rad preko digitalnih platformi, a drugi segment se veže za rad osoba koje su zasnovale radni odnos regulisan državnim zaštitnim zakonodavstvom.

¹⁶ Ibid: Appendix E — Key trends and drivers of change, High impact, high uncertainty trends and drivers, p.138-143.

¹⁷ Adams, T.: My father had one job in his life, I've had six in mine, my kids will have six at the same time, in: The Guardian, 29.11.2015, London, dostupno na: www.theguardian.com/society/2015/nov/29/future-of-work-gig-sharingeconomy-juggling-jobs

3.1. Rad preko digitalnih platformi

Digitalne platforme se mogu podijeliti u dvije velike grupe. U prvu grupu spadaju one koje posreduju između radnika i poslodavaca kao i svaka berza poslova, odnosno agencija za posredovanje u zapošljavanju: poslodavci istaknu svoje potrebe za radnicima, a radnici oglašavaju svoje stručne sposobnosti i ovi radnici se u pravilu zovu samostalni radnici (eng. Freelancer).

U drugu grupu spadaju one platforme koje se odnose na pružanje specifičnih usluga kao što su usluga prevoza ili dostave; koje imaju daleko kompleksniji odnos sa platformskim radnicima koji ih koriste, i ovi radnici se u pravilu zovu platformski radnici (Reljanović, Misailović, 2021, str. 409). U radu preko digitalnih platformi, osoba koja obavlja rad preko određene platforme nema nikakvu radnopravnu vezu sa vlasnicima odnosno predstavnicima platforme. Osoba odgovarajućom registracijom postaje pružatelj usluga na platformi i rad, u pravilu, obavlja na temelju elektronskog naloga, a za obavljenу uslugu prima odgovarajuću finansijsku naknadu koja je opet u pravilu vezana za procenat cijene odgovarajuće usluge, ili fiksnu cijenu prema broju usluga. (vidjeti šire: Bjlenški Radić, 2018, str. 323-325; Reljanović, Misailović, 2021, str. 419-423). Da li je u ovom slučaju pružatelj usluga krajnjem korisniku sama platforma ili osoba koja joj stvarno isporučuje uslugu? Teško bi bilo argumentirati da je to stvarni pružatelj usluga, jer naručilac usluge će za neisporučenu uslugu odgovornost i eventualnu naknadu štete tražiti isključivo od digitalne platforme, a ne od neposrednog pružaoca usluge. Ako je platforma onda se postavlja pitanje u kakvom je odnosu osoba koja stvarno isporučuje uslugu sa platformom. Da li u ovom slučaju postoji posebnі privredni odnosno komercijalni ugovor između platforme i osobe koja stvarno pruža uslugu? Da li se pod ovim komercijalnim ugovorom smatra registracija osobe koja stvarno pruža uslugu na odgovarajućoj digitalnoj platformi? Da li, i u kojoj mjeri postoji subordinacija na način da osoba obavlja posao pružanja usluge isključivo po nalogu i sa uputama neoposredno nadređenog u ovom slučaju digitalne platforme?

Formalno, osobe koje pružaju usluge za digitalne platforme početno su se smatrali nezavisnim ugovaračima koji sa platformom ugovaraju različite oblike usluga i načine plaćanja obavljenih usluga, korištenjem sredstava platforme ili vlastitih sredstava. Međutim, suštinski se radi o neformalnom radnom odnosu u kome platformski radnici obavljaju posao za platformu, ali bez formalne zaštite koju pruža radno zakonodavstvo. Dodatno, uobičajeno postoje dvije grupe platformskih radnika. U prvu grupu spadaju oni koji su u radnom odnosu kod drugog poslodavca, a rad preko platforme obavljaju izvan radnog vremena kako bi ostvarili dodatne prihode. U drugu grupu spa-

daju oni kojima je rad preko digitalnih platformi jedini način za ostvarivanje prihoda za egzistenciju. Evidentno je da su osobe kojima je rad preko digitalnih platformi jedini izvor prihoda u znatno težem položaju od onih kojima ovakav rad donosi dodatnu zaradu.

Zastupljenost i jedne i druge grupe osoba koje obavljaju rad preko digitalnih platformi je jako teško precizno odrediti jer u velikom broju slučajeva digitalne platforme ne dozvoljavaju pristup podacima o broju i strukturi izvršenih usluga pravdajući takvo postupanje poslovnom tajnom i obavezom zaštite privatnosti podataka. Imajući ovo u vidu, do podataka se dolazi uglavnom preko odgovarajućih anketa. Međutim, zbog postojanja velikog broja drugih platformi koje predstavljaju različite vrste socijalnih mreža potrebno je pažljivo precizirati pitanja kako bi se došlo do stvarnih rezultata (vidjeti šire: Piasna A., 2020, str. 1-22).

Razvojem digitalnih platformi u nekim evropskim državama postavilo se pitanje radnopravnog statusa znatnog broja osoba koje pružaju usluge za te platforme, a formalno nemaju nikakva prava na radu i u vezi sa radom regulirana državnim zaštitnim zakonodavstvom. Nakon podnošenja tužbi, odnosno zahtjeva za zaštitu povrijeđenih prava, sudovi u Belgiji, Francuskoj, Italiji, Holandiji i nizu drugih evropskih država su donosili presude kojima su ove osobe početno sudovi nižih instanci tretirali kao samozaposlene. Međutim, u određenom broju slučajeva sudovi viših instanci su donosili odluke da se ove osobe imaju smatrati zaposlenicima odnosno radnicima (vidjeti šire: Hiessl C. 2021. str. 1-56; Reljanović, Misailović, 2021, str. 421-422). Zanimljivo je tumačenje Amsterdamskog žalbenog suda u Holandiji koje podržava procjenu nižestepenog suda da se dostavljači kompanije Deliveroo imaju smatrati radnicima a ne samostalnim poduzetnicima iz sljedećih razloga:

- a) Ne postoje stvarni elementi poduzetništva, kompanija Deliveroo zaključuje fiksne ugovore u kojima isključivo ona određuje sve suštinske aspekte rada uključujući i naknadu;
- b) Deliveroo dostavljači ne mogu sami optimizirati svoje aktivnosti nego su u potpunosti ovisni o aplikaciji koja im nalaže zadatke bazirane na netransparentnom algoritmu;
- c) Dostavljači su suštinski dio Deliveroo djelatnosti;
- d) Dostavljači su obavezni da budu prepoznati kao Deliveroo dostavljači za klijente, i u javnoj percepciji nije im dozvoljeno da budu prepoznati kao samostalni poduzetnici;
- e) Općenito, nespecifični karakter instrukcija koje daje Deliveroo predstavlja prirodu posla dostavljača;
- f) Deliveroo kontroliše dostavljače putem GPS Sistema;

- g) Deliveroo osigurava sve dostavljače za slučaj nesreće na poslu što je neuobičajeno u odnosima sa samostalnim poduzetnicima;
- h) Dostavljači se nalaze u tipičnoj ekonomskoj ovisnosti prema Deliveroo-u (Hiessl C. 2021. str. 18).

Osnovne karakteristike, u pojedinačnim sudskim i administrativnim odlukama, koje su korištene za davanje statusa radnicima osoba koje obavljaju rad preko digitalnih platformi, a kojima je ovakav rad jedini izvor prihoda, jesu subordinacija odnosno postupanje po nalogima i uputama drugog, te organizacijska i finansijska ovisnost.

3.2. Prijedlog direktive o poboljšanju uslova rada u platformskom radu

Imajući u vidu niz dilema i otvorenih pitanja koje sa sobom nosi rad putem digitalnih platformi, ali i različita tumačenja sudova u pogledu radnopravnog statusa platformskih radnika u pojedinim državama, Evropska komisija je u decembru 2021. godine pripremila Prijedlog direktive o poboljšanju uslova rada u platformskom radu¹⁸.

U prijedlogu direktive se uvodi pojam digitalna radna platforma. Prema članu 4 ovog Prijedloga, ugovorni odnos koji ima obilježja propisan direktivom¹⁹ između digitalne radne platforme koja kontroliše način rada i osobe koja obavlja rad preko te platforme, treba biti pravno pretpostavljen kao radni odnos. Prema prijedlogu direktive ova pretpostavka je oboriva. Sadržajno, prijedlogom direktive se reguliše transparentnost i praćenje sistema za automatsko donošenje odluka, ljudska kontrola automatskih sistema, ljudska evaluacija

¹⁸ Proposal for a Directive of the European parliament and of the Council on improving working conditions in platform work, Brussels, 9.12.2021 COM(2021) 762 final 2021/0414 (COD) U obrazloženju ovog prijedloga se navodi procjena da je u 2021. godini unutar EU 28 miliona ljudi radilo putem digitalnih platformi. U 2025. godini se očekuje da će broj platformskih radnika dostići 45 miliona.

¹⁹ Ta obilježja su:

- a) da su efektivno određene visine naknade
- b) da se zahtjeva od osobe koja obavlja rad da poštuje specifična obavezujuća pravila koja se odnose na postupanja i ponašanja prema klijentima
- c) kontrolu, uključujući elektronska sredstva, nad obavljanjem rada
- d) efektivno ograničavajući putem sankcija samostalno organizovanje rada posebno kroz samostalno određivanje radnih sati ili odsustva sa rada, odbijanje izvršavanja zadataka ili angažovanje podugovarača,
- e) efektivno ograničavajući stvaranja vlastite baze klijenata ili obavljanje rada za bilo koju treću stranu

značajnih odluka, informisanje i konsultiranje, pristup relevantnim informacijama o platformskom radu, pravo na pokretanje sporova, komunikacijske kanale, pristup dokazima, pravo na zaštitu od nepovoljnog tretmana te zaštitu u slučaju otkaza.

3.3. Digitalizacija rada pojedinaca u radnom odnosu

Osnovne karakteristike rada u radnom odnosu kojeg reguliše nacionalno zakonodavstvo, a proučava radno pravo jesu da je to: a) dobrovoljni rad posloprimca (zaposlenika, radnika, službenika, namještenika); b) nesamostalan rad, rad za drugoga, rad u službi drugoga; c) subordinirani rad, rad za plaću i d) rad koji se realizira u radnopravnom statusu (Dedić, Gradašćević-Sijerčić, 2005, str. 43). Upotrebom informaciono-komunikacijskih tehnologija, određeni aspekti rada u radnom odnosu su se značajno transformisali u odnosu na njihovo poimanje i definiranje te regulisanje nacionalnim zakonodavstvima. To su prije svega način obavljanja rada, radno mjesto i radno vrijeme. Sva tri izdvojena aspekta su neizostavni dijelovi subordinacije kao temeljne odrednice radnog odnosa. Naime, pojmovno subordinacija podrazumjeva da poslodavac određuje mjesto i način obavljanja rada unutar nacionalnim normama regulisanog radnog vremena. *Argumentum a contrario*, radnik je dužan da postupa po nalogima i uputama poslodavca prilikom obavljanja poslova i zadataka unaprijed određenog radnog mjesta.

Postupanje po nalogima i uputama poslodavca istovremeno podrazumijeva poslodavčevu kontrolu kako nad rezultatima rada, tako i nad samim procesom rada. Ovisno o preferencijama i mogućnostima poslodavca kontrola se više fokusirala ili na rezultate ili na sam način obavljanja rada. U konačnici, i jedna i druga vrsta kontrole su ovisile o poslodavčevim kapacitetima, ali i generalnoj politici poslodavca do kojih granica, i u kojim intervalima kontrolu treba provoditi. Međutim, razvojem informaciono-komunikacijskih alata, odnosno digitalizacijom, ova kontrola kako navodi Parli, postaje mnogo dublja, odnosno sveobuhvatnija. Upotrebom odgovarajućih algoritama proces rada postaje više standardizovan i transparentan što uzrokuje proširenje nadzora nad radnicima. Digitalizacijom mjesto rada postaje sve manje i manje važno. Rad u bilo koje vrijeme i na bilo kojem mjestu može prouzrokovati preopterećenost radnika, zdravstvene probleme i imati negativne efekte na njegov porodični život (Parli, 2021, str. 5).

Dodatno, automatizacijom procesa proizvodnje, i pružanja usluga pored neminovnog gubitka radnih mjesta i potrebe za radnicima, u onim djelatnostima gdje je rad i dalje potreban, radnici su obavezni konstantno usvajati nova

znanja i vještine, kako bi i dalje bili konkurentni na tržištu rada, što velikim dijelom dovodi u pitanje sigurnost zaposlenja kao jedno od prava zaštićenog nacionalnim radnim zakonodavstvima. Ovi negativni aspekti digitalizacije su „zasjenili“ objektivne mogućnosti i prilike koje ona donosi, a to su prije svega veća sloboda i autonomija radnika. Imajući u vidu ove, kako navodi Jašarević, negativne i pozitivne uloge digitalizacije (Jašarević, 2016. str. 1112) ključno pitanje koje se nameće jeste kako istovremeno razviti pozitivne aspekte kao što su sloboda i autonomija radnika i svesti na razumnu mjeru pravo poslodavca da u okviru subordinacije kontroliše proces i rezultate rada.

U nastavku će se analizirati uticaj digitalizacije na institute radnog mjesta, mjesta rada i radnog vremena kao bitnih odrednica radnopravnog statusa.

3.3.1. Radno mjesto i mjesto rada

Radno mjesto kao skup funkcionalno povezanih poslova i zadataka u okviru organizirane djelatnosti poslodavca u eri digitalizacije se znatno drugačije percipira nego u eri fordizma za obje nejprepoznatljivije skupine radnika. i za tzv. plave ovratnike (blue-collar workers) i za tzv. bijele ovratnike (white-collar workers). Naime, dugogodišnja percepcija plavih ovratnika jeste da su to radnici koji u pravilu obavljaju jednostavnije manuelne poslove dok su bijeli ovratnici angažovani na složenijim analitičkim poslovima i upravljačkim pozicijama. Digitalizacijom procesa rada u proizvodnim i neproizvodnim djelatnostima, upotreba različitih tehnologija u velikom broju slučajeva zamjenjuje ljudski rad u izvođenju zadataka različitog stepena složenosti. To znatno doprinosi poboljšanju kvaliteta proizvoda i usluga jer se smanjuje uticaj ljudskog faktora na krajnji rezultat operacija u procesu rada i na očekivani rezultat rada. Također, u velikom broju slučajeva znatno se poboljšava sigurnost i zdravlje na radu, jer se radnici štite od različitih vrsta hemijskih i drugih uticaja kao i od izvođenja radnih zadataka koji mogu ugroziti njihovu sigurnost i zdravlje. U zaključcima studije Eurofounda o anticipiranju i upravljanju promjenama koje donosi digitalizacija na radnom mjestu autorice Sare Riso se navode pozitivni i negativni efekti (Eurofound, 2021a, str. 57-58). Neki od tih efekata su:

- a) digitalne tehnologije su primarno uvedene kako bi se poboljšao poslovni proces i povećala efikasnost;
- b) kapacitet prikupljanja podataka putem digitalnih tehnologija istovremeno jača i zabrinutost u pogledu zaštite i distribuiranja prikupljenih podataka,
- c) digitalizacija doprinosi sigurnijem radnom okruženju;

- d) digitalizacija omogućava rad na daljinu, ali i potencijalno briše granicu između poslovnog i privatnog života;
- e) uvođenje digitalnih tehnologija nije imalo uticaja na intenzitet rada zaposlenika osim u ranim fazama uvođenja tehnologija;
- f) uvođenje digitalnih tehnologija je generiralo potrebu za usvajanjem novih znanja i vještina.

Neophodni preduslov za usvajanje novih znanja i vještina jeste sloboda odlučivanja i autonomija. Digitalizacija je više pogodovala bijelim ovratnicima otvaranjem različitih mogućnosti za razvoj karijere, dok je kod plavih ovratnika u određenom broju slučajeva smanjila slobodu odlučivanja i uvela više kontrolisano radno okruženje.

Imajući u vidu navedene efekte ovdje treba izdvojiti dva bitna segmenta: a) neophodnost stalnog usvajanja novih znanja i vještina i b) mogućnost rada na daljinu.

Tehničko-tehnološkim razvojem i pojavom globalizacije javila se potreba da radnici budu osposobljeni za obavljanje više različitih poslova unutar više različitih grana privrede kako bi ojačali svoju konkurentnost na tržištu rada. Unutar Evropske unije posebna pažnja se poklanjala novim znanjima i vještinama kako bi se povećala mobilnost radnika. Evropska Komisija je 2008. godine u Saopštenju predložila Strategiju “Nove vještine za nove poslove - Predviđanje i usklađivanje potreba na tržištu rada i vještina”, kojom se nastoje prepoznati problemi neusklađenosti ponude i potražnje na tržištu rada, te predložiti mogući načini i instrumenti za njihovo usklađivanje. U ovoj Strategiji se naglašava potreba za poboljšanjem i nadogradnjom postojećih vještina, i usavršavanjem novih vještina i znanja u skladu sa ubrzanim razvojem u određenim granama industrije. Međutim, uvođenjem digitalizacije usvajanje novih znanja i vještina dobiva jednu novu dimenziju. Poznavanje digitalnih tehnologija je velikom broju radnika potrebno da bi zadržali postojeća radna mjesta, pored toga što postaje neizostavan uvjet za pronalaženje novih poslova. Neminovnost stalnog nadograđivanja i preispitivanja radnikovih znanja i vještina, velikim dijelom redefiniše pravo na sigurnost zaposlenja u većoj ili manjoj mjeri regulisano nacionalnim zakonodavstvima.

Drugi efekat digitalizacije jeste da ona omogućava rad na daljinu. Na ovaj način mjesto rada kao jedna od standardnih odrednica radnopravnog statusa se izmješta iz pogona odnosno sjedišta poslodavca i premješta u privatne prostorije radnika. Mjesto rada u ovom slučaju suštinski predstavlja mjesto pristupa digitalnim platformama poslodavca na kojima, odnosno putem kojih on obavlja svoju djelatnost. Tehnička oprema odnosno digitalni alati ovisno

o dogovoru mogu biti u vlasništvu poslodavca ili radnika. Pozitivna strana rada izvan prostorija poslodavca jeste evidentna fleksibilnost radnika koja mu omogućava rad na način i mjestu koje njemu odgovara, što potencijalno smanjuje troškove rada poslodavcu i ostavlja više slobodnog vremena radniku. Istovremeno, postavlja se pitanje u kojoj mjeri radnik prilikom rada izvan prostorija poslodavca, može sebi obezbijediti sigurno radno okruženje. Ako rad obavlja od kuće kako taj rad utiče na njegov privatni odnosno porodični život. To radnika stavlja pod dodatni pritisak stvaranja adekvatnog radnog okruženja u svome domu, ili pronalaska posebnog prostora što ga može izložiti dodatnom opterećenju. Rad na daljinu utiče i na porodicu radnika jer njihovo slobodno vrijeme može kolidirati sa njegovim radnim vremenom što može izazvati određene tenzije u međusobnim odnosima.

U Evropskoj uniji rad izvan prostorija poslodavca je regulisan Okvirnim sporazumom o radu na daljinu iz 2002. godine (Framework Agreement on Telework). Prema čl. 2. ovog sporazuma, koji se odnosi na definiciju i opseg, rad na daljinu je forma organizovanja i izvođenja rada, upotrebljavajući informacione tehnologije, u kontekstu ugovora o radu odnosno radnog odnosa, gdje se rad, koji također može biti izveden u poslodavčevim prostorima, izvodi izvan tih prostora na redovnoj osnovi. Osobe koje izvode ovakav rad se zovu radnici na daljinu (teleworkers), i njih pokriva ovaj sporazum. Prema odredbi stava 1. čl. 3. Okvirnog sporazuma, rad na daljinu je dobrovoljan i za uključenog radnika i za uključenog poslodavca. Rad na daljinu može biti uključen u radnikov originalni opis poslova, ili se može naknadno otpočeti na dobrovoljnoj osnovi. Rad na daljinu se može zahtijevati od onog radnika kome je on u opisu poslova i zadataka osnovnog radnog mjesta, a drugim radnicima on se može ponuditi na dobrovoljnoj osnovi kao dodatna djelatnost. U oba ova slučaja poslodavac je dužan osigurati radniku relevantne pisane informacije u skladu sa Direktivom 91/533/EEC²⁰, uključujući informacije o primjenjivosti kolektivnog ugovora, opis posla koji treba biti izveden itd. Implementacijom ovog sporazuma u državama članicama Europske unije, definicija radnika na daljinu i njegovih prava i obaveza su dodatno precizirane i normirane. Oslonom na razvoj digitalizacije ovaj Okvirni sporazum na može više odgovoriti zahtjevima radnika i poslodavaca za adekvatnom zaštitom. Na tom tragu su europski socijalni partneri u svom programu rada za 2022-2024. najavili pregovore o zaključivanju novog sporazuma koji bi nosio naziv „Rad na daljinu i pravo na isključivanje“ (Telework and right to disconnect).

²⁰ COUNCIL DIRECTIVE of 14 October 1991 on an employer's obligation to inform employees of the conditions applicable to the contract or employment relationship (91/533/EEC), OJ L 288, 18. 10. 1991

3.3.2. Radno vrijeme

Radno vrijeme kao jedna od temeljnih odrednica radnopravnog statusa ima prevashodno zaštitni karakter u odnosu na radnika, a u odnosu na poslodavca predstavlja polaznu tačku za ostvarivanje prava na radu i u vezi sa radom (sintagma na radu se u pravilu veže za visinu plaće, a u vezi sa radom za ostvarivanje određenih prava iz socijalnog osiguranja poput staža osiguranja, sticanja uvjeta za osiguranje za slučaj nezaposlenosti i sl.). Radno vrijeme je ono vrijeme u okviru kojeg se radnik nalazi na raspolaganju poslodavcu, i u okviru kojeg, saglasno načelu subordinacije, postupa po nalogima i uputama poslodavca. Unutar instituta radnog vremena, najbitnije su dvije stavke, a to su dužina punog radnog vremena i raspored radnog vremena. Dužina punog radnog vremena je u većini nacionalnih zakonodavstava određena u rasponu od četrdeset do četrdeset osam sati sedmično. Puno radno vrijeme se može zakonom fiksirati, ili urediti njegovo maksimalno trajanje, uz mogućnost da u skladu sa načelom *in favorem laboratoris* aktom niže pravne snage odredi u kraćem trajanju, ali koje će se opet smatrati punim radnim vremenom. Raspored radnog vremena je limitiran institutom prava na odmore. Unutar Europske unije Direktivom 2003/88/EZ o određenim vidovima organizacije radnog vremena iz 2003. godine²¹ je određeno da dnevni odmor traje najmanje 11 sati neprekidno, unutar vremena od 24 sata, a sedmični odmor u razdoblju od sedam dana najmanje 24 sata neprekidno uz dodatno i 11 sati dnevnog odmora.

Ovaj standardni obrazac dužine i rasporeda radnog vremena u eri digitalizacije trpi veliki pritisak. Mogućnošću da se putem digitalnih tehnologija rad obavlja izvan prostorija poslodavca radnici su postali konstantno dostupni poslodavcu, neovisno o tome da li su radnici fizički prisutni u prostorijama poslodavca ili su angažovani putem rada na daljinu. Ovdje se prije svega misli na one situacije kada poslodavac zahtijeva od radnika da obavlja poslove i zadatke radnog mjesta izvan utvrđenog radnog vremena. Saglasno načelu subordinacije i lojalnosti radnika postavlja se pitanje da li radnik može ignorirati zahtjeve poslodavca bez straha da će to ingorisanje ostaviti posljedice na njegov radnopravni status. Na tragu ove premise se također postavlja pitanje da li se načelo subordinacije na izvjestan način proteže odnosno proširuje i na privatni život radnika.

²¹ DIRECTIVE 2003/88/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 4. November 2003 concerning certain aspects of the organisation of working time, OJ L 299, 18. 11. 2003.

Konstantna dostupnost generiše novu vrstu fleksibilnosti koja opet ima i pozitivne i negativne strane. Pozitivne se ogledaju u mogućnosti da radnik obavljanje poslova i zadataka prilagodi svojim privatnim i porodičnim obavezama sa autonomijom određivanja koliko i kada će obavljati poslove i zadatke svog radnog mjesta. Negativna strana se ogleda u tome što opet u skladu sa načelom subordinacije poslodavac kao ekonomski jača strana radniku može nametnuti raspored obavljanja poslova radnog mjesta kada njemu odgovara uz obavezu radnika da bude konstatno dostupan. To dovodi često do prekovremenog i neplaćenog rada, a stalna dostupnost putem mobilnih uređaja ograničava radnikovo slobodno vrijeme.

Jedna od prvih zakonodavnih intervencija u cilju zaštite zdravlja radnika i neometanog privatnog i porodičnog života je bila u Francuskoj 2016. godine donošenjem izmjena zakona o radu kojima se uvodi pravo na isključivanje (right to disconnect) na način da postoje jasna pravila kada radnik prekida komunikaciju sa poslodavcem bez straha da će na taj način prekršiti radnu obavezu ili trpjeti neke štetne posljedice zbog svog ponašanja (Reljanović, Misailović, 2021, str. 416). Do februara 2021. godine, pored Francuske, još tri europske države su u svojim zakonodavstvima uspostavile pravo na isključivanje i to Belgija, Italija i Španija (Eurofound, 2021b, str. 15). Pravo na isključivanje u teoriji se razmatra u odnosu na klasični koncept limita rasporeda radnog vremena kako je on definisan Direktivom 2003/88/EZ koja propisuje periodične obavezne sate odmora (Glowacka, 2021, str. 113-133), te u odnosu na pojedinačno računanje svakog vremenskog perioda rada bez obzira kada se taj rad obavlja (Katsabian, 2020, str. 381-419). U oba slučaja, pravo na isključivanje se tretira kao drugi vid klasičnog koncepta radnog vremena koji ne doprinosi fleksibilizaciji rada u digitalnoj eri. Kao svojevršno treće rješenje predlaže se „molekularizacija radnog vremena (Glowacka, 2021, str. 125) na način da se svaki rad na daljinu evidentira, u okvirima i ograničenjima uspostavljenim ugovorom. Na ovaj način bi se neophodna fleksibilizacija radnog vremena prilagodila velikim dijelom i potrebama radnika. Da bi se došlo do obostrano prihvatljivih aranžmana neophodna je veća uloga sindikata odnosno predstavnika radnika (Katsabian, 2020, str. 405-409, Glowacka, 2021, str. 129-130).

Koncept molekularizacije radnog vremena treba kritički analizirati jer on suštinski predstavlja rad prema učinku, odnosno prema njemu se vrednuju isključivo rezultati rada. Ovo lako može dovesti do narušavanja dostignutih standarda državnog zaštitnog zakonodavstva i ponovnog pretvaranja rada u robu što je jasno osuđeno još u Filadelfijskoj deklaraciji Međunarodne organizacije rada iz 1944. godine. U zaštiti dostojanstva radnika sindikati moraju biti vrlo oprezni i odlučni da ne bi postali saučesnici u eroziji radničkih prava

4. Radno zakonodavstvo i virtuelni i fleksibilni radni angažmani

U kontekstu platformске ekonomije, kao što je naprijed naznačeno (3.1.), posebno se postavlja pitanje da li se pojedinac koji pruža usluge/određeni rad, bio to Uberov vozač ili radnik na digitalnoj platformi može smatrati radnikom. Ako je odgovor potvrđan, onda se na njega primjenjuju propisi o zavisnom radu - radno zakonodavstvo. Ako je odgovor negativan, ostaje otvoreno pitanje da li se zbog ekonomske ovisnosti o određenoj platformi radi o statusu sličnom radniku? Nadalje, ako ne postoji sličnost sa statusom radnika, da li tretiranje rada isključivo prema načelima građanskog prava, može dovesti do značajnih nedostataka zaštite?

U odgovoru na otvorena pitanja, bitno je naznačiti slijedeće:

- “Crowdwork” odnosno masovni rad putem platformi karakterizira činjenica da platforma na poseban način utvrđuje okvir radnih angažmana: objavljuje zadatke i poziva zainteresirane da obave/preuzmu opisani posao na način koji je u pravilu definiran u ponudi bez davanja uputa u vezi s radom.
- “Digitalni radnik” je slobodan kada i gdje želi ispuniti preuzeti zadatak; on nije uključen/integriran u organizaciju rada poslodavca. Istovremeno, mogu postojati raznovrsne kontrole vezane za radni proces.

U razmatranju statusa i zaštite digitalnih radnika (“crowdworkera”) značajan aspekt vezuje se za socijalnu sigurnost. Poslodavci- klijenti nisu obveznici uplate doprinosa za samozaposlene osobe, te bi nedostatak socijalne sigurnosti u budućnosti mogao uzrokovati nove oblike siromaštva na tržištu rada.

Većina radnih zakonodavstava na tlu Evrope ne priznaje međukategoriju između zaposlenika i samozaposlenih osoba. Njemačka je jedna od rijetkih država:koja ima kvalifikaciju kao “osoba nalik zaposleniku” s ciljem da se ukaže na ekonomsku ovisnost takvih pojedinaca. Osobe slične zaposlenicima su osobe koje su „ekonomski ovisne i trebaju socijalnu sigurnost usporedivu sa zaposlenikom obzirom da osobno, iako na temelju ugovora o djelu i uslugama rade za druge osobe, pretežno za jednog poslodavca-klijenta, te u prosjeku više od polovine ukupne naknade za obavljanje posla isplaćuje jedna osoba.”²²Međutim, i kvalifikacija osobe slične zaposleniku ne otvara vrata primjeni radnog zakonodavstva, posebno što crowdworker u pravilu pruža usluge za vrlo različite tvrtke te je teško dokazati ekonomsku ovisnost o jednom

²² § 12a of the Act on Collective Bargaining Agreements

poslodavcu. U pravilu, zaštita ovih pojedinaca je izvan radnog zakonodavstva. Njemačko rješenje može biti ilustrativano: ograničena zaštita proizilazi iz općih klauzula građanskog prava prema kojima su nezakoniti i nemoralni sporazumi ništavni. Ključni fokus ovih propisa je tzv. pregled sadržaja. Prema Građanskom zakoniku, odredbe općih uvjeta su, na primjer, ništavne „ako, suprotno zahtjevu dobre vjere, nerazumno dovode drugu stranu u nepovoljan položaj u ugovoru s korisnikom”. Takav “nerazumni nedostatak” mora se pretpostaviti da postoji u slučaju sumnje, kada “temeljni pojam odredbe odstupa od pravnih propisa i nije u skladu s njima” ili kada “ograničava bitna prava ili dužnosti svojstvene prirodi ugovora do te mjere da je ugroženo postizanje svrhe ugovora” (Däubler, 2015).

Neosporno, ekonomija “na zahtjev” je revolucionarna u mnogim aspektima, ali u kontekstu zaštite “nezavisnih izvođača” stvara poteškoće. Jedno je sigurno, ukoliko bi se zaštita koju pruža radno zakonodavstvo proširila i na “nezavisne izvođače” došlo bi do razvodnjavanja utvrđenih standarda. Međutim, potpuno izbjegavanje rješavanja njihovog statusa u okviru radnog zakonodavstva je problematično imajući u vidu da se stalno pojavljuju novi oblici rada. Ovu dilemu moguće je razriješiti uređivanjem posebne kategorije radnih angažmana na sredini između radnopravnog statusa i samostalnog rada.

“Razlika između zaposlenika i nezavisnih ugovaratelja opisana je kao nepremostiva razlika. Posljednjih godina postaje sve jasnije da takva gruba dihotomija nije dovoljna da se nosi s mnoštvom radnih aranžmana i njihovih nijansi. Koristan način da se to objasni je pozivanjem na spektar mogućnosti između univerzalizma i selektivnosti. Univerzalno uređenje je ono koje se odnosi na sve; selektivni raspored usmjeren je samo na određene skupine. Postoje očite prednosti univerzalnog pristupa: prije svega, pojedincima je puno lakše upoznati svoja prava (a društvu ih provoditi) kada svi zaposlenici imaju ista prava. Nasuprot tome, korištenjem selektivnih zakona možemo ciljati rješenje na određenu skupinu (na primjer, određeni sektor) koje je prikladnije za tu skupinu, ponekad na višoj ili nižoj razini zaštite. Izazov je pronaći pravu ravnotežu između univerzalizma i selektivnosti. Jedna korisna metoda za postizanje optimalne ravnoteže je dodavanje treće (srednje) skupine između zaposlenika i neovisnih izvođača jer jedna dodatna grupa ne bi trebala previše otežavati ljudima” (Davidov, 2016).”

Zaključak

1. Kao ključni trend i pokretač promjena koju donosi digitalizacija u svijetu rada posebno je izdvojen novi oblik: virtualni i fleksibilni rad. Virtualni i

fleksibilni rada se oslanja na (1) fleksibilne forme rada vezane za fleksibilno radno vrijeme, nepuno radno vrijeme, nula sati ugovore, privremene ugovore, samozapošljavanje, rad kod kuće, mobilni i smjenski rad; (2) virtualna radna mjesta: rad na mreži/platformi bilo gdje i bilo kada tako da lokacija nije bitna, te (3) rad s mnoštvom /crowdwork, pri čemu se internetska platforma koristi za omogućavanje organizacijama ili pojedincima pristup neodređenoj i nepoznatoj skupini drugih organizacija ili pojedinaca u vezi s pružanjem određene usluge ili proizvoda u zamjenu za plaćanje.

2. Digitalizacija u kontekstu poslovnih modela vodi do novih oblika rada. Globalno tržište rada karakteriziraju fenomeni “*crowdsourcinga*” i “*crowdworkinga*” što otvara pitanja radnih uvjeta te održivosti sistema socijalne sigurnosti. Pravni aspekti crowdsourcinga imaju posebnu delikatnost i kompleksnost obzirom da pristup globalnom tržištu rada podrazumijeva prelazak preko nacionalnih granica uz otvorena pitanja: koji su sudovi nadležni i koji je mjerodavni zakon.

“Crowd work” je sinonim za transformaciju rada u digitalnom dobu, bitni faktor platformске ekonomije u kojoj kompanije poput Ubera, Alibaba, Facebook, Google i Airbnb posluju. U ovim poslovnim modelima tj. organizaciji rada i zapošljavanju/angažmanu radnika na digitalnim platformama (“crowdworkeri”), fokus je stavljen na razne brokerske usluge, odnosno na posredništvo između dobavljača dobara i usluga i njihovih kupaca (Rochet, Tirole, 2003). “Crowd work” je izuzetno fleksibilan ne samo za poslodavce nego i za radnike (Felstner, 2011, str. 147 i dalje).

3. U kontekstu pravne analize govorimo o dvovrsnim odnosima: odnosima između klijenta i platforme otvorenih usluga te “crowdworkera” i platforme. Ugovorni odnosi postoje između klijenta i platforme te platforme i “crowdworkera”, a ne između klijenta i “crowdworkera” obzirom da platforma u pravilu djeluje za vlastiti račun, a ne samo kao agent. Ključno pitanje odnosi se na uvjete pod kojima se “crowdworker” može klasificirati kao zaposlenik, jer odgovor na to ima uticaja na prava na radu i u vezi s radom, od radnog vremena, stabilnosti zaposlenja do socijalne sigurnosti.

4. Radnici na digitalnim platformama (“crowdworkeri”) rade pod vrlo različitim aranžmanima odnosno svaki slučaj predstavlja često drugačiju sliku zapošljavanja: od statusa zaposlenika do statusa samostalnih poduzetnika te dodatne grupe: kategorije između zaposlenika i samostalnog poduzetnika. Otvorena i nerješena pitanja posljedica su radnog zakonodavstva ali i sudske prakse obzirom da utvrđeni kriteriji u pogledu određivanja ko se smatra zaposlenikom nisu prilagođeni “virtualnom radu”. Uporedno-pravni pregled elemenata pojma “zaposlenika” ukazuje da u mnogim

radnopravnim sistemima kriterij “ovisnosti” je od presudne važnosti za određivanje statusa zaposlenika. Međutim, pozitivni okvir radnog prava nije prilagođen fenomenu grupnog masovnog rada. Radna zakonodavstva odavno imaju odredbe o radu izvan poslovnih prostorija poslodavca koje su donesene mnogo prije nego što su mogućnosti interneta uopće mogle biti zamišljene. Da li ta pravila odgovaraju u odnosu na masovni rad putem digitalnih platformi?

5. Posebno osjetljivo područje radnog zakonodavstva u odnosu na “crowd work” je kolektivno radno pravo: sloboda organiziranja, kolektivno pregovaranje, participacija i kolektivna akcija (štrajk) kao instrumenti zaštite kolektivnih prava i kolektivnih interesa. Mogu li digitalni radnici osnivati sindikate ili se pridružiti postojećim sindikatima, tražiti zaštitu putem kolektivnog ugovora ili, da li su mogući štrajkovi radi zaštite ekonomsko-socijalnih prava?
6. Nove tehnologije su značajno uticale na aspekte rada u radnom odnosu, posebno u odnosu na način obavljanja rada, mjesto rada, radno vrijeme. Iako su digitalne tehnologije uvedene kako bi se poboljšao poslovni proces i povećala efikasnost, ipak, kapacitet prikupljanja podataka putem digitalnih tehnologija uzrokuje i zabrinutost u pogledu zaštite i distribuisanja prikupljenih podataka. Digitalizacija doprinosi sigurnijem radnom okruženju, omogućava rad na daljinu, ali i briše granicu između poslovnog i privatnog života te generira potrebu za usvajanjem novih znanja i vještina. Istovremeno, jedan od najčešćih rizika vezanih za učinke digitalizacije na svijet rada je intenziviranje rada.

Bibliografija

- Bjelinski Radić, I. (2018). Izazovi radnog i socijalnog prava u svjetlu digitalizacije rada, *Zagrebačka pravna revija*, 7 (3), 309-331.
- Bonciu, F. (2017). Evaluation of the Impact of the 4th Industrial Revolution on the Labor Market. *Romanian Economic and Business Review*, 12 (2), 7-16.
- Commission of the European Communities (2008). Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, New Skills for New Jobs Anticipating and matching labour market and skill needs, Brussels, 16. 12. 2008.

- COUNCIL DIRECTIVE of 14 October 1991 on an employer's obligation to inform employees of the conditions applicable to the contract or employment relationship (91/533/EEC), OJ L 288, 18. 10. 1991.
- Däubler, W. (2015). Crowdworker-Schutz auch außerhalb des Arbeitsrechts? Eine Bestandsaufnahme, in: Benner, C. (ed.), *Crowdwork – zurück in die Zukunft?*, Perspektiven digitaler Arbeit, Frankfurt am Main, 243-277.
- Däubler, W. (2016). Digitalisierung und Arbeitsrecht, in: SR-Sonderheft, Quelle: Soziales Recht (SR), Beilage zu AuR, 2-44.
- Davidov, G. (2016). *The Status of Uber Drivers – Part I: Some Preliminary Questions*. On Labor. Dostupno na: <https://onlabor.org/guest-post-the-status-of-uber-drivers-part-1-some-preliminary-questions/>
- Dedić, S. & Gradašćević-Sijerčić, J. (2005). *Radno pravo* (2. novelirano i prošireno izdanje). Sarajevo: Pravni fakultet.
- Degryse, C. (2016). Digitalization of the economy and its impacts on labour markets, working paper. ETUI aisbl, Brussels. Dostupno na: <https://www.etui.org/Publications2/Working-Papers/Digitalisation-of-the-economy-and-its-impact-on-labour-markets>
- Department of Economic & Social Affairs (2017). *The impact of the technological revolution on labour markets and income distribution*, United Nations.
- DIRECTIVE 2003/88/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 4. November 2003 concerning certain aspects of the organisation of working time, OJ L 299, 18. 11. 2003.
- Eurofound (2021a). *Digitisation in the workplace*. Luxembourg: Publications Office of the European Union.
- Eurofound (2021b). *Right to disconnect: Exploring company practices*. Luxembourg: Publications Office of the European Union.
- European Agency for Safety and Health at Work (2018). *Foresight on new and emerging occupational safety and health risks associated with digitalisation by 2025*. European Risk Observatory Report.
- European Agency for Safety and Health at Work (2021). *Regulating telework in a post-COVID-19 Europe*.
- European Commission (2019). *Indeks digitalnog gospodarstva i društva, Izvješće za Hrvatsku*

- Felstiner, A. (2011). Working the crowd: Employment and labor law in the crowdsourcing industry. *Berkeley Journal of Employment & Labor Law*, 32 (1), 143-203.
- Glowacka, M. (2021). A little less autonomy? The future of working time flexibility and its limits, *European Labour Law Journal*, 12(2), 113–133.
- Hiessl, C. (2021). *Case law on the classification of platform workers: Cross-European comparative analysis and tentative conclusions, Report prepared for the European Commission, European Union*, 1-56.
- Implementation of the European Framework Agreement on Telework, Report by European Social Partners, Adopted by Social Dialogue Committee on 28 June 2006.
- Jašarević, S.P. (2016). Uticaj digitalizacije na radne odnose. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 4, 1103- 1117.
- Katsabian, T. (2020). It's the End of Working Time as We Know It – New Challenges to the Concept of Working Time in the Digital reality. *McGill Law Journal's*.
- Krivokapić, N. (2007). *Poimanje slobodnog vremena u savremenom društvu do 80-tih godina dvadesetog vijeka*. Nikšić Filozofski fakultet.
- Opinion of the European Economic and Social Committee on the 'Provision and development of skills, including digital skills, in the context of new forms of work: new policies and changing roles and responsibilities' (2017/C 434/06)
- Paić, E. (2020). *Utjecaj automatizacije i robotizacije na tržište rada*. Split: Sveučilište u Splitu, Ekonomski fakultet.
- Parli, C. (2021). Impact of Digitalisation on Employment Relationship and the need for more Democracy at Work. *Industrial Law Journal*.
- Piasna, A. (2020). *Counting gigs- How can we measure the scale of online platform work? Working paper 2020.06* European trade union institute.
- Reljanović, M.LJ. & Misailović, M.J. (2021). Radnopravni položaj digitalnih radnika- iskustva evropskih zemalja, *Strani pravni život*, LXV (3), 407-432.
- Report on the implementation of the European social partners (2008). Framework Agreement on Telework, COMMISSION STAFF WORKING PAPER, {COM(2008) 412 final}, Brussels, 2.7.2008.
- Rochet, J.C. & Tirole, J. (2003). Platform competition in two-sided markets. *Journal of the European Economic Association*, 1 (4), 990-1029.

- Samardžija, V., Butković, H. & Skazlić, I. (2017.) *Industrijski odnosi u Hrvatskoj i učinci digitalizacije na tržište rada*. Institut za razvoj i međunarodne odnose – IRMO.
- Schwab, K. (2016.) *The Fourth Industrial Revolution*. Switzerland: World Economic Forum.
- Standing, Guy (2011). *The precariat: The New Dangerous Class*. Bloomsbury Academic.
- Waas B., Liebman W.B., Lyubarsky A. & Kezuka K. (2017). *Crowdwork – A Comparative Law Perspective*. Frankfurt am Main: Bund-Verlag GmbH.
- World Economic Forum (2020.) *Future of Jobs Report 2020, Forecasts for Labour Market Evolution in 2020-2025*. Switzerland: World Economic Forum.
- World Economic Forum (2020). “*The Future of Jobs Report*”2018.; *Future of Jobs Survey 2020*.

Jasminka Gradašević-Sijerčić, PhD

Full professor
University of Sarajevo
Faculty of Law
j.gradascevic.sijercic@pfsa.unsa.ba

Mehmed Hadžić, PhD

Associate professor
University of Sarajevo
Faculty of Law
m.hadzic@pfsa.unsa.ba

DIGITIZATION AND THE WORLD OF WORK

Summary

The impact of digitization in the field of work engagements is the main subject of the analyzes carried out in this paper. The general approach to the impact of digitization on the world of work is related to: global connectivity / new jobs (new sectors, new products, new services), job change (new border between man and machine, new forms of management), disappearance of jobs (automation, robotization), and relocation of jobs (digital platforms, crowdsourcing/ "sharing" economy). In the introductory part of the paper, the analysis is concentrated on the changes observed in the possibilities and methods of employment within the framework of business models that adapt to the digital economy with the aim of observing advantages but also negative effects. Within the framework of the key trends and drivers of changes in the labor market in the light of the digital economy, the characteristic of virtual and flexible work is especially highlighted, considering flexible work patterns, virtual workplaces and working with a crowd. The third part of the paper is dedicated to the examination of the conditions under which work is done via digital platforms and a review of the workplace, workplaces and working hours within the framework of virtual and flexible work. In the final considerations, the authors concentrated the analysis on the question of whether the individual providing services/ can certain work – be it an Uber driver or a crowdworker be considered a worker?

Keywords: *digital economy, crowdsourcing, digitization of work processes, crowdwork, virtual and flexible work, digital platforms*

Dr. sc. Nina Mišić Radanović

Docentica
Sveučilište u Splitu
Sveučilišni odjel za forenzične znanosti
nina.misic.radanovic@unist.hr

UDK 343.58(497.5)
502.211:592/599]:343(497.5)
Pregledni naučni rad

Ana Banovac, mag. forens.

Asistentica
Sveučilište u Splitu
Sveučilišni odjel za forenzične znanosti
anbanovac@unist.hr

Veronika Rakuljić, mag. forens.

vrakuljic@gmail.com

STATUS I ZAŠTITA ŽIVOTINJA U KAZNENOM PRAVU REPUBLIKE HRVATSKE

Sažetak

Autorice u radu obrađuju status i stupanj zaštite koje životinje imaju u kaznenom pravu Republike Hrvatske, uz procjenu usklađenosti s međunarodnom i europskom zaštitom. Rad analizira dvojakost položaja životinja u kaznenom pravu kao stvari i, ipak i bića te autori kritički prikazuju i određena rješenja koja smanjuju stupanj kaznenopravne zaštite. Zaključuju da se prihvaćanjem dualnosti statusa subjekta i objekta sui generis kažnjavanjem za kazneni delikt, ali i obeštećenjem zbog građanskopravnog delikta, životinjama osigurava jači stupanj zaštite. Posebno je detaljno obrađeno temeljno kazneno djelo ubijanja ili mučenja životinja te je provedeno istraživanje stavova hrvatske opće populacije o nasilju i okrutnosti nad životinjama te potrebi i mjeri kažnjavanja. Autori su utvrdili da ne postoje veće razlike stavova opće javnosti u Hrvatskoj od stavova javnosti izraženih u već provedenim stranim istraživanjima.

Ključne riječi: *status životinje u kaznenom pravu, životinje kao objekti i subjekti, stupanj kaznenopravne zaštite, ubijanje i mučenje životinje, istraživanje opće javnosti*

Uvod

S obzirom da su životinje (lat. *animalia*) od davnina bitan dio čovjekove svakodnevnice i opstanka, posljednjih desetljeća sve veća pažnja posvećuje se različitim aspektima očuvanja i zaštite životinja. Kvaliteta ljudskog života određena je i kvalitetom života životinja, pa je ova tema sve češće u fokusu i znanstvenika pravne struke. Pravna zaštita životinja postaje sve značajnija zbog vrijednosti koje životinje imaju kao bića *per se*. Dalje, zaštitom dobrobiti životinja smanjuje se, među ostalim, i nasilje, jer se uzroci, motivi i povodi za nasilje prema ljudima često preklapaju s faktorima koji pogoduju nasilju prema životinjama (Batričević, 2011). Međutim, pravno uređenje zaštite životinja prolazilo je i „evolucije“ i „revolucije“ te je sadašnji položaj životinja posljedica prihvaćanja filozofskopravne koncepcije o pravima životinja kao „trećoj generaciji prava“.¹ Filozofski koncept prava životinja utemeljen je na ideji neotuđivih „moralnih prava“ životinja kao bića koja imaju osjećaje, sposobnosti da osjete bol i zadovoljstvo. Riječ je o sljedećim pravima: pravo na poštovanje života u skladu s njihovom vrstom – pravo na život; pravo da budu slobodne u skladu s njihovom vrstom; pravo na stanište koje je primjereno vrsti životinja; pravo da im se ne nanosi nepotrebna patnja, bol i šteta te pravo svih životinja na ljudsku brigu (Paunović, 2004, citirano prema Kozlić, 2013). Prihvaćanjem načela biocentrične etike sve veći broj država postavlja zakonske, pa čak i ustavne okvire za zaštitu prava i dobrobiti životinja te mehanizme za kažnjavanje nedozvoljenog postupanja ljudi prema njima. Time je zaštita dobrobiti životinja proteklih desetljeća postala nezaobilazan pravni standard, štoviše, već se formiralo i međunarodno pravo zaštite životinja kao posebni dio međunarodnog ekološkog prava.

Međutim, položaj životinja u pravnim sustavima razlikuje se u obliku i intenzitetu državne reakcije na ljudsku okrutnost prema njima, pa ono što u jednoj državi ima vrijednost života u drugoj ima samo status pokretne stvari (Tomaselli, 2003). Naime, sve do XVIII. stoljeća izrabljivački odnos prema životinjama bio je općeprihvaćeno stajalište i životinje su se uglavnom označavale pravnim objektima, a ne subjektima prava. Premda se prava životinja sve više razvijaju i oblikuju, još uvijek je zadržana tradicionalna definicija životinje kao stvari (Nedić, 2017). Smatra li se životinja u pravnom poretku

¹ Pitanje prisutnosti životinja u ljudskoj kulturi, ali i prikaz područja njihova stradanja te različite mogućnosti njihove zaštite u pravnoj je literaturi etablirao i razvio Nikola Visković, nestor unaprjeđenja hrvatskog pravnog uređenja zaštite životinja. Vidi Visković, 1989.

bićem i/ili imovinom te kakvom imovinom - stvarima ili osobnom imovinom?² S obzirom na jedinstvo pravnog sustava, statusom životinja te problematikom njihove zaštite od nasilja i okrutnosti sve više se bavi i kazneno pravo i kazneno pravosuđe. Ciljevi ovoga rada su prikazati ne samo status i stupanj zaštite koje životinje imaju u kaznenom pravu Republike Hrvatske, uz procjenu usklađenosti s međunarodnom i europskom zaštitom, nego i istražiti stavove hrvatske opće populacije o nasilju i okrutnosti nad životinjama te potrebi i mjeri kažnjavanja. U radu će se posebno obraditi temeljno kazneno djelo ubijanja ili mučenja životinja te utvrditi razlikuju li se stavovi hrvatske opće javnosti od stavova izraženih u već provedenim stranim istraživanjima.

1. Kratki povijesni prikaz statusa i zaštite životinja

Tematika zaštite životinja prisutna je još u najstarijim civilizacijama, najčešće unutar kaznenog prava te su Hamurabijev zakonik³ i Hetitski zakonik⁴ propisivali smrtne kazne za pojedine slučajeve nedozvoljenih ponašanja čovjeka prema životinjama, kao što je spolni odnos sa životinjom (Batričević, 2013, str. 15). Odnos ljudi prema životinjama spominje se i u religijskim knjigama te je u onim istočnjačkim prisutno etičko načelo kojim se zabranjuje povreda svih živih bića (Waldau, 2000). U vrijeme Osmanskog carstva u Istanbulu su postojale bolnice i za životinje (Hodžić, 2008), a s vremenom se razvilo i štovanje „svetih“ životinja. Međutim, u živućim religijama, izuzev indijskih, malo se pažnje poklanja životinjama i njihovoj patnji (Cvitković, 2021). Brojni filozofi smatrali su da je upravo kršćanstvo ono koje je poticalo mučenje životinja, neke su bile i žrtve raznih predrasude dok je u srednjem vijeku zabilježeno 189 sudskih procesa vođenih protiv životinja (npr. svinja optužena za ubojstvo djeteta i osuđena na kaznu vješanja, kažnjavanje kukaca koji su uništavali usjeve (Payson Evans, 2014, citirano prema Nedić, 2018, str. 74). Time, iako su živo-

² Koncept rimskog prava sadržavao je dvije temeljne kategorije: osobe i stvari dok su tri osnovne kategorije vlasništva: nekretnine, osobno vlasništvo i intelektualno vlasništvo. Životinje su dio osobne imovine te su neke životinje uvijek bile kategorizirane kao osobno vlasništvo. Favre, 2010.

³ *The Code of Hamurabi*, dostupno na <http://eawc.evansville.edu/anthology/hammurabi.htm>

Već se u antičkoj Grčkoj Pitagora pozivao na poštovanje životinja dok je Platon pisao o mesu kao luksuzu koji bi mogao dovesti do neodrživoga društva i da životinje imaju dušu potičavši na vegetarijanstvo. https://en.wikipedia.org/wiki/Animal_rights (pregledano 17.3.2022.). Suprotno Kaluderović, 2011.

⁴ *Ancient History Sourcebook: The Code of the Nesiim c. 1650-1500*, dostupno na <https://sourcebooks.fordham.edu/ancient/1650nesilim.asp>

tinje stoljećima tretirane kao pokretne stvari, pravni je apsurd starog i srednjeg vijeka bio priznanje njihove procesne sposobnosti u kaznenim postupcima u kojima im se sudilo kao i ljudima za razna kaznena djela (Stojanović, 2016, str. 418). Ti su postupci bili odraz pukog ljudskog praznovjerja i bezrazložnog nasilja prema životinjama (Nedić, 2018, str. 75). Ipak, bilo je i suprotnih primjera o kojima zapise nalazimo u neobavljenom priručniku iz XVII. stoljeća pod naslovom *Pratica criminale pei cancelieri* Jerolima Mičelovića Michielija, pravnika hrvatskog podrijetla koji je službovao u Veneciji u doba Mletačke Republike. Smatra se da se pod utjecajem tog priručnika primjenjivalo kazneno pravo i na području Dalmacije dok je bila mletačka provincija.⁵ Tako je određeno da ako bi neka nerazumna životinja počinila kakav delikt (ako se to uopće može tako nazvati, s obzirom na nedostatak svijesti) zbog kojega bi nastupila smrt nekog čovjeka ili kakva druga (štetna) posljedica, takvu životinju ne bi trebalo kažnjavati, jer se vlast kao takva ne primjenjuje protiv zvijeri.⁶ Srednjovjekovni statuti dalmatinskih gradova propisivali su, uz pravo na naknadu štete vlasniku životinje kao stvari, i kažnjavanje osoba koje ubiju tuđeg vola ili kravu, kao što je propisano u 103. poglavlju Statuta grada Šibenika (Džaja et al. 2014, str. 51). I Statut grada Korčule kažnjavao je smrtnom kaznom vješanjem onoga tko je ubio tri vola (Džaja et al. 2013, str. 46).⁷

Borba za prava životinja počinje već krajem srednjeg vijeka u okviru borbe za socijalnim reformama (Vrečko, 2019). Prvi suvremeni zakoni usvojeni su u državama s višestoljetnom tradicijom uređenja pravnog položaja i zaštite životinja:

⁵ Mičelovićev rukopis od velikog je značaja za Republiku Hrvatsku jer predstavlja potvrdu hrvatskog identiteta i značajnog povijesnog doprinosa Hrvata razviku pravne teorije i prakse. Premda nije nikada bila tiskana, Mičelovićevu *Pratica Criminale* za kancelare treba uvrstiti u značajna srednjovjekovna djela koja su doprinijela napretku civilizacije, s obzirom da je djelo primjenjivano kroz gotovo 150-godišnje razdoblje XVII. i XVIII. stoljeća. konkretnu primjenu u nizu mletačkih pokrajina, pa i u Dalmaciji gdje je i sam neko vrijeme službovao (Kurtović Mišić, 2010).

⁶ Jedino u slučaju kada bi neka osoba spolno općila s kakvom životinjom, za što bi prijestupnika trebalo objesiti i spaliti, prakticira se zajedno s osuđenikom objesiti ili spaliti i tu nečistu životinju, kao znak odvratnosti spram takva zločina, no ništa ne bez okrivljenika (Mičelović, 2008, str. 184).

⁷ Također, u Statutu grada Bala iz 1467. godine u 33. glavi propisana je kazna za ubijanje životinja, jer se svaka osoba, bilo kojega položaja, koja bi zlonamjerno ubila jednu ili više krupnih životinja, kažnjavala s 25 malih libara. (Džaja, et al. 2017, str. 62).

*The Body of Liberties*⁸ iz 1641. godine zabranjivao, pod prijetnjom kaznenog progona, okrutnost prema životinjama koje su se držale za čovjekove potrebe.⁹ U Engleskoj je 1822. godine donesen *Zakon o okrutnom postupanju sa stokom*¹⁰ nakon čega je osnovano i prvo društvo za sprječavanje okrutnosti prema životinjama (*The Royal Society for the Prevention of Cruelty to Animals*). Zakonsko uređenje dobrobit životinja završeno je u Velikoj Britaniji 1911. godine donošenjem *Protection of Animals Act* koji po prvi puta propisuje izricanje novčane kazne i kazne zatvora počiniteljima koji izazivaju nepotrebne patnje domaćim i divljim životinjama i okrutno postupaju prema njima.¹¹ Međutim, svi prvi zakoni primarno su doneseni zbog potrebe da se zaštite domaće životinje od kojih je čovjek imao koristi, a ne prava samih životinja. Iz toga su razvidni konceptualni korijeni rimskog prava o najvećoj vrijednosti i zaštiti za čovjeka korisnih životinja koje su se tretirale robom (stvarima) u vlasništvu ljudi.

2. Pravni dokumenti o zaštiti životinja koji obvezuju Republiku Hrvatsku

2.1. Dokumenti OUN-a i zaštita životinja u europskom pravu

Republika Hrvatska mora svoje zakonodavstvo uskladiti s međunarodnim dokumentima o zaštiti životinja te, kao država Europske unije, i s europskim pravom. Stoga ćemo kratko prikazati glavne međunarodne sporazume posvećene zaštiti okoliša i izravno zaštititi i očuvanju biljnih i životinjskih vrsta. Prve su konvencije Ujedinjenih naroda bile motivirane interesima čovjeka¹² dok su one kasnije zamijenjene konvencijama usmjerenima upravo na zaštitu

⁸ *The Body of Liberties* donijeli su puritanci kolonije Massachusetts Bay u SAD, dostupno na https://archive.csac.history.wisc.edu/6_Massachusetts_Body_of_Liberties.pdf

⁹ Section 92: “No man shall exercise any Tyranny or Cruelty towards any brute Creature which are usually kept for man’s use.” Više o povijesnom razvitku *anti-cruelty legislation* u SAD-u Ireland Moore, 2005. Sljedeći pisani zakon usvojen je u New Yorku 1828. godine te su postupno i ostale federalne jedinice SAD-a započele donositi zakone o zaštiti životinja (Batričević, 2013, str 16.).

¹⁰ *The Cruel Treatment of Cattle Act*, 1822, dostupno na <https://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=jbtl>

¹¹ Ovaj je zakon izmijenjen 2006. godine donošenjem Animal Welfare Act

¹² Konvencija za zaštitu divljih životinja, ptica i riba u Africi iz 1900. godine i Konvencija za zaštitu ptica korisnih za poljoprivredu iz 1902. godine. <https://www.researchgate.net/publication/271244779> i <https://iea.uoregon.edu/treaty-text/2595>

životinja i njihovih staništa.¹³ Poslije II. svjetskog rata normativno je doneseno niz konvencija: Međunarodna konvencija za zaštitu ptica iz 1950. godine,¹⁴ Konvencija o međunarodnoj trgovini ugroženim vrstama divlje faune i flore (CITES),¹⁵ Međunarodna konvencije o biološkoj raznolikosti¹⁶ iz 1992. godine i dr. Najšire je prihvaćena CITES ili “Washingtonska konvencija” iz 1975. godine koja ima za cilj zaštitu od nekontrolirane međunarodne trgovine i komercijalnog iskorištavanja ugroženih vrsta.¹⁷ Za kaznenopravno usklađivanje kao pravne izvore možemo ubrojiti i dva kongresa AIDP-a (Association Internationale de Droit Pénal) održana 1979. i 1994. godine na temu kaznenopravne zaštite okoliša te ulozi kaznenog prava u ostvarivanju načela “održivog razvitka” (engl. *sustainable development*). Ti kongresi su doprinijeli donošenju posebne rezolucije Ekonomskog i socijalnog vijeća UN-a 1994. godine pod nazivom *The role of criminal law in the protection of the environment*.¹⁸

Europska unija tijekom posljednjih desetljeća kontinuirano unapređuje propise iz područja prava i dobrobiti životinja.¹⁹ U razdoblju od 1971. do 2006. godine Vijeće Europe usvojilo je veliki broj dokumenata o uređenju zaštite div-

¹³ Do II. svjetskog rata najznačajnije su bile Konvencija o zaštiti flore i faune u njihovom prirodnom stanju iz 1933. godine i Konvencija o zaštiti prirode i očuvanju divljeg životinjskog svijeta u zapadnoj polutki iz 1940. godine. Dostupno na <https://www.jus.uio.no/english/services/library/treaties/06/6-02/preservation-fauna-natural.xml> i <https://www.oas.org/juridico/english/treaties/c-8.html>

¹⁴ International Convention for the Protection of Birds, 1950, dostupno na <https://www.jus.uio.no/english/services/library/treaties/06/6-02/protection-birds.xml>
O sadržaju zaštite u ovoj konvenciji v. Bowman, 1999.

¹⁵ Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora, 1973, dostupno na <https://www.jus.uio.no/english/services/library/treaties/06/6-02/trade-wild-fauna-flora.xml>

¹⁶ Zakon o potvrđivanju Konvencije o biološkoj raznolikosti, NN, MU 6/1996.

¹⁷ Životinjske vrste podijeljene su u tri kategorije: životinje kojima prijeti izumiranje te se trgovina tim vrstama potpuno zabranjuje ili odobrava samo u iznimnim okolnostima (za znanstvene svrhe); vrste kojima ne prijeti izumiranje, ali bi moglo ako se trgovina tim vrstama nastavi bez strogog nadzora i vrste koje su ugrožene u pojedinim zemljama te se zbog toga nadzire njihovo kretanje.

¹⁸ Dostupno na https://www.un.org/ecosoc/sites/www.un.org.ecosoc/files/documents/2021/resolution-1993-28_0.pdf

¹⁹ Članice EU su se Lisabonskim ugovorom obvezale da pri donošenju zakonskih propisa i izradi strategija u području poljoprivrede, transporta, međunarodne trgovine i istraživanja punu pažnju posvete zaštiti dobrobiti životinja. Protokol o zaštiti i dobrobiti životinja iz 1997. priznaje životinjama svojstvo osjećajnih bića.

ljih životinja,²⁰ životinja u zooškim vrtovima, kućnih ljubimaca,²¹ životinja koje se uzgajaju na farmama,²² životinja u prijevozu²³ kao i onih koje se koriste za znanstvena istraživanja.²⁴ Za njihovu kaznenopravnu zaštitu posebno značenje ima Konvencija o kaznenopravnoj zaštiti okoliša VE (*Convention on the Protection of the Environment through Criminal Law*) iz 1998. godine. *Direktiva o kriminalu nad okolišem*²⁵ zahtijeva od država članica EU da određene aktivnosti kojima se krši zakonodavstvo EU-a o okolišu tretira kao kaznena djela, u što su uključeni ubijanje i trgovina zaštićenim vrstama te značajno oštećenje staništa divlje flore i faune koja čine dio mreže zaštićenih područja Natura 2000 (Pleić, 2016). Temeljna načela dobrobiti svih životinja sadržana su u njihovim pravima poznatima pod nazivom “Pet sloboda”: 1. Sloboda od gladi i žeđi; 2. Sloboda od nelagode; 3. Oslobođanje od boli, ozljeda ili bolesti; 4. Sloboda izražavanja normalnog ponašanja i 5. Sloboda od straha i nevolje (Falaise, 2019, str. 71; Pavičić & Ostović, 2013, str. 56; Favre, 2008, str. 294).²⁶ Dakle, normativno uređenje zaštite životinja u Europi prolazi pravu „pravnu revoluciju“ (Batričević

²⁰ Za zaštitu prirode i divljih vrsta najvažnija je *Konvencija o zaštiti europskih divljih vrsta i prirodnih staništa* (Bernska konvencija) iz 1982. godine, jer zabranjuje oštećivanje, uzimanje i uništavanje staništa i jedinki 680 životinjskih i 109 biljnih vrsta kojima prijeti istrijebljene. Zakon o potvrđivanju konvencije o zaštiti europskih divljih vrsta i prirodnih staništa, NN, MU 6/2000.

²¹ Europska konvencija o zaštiti kućnih ljubimaca iz 1987. godine zabranjuje svako nanošenje nepotrebne boli, patnje i stresa kućnim životinjama, obvezuje vlasnika na brigu o njihovom zdravlju, prehrani, kretanju i sigurnosti i zabranjuje operacije kućnih ljubimaca bez anestezije te rezanje ušiju, repa i glasnica (Lefebvre, Lips, & Giffroy, 2007, str. 619).

²² European Convention for the Protection of Animals kept for Farming Purposes iz 1976. godine, revidirana 1992., okvirna je konvencija koja uvodi principe za držanje i gospodarenje domaćim životinjama, posebno za intenzivne sustave uzgoja, dostupno na <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR>

²³ Europska konvencija o zaštiti životinja tijekom međunarodnog prijevoza iz 1968. godine s Dopunskim protokolom iz 1989. godine (revidirana L 241, 13.7.2004.) određuje posebne uvjete za prijevoz cestom, zrakom, morem i željeznicom (Kramer, Radmanić, 2018, str. 169).

²⁴ European Convention for the protection of vertebrate animals used for experimental and other scientific purposes) ograničava znanstvene zahvate na životinjama na medicinske, ekološke i obrazovne svrhe, dostupno na <https://rm.coe.int/168007a67b>

²⁵ Environmental crime directive, 2008, dostupno na <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32008L0099>

²⁶ Farm Animal Welfare Council, Five Freedoms, <http://www.fawc.org.uk/freedoms.htm> O pravima životinja Jakovljević, 2013. Prikaz pravnih standarda u europskim državama Falaise, 2019.

& Stanković, 2015, str. 99), čak ide i „korak dalje,“ jer različito od angloameričkog prava sve više osigurava zaštitu životinja u prvom redu radi njih samih. Usklađivanjem standarda zakonodavstava i sudske prakse postiže se sve veća harmonizacija pravnih sustava europskih država u području zaštite dobrobiti životinja. U tom smislu Njemačka je dostigla najvišu razinu zaštite životinja, jer je prva članica EU koja je 2002. godine tu zaštitu podigla na ustavnu razinu tretirajući životinje drugim bićima za koja je znanstveno dokazano da mogu osjećati bol i patnju. Stoga je protuzakonito ubiti kralježnjaka bez opravdanog razloga, brutalno mu nanijeti jaku bol ili patnju ili dugotrajnu ili ponavljajuću jaku bol ili patnju (Krstić, 2012, str. 47).²⁷ Najvišim standardima pravne zaštite životinja u Njemačkoj su na saveznom nivou posebno obuhvaćeni kućni ljubimci, radne životinje kao i životinje koje se uzgajaju na farmama, životinje u cirkusima, divlje životinje u prirodnim staništima kao i pokusne životinje.²⁸

Europske su zemlje radi zaštite života i tjelesnog integriteta životinja donijele kaznenopravne odredbe koje propisuju ubijanje i zlostavljanje životinja kao kazneno djelo, ali dosta suženo i pod određenim uvjetima. Ubijanje i zlostavljanje životinja mora biti protuzakonito, nepotrebno ili neopravdano, a cijele vrste životinja su isključene iz kaznenopravne zaštite (domaće životinje, životinje koje se koriste u medicinske ili istraživačke svrhe, životinje koje se koriste u zabavnim i rekreacijskim mjestima). Praktično, kaznenopravna zaštita pruža se psima i mačkama kao najčešćim kućnim ljubimcima (Hill, 2008, citirano prema Krstić, 2012, str. 46). Dakle, zaštita životinja danas ima dva glavna nedostatka: prvi, dio zaštite još je uvijek motiviran ljudskim potrebama, bilo iz emotivnih, znanstvenih, kulturnih ili ekonomskih razloga dok drugi, koji proizlazi iz prvoga, da pravna zaštita nije jednaka prema svim vrstama životinja (Hubak, 2019, str. 15).

2.2. Implementacija međunarodnih i europskih pravnih okvira u hrvatskom pravnom poretku

Zaštita životinja u hrvatskom pravu ispunjava sve konvencijske zahtjeve kao i one sadržane u europskim dokumentima sukladno Zakonu o provedbi uredbi

²⁷ Zapriječena je kazna do 3 godine zatvora ili novčana kazna. Također, predviđa je mogućnost oduzimanja zlostavljane životinje od vlasnika, kao i izricanje odgovarajuće kazne (novčane) za nezakonite radnje koji ne sadrže obilježja kaznenog djela (čl. 18-19).

²⁸ Švedska je posebno detaljno regulirala pokuse na životinjama, ali i dalje omogućava da se određene divlje životinje drže u cirkusima, što se u mnogim članicama EU napušta pod pritiskom organizacija za zaštitu životinja (Batričević & Stanković, 2015)

Europske unije o zaštiti životinja²⁹ te Zakonu o zaštiti životinja³⁰ (dalje *ZZŽ*) iz 2017. godine koji uređuje odgovornost, obveze i dužnosti fizičkih i pravnih osoba radi zaštite životinja. To uključuje zaštitu njihovog života, zdravlja i dobrobiti; način postupanja s životinjama; nužne uvjete za zaštitu pri njihovu držanju, uzgoju, prijevozu, obavljanju pokusa, klanju i usmrćivanju, držanju u zoološkim vrtovima, u cirkusima, predstavama i natjecanjima, prilikom prodaje kućnih ljubimaca te postupanje s napuštenim i izgubljenim životinjama. Također, hrvatsko zakonodavstvo u području zaštite životinja obuhvaća i niz drugih zakona³¹ i brojnih pravilnika kojima se pobliže određuje zaštita pojedinih skupina životinja, npr. u skloništima, u trgovinama u kojima se prodaju životinje, u zoološkim vrtovima, u klaonicama te prilikom transporta.³² *ZZŽ* primjenjuje se na sve kralježnjake kao i na glavonošce iz razreda Cephalopoda koji se koriste u znanstvene svrhe³³ te izrijekom zabranjuje sljedeća postupanja s životinjama: 1) usmrćivanje, nanošenje boli, patnje i ozljeda te namjerno izlaganje strahu i bolestima; 2) povećavanje agresivnosti pri uzgoju životinja selekcijom ili drugim metodama; 3) huškanje životinja na druge životinje ili čovjeka ili obučavanje na agresivnost; 4) obučavanje životinja za borbe, organiziranje borbe životinja, osim tradicionalnih natjecanja bikova; 5) prisiljavanje životinje na ponašanje koje kod njih izaziva bol, patnju, ozljede ili strah; 6) uzgajanje životinja u svrhu proizvodnje krzna i 7) ograničavanje kretanja životinja na način koji im uzrokuje bol, patnju, ozljede ili strah (čl. 5.). Prema čl. 7. osoba koja ozlijedi životinju mora toj životinji pružiti pomoć ili osigurati da joj druga osoba pomogne. Svi operacijski i zootehnički zahvati na životinjama moraju se obavljati uz primjenu anestezije ili analgezije (čl. 8.), propisani su uvjeti za usmrćivanje životinja (čl. 10. i 11.) te je zabranjeno prevoziti životinje tako da im se uzrokuje bol, patnja, ozljede ili smrt koje je moguće izbjeći. *ZZŽ* sadrži i odredbe o zaštiti divljih životinja, kućnih ljubimaca, životinja koje se koriste u znanstvene svrhe te onih koje se drže u zoološkim vrtovima, kao i zaštiti životinja koje se koriste u cirkuskim predstavama, za filmska i televizijska

²⁹ Narodne novine, 125/13, 14/14, 92/14, 32/19

³⁰ Narodne novine, 102/17, 32/19

³¹ Zakon o zaštiti prirode (Narodne novine, 80/13, 15/18, 14/19, 127/19), Zakon o morskome ribarstvu (Narodne novine, 62/17, 130/17, 14/19), Zakon o poljoprivredi (Narodne novine, 118/18, 42/20, 127/20, 52/21) i Zakon o lovstvu (Narodne novine, 99/18, 32/19, 32/20).

³² Pravilnik o uvjetima kojima moraju udovoljavati skloništa za životinje (Narodne novine, 99/19 i 8/21); Pravilnik o uvjetima koje moraju ispunjavati uzgoji kućnih ljubimaca namijenjenih prodaji (Narodne novine, 56/09); Pravilnik o lovostaju (Narodne novine, 67/10, 87/10, 97/13 i 44/17) i Pravilnik o označavanju pasa (Narodne novine, 72/2010).

³³ *ZZŠ* se ne primjenjuje na gospodarenje lovištem i divljači kao ni na ribolov.

ska snimanja, izložbe, smotre, natjecanja, predstave i u druge svrhe s ciljem predstavljanja životinja. Zabranjeno je držanje životinja u cirkusima te njihovo korištenje u cirkuskim predstavama te je propisana i zaštita napuštenih i izgubljenih životinja kao i zaštita životinja u trgovinama za prodaju kućnih ljubimaca.³⁴ ZZZ je uveo niz pozitivnih novosti među kojima su i zabrane trajnog vezanja pasa, izlaganja životinje nepovoljnim temperaturama i vremenskim uvjetima, davanja hrane ili tvari čije uzimanje uzrokuje bol, patnju, ozljede, strah ili smrt, davanja živih životinja kao nagrade u igrama na sreću, držanja medvjeda i dupina u zatočeništvu, spolnog odnosa sa životinjama, čupanja perja živoj peradi, bacanja petardi na životinje, usmrćivanja pasa i mačaka u svrhu proizvodnje hrane i drugih proizvoda, izlaganje pasa s kupiranim ušima i repovima, osim lovačkih pasa i dr.³⁵ Za sva zabranjena ponašanja propisana je prekršajna odgovornost³⁶ koju je nužno razgraničiti od kažnjavanja za kazneno djelo (Nedić, 2018, str. 83).

3. Kaznenopravna zaštita životinja u Republici Hrvatskoj

3.1. Status životinja u kaznenom pravu – antinomija³⁷ ili ambivalencija³⁸?

Pitanje položaja životinja u području građanskog i kaznenog prava pripada jednom od kontroverznih pitanja teorije i prakse uređenja. Sporni aspekti građanskopravnog uređenja odnosa ljudi i životinja povezani su s pitanjem statusa životinje u zakonu i naknade materijalne i nematerijalne štete u slučajevima ubijanja životinja ili povrede njenog integriteta. U domaćoj i stranoj

³⁴ Članak 59. ZZZ sadrži i odredbe vezane za uvjete držanja domaćih životinja te načina postupanja s ozlijeđenim.

³⁵ Čl. 3. ZZZ-a. Posebno su propisani izuzeci odnosno situacije kada se ponašanje koje je protivno navedenim odredbama ne smatra nezakonitim.

³⁶ Najviša novčana kazna od 100 000 kn za prekršaje propisana je za uzgajanje životinja u svrhu proizvodnje krzna, korištenje nedopuštenih stimulansa i tvari u svrhu bržeg rasta i prirasta životinja te povećanja fizičkih performansi životinja, držanje i postupanje s kućnim ljubimcima na način koji ugrožava zdravlje i sigurnost ljudi posebice djece te životinja, provođenje kirurških zahvata na životinjama tijekom pokusa protivno zakonu, nebrigu za mladunčad vlastitih kućnih ljubimaca i dr (čl. 85. ZZZ).

³⁷ Antinomija je proturječje između dviju ili više pravnih normi ili načela, koje se naročito izražava u povodu praktične primjene tih normi ili načela na jedna konkretan slučaj ili na jednu kategoriju pojedinih slučajeva (Bobbio, 1988, str. 125).

³⁸ Sinonimi za ambivalenciju su: podvojenost, dvojaka vrijednost, unutrašnja podijeljenost.

pravnoj teoriji i praksi još uvijek prevladava stav prema kojemu se životinje smatraju pravnim objektima ili “stvarima”, samo je upitno ima li vlasnik usmrćene životinje pravo na naknadu nematerijalne štete. U hrvatskoj građanskopravnoj teoriji i praksi stvarnog i imovinskog prava uvriježeno je stajalište da je životinja stvar³⁹ i da zakon ne propisuje mogućnost naknade nematerijalne štete, čak i ako se radi o kućnim ljubimcima. To ukazuje da se *de lege lata* životinje smatraju isključivo stvarima (Pichler & Nedić, 2020, str. 74.).⁴⁰ Međutim, u novije vrijeme neki pravni sustavi napustili su ovaj tradicionalni stav da su životinje jednako sposobne biti pravni objekti kao i sve druge stvari (pokretne stvari–*res*).⁴¹ Novije građanskopravne teorijske koncepcije zastupaju stajalište da su životinje pravni subjekti *sui generis* iz čega proizlazi priznavanje njihovog pravnog subjektiviteta. Ukazuje se na specifičnost pravne pozicije životinja koja se ogleda u tome što su one subjekti osobnih prava: prava na život, prava na zdravlje, prava na psihički i fizički integritet, itd. dok s druge strane, različito od ljudi, životinje su i objekti pojedinih imovinskih prava kao npr. prava vlasništva, zakupa i sl. Dakle, životinje ne mogu imati pravnu, poslovnu i deliktnu sposobnost kod imovinskih prava, ali mogu imati pravnu sposobnost za određena neimovinska prava kao što je npr. pravo na život i dr. Ipak, propisi o zaštiti dobrobiti životinja određuju i ograničavaju ta prava čovjeka nad životinjama (Vodinelić, 2014, citirano prema Stojanović, 2016, str. 425). Zaključno, životinja jest objekt prava, ali ne klasični objekt prava poput neke materijalne stvari, ona je živo biće koje ima određena prava koja se odnose na njezin život i tjelesnu cjelovitost (Nedić, 2017, str. 787).

Navedena ambivalencija (ili, ipak antinomija) postoji upravo u području kaznenopravnog statusa životinja. Starija europska zakonodavstva sankci-

³⁹ Čl. 2. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima propisuje da su stvari tjelesni dijelovi prirode, različiti od ljudi, koji služe ljudima za uporabu kao i sve drugo što je zakonom s njima izjednačeno.

⁴⁰ Premda hrvatska sudska praksa životinju uzima kao stvar, točnije, pod određenim uvjetima opasnu stvar, Vrhovni sud Republike Hrvatske navodi da gubitak psa ima subjektivnu vrijednost za vlasnika psa, što se mora uzeti u obzir pri određivanju naknade štete (Pichler & Nedić, 2020).

⁴¹ Njemački građanski zakonik (BGB) u odjeljku §90a navodi da životinje nisu stvari, da je zaštita životinja predviđena posebnim zakonima te da se na životinje odnose odredbe koje se primjenjuju na stvari, osim ako nije drugačije određeno. Što se tiče vlasništva, BGB dalje navodi da vlasnik stvari može, ako to nije u suprotnosti s zakonom ili pravima trećih osoba, raditi sa stvari što želi i isključiti druge iz bilo kakvog utjecaja na tu stvar. Pri izvršavanju svojih ovlasti vlasnik životinje mora se pridržavati posebnih propisa o zaštiti životinja (§ 908 BGB). *Ibid.* str. 73. i Pichler, 2019, str. 69.

onirala su ubijanje životinja izjednačavajući ga s uništenjem ili oštećenjem tuđe pokretne stvari uz ostavljanje vlasniku životinje slobodu da prema njoj postupa po svojoj volji (Batričević, 2011, str. 156). U hrvatskom kaznenom pravu životinje se danas smatraju tuđom pokretnom stvari te mogu biti predmetom svih kaznenih djela kod kojih je objekt djela stvar (krađe, teške krađe, razbojništva i razbojničke krađe, utaje, neovlaštene uporabe tuđe pokretne stvari, oštećenja tuđe stvari i dr.). Tako je sud presudio da optuženik prisvajajući konja koji je odlutao od svog vlasnika i došao u optuženikovu kuću nije počinio kazneno djelo teške krađe nego kazneno djelo utaje.⁴² S obzirom da je optuženik odbjeglog konja kasnije i prodao jednom trgovcu kao svoga, prikazujući mu da prodaje vlastitu stvar, počinio je u stjecađu kaznena djela utaje i prijevare.⁴³

S druge strane, u hrvatskom kaznenom pravu zaštita dobrobiti životinja osigurana je posebnim kaznenim djelima u glavi XX. Kaznenog zakona (dalje KZ) pod nazivom „Kaznena djela protiv okoliša“ kojim djelima se životinje zaštićuju, ali ne kao stvari nego neposredno kao nositelji svih bitnih osobnih prava kao što su pravo na život, na zdravlje i psihički i fizički integritet. Na to primarno ukazuju sljedeća kaznena djela: ubijanje ili mučenje životinja, protuzakoniti lov i ribolov, uništavanje staništa, uništavanje i trgovanje zaštićenim prirodnim vrijednostima, proizvodnja i stavljanje u promet štetnih sredstava za liječenje životinja i dr. Posebno je zanimljiva zaštita životinja kao živog subjekta ili drugog, neljudskog bića u kaznenom djelu nesavjesnog pružanja veterinarske pomoći. To djelo može počinuti samo veterinar ili veterinarski djelatnik koji se pri pružanju pomoći, pregledu, cijepljenju ili liječenju životinje ne pridržava pravila veterinarske struke pa zbog toga nastupi oboljenje, znatno pogoršanje bolesti ili uginuće životinje (čl. 208 KZ-a). Djelo je kažnjivo kaznom zatvora do jedne godine ako je počinjeno s namjerom, ali ne i ako je do nesavjesnog pružanja pomoći došlo zbog nepažnje odnosno nehaja. Ovom inkriminacijom osigurava se kako sama životinja tako i njen vlasnik ili druge osobe od štetnih posljedica postupanja veterinara protivno osnovnim pravilima veterinarske struke. Jedan od rijetkih primjera optuženja za ovo djelo u hrvatskoj sudskoj praksi je presuda kojom se doktor veterinarske medicine oslobađa optužbe *„da bi, svjestan da postupa na način koji odstupa od općeprihvaćenih profesionalnih pravila veterinarske struke i pristajući na to, prilikom obavljanja RTG pregleda mokraćnog sustava psa starog 5 godina, obavio postupak kateterizacije bez sedacije i anestezije, pri čemu je ozlijedio stjenku uretre i mokraćnog mjehura psa, nanijevši mu tako veliku bol i*

⁴² Presuda Županijskog suda u Bjelovaru, Kž-281/96.

⁴³ Novoselec & Bojanić, 2013, str. 359.

patnju, nakon čega je propustio sanirati jatrogenu ozljedu ili ga uputiti u drugu specijalističku ustanovu, što je sve imalo za posljedicu eutanaziju psa, dakle da se kao veterinar pri liječenju životinje nije pridržavao pravila veterinarske struke, pa da je zbog toga nastupilo uginuće životinje.“ Sud je prihvatio da se u konkretnom slučaju nije radilo o stručnoj pogrešci nego o komplikaciji dijagnostičkog zahvata koja se mogla sanirati da je vlasnica psa pristala na operativni zahvat.⁴⁴ Ovaj slučaj ukazuje na tretiranje životinje žrtvom nesavjesnog liječenja jednako kao u slučaju nesavjesnog liječenja ljudi.

Pitanje tretiranja životinja povezano je i sa sporom o tumačenju izraza „od drugoga“ u slučaju isključenja protupravnosti radnje zbog nužne obrane kada postoji napad na životinju. Smatra se da je dopuštena nužna obrana/nužna pomoć radi sprječavanja mučenja ili ubijanja životinje, jer zakonska definicija nužne obrane iz čl. 21. st. 2. KZ ne ograničava krug dobara koja se nužnom obranom mogu štiti. Drugim riječima, istodobni ili izravno predstojeći protupravni napad na životinju kojim se ugrožava njezin život ili zdravlje može se odbijati nužnom obrambenom radnjom. Budući da se tu ponajprije radi o zaštiti života, tjelesne cjelovitosti i zdravlja životinje (zaštićenima ZZŽ i KZ), a ne o zaštiti ljudskih osjećaja (samilosti) prema mučenoj životinji, ispravno je stajalište da životinja može biti „drugi“ (Nedić, 2017, str. 794).⁴⁵

Ambivalencija statusa životinje u hrvatskom kaznenom pravu potvrđuje se i postojanjem idealnog stjecaja dva kaznena djela, ako, primjerice počinitelj ubije životinju bez opravdanog razloga čime istovremeno čini kazneno djelo ubijanja ili mučenja životinje iz čl. 205. KZ i kazneno djelo oštećenja tuđe stvari iz čl. 235. KZ.⁴⁶ U tom slučaju neće postojati prividni ili nepravni stjecaj, jer se zabranom ubijanja ili mučenja životinje ne štiti i tuđe vlasništvo nad životinjom (Novoselec, 2004).

Dalje, ovakav status prema kojemu je životinja istovremeno, i stvar, ali i subjekt osobnih prava otvara pitanje može li se životinja smatrati žrtvom i/ili oštećenikom koji imaju pravnu zaštitu i prava u kaznenom pravosuđu. Definicija žrtve kaznenog djela u većini država zahtijeva da je žrtva osoba odnosno ljudsko biće, pa tako čl. 87. st. 25. KZ određuje da je to fizička

⁴⁴ Presuda Općinskog suda u Splitu, br. K-37/2018-37 od 24. ožujka 2021.

⁴⁵ O pravnim dobrima protiv kojih mora biti upravljen napad Novoselec & Martinović, 2019, str. 118.

⁴⁶ „Tko ošteti, uništi, izobličiti ili učini neuporabljivom tuđu stvar, kaznit će se kaznom zatvora do dvije godine (st.1.). Ako je djelo počinjeno iz niskih pobuda ili je njime prouzročena znatna šteta, kaznit će se kaznom zatvora od šest mjeseci do pet godina (st. 3.).

osoba koja je pretrpjela fizičke i duševne posljedice, imovinsku štetu ili bitnu povredu temeljnih prava i sloboda koji su izravna posljedica kaznenog djela. Istovremeno, prema čl. 202. st. 12. Zakona o kaznenom postupku oštećenik je žrtva kaznenog djela kao i pravna osoba na čiju je štetu kazneno djelo počinjeno koje sudjeluju u svojstvu oštećenika u postupku. Jasno je da obje definicije isključuje počinitelja kaznenog djela kao i da u slučaju povrede životinje žrtva/oštećenik može biti samo njezin vlasnik/posjednik koji je pretrpio duševne posljedice i/ili imovinsku štetu. Međutim, u teoriji je postavljeno pitanje, posebno zbog vrlo čestih slučajeva da je vlasnik/posjednik životinje ujedno i počinitelj djela (što zlostavljanje i okrutnost prema životinjama dovodi u sličnost s obiteljskim nasiljem), može li se pojam žrtve proširiti i na druga bića kao što su životinje (koje u tim slučajevima nemaju ni posebnog skrbnika ili pravnog zastupnika). Nije nova ideja da se i ostali subjekti osim ljudi mogu smatrati žrtvama kaznenog djela, jer su i pravne osobe (tvrtke, korporacije, udruge i drugi subjekti) već definirane kao žrtve. Stoga, *de lege ferenda* uključivanje životinja u pojam žrtve zločina bi bio prirodni napredak u razvoju njihove zaštite (Ireland Moore, 2005, str. 97).

3.2. Kazneno djelo ubijanja ili mučenja životinja

Temeljni oblik kaznenog djela ubijanja ili mučenja životinja iz čl. 205. st. 1. KZ-a čini osoba koja usmrti životinju bez opravdanog razloga ili je teško zlostavlja, nanosi joj nepotrebne boli ili je izlaže nepotrebним patnjama.⁴⁷ Teži oblik ovog djela postoji ako je djelo počinjeno iz koristoljublja (kvalificirajući motiv npr. radi dobivanja oklade ili drugog pribavljanja imovinske koristi, što je najčešće pri organiziranju borbi životinja)⁴⁸ dok je lakši oblik ako je iz nehaja uskratrom hrane ili vode ili na drugi način životinja kroz dulje vrijeme izložena tegobnom stanju (st. 3.).⁴⁹ Za ovo djelo propisano je obvezno oduzimanje životinje (st. 4.).⁵⁰

⁴⁷ Propisana je kazna zatvora do jedne godine.

⁴⁸ Propisana je kazna zatvora do dvije godine.

⁴⁹ Propisana je kazna zatvora do šest mjeseci.

⁵⁰ Sud mora oduzeti životinju koja je bila mučena ili zlostavljana kada je počinitelj djela vlasnik životinje čime je spriječena situacija koja se ranije događala da se zlostavljana životinja nakon oporavka vraćala zlostavljaču (Spretnjak, 2018, str. 8).

3.2.1. Počinitelj

Djelo može počinuti svatko (*delictum communium*), neovisno o vlasništvu ili posjedu nad životinjom, znači i vlasnik i posjednik životinje, ali i stručne osobe kada to čine protivno propisima. U obzir dolazi i odgovornost pravnih osoba (Nedić, 2018, str. 84), jer sukladno Direktivi 2008/99/EZ o zaštiti okoliša putem kaznenog prava pravne osobe odgovaraju za kaznena djela ako je ta djela počinila u njihovu korist bilo koja osoba koja ima vodeći položaj unutar pravne osobe, bilo da djeluje samostalno ili kao dio tijela pravne osobe, na temelju: punomoći za zastupanje pravne osobe; ovlaštenja za donošenje odluka u ime pravne osobe ili ovlaštenja za obavljanje nadzora unutar pravne osobe. Također, pravne osobe mogu odgovarati ako je zbog nedostatka nadzora ili kontrole od strane tih osoba omogućeno da osoba, koja je podređena pravnoj osobi, počinu kazneno djelo u korist te pravne osobe. Pritom, odgovornost pravnih osoba ne isključuje kaznene postupke protiv fizičkih osoba koje su počinitelji, poticatelji ili sudionici u kaznenim djelima kojima se zaštićuju životinje.

3.2.2. Objekt radnje

S obzirom da izrijekom nije određeno koje sve životinje mogu biti objekti radnje ovog djela, zaključujemo da je kažnjivo ubijanje ili mučenje bilo koje životinje, što je u skladu s načelom jednakosti svih živih bića. Međutim, većina pravnih sustava, prihvaćajući specistički pristup, pruža zaštitu isključivo životinjama za koje je znanstveno utvrđeno da mogu osjećati ozljede ili mučenja odnosno bol, patnju, strah i stres. Stoga se pojam životinje ograničava prema Uredbi Vijeća (EZ) br. 1099/2009 od 24. rujna 2009. o zaštiti životinja u trenutku usmrćivanja⁵¹ i prema ZZŽ odnosi se na sve kralježnjake (Vertebrata/Craniata), osim gmazova i vodozemaca.

3.2.3. Radnja počinjenja

Od svih zabranjenih postupaka najteže je životinje ubijati, nanositi im bol, patnju i ozljede te ih namjerno izlagati strahu. Sukladno Uredbi (EZ) br. 1099/2009 te po uzoru na europska zakonodavstva (austrijsko i njemačko) inkriminirano je neopravdano ubijanje životinja odnosno njihovo usmrćenje bez opravdanog razloga. Prema Direktivi Vijeća 93/119/EZ od 22. prosinca

⁵¹ L 303/1, 18. 11. 2009. dalje: Uredba (EZ) br. 1099/2009.

1993. o zaštiti životinja u trenutku klanja ili usmrćivanja⁵² dopušteno usmrćivanje je postupak koji se obavlja odobrenim sredstvima i metodama i na propisani način da se životinjama prouzroči najmanja moguća bol, patnja i strah. Usmrćenja životinja svakodnevna su i u najvećem broju slučajeva zakonita, jer je propisano pod kojim se uvjetima ono može provesti, što ne isključuje mogućnost da se pojavi i neki drugi opravdani razlog usmrćenja koji nije propisan, a mogao bi isključiti kažnjivost.

Radnja usmrćenja mora biti protupravna, što znači da će ovo djelo postojati samo onda kada je neko od navedenih ponašanja izvršeno protivno propisima kojima je uređeno koje se životinje, na koji način i pod kojim uvjetima mogu usmrtniti. U slučajevima u kojima su životinje opasne za ljude tj. mogu im nanijeti ozbiljne ozljede ili prenositi smrtonosne bolesti, može se ukazati nužnim usmrtniti opasne životinje pod takvim okolnostima da usmrćivanje zbog hitnosti ne može biti izvedeno pod najboljim uvjetima za dobrobit životinja. Načelno, usmrćivanje životinja može se provesti zakonito ili iz opravdanih razloga u dosta slučajeva, primjerice ako životinja boluje od neizlječive bolesti ili je životinja dostigla visoku starost te joj otkazuju osnovne životne funkcije.⁵³ Mnogi su postupci usmrćivanja za životinje bolni, pa Uredba (EZ) br. 1099/2009 nalaže omamljivanje koje je nužno kako bi potaknulo umanjenje svijesti i osjetljivosti prije ili u isto vrijeme kada se životinje usmrćuju.⁵⁴ Potrebno je naglasiti činjenicu da je propisana obveza vlasnika da bez odgađanja osigura usmrćenje životinje koja trpi jaku i neotklonjivu bol, što ukazuje na obvezu eutanazije životinje ili usmrćivanje iz nužde ozlijeđene životinje.⁵⁵ Dalje, depopulacija je postupak usmrćivanja životinja radi javnog zdravlja, zdravlja životinja, dobrobiti životinja ili zbog zaštite okoliša.⁵⁶ Europ-

⁵² SL L 340, 31.12.1993., str. 21.

⁵³ To su i slučajevi ako bi liječenje životinja bilo dugotrajno i povezano s patnjama, a ishod liječenja neizvjestan, ako je usmrćivanje neophodno zbog provođenja mjera za kontrolu bolesti, ako se usmrćivanje provodi u svrhu suzbijanja štetnika, ako je životinja koja se drži i uzgaja u svrhu proizvodnje bolesna ili ozlijeđena, a nije ju moguće zaklati ili usmrtniti pod nadzorom veterinara, ako životinja trpi jaku i neotklonjivu bol, ako je razlog dobrobit životinje i dr. (čl. 11. ZZŽ).

⁵⁴ Uredba se ne primjenjuje ako se životinje usmrćuju tijekom znanstvenih pokusa koji se provode pod nadzorom nadležnog tijela, tijekom lova ili sportsko-rekreacijskog ribolova i tijekom kulturnih ili sportskih događaja te na perad, kuniće i zečeve koje je vlasnik usmrtno za svoju osobnu potrošnju u kućanstvu.

⁵⁵ Čl. 11. st. 5. ZZŽ.

⁵⁶ O usmrćivanju odlučuje vlasnik životinje na temelju mišljenja doktora veterinarske medicine, dok u ostalim slučajevima (ako je opasna za okolinu, zbog javnog zdravlja i zaštite okoliša) odlučuje veterinarski inspektor (čl. 11. st. 2. ZZŽ).

ska konvencija o zaštiti kućnih ljubimaca propisuje da kućnog ljubimca⁵⁷ može ubiti isključivo veterinar ili stručno osposobljen veterinarski tehničar pod nadzorom veterinara, iznimno ako se radi o hitnim slučajevima kada je nužno okončati patnju životinje, a veterinarska pomoć nije brzo dostupna. ZZZ u čl. 11. st. 4. određuje u kojim iznimnim slučajevima usmrćivanje ne mora izvršiti ovlaštena stručna osoba.⁵⁸ Ovim se zakonskim rješenjem praktično razgraničava slučaj kada će ubijanje životinje predstavljati kazneno djelo od slučaja u kojemu će protupravnost usmrćenja biti isključena. Dakle, kada će radnja usmrćivanja životinje biti poduzeta bez opravdanog razloga određeno je u ZZZ-a, pa je čl. 205. KZ-a tzv. blanketna norma.

Inkriminacija iz čl. 205. KZ-a obuhvaća široki krug nedozvoljenih ponašanja te je biće djela ostvareno zlostavljanjem samo ako je u konkretnom slučaju određenim činjenjem ili nečinjenjem prouzročena posljedica koja se sastoji u smrti ili patnji životinje.⁵⁹ Sudska praksa je prihvatila stav da se djelo može počinuti i nečinjenjem, pa je tako presudom Općinskog suda u Vukovaru uvjetnom kaznom osuđen vlasnik i posjednik kućnog ljubimca psa L.J. koji je bio svjestan da je dužan zaštititi i skrbiti se o dobrobiti životinje te znajući da I. okrivljenik D.J. dolazi usmrtiti životinju, pristao na takvo nedopušteno postupanje ne poduzevši ništa da ga spriječi. Dakle, I. okrivljenik je usmrtio životinju bez opravdanog razloga činjenjem (pucanjem iz vatrenog oružja) dok je vlasnik psa počinio isto kazneno djelo nečinjenjem, jer nije spriječio nastupanje posljedice na što je bio pravno obvezan.

Zlostavljanje (*animal abuse*) se definira kao ponašanje kojim se namjerno uzrokuje nepotrebna bol, patnja i/ili smrt životinje. Okrutnost prema životinjama (*animal cruelty*) predstavlja uži pojam od zlostavljanja i obuhvaća drastičnija i uočljivija ponašanja nego što su uobičajeni slučajevi zlostavljanja koji se uglavnom odnose na zanemarivanje životinja (Batričević, 2011, str. 147). Ispunjenje “kriterija patnje” ne odnosi se samo na ozljede ili ranjavanje nego i na prouzročenje životinji psihičkog bola u obliku mučenja, izazivanja straha i stresa. Odrednica važna za pojam mučenja životinja je svijest životinje koja predstavlja njezinu sposobnost da osjeća emocije i kontrolira voljne pokrete te osjetljivost životinje kao njezina sposobnost da osjeća bol.

⁵⁷ Pojam kućnih ljubimaca obuhvaća životinje koje čovjek drži zbog društva, zaštite i pomoći ili zbog zanimanja za te životinje (čl. 4. st. 1. toč. 10. ZZZ).

⁵⁸ U slučaju usmrćivanja životinja koje se uzgajaju i drže u svrhu proizvodnje, usmrćivanja životinja u svrhu obrazovanja, izvođenja pokusa te u svrhu proizvodnje bioloških pripravaka, suzbijanja štetnika, te usmrćivanja kada je neophodno bez odgađanja usmrtiti životinju koja trpi jaku i neotklonjivu bol.

⁵⁹ Presuda Općinskog suda u Vukovaru, br. 10-K-402/15 od 28. prosinca 2017.

Različiti su načini na koje čovjek može zlostavljati odnosno mučiti životinje, ali nekoliko najtipičnijih oblika je: fizičko zlostavljanje, psihičko ili emotivno zlostavljanje, zanemarivanje životinja, seksualno zlostavljanje, patološko skupljanje životinja, borbe životinja i napuštanje životinja. Fizičko zlostavljanje životinje predstavlja povredu njene fizičke cjelovitosti oštećenjem tkiva i organa, a kao primjeri najuočljivijeg oblika su batinanje, bičevanje, odsijecanje osjetljivih dijelova tijela živim životinjama, prisiljavanje na rad ili obuku koji prelaze izdržljivost životinje, izlaganje životinje nepovoljnim temperaturnama i vremenskim uvjetima ili nedostatku kisika, prisiljavanje životinja na ponašanje koje kod njih izaziva bol, patnju, ozljede ili strah i sl. (Batričević, 2011, str. 149). Primjer teškog zlostavljanja sadržan je u činjeničnom opisu presude Općinskog suda u Vukovaru kojom je uvjetnom osudom osuđen optuženik da je manjeg psa žuto smeđe boje, starog oko sedam mjeseci, vukao vezanog za lanac po tlu, više puta udario po tijelu nogama i rukama, uhvatio za lanac i podigao ga od tla te ga ponovno udario od tla te nastavio vući po tlu, nanijevši mu pri tome ozljede.⁶⁰

Psihičko ili emotivno zlostavljanje životinje predstavlja povredu njezine psihičke cjelovitosti koje izaziva poremećaje u ponašanju životinje. Sastoji se u onemogućavanju životinji da zadovolji svoje osnovne potrebe u ponašanju, da iskoristi prostor za odmor i zaklon, razjarivanju životinje primjenom fizičke sile ili drugim životinjama ili nadražajima koji toj životinji nisu svojstveni, nanošenju straha,⁶¹ patnje i prouzročenju osjećaja nesigurnosti kod životinje, korištenju tehničkih uređaja, pomoćnih sredstava ili naprava kojima se

⁶⁰ Presuda Općinskog suda u Vukovaru, broj 13 K-35/2017-5 od 30. studenog 2017. Presudom istoga suda uvjetna osuda izrečena je i optuženiku koji je „bez povoda i opravdanog razloga, u cilju da životinjama u vlasništvu njegove kćerke nanese bol i ozljede, najprije nogom udario žensko štene starosti 3,5 mjeseca, a potom ga zajedno s muškim štenetom, bacio preko ograde na ulicu, nanijevši im tjelesne ozljede, a ženskom štenetu prijelom zadnje desne noge, dakle, životinjama nanio nepotrebne boli“ Sud je obrazložio boli i uzeo kao otegotne okolnosti da se radi o psićima-štencima koji se tek nalaze u rastu i razvoju, da im je nanio i fizičke i psihičke patnje u obliku hromosti, frakture potkoljenice, povraćanja, uznemirenosti, prestrašenosti (Općinski sud u Vukovaru, broj K-137/2018-12 od 18. veljače 2020.).

⁶¹ Primjer nanošenja psihičkih boli i straha je odluka švedskog pravosuđa u slučaju optuženika koji je u namjeri da se osveti vlasnici konja, jurio ga vozilom s bučnim motorom, držeći cijelo vrijeme mali razmak između konja i vozila, a što je kod konja izazvalo paniku, uslijed čega je on maksimalnom brzinom galopirao bježeći od vozila. Prema nalazima veterinarara, konj je u konkretnom slučaju pretrpio strah i stres uslijed nezakonitog i neopravdanog progona. Optuženik je proglašen krivim za kazneno djelo okrutnosti prema životinjama, iako konju u konkretnom slučaju nisu bile nanesene tjelesne ozljede. (Batričević, 2012).

u obliku kazne utječe na ponašanje životinje, uključujući bodljikave ogrlice ili sredstva za dresuru uz uporabu električne struje ili kemijskih tvari, huškanju životinje na druge životinje ili čovjeka ili dresiranju na agresivnost te sprječavanju životinje da uspostavi socijalne kontakte s životinjama iste vrste (Batričević & Batanjski, 2014, str. 66).⁶²

Zanemarivanje životinja najčešće se javlja kao oblik njihovog fizičkog zlostavljanja ili zanemarivanja brige za njihovo zdravlje, smještaj, ishranu i njegu te uzgajanje životinja na način da trpe bol, patnju i strah. Ovaj oblik zlostavljanja životinja čini vlasnik ili onaj tko drži životinju, a sastoji se u propuštanju da se životinji osigura hrana, voda, smještaj, veterinarska njega i sl. uslijed čega može doći do pogoršanja zdravstvenog stanja, pa čak i smrti životinje. Često se, posebice u slučaju patološkog skupljanja životinja, pojavljuje zlostavljanje koje je kombinacija aktivnih radnji (činjenja u vidu skupljanja životinja i oduzimanja životinjama slobode kretanja vezivanjem, zatvaranjem ili na drugi način) i pasivnih radnji (nečinjenja ili propuštanja da se o njima vodi briga na odgovarajući način).

Seksualno zlostavljanje životinja (bestijalnost, sodomija) obuhvaća različita ponašanja, od dodirivanja ili taktalnog stimuliranja genitalnih organa životinja do seksualnog odnosa s životinjom i nasilnog seksualnog iskorištavanja životinje (zoosadizam, zoofilija).⁶³ Drugim riječima, bilo koji oblik seksualnog kontakta s životinjom, bez obzira na to je li ona tom prilikom ozlijeđena odnosno usmrćena, smatra se ovim oblikom zlostavljanja (Batričević, 2011). Najeklatantniji primjer ovog zlostavljanja sadržan je u presudi Općinskog kaznenog suda u Zagrebu kojom je 2021. godine osuđen bezuvjetnom kaznom zatvora u trajanju od jedne godine vlasnik psa „jer je u razdoblju od 2009. do rujna 2015. godine, s ciljem zadovoljavanja svog spolnog nagona te pristajući

⁶² Poseban oblik zlostavljanja predstavlja patološko skupljanje ili gomilanje životinja (*animal hoarding*, kolekcioniranje ili hordašenje) kao posjedovanje velikog broja životinja i njihovo prinudno držanje u krajnje napučenom prostoru uz propuštanje da im se osigura odgovarajuća prehrana i veterinarska njega. Najčešće se radi o držanju velikog broja pasa ili mačaka u malim kavezima, pri čemu im se ograničava kretanje. Dolazi do zanemarivanja, zlostavljanja, obolijevanja ili pogoršanja zdravstvenog stanja i smrti većeg broja životinja te su podvrgnute i emocionalnom odnosno psihičkom zlostavljanju uslijed čega dolazi do poremećaja u njihovom ponašanju.

⁶³ Zoofilija je oblik parafilije u kojoj počinitelj dobiva seksualno zadovoljstvo u seksu sa životinjama te većina država ima zakone protiv ove pojave. Zoofilija postoji u mnogim varijacijama te ne postoji jednoglasnost među raznim klasifikacijama. (Aggrawal, 2011).

da psu nanese bespotrebne boli i patnje, seksualno općio sa svojim psom, ženkom pasmine rhodesian ridgeback, nanoseći joj bol i trajne povrede tijela te izlažući je patnji i strahu te ustezanjem vode i hrane kod navedene kuje proizvodio umjetne reflekse kako bi ova dozvoljavala radnje fizičkog maltretiranja, na koji način je kod navedenog psa izazvao bezrazložnu bol i patnju, dakle, životinju teško zlostavljao te joj nanio nepotrebne boli i izlagao je nepotrebim patnjama“.⁶⁴

Radnja najčešća motivirana koristoljubljem, a koja ubijanje ili mučenje životinja čini težim oblikom djela, je organiziranje borbi životinja ili borbi životinja i ljudi. Sama borba životinja ili životinja i ljudi uključuje nanošenje životinjama nepotrebno bola, patnje, straha i stresa te već njihovo pripremanje za borbu ima značajke zlostavljanja. Povećavanje njihove sposobnosti, izdržljivosti, agresivnosti i borbenosti često podrazumijeva i podvrgavanje životinja djelovanju određenih supstanci poput steroida i drugih štetnih tvari kao i povećavanje agresivnosti životinja selekcijom ili drugim metodama. Trening pasa za borbu često uključuje i njihovo huškanje i puštanje na drugu životinju koja služi kao „živi mamac“ te zlostavljanje postoji i u odnosu na tu drugu životinju koja također trpi nepotrebnu bol, patnju, strah i stres, a često bude i tjelesno ozlijeđena ili ubijena.⁶⁵

Radnja počinjenja lakšeg oblika kaznenog djela ubijanja ili mučenja životinja je nehajna uskrata hrane ili vode ili je životinja na drugi način kroz dulje vrijeme izložena tegobnom stanju.⁶⁶ Ta je radnja u literaturi opisana kao napuštanje životinje od strane posjednika koji napusti domaću životinju, kućnog ljubimca ili uzgojenu divlju životinju i druge životinje koje drži pod svojim nadzorom. Riječ je o posebnom obliku zlostavljanja životinje, jer onaj tko je odgovoran za brigu o njezinom životu, zdravlju i dobrobiti, uskraćuje joj smještaj, hranu, njegu i zdravstvenu zaštitu. Do tada zbrinuta životinja iz nehaja se ostavlja bez osnovnih životnih uvjeta odnosno izlaže gladi, žeđi, bolu, patnji, strahu, stresu i potencijalnim opasnostima u obliku napada od strane drugih životinja ili ljudi.

⁶⁴ Presuda Općinskog kaznenog suda u Zagrebu, br. 8. K-389/17-141 od 13. rujna 2021.

⁶⁵ Save me – Dada | Srbija (wordpress.com). O pitanju možemo li tradicijom opravdati iskorištavanje životinja npr. u borbi pasa, bikova, pijetlova i drugim aktivnostima koje se nazivaju i sportom šire Ćurko, 2020.

⁶⁶ Smatra se da je to i držanje pasa na lancu, jer dovodi u opasnost njihovu fizičku i psihičku dobrobit, ali i ugrožava druge ljude onemogućavanjem socijalizacije psa čime se povećava vjerojatnost agresivnoga ponašanja kod pasa (Martinić, 2021, str. 36).

Hrvatska sudska praksa prihvaća da je za postojanje odgovornosti dovoljno i jednokratno mučenje životinje. Tako je djelo počinio počinitelj koji je psa obitelji s kojom je bio u svađi kliještima za žicu isjekao po vratu i ostavio da krvari, pa je pas nakon dva dana uginuo u mukama.⁶⁷ Česti su slučajevi ubijanja ili mučenja životinja u tzv. lovnom turizmu u kojima je došlo do smrti lovačkih pasa koji su prevoženi u neuvjetnim kavezima i kutijama bez zraka, vode i hrane.

3.2.4. Krivnja

S obzirom da je kazneno djelo ubijanja ili mučenja životinja najčešće motivirano izivljavanjem počinitelja koji postupa s namjerom, u teoriji postoje dvojbe može li djelo biti počinjeno samo s izravnom ili i s neizravnom namjerom. Nije prihvatljivo stajalište da djelo mora biti počinjeno samo s izravnom namjerom, jer se može zamisliti situaciju u kojoj je netko svjestan da svojom radnjom može bez opravdanog razloga usmrtiti životinju ili joj nanijeti nepotrebne boli ili je izložiti nepotrebnim patnjama ili je zlostavljati pa unatoč tome na to pristaje (Pavlović, 2015, str. 919). U praksi će se uglavnom pojavljivati izravna namjera, ali time nije isključena ni mogućnost počiniteljeva postupanja s neizravnom namjerom (Nedić, 2017, str. 781).

Dakle, kaznenim djelom ubijanja ili mučenja životinja kažnjava se ubijanje, nanošenje boli, patnje, ozljeda i izlaganje strahu životinje radi počiniteljevog vlastitog izivljavanja. Ako ovaj motiv izivljavanja ne postoji, radit će se o prekršaju iz ZZZ-a. Drugim riječima, postojanje kaznenog djela podrazumijeva usmrćivanje kao bilo koji namjerno potaknuti postupak koji dovodi do smrti životinje ili patnje jačeg intenziteta, a to je počinjeno bez racionalnog razloga i opravdanog cilja.⁶⁸

Odgovornost i kažnjivost za nehaj proširena je na sve radnje kojima se životinja izlaže tegobnom stanju kroz dulje vrijeme, a ne samo one počinjene za vrijeme prijevoza. Stoga za kratkotrajno izlaganje životinje tegobnom stanju za vrijeme prijevoza iz nehaja odgovara se prekršajno. Primjer bi bio slučaj koji pokazuje kako se, unatoč zakonu koji je detaljno propisao uvjete za pri-

⁶⁷ Presuda Županijskog suda u Osijeku, Kž-329/02, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, 1, 2004, str. 283.

⁶⁸ Županijski sud u Varaždinu u odluci br. Kž-70/12 od 8. veljače 2012. smatra da je nužno da se radi o teškom zlostavljanju životinje ili izlaganju nepotrebnim mukama ili patnjama radi izivljavanja ili nanošenja nepotrebnih boli životinji.

jevoz životinja,⁶⁹ ipak krše postavljeni uvjeti. U srpnju 2021. godine obavljen je prijevoz tigra trajektom Jadrolinije u neodgovarajućim uvjetima. Prijevoz tigra nije bio prijavljen prijevozniku, a kako je prijavljen samo osobni automobil s prikolicom, zaposlenici Jadrolinije nisu bili dužni pregledati prikolicu te je prijevoz životinje obavljen u neodgovarajućim uvjetima u malom kavezu na visokoj temperaturi i bez odgovarajuće skrbi za vrijeme puta. Stoga je slučaj prijavljen državnom inspektoratu.⁷⁰

U vezi s elementima krivnje, zanimljiv je slučaj sinjskih lovaca koji su ostvarili sva obilježja kaznenog djela mučenja životinja izlaganjem pijetlova gađanju iz lovačkih pušaka dok su se preplašeni pijetlovi uzalud pokušavali otrgnuti s konopca. Viši sud je potvrdio presudu prvostupanjskog suda uz obrazloženje da se mučenje životinja ne može opravdati narodnim običajem koji ne isključuju kazneno djelo ni odgovornost okrivljenika.⁷¹ Međutim, ispravno bi bilo stajalište da se radilo o nepostojanja svijesti o protupravnosti kao elementu krivnje odnosno o zabludi o protupravnosti koja utječe na krivnju počinitelja, ili je isključuje ili može ublažiti kaznu (Novoselec, 2007, str. 1031).

4. Istraživanje o stavovima opće populacije u RH o zaštiti životinja

Za potrebe rada provedeno je i istraživanje o stavovima opće populacije o kažnjavanju zlostavljanja životinja i okrutnosti prema životinjama kao zločinu i društvenom problemu.⁷² Istraživanje je provedeno u razdoblju od 7. srpnja 2021. godine do 24. kolovoza 2021. godine korištenjem mrežnog anketnog upitnika putem različitih društvenih mreža. Anonimni anketni upitnik je ispunilo 636 punoljetnih ispitanika. Upitnik je sadržavao i vinjetu s hipotetskom situacijom nailaženja na životinju zaključanu u automobilu. Za ispiti-

⁶⁹ Prijevozna sredstva moraju se konstruirati, izraditi, održavati i njima se mora upravljati tako da se izbjegne ozljeđivanje i patnja životinja, a tijekom putovanja u prijevoznim sredstvima treba biti osigurano primjereno prozračivanje te se životinje moraju zaštititi od nepovoljnih vremenskih utjecaja, a životinje trebaju biti u mogućnosti leći, ležati i ustati (čl. 12. ZZŽ).

⁷⁰ Tigar u trajektu, dostupno na <https://www.tportal.hr/vijesti/clanak/tigar-se-u-jednom-danu-dva-puta-vozio-trajektom-i-nikom-nije-bilo-nista-cudno-slucaj-je-preuzeo-drzavni-inspektorat-20210713>

⁷¹ Presuda Županijskog suda u Splitu, br. Kž-372/07 od 12. rujna 2007. kojom je potvrđena presuda Općinskog suda u Sinju, br. K-118/06.

⁷² Ciljevi istraživanja utvrđivali su se s obzirom na sljedeće varijable: spol, status vlasnika kućnog ljubimca, status volontera u udruzi za životinje, status roditelja djece i status vlasnika domaćih životinja.

vanje stavova o kažnjavanju zlostavljanja životinja i okrutnosti prema životinjama korištene su skale *Punitive Attitudes toward Acts of Violence against Animals* i *Concern about Animal Cruelty and Abuse*. preuzete iz radova Brief Measures of the Animal Attitude Scale (Herzog, Grayson & McCord, 2015) i Moral disengagement and attitudes about violence toward animals (Vollum, Longmire & Buffington-Vollum, 2004).⁷³

U istraživanju su sudjelovali punoljetni građani čiji je raspon godina bio od 18 do 89 godina (prosječna je dob bila 36.14 godina). Uzorak je obuhvatio oba spola, različite dobi i stupnjeva obrazovanja te su ispitanici bili iz različitih naselja prema broju stanovnika. Uzorak čine 532 žene (83.6%), i 104 muškarca (16.4%). Najveći broj ispitanika završio je diplomski studij (45%), preddiplomski studij završilo je njih 19%, 28,9% ispitanika završilo je srednju školu, dok ih je 48 završilo poslijediplomski studij (5.7%). Najveći broj ispitanika, 39,9% je iz mjesta s brojem stanovnika većim od 100 000, a od ukupnog broja ispitanika 67,8% ih nema djecu, 80% ih ima kućnog ljubimca te njih 93.4% ne uzgaja domaće životinje. Lovom se bavi ili se ranije bavilo svega 14 ispitanika te najveći broj ispitanika, 73,0%, trenutno ne volontira u udrugama koje se bave zaštitom životinja i ne bavi se nekim oblikom aktivizma vezanim uz prava životinja.

4.1. Analiza rezultata istraživanja⁷⁴

Kod ispitivanja stavova o kažnjavanju zlostavljanja životinja i okrutnosti prema životinjama za tvrdnju „ubijanje zaštićene vrste iz zabave“ 80,5% ispitanika je kao primjerenu kaznu odabralo kaznu zatvora. Za „šamaranje ljubimca“ 13,7% ispitanika izabralo bi kao odgovarajuću kaznu kaznu zatvora, 10,4% ih smatra da za to uopće ne treba kažnjavati, dok je 34,1% ispitanika odabralo novčanu kaznu kao primjerenu. Od ukupnog broja ispitanika 34,4% smatra da je mjera psihosocijalnog liječenja odgovarajuća mjera za „udaranje ljubimca nogom“ dok 77.5% ispitanika smatra da je kazna zatvora odgovarajuća kazna za „spolno zlostavljanje životinje“. S obzirom na spol, status vlasnika kućnog ljubimca i status volontera u udruzi za životinje, istraživanje pokazuje da žene u prosjeku biraju strože kazne kad su u pitanju zlostavlja-

⁷³ Nužno je upozoriti na određena ograničenja istraživanja provedenih putem online upitnika, jer ispitanici, ponekad iz nepažnje ili namjerno, daju društveno prihvatljivije odgovore te se ne može sa sigurnošću utvrditi da su ispitanici potpuno iskreno odgovarali. Također, zbog nemogućnosti direktne komunikacije s ispitanicima, nije moguće ako za to postoji potreba, detaljnije objasniti neka pitanja.

⁷⁴ Za obradu podataka korišten je statistički program IBM SPSS Statistics.

nje i okrutnost prema životinjama, jednako kao i ispitanici koji imaju kućne ljubimce dok se volontiranje u udrugama za zaštitu životinja ne pokazuje statistički značajnim. Dakle, obradom podataka potvrđeno je da postoji statistički značajna razlika u stavovima ispitanika o kažnjavanju zlostavljanja životinja i okrutnosti prema životinjama s obzirom na spol i status vlasnika kućnog ljubimca, ali ne i s obzirom na status volontera u udruzi za životinje.

Istraživanje pokazuje da se s tvrdnjom „namjerno i zlonamjerno mučenje ili ubijanje životinje trebali bi biti kazneno djelo“ u potpunosti slaže čak 86.3% ispitanika, a s tvrdnjom „namjerno zanemarivanje životinje trebalo bi biti kazneno djelo“ u potpunosti se slaže 80,3 % ispitanika. Žene su u prosjeku više sklone gledati na različite vrste okrutnosti prema životinjama kao na kaznena djela jednake važnosti kao i kaznena djela prema ljudima. Isto misle i ispitanici koji imaju kućne ljubimce te, također i ispitanici koji volontiraju u udrugama koje se bave zaštitom životinja.⁷⁵

Na opisanu situaciju nailaženja na životinju zaključanu u automobilu na visokoj temperaturi najviše ispitanika, njih 50,5%, pozvalo bi policiju, jer bi razbijanjem prozora na automobilu počinili kazneno djelo oštećenja tuđe stvari. Od ukupnog broja ispitanika, 31,8% razbilo bi prozor automobila i spasilo životinju dok bi 10,8% ispitanika pozvalo vatrogasce. Najmanje ispitanika, 6, ne bi učinilo ništa, a u navedenoj situaciji žene bi u prosjeku češće reagirale od muškaraca kao i oni ispitanici koji imaju kućne ljubimce. S obzirom da se radi o laičkoj javnosti čije su namjere spašavanja psa bile pozitivne ili su radnje izazvane panikom i željom da se pomogne, postavlja se pitanje je li potrebno educirati građane o tome da bi se u ovoj situaciji mogao primijeniti institut krajnje nužde koja isključuje krivnju. Svakako da će to opet ovisiti o tumačenju je li životinja „drugi“ od kojeg se otklanja opasnost u smislu čl. 22. st. 2. KZ, u odnosu na prozorsko staklo automobila kao oštećenu tuđu stvar.

Zaključno, obrada rezultata istraživanja pokazuje da javnost u Hrvatskoj vjeruje da je nasilje nad životinjama i okrutnost prema njima društveni problem vrijedan kažnjavanja. Većina ispitanika zaštitu životinja smatra bitnom te kaznena djela nad životinjama smatra ozbiljnim društvenim problemom. Pri tome, žene su u prosjeku više zabrinute za temu zaštite životinja kao i ljudi koji imaju kućne ljubimce te, logično i osobe koje volontiraju u udrugama koje se bave zaštitom životinja. Većina ispitanika je birala teže sankcije za djela okrutnosti i nasilja nad životinjama, najčešće kaznu zatvora kao odgova-

⁷⁵ Kao odgovori su ponuđene i tvrdnje „Policija ne bi trebala gubiti vrijeme na slučajeve u kojima postoji sumnja na okrutnost prema životinjama“ te „Zlostavljanje životinja nije društveni problem, jer ljudi nisu žrtve“.

rajuću kaznu. Rezultati pokazuju da se žene u prosjeku odlučuju za strože kazne i sklonije su smatrati da su djela nasilja i okrutnosti nad životinjama istog značaja kao i djela nasilja i okrutnosti prema ljudima.⁷⁶ Potvrđuje li to izreku da su žene čuvarice života, zaštitnice svih bića? Zaključno, s tvrdnjom „Ljudi imaju pravo koristiti životinje kako god im odgovara“ ne slaže se 80.5% ispitanika.

Ovo istraživanje potvrdilo je da se stavovi opće populacije u Hrvatskoj podudaraju sa stavovima opće javnosti koji su rezultat komparativnih istraživanja. Tako su Herzog, Grayson i McCord (2015) u njihovom istraživanju, također dobili rezultate u kojima je utvrđena razlika između ispitanika s obzirom na spol, jer su žene naklonjenije zaštititi životinja od muškaraca. Značajne razlike između ispitanika s obzirom na spol, na status vlasnika kućnog ljubimca, na različiti stupanj obrazovanja te na dob ispitanika utvrđene su i drugim istraživanjima (Vollum, Buffington-Vollum & Longmire, 2004., Apostol, Rebege & Miclea, 2013).⁷⁷ Istraživanja o kaznenim djelima nad životinjama pokazala su da su u većini slučajeva počinitelji tih djela muškarci dok je pretpostavka da su žene u manjini upravo zbog veće doze empatije (Prudkov & Rodina 2016, Signal & Taylor, 2007, Phillips, Clive, et al., 2011). Iste rezultate pokazuje i istraživanje provedeno među studentima Veterinarske medicine (Hazel, Signal & Taylor, 2011).

Zaključak

Na području zaštite životinja Hrvatska je uskladila svoje zakonodavstvo i judikaturu sa svim obvezama koje je preuzela iz važećih konvencija te uredbi i direktiva EU. Procjena implementacije je pozitivna, a svijest hrvatskih građana na visokom stupnju prihvaćanja da je zaštita životinja sve manje motivirana ljudskim egoističnim potrebama. Međutim, položaj životinje u hrvatskom

⁷⁶ U tome ne postoji razlika između osoba koje imaju kućne ljubimce i onih koji ih nemaju.

⁷⁷ Herzog, Betchart i Pittman (1991) proveli su istraživanje s obzirom na spol i seksualnu orijentaciju u kojem su otkrivene značajne razlike u stavovima prema životinjama s obzirom na spol te su se ispitanici muškog i ženskog spola razlikovali u svim mjerama stava osim percipirane ugone kada dodiruju pozitivno percipirane životinje. Rezultati istraživanja o postojanju povezanost između držanja kućnih ljubimaca u djetinjstvu i humanih stavova kasnije u mladosti pokazali su da postoji značajna pozitivna korelacija između sve tri mjere uključivanja kućnih ljubimaca (vlasništva nad kućnim ljubimcima, obiteljskog vlasništva nad kućnim ljubimcima i brojem važnih kućnih ljubimaca iz djetinjstva) i kasnijeg postupanja s domaćim i divljim životinjama (Serpell & Paul, 1993).

kaznenom pravu nalazi se između tradicionalnog tretiranja životinje kao stvari i razvitka civilizacijske svijesti i savjesti da je i neljudska bića potrebno zaštititi priznavanjem njihove osobnosti s pravom na život, tjelesni integritet i zdravlje. Hrvatsko kazneno zakonodavstvo priznaje pravni subjektivitet životinje, ali ne u potpunosti, s obzirom da je ne smatra žrtvom i/ili oštećenikom kaznenog djela. Pravni položaj životinje ostao je podvojen: ona je i stvar i biće čije je ubijanje i mučenje zabranjeno, ali, istovremeno, ako počinitelj nije ujedno i vlasnik/posjednik životinje, ona je i objekt radnje kaznenog djela oštećenja tuđe stvari. Takav status ne samo u kaznenom nego i u građanskom pravu otvara pitanje je li riječ o pravnoj antinomiji ili, pak o unutarnjoj podvojenosti tj. ambivalenciji (lat. *ambo*-oboje i *valere*-vrijediti). S obzirom da je moguće istodobno primijeniti dvije norme kaznenog prava, nije riječ o paradoksu antinomije tj. o suprotnosti između dva položaja životinje. Između položaja subjekta i objekta ne postoji nesklad ili kontradikcija nego se radi o dualnosti ili ambivalenciji. Zbog poštivanja načela jedinstva pravnog poretka kazneno je pravo dužno zaštititi objekte prava vlasništva dok su s druge strane, kao rezultat pokreta za njihovu zaštitu, životinje *sui generis* subjekti. Dakle, životinje su danas *sui generis* subjekti i *sui generis* objekti ne samo građanskog nego i kaznenog prava. Ovakav specifičan pravni položaj prema kojemu *životinje uživaju kaznenopravnu zaštitu zbog toga što su vrijednosti same po sebi posljedica je prihvaćanja stava da su životinje i nositelji vlastitih prava i/ili interesa*. Dualnost statusa *sui generis* životinjama osigurava zaštitu kažnjavanjem za kazneni delikt, ali i obeštećenjem zbog građanskopravnog delikta.

Bibliografija

Knjige i članci

- Aggrawal, A. (2011). A new classification of zoophilia, *Journal of Forensic and Legal Medicine*, Volume 18, Issue 2, February, preuzeto sa <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S1752928X11000102?via%3Dihub>
- Apostol, L., Rebege, O. L., Miclea, M. (2013). Psychological and socio-demographic predictors of attitudes toward animals, *Procedia-Social and Behavioral Sciences*, 78, str. 521-525.
- Batričević, A. (2013). *Zaštita životinja u međunarodnom pravu*, Beograd: Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, 190 str.
- Batričević, A. (2011). Zlostavljanje životinja–fenomenologija, etiologija i državna reakcija, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, Vol. 49, br. 1, str. 143 – 164.

- Batričević, A., Batanjski, V. (2014). *Zaštita životinja u Srbiji–kaznenopravni i ekološki aspekti*, Beograd: Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, 233 str.
- Batričević, A., Stanković, V. (2015). *Zaštita životinja u uporednom pravu–zakoni, prakse i ekološke politike*, Beograd: Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, 278 str.
- Bobbio, N. (1988). *Eseji iz teorije prava*, Split: Logos, 139 str.
- Bowman, M. J. (1999). International treaties and the global protection of birds: part II., *Journal of Environmental Law*, 11(2), str. 281-300.
- Cvitković, I. (2021). Drveće i životinje u religijama, *Soc. ekol. Zagreb*, Vol. 30, No. 1, str. 139-152.
- Ćurko, B. (2020). Bioethical Questions Of Animals In Sport, *Pannoniana, Časopis za humanističke znanosti*, Vol. 4 No. 1.
- Džaja, P., Severin, K., Agičić, D., Grbavac, J., Benić, M., Heruc, Z. (2017). Statut grada Bala iz 1467. i njegov tršćanski rukopis iz 1467, *Hrvatski veterinarski vjesnik*, Vol. 25 No. 3/4.
- Džaja, P., Severin, K., Grabarević., Ž., Agičić, D., Vranješ, I., Šatrović, E. (2014). Šibenski statut o životinjama, proizvodima životinjskog podrijetla, pastirima i lokvama, *Hrvatski veterinarski vjesnik*, 22, 3-4.
- Džaja, P., Severin, K., Agičić, D., Mihalj, J., Stojanović, J., Lokin, A. (2013). Korčulanski statut o životinjama i proizvodima životinjskoga podrijetla, *Hrvatski veterinarski vjesnik*, 21, 1-2.
- Falaise M. (2019). Legal standards and animal welfare in European countries, In: Hild S. & Schweitzer L. (Eds), *Animal Welfare: From Science to Law*, pp.71-75, preuzeto sa <http://www.fondation-droit-animal.org/documents/7>
- Favre, D. (2008). *Animal Law: Welfare, Interests and Rights*, Aspen Publishing, 500 pp.
- Favre, D. (2010). Living Property: A New Status for Animals Within the Legal System, *93 Marq. L. Rev.* 1021, preuzeto sa <http://scholarship.law.marquette.edu/mulr/vol93/iss3/>
- Hazel, S. J., Signal, T. D., Taylor, N. (2011). Can teaching veterinary and animal-science students about animal welfare affect their attitude toward animals and human-related empathy? *Journal of veterinary medical education*, 38(1), str. 74-83.
- Herzog, H., Grayson, S., & McCord, D. (2015). *Brief measures of the animal attitude scale, Anthrozoös*, 28(1), str. 145-152.

- Hill, D. A. (2008). Combating Animal Cruelty with Environmental Law Tactics, *4 Journal of Animal Law* 19, Michigan State University College of Law.
- Hodžić, D. (2008). Živa bića u islamskoj religijskoj bioetičkoj perspektivi, *Socijalna ekologija: časopis za ekološku misao i sociologijska istraživanja okoline*, 17(4), str. 361-378.
- Hubak, M. (2019). Bioetički aspekti razumijevanja uloga životinja u kulturi, završni rad, Karlovac: Veleučilište u Karlovcu, preuzeto sa <https://repozitorij.vuka.hr/islandora/>
- Ireland Moore, A. N. I. (2005). Defining Animals as Crime Victims, *Journal of Animal Law*, str. 91-108, preuzeto sa https://www.animallaw.info/sites/default/files/jouranimallawvol1_p91.pdf
- Jakovljević, D. (2013). Prava za životinje, *Filozofska istraživanja*, 129, god. 33., sv. 1. str. 167.–182.
- Kaluđerović, Ž. (2011). Aristotelovo razmatranje logosa, »volje« i odgovornosti kod životinja, *Filozofska istraživanja*, Vol. 31 No. 2, str. 311-321.
- Kozlić D. (2013). Analiza dosadašnje implementacije Zakona o zaštiti i dobrobiti životinja BiH, preuzeto sa [www. tacno.net](http://www.tacno.net)
- Kramer, I., Radmanić, I. (2018). Dobrobit životinja u pravnoj regulaciji s posebnim osvrtom na prijevoz, *Paragraf*, 2(1), str. 161-186 Osijek, preuzeto sa <https://hrcak.srce.hr/ojs/index.php/paragraf/article/view/14939>
- Krstić, N. (2012). Animal Protection From Killing and Abuse in The European and Serbian Criminal Law, *FACTA UNIVERSITATIS Series: Law and Politics* Vol. 10, No1, preuzeto sa <http://facta.junis.ni.ac.rs/lap/lap201201/lap201201-04.pdf>
- Kurtović Mišić, A. (2010). Veliki hrvatski penalist Jerolim Mičelović–Michieli, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* (Zagreb), vol. 17, broj 1, str. 247-260.
- Lefebvre, D., Lips, D., Giffroy, J. M. (2007). The European Convention for the Protection of Pet Animals and tail docking in dogs, *Rev. sci. tech. Off. int. Epiz.*, 26(3), 619-628, preuzeto sa <https://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi>
- Martinić, I. (2021). Politika i neljudske životinje: držanje pasa na lancu, *Političke analize* 9 (37), str. 32-37, preuzeto sa <https://hrcak.srce.hr/259883>
- Mičelović, J. (2008). *Pratica criminale pei cancelieri*, transkripcija rukopisa, Split: Pravni fakultet.

- Nedić, T. (2018). Pravni sustav zaštite života, zdravlja i dobrobiti životinja – bioetički pristup u pravnom okviru, *Soc. ekol. Zagreb*, Vol. 27, No. 1, str. 71-94.
- Nedić, T. (2017). Primjenjivost nužne obrane kod kaznenog djela mučenja ili ubijanja životinja, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* v. 38, br. 2, str. 779-798.
- Novoselec, P. (2004). Sudska praksa, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol. 11., br. 1, str. 279-284.
- Novoselec, P. (2007). Sudska praksa, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol. 14., br. 2, str. 1031-1036.
- Novoselec, P., Bojanić, I. (2013). *Opći dio kaznenog prava*, Zagreb: Pravni fakultet.
- Novoselec, P., Martinović, I. (2019). *Komentar Kaznenog zakona, I. knjiga: Opći dio*, Zagreb: Narodne novine, 531 str.
- Paul, E. S., Serpell, J. A. (1993). Childhood pet keeping and humane attitudes in young adulthood, *Animal Welfare*, 2, str. 321-337.
- Paunović, M. (2004). *Prava životinja – savremeni međunarodni standardi*, Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i „Đuro Salaj“ AD.
- Pavičić, Ž., Ostović, M. (2013). Dobrobit farmskih životinja, *Hrvatski veterinarski vjesnik*, 21, 7/8, str. 55-59.
- Pavlović, Š. (2015). *Kazneni zakon. Zakonski tekst, komentari, sudska praksa, pravna teorija*, Rijeka: Libertin.
- Payson Evans, E. (2014). Životinje pred sudom. *Kazneni progon i smrtna kazna za životinje*, (H. Gračanin, prev.), Zagreb: TIM press
- Phillips, Clive, et al. (2011). An international comparison of female and male students' attitudes to the use of animals, *Animals* 1(1), str. 7-26.
- Pichler, D. (2019). Nasljednopravna raspolaganja u korist životinje, *Pravni vjesnik*, god. 35 br. 2, str. 67-83.
- Pichler, D., Nedić, T. (2020). The Most Important Civil Law Aspects of Relations Between Humans and Animals in Croatian Law, International Scientific Conference "LAW AND MULTIDISCIPLINARITY", Collection of papers Niš, preuzeto sa http://www.prafak.ni.ac.rs/files/centar_pub/
- Pleić, M. (2016). Kazneni progon i istraživanje kaznenih djela protiv okoliša, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 53(2), str. 601-622.

- Prudkov, P. N., Rodina, O. N. (2016). On altruism toward nonhuman animals, *Society & Animals*, 24(4), str. 321-336.
- Signal, T. D., Taylor, N. (2007). Attitude to animals and empathy: Comparing animal protection and general community samples, *Anthrozoös*, 20(2), str.125-130.
- Spretnjak, Z. (2018). *Kaznenopravni aspekti mučenja životinja u Republici Hrvatskoj*, Zagreb: Pravni fakultet, preuzeto sa <https://repozitorij.pravo.unizg.hr/islandora/object/pravo:1710>
- Stojanović, N. (2016). Pravni status životinja, *Pravni život*, 10, preuzeto sa <https://kopaonikschool.org/wp-content/uploads/2020/11/Book-10>
- Tomaselli, P. (2003). International Comparative Animal Cruelty Laws, Animal Legal and Historical Center, Michigan State University College, preuzeto sa <https://www.animallaw.info/article/>
- Visković, N. (1989). Stradanja, zaštita i prava životinja - prilog raspravi o trećoj generaciji prava, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 5-6, Suppl.
- Vodinelić, V. (2014). *Građansko pravo, Uvod u građansko pravo i opšti deo građanskog prava*, Beograd: Pravni fakultet Univerziteta Union, 528 str.
- Vrečko, I. (2019) Criminological aspects of animal abuse: A review study, *Kriminologija & socijalna integracija: časopis za kriminologiju, penologiju i poremećaje u ponašanju*, 27(1), str. 84-99.
- Waldau, P. (2000). Buddhism and animal rights, *Contemporary Buddhist Ethics*, str. 81-112
- Vollum, S., Longmire, D., & Buffington-Vollum, J. (2004). Moral disengagement and attitudes about violence toward animals, *Society & Animals*, 12(3), str. 209-235.

Propisi

- Kazneni zakon, Narodne novine, 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17, 118/18, 126/19, 84/2
- Zakon o kaznenom postupku, Narodne novine, 152/08, 76/09, 80/11, 121/11, 91/12, 143/12, 56/13, 145/13, 152/14, 70/17, 126/19, 126/19
- Zakon o provedbi uredbi Europske unije o zaštiti životinja, Narodne novine, 125/13, 14/14, 92/14, 32/19

Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, Narodne novine, 91/96,
68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06,
146/08, 38/09, 153/09, 143/12, 152/14

Zakon o zaštiti životinja, Narodne novine, 102/17, 32/19

Nina Mišić Radanović, PhD

Assistant professor
University of Split
University Department of Forensic Sciences
nina.misic.radanovic@unist.hr

Ana Banovac, Master of Forensics

Research Assistant
University of Split
University Department of Forensic Sciences
anbanovac@unist.hr

Veronika Rakuljić, Master of Forensics

vrakuljic@gmail.com

THE STATUS AND PROTECTION OF ANIMALS IN THE CRIMINAL LAW OF THE REPUBLIC OF CROATIA

Summary

In this paper, the authors discuss the status of animals, as well as the degree of protection that animals receive in the criminal law of the Republic of Croatia and also assess compliance with international and European animal protection practices. The paper analyzes the duality of the position of animals in criminal law as things and, nevertheless, beings, and authors critically present certain solutions that reduce the degree of criminal protection. The authors conclude that animals are provided with a stronger level of protection by accepting the duality of the status as legal subject sui generis, which includes punishing for criminal offenses and indemnifying for civil delicts. Also, the basic criminal offense of killing or torturing animals was treated in particular in detail. Within this study, the authors surveyed the Croatian general population regarding their attitudes on violence and cruelty to animals and examined their opinion about the punishment - in which case it is needed, and which punishment would be appropriate for certain behaviors. The authors found that there are no major differences between the attitudes of the general public in Croatia and the attitudes of the public expressed in already conducted foreign surveys.

Keywords: *the status of animals in criminal law, animals as things and beings, degree of criminal protection, killing and torturing animals, judicial practice of punishment, research of the opinion of the general public*

Dr. sc. Selma Mezetović Međić,
MJur (Oxon)

Docentica
Univerzitet u Sarajevu
Pravni fakultet
s.mezetovic@pfsa.unsa.ba

UDK 347.921.2:347.921.6]-
:061.1.EU
Pregledni naučni rad

FINANSIRANJE POSTUPAKA KOLEKTIVNE ZAŠTITE PRAVA

Sažetak

Ideja kolektivne zaštite prava jeste da omogući subjektima čija su prava povrijeđena da ostvare svoje pravo uz maksimalnu uštedu vremena i novca, a koji inače od zaštite, na koju imaju pravo odustaju, jer su im postupci preskupi, jer nemaju vremena, jer ne poznaju pravo i nepovjerljivi su. Postupci kolektivne zaštite bi također trebali biti od koristi i pravosuđu jer bi omogućili jedan postupak, iako obiman, umjesto onoliko pojedinačnih postupaka koliko je povrijeđenih lica. Kroz objedinjavanje postupaka bi trebalo biti osigurano da ni jedno pravo ne ostane nezaštićeno, a naročito da to ne bude zbog razloga nesrazmjernosti troškova postupka i potencijalne naknade učinjene štete zbog kojih oštećeni u pravilu odustaju i od samog pokušaja ostvarivanja prava. Da bi kolektivna zaštita zaista funkcionirala u praksi, neophodno je da bude otklonjena finansijska prepreka u ostvarivanju prava za pojedinca, odnosno neophodno je jasno uređenje načina finansiranja takvog postupka. Predmet ovog rada je upravo analiza reguliranja finansiranja postupaka kolektivne zaštite prema Direktivi 2020/1828 Evropskog parlamenta i Vijeća od 25. 11. 2020. o predstavničkim tužbama za zaštitu kolektivnih interesa potrošača i stavljanju izvan snage Direktive 2009/22/EZ, te finansiranja postupaka kolektivne zaštite od strane trećih lica. Ideja analize ja naglasiti da bez adekvatnog mehanizma finansiranja nije realno očekivati ni uspjeh kolektivne zaštite prava u praksi.

Ključne riječi: *racionalna apatija, Direktiva 2020/1828, kolektivna zaštita, third party litigation funding, klasne tužbe, finansiranje postupaka kolektivne zaštite*

1. Umjesto uvoda – o važnosti reguliranja finansiranja postupaka kolektivne zaštite

Bilo koja jurisdikcija koja želi uvesti mehanizam kolektivne zaštite će biti suočena sa istim pitanjima koja obuhvataju sljedeće: oblasti u kojima se može primjenjivati kolektivna zaštita, pitanja aktivne legitimacije, informiranje članova grupe, zatim *opt-in* ili *opt-out* režim pristupanja kolektivnoj tužbi, itd. Međutim, pitanje kako će se mehanizam kolektivne zaštite finansirati nadilazi sva ova pitanja jednostavno zato što će bez odgovarajućih i jasnih pravila finansiranja sama pravila o kolektivnoj zaštiti ostati mrtvo slovo na papiru. Precizno utvrđena pravila finansiranja suštinski su preduslov za pravilno funkcioniranje bilo kojeg sistema građanskog pravosuđa, te su u srži odgovora na sva pitanja kolektivne zaštite. (Voet, 2015)

Jedna od osnovnih prepreka za pristup sudu, jedan od razloga racionalne apatije¹ i nevoljkosti da se sudskim putem traži zaštita, a time posljedično i jedna od glavnih prepreka za ostvarenje generalne ideje pravde i pravičnosti, jeste nedostatak novca. Vrijednost pojedinačnih zahtjeva je u pravilu niska, a pristup sudu novčano i vremenski vrlo zahtjevan. Stranke se suočavaju sa sudskim taksama i drugim troškovima, isplatama, taksama za pravno zastupanje i troškovima svjedoka i vještaka, a često dodatno i internim poslovnim troškovima, oportunitetnim, te psihološkim troškovima. (Van Boom, 2016) Ako bi kolektivna zaštita trebala biti odgovor na ovu prepreku, prioritet je da pitanje finansiranja bude jasno riješeno.² U suprotnom teško se može očekivati bilo kakav napredak u oblasti kolektivne zaštite. Ako visina troškova sprečava pristup sudu, te ako nema dostupnih sredstava koja će omogućiti provođenje ovih postupaka, postoji opasnost da se naruši princip vladavine prava (Van Boom, 2016), a time i cjelokupna ideja kolektivne zaštite.³ Zbog toga će ovaj rad analizirati postojeće načine finansiranja (2.) u američkom i evropskom pravu (2.1.), finansiranje postupaka prema važećoj evropskoj regulativi (2.2.). Zatim će se baviti finansiranjem postupaka kolektivne zaštite od strane trećih lica kao posebnim izazovom (3.), kroz *third party litigation funding (TPLF)* u pravu Evropske unije (3.1.) i poređenje TPLF i američkih klasnih tužbi, te će u konačnici biti dana zaključna razmatranja (4.).

¹ U literaturi se spominje i pod pojmom racionalni nedostatak interesa.

² Nagy (2020) ističe „finansiranje je ulje u motoru kolektivne zaštite” (str. 423).

³ Slično i kod: Tzankova & Kramer (2021). Finansiranje u postupcima kolektivne zaštite se smatra i Ahilovom petom ovih postupaka. (Hodges, 2008)

2. Načini finansiranja

2.1. „Američko“ vs. „englesko/evropsko“ pravilo

U pogledu naknade sudskih troškova u principu postoje dva osnovna pravila, tzv. „američko“ i „englesko pravilo“ (Van Boom, 2016), iako bi posljednje potencijalno bilo preciznije nazvati evropskim pravilom. Američko pravilo (*rule of cost*) znači da svaka stranka snosi svoje troškove, dok englesko pravilo (*loser pays*) podrazumijeva da strana koja je izgubila spor pored svojih, preuzima i troškove druge strane.⁴ Pojam englesko pravilo samo služi kao zajednički nazivnik da bi se njime obuhvatili svi sistemi finansiranja sudskih postupaka koji postoje u evropskim državama, a varijante se međusobno razlikuju po određenim karakteristikama. (Van Boom, 2016.)

U Evropi je široko raširen stav da pravilo „gubitnik plaća“ predstavlja važan instrument koji sprečava podizanje nemeritornih i neosnovanih tužbi (Stadler, 2016), odnosno njegova je uloga i da služi kao svojevrsan štit koji će demotivirati svakog potencijalnog tužioca da podnese tužbu, koja nije utemeljena i samo radi vođenja postupka, jer zna da preuzima rizik plaćanja troškova i suprotne strane ukoliko slučaj završi nepovoljno po njega. U literaturi se može naći i mišljenje po kojem je ovo pravilo jedan od najvažnijih načina balansiranja. (Hodges, 2001)

Istovremeno predstavlja jedan od principa oko kojeg nije bilo dileme u pogledu načina reguliranja kolektivne zaštite od samih početaka razvoja ideje o njenom uređenju. Jedino je Evropska komisija, odnosno njena Glavna uprava za tržišno natjecanje u Bijeloj knjizi iz 2008. godine bila predložila da se razmisli o ukidanju ili prilagodbi primjene principa da gubitnik spora snosi sve troškove, a kako bi se ohrabrilo privatno izvršenje u oblasti naknade štete nastale uslijed kršenja antimonopolskih pravila. (Stadler, 2017) Međutim ta ideja je odbijena zbog opasnosti kako navodi Coffee (2018) „da bi se svi mogli zaraziti sa ‘američkom bolešću‘. (str. 1902)

Tamo gdje ishod parnice nije moguće predvidjeti sa velikom sigurnošću, tužitelji moraju donijeti rizičnu odluku o pokretanju parnice, jer se može desiti da budu dužni preuzeti i sve troškove koje je druga strana napravila

⁴ Zanimljivo je da je u Sjedinjenim Američkim Država prelazak sa engleskog pravila na američko pravilo uglavnom rezultat stava advokature. Advokati su jednostavno htjeli da im klijenti plate na osnovu uslova sporazuma između njih, a ne da moraju da traže naknadu od druge strane. (Coffee, 2015)

u slučaju da spor izgube. Samim tim ovo pravilo predstavlja i prepreku ostvarivanju prava na pristup sudu jer može imati i veoma obeshrabrujuće dejstvo na oštećene koji ne žele rizik od nastanka novih troškova, te je upitno kako će primjena ovog principa djelovati na racionalnu apatiju oštećenih. Zbog toga se ne može dovoljno naglasiti značaj osiguranog finansiranja postupaka kolektivne zaštite. Ako oštećeni imaju na raspolaganju mehanizam kolektivne zaštite koji bi im trebao pomoći ostvariti prava koja inače ne ostvaruju zbog, između ostalog, s tim povezanih finansijskih troškova, a koji ih ponovo izlaže finansijskom riziku, u tom je slučaju nemoguće očekivati da takav mehanizam zaživi u praksi. Kolektivna zaštita svoj puni potencijal, a to je da iz perspektive tužilaca bude forum na kojem se njihova potraživanja mogu podnijeti na zbirnoj osnovi i bez odgovornosti za troškove ako izgube, može ostvariti tek ukoliko ti isti tužioci o troškovima ne moraju brinuti. (Coffee, 2018) Nažalost, evropski zakonodavac nije adekvatno riješio pitanje finansiranja. Bili su vrlo isključivi kod isključivanja primjene svega što bi moglo podsjećati na američki sistem, ali pri tome nisu obezbijedili adekvatnu zamjenu. Nagy (2020) stoga zaključuje da isključivanje tržišno zasnovanih mehanizama neizbježno zahtijeva javno i dobrotvorno finansiranje. (str. 423)

2.2. Finansiranje postupaka kolektivne zaštite – potencijalni problemi

Finansiranje, pa tako i kapacitet za vođenje više desetina, stotina ili hiljada slučajeva u istom postupku, će prema trenutnoj regulativi zavisiti od javnih sredstava. To praktično znači da budžet svake države članice treba predvidjeti iznos koji će pokriti troškove postupka, troškove rada kvalificiranog subjekta, moguće dodatne troškove npr. vještačenja, ali isto tako znači da taj iznos nije niti može biti poznat unaprijed. Pored ove nepoznanice, neminovno se dalje nameće i pitanje da li su sve države Unije jednako sposobne u svojim budžetima predvidjeti dovoljno sredstava za funkcionalan rad ovih tijela, odnosno obezbijediti jednaku zaštitu potrošača građana Evropske unije bez obzira na njihovo državljanstvo.⁵ Da li te finansijske terete mogu jednako podnijeti države članice EU koje imaju snažnu i razvijenu ekono-

⁵ Ključni razlog uspjeha postupaka kolektivne zaštite u Holandiji je dostupnost finansiranja. (Tzankova & Kramer, 2021)

miju kao i one slabije razvijene?⁶ I također, da li će zaista zaštita potrošača uvijek imati garantirana sredstva za nezavisnu zaštitu prava potrošača ili će ona ipak biti pod utjecajem političkih agendi usvajanja budžeta?⁷ U pravilu, potrošačke organizacije nemaju dovoljno resursa. Oni su uglavnom ograničeni, a resursi koji su dostupni, nisu fleksibilni. (Van den Bergh, 2007)

Nadalje, sve i da se radi o kvalificiranim subjektima koji su mnogoljudni i u kojima rade pravnici koji imaju ekspertizu za vođenje postupka i zastupanje, te izuzetnu ličnu motivaciju za rad i posvećenost, postavlja se pitanje finansiranja svih tih postupaka. Da li će zastupnici biti dodatno plaćeni za svoj rad koji će vrlo često biti veći od njihovog uobičajenog u organizaciji u kojoj rade? I da li će kvalificirani subjekti moći podnijeti da zadrže sve zaposlene u periodima kada nema aktivnih postupaka kolektivne zaštite, odnosno kako će ih uspjeti mobilizirati onda kada njihov rad zatreba? S tim u vezi je i činjenica da je neizvjesno kako će na stavku budžeta koja predviđa finansiranje predstavničkih subjekata, a samim tim i na zaštitu potrošača, utjecati politička previranja u smislu zavisnosti od vladajućih struktura i njihovih programskih opredjeljenja, te je nemoguće tvrditi da će sredstva za nesmetan rad kvalificiranih subjekata biti garantovana uvijek, čak i onda kada vlasti ne budu u fokusu potrošači i ostvarivanje prava na pristup sudu.⁸

⁶ Ovo je pitanje naročito važno i izazovno ako se posmatra finansijski kapacitet država koje su tek u statusu država kandidatkinja, te potencijalnih kandidatkinja za članstvo u Evropskoj uniji, zahvaljujući kojem su u obavezi prilagođavanja svog zakonodavstva pravu Evropske unije. U takvoj su poziciji Albanija, Bosna i Hercegovina, Crna Gora, Sjeverna Makedonija i Srbija, te Kosovo. Za zbirni pregled zakonskih uređenja u ovim državama u oblasti finansiranja postupaka kolektivne zaštite vidjeti Efremova (2018) (str. 396, 416-417), a za pojedine nacionalne izvještaje koji su gotovo identični kada je u pitanju kapacitet organizacija potrošača da vode kolektivne postupke, prije svega zbog neriješenog pitanja njihovog finansiranja, vidjeti: Kola Tafaj & Teliti (2018) (str. 109, 129); Powlakić & Meškić (2018) (str. 160, 201); Selimi (2018) (str. 223, 234); Dabović Anastasovska & Lončar Velkova (2018) (str. 256, 285-286); Savković & Dožić (2018) (str. 313, 330-331); Jovanović Zattila & Vukadinović (2018) (str. 370).

⁷ Analizu mana javnog finansiranja kolektivne zaštite vidjeti i kod Issacharoff & Miller (2021).

⁸ I ovo pitanje može dobiti posebno na težini i značaju iz perspektive uređenja pitanja uloge organizacija za zaštitu potrošača u kontekstu država Zapadnog Balkana. Vidjeti: Efremova (2018) (str. 396, 416-417), Kola Tafaj & Teliti (2018) (str. 109, 129); Powlakić & Meškić (2018) (str. 160, 201); Selimi (2018) (str. 223, 234); Dabović Anastasovska & Lončar Velkova (2018) (str. 256, 285-286); Savković & Dožić (2018) (str. 313, 330-331); Jovanović Zattila & Vukadinović (2018) (str. 370).

Evropski zakonodavac je u svojoj Rezoluciji utvrdio da države članice moraju odrediti svoja pravila o raspodjeli troškova prema kojima neuspješna strana mora snositi troškove druge strane, a kako bi se izbjeglo širenje neutemeljenih i nemeritornih potraživanja u Evropskoj uniji.⁹ Direktiva¹⁰ također ne rješava pitanje finansiranja postupaka kolektivne zaštite, nego je ono prepušteno državama članicama. (Poretti, 2019) Većina jurisdikcija pretpostavlja da se postupci kolektivnih tužbi mogu, te da će se finansirati na isti način kao i pojedinačni postupci. Međutim, to jednostavno nije, niti može biti slučaj. (Voet, 2017)¹¹

Član 15. Direktive o kolektivnoj zaštiti predviđa da nedostatak sredstava ne bi trebao biti razlog zbog kojeg kvalificirani subjekti ne pokreću postupke kolektivne zaštite, te da države trebaju preduzeti određene mjere kao što su snižavanje sudskih i administrativnih taksi.¹² Ali istovremeno tačka 39. Preambule predviđa da države članice ne mogu biti obavezane na finansiranje udruženih tužbi.¹³ Član 15. tačka 1b čak predviđa da će države članice moći uspostaviti pravila koja kvalificiranim subjektima omogućavaju da zahtijevaju skromne članarine ili slične naknade za učešće od onih potrošača koji su izrazili volju da ih kvalificirani subjekat zastupa u određenom postupku kolektivne zaštite, pri čemu pojam „skromnost“ članarine, koji može biti vrlo relativan u zavisnosti od okruženja, nema nikakvo dodatno određenje i uopšte nije jasno kako će se taj iznos

⁹ Tačka 20(9) Rezolucije Evropskog parlamenta „Kolektivna pravna zaštita: u smjeru koherentnog evropskog pristupa”.

¹⁰ Direktiva 2020/1828 Evropskog parlamenta i Vijeća od 25. 11. 2020. o predstavničkim tužbama za zaštitu kolektivnih interesa potrošača i stavljanju izvan snage Direktive 2009/22/EZ. Dalje u tekstu: Direktiva o kolektivnoj zaštiti.

¹¹ Hensler (2009) također ističe da su ključne prepreke za djelotvorno provođenje postupaka kolektivnih tužbi tradicionalna zakonska pravila o finansiranju koja ne odgovaraju kolektivnim sporovima.

¹² Član 15. Direktive o kolektivnoj zaštiti. Također i tačka 70. Preambule: „Uzimajući u obzir činjenicu da se predstavničkim tužbama promiče javni interes zaštitom kolektivnih interesa potrošača, države članice trebale bi zadržati ili poduzeti mjere kako bi osigurale da kvalificirani subjekti nisu onemogućeni podnositi predstavničke tužbe na temelju Direktive zbog troškova povezanih s postupkom. Takve bi mjere mogle uključivati ograničavanje primjenjivih sudskih ili administrativnih taksi, davanje pristupa pravnoj pomoći za kvalificirane subjekte ako je to potrebno ili osiguravanje javnog finansiranja za kvalificirane subjekte radi podnošenja kolektivnih tužbi, uključujući strukturnu podršku ili druga sredstva podrške. Međutim, od država članica ne bi trebalo zahtijevati da finansiraju kolektivne tužbe.”

¹³ Tačka 39. Preambule Direktive o kolektivnoj zaštiti.

utvrđivati. Prema tome svi naprijed istaknuti potencijalni izazovi ostaju pod znakom pitanja. (Mucha, 2019)

European Law Institute je još 2014. godine u svom Izveštaju o kolektivnoj zaštiti naglasio da kvalificirani subjekti moraju biti nezavisni od države u pogledu finansiranja. Ne samo da je ova nezavisnost važna zbog konstantnog budžetskog pritiska kojem su države izložene i uglavnom nedovoljno sredstava, nego i zbog toga što se javne agencije ili ustanove mogu pojaviti kao tužena stranka u postupku. Na taj način država može biti suočena sa sukobom interesa u odlučivanju o dostupnim sredstvima za postupak koji je već u toku ili za neke buduće postupke.¹⁴

Neizbježno je da pravila o finansiranju postupka stvaraju stimulus koji ili podstiče ili sputava izvršenje. (Coffee, 1986) Evropski zakonodavac se, međutim, želio distancirati od svega što podsjeća na američki sistem kolektivne zaštite pozivajući se najčešće na neetičnost visokih iznosa naknada koje advokati ostvaruju u Sjedinjenim Američkim Državama, te nepovjerenje koje zastupani imaju prema advokatima upravo stoga što sumnjaju da advokati sklapaju nagodbe koje primarno njima odgovaraju, dok su interesi zastupanih u drugom planu. Međutim, problem nepovjerenja zastupanih prema advokatu ili advokatima koji vode postupak proizlazi i iz činjenice što se radi o velikom broju tužilaca, a ne iz primjenjivog režima naknada. U postupcima kolektivne zaštite, bez obzira u kojoj su formi organizirani, neizvodivo je da svaki tužilac vrši optimalnu kontrolu nad advokatom. (Tzankova, 2012) S tim u vezi se postavlja i pitanje kontrole i nadzora nad radom kvalificiranih tijela, odnosno da li će uvjet koji moraju ispuniti prema slovu Direktive, a to je minimalno dvanaest mjeseci kontinuiranog rada u području zaštite interesa potrošača, biti dovoljno mjerilo i garant njihove posvećenosti i marljivog rada u korist potrošača. Ovo su pitanja koja će i države članice trebati riješiti svaka za sebe prilikom reguliranja postupka kolektivne zaštite. Imajući u vidu da će transpozicija Direktive o kolektivnoj zaštiti, a time i pitanja koja se odnose na finansiranje, biti uslovljena nacionalnim pravnim, kulturološkim i tradicionalnim okvirima, malo je vjerovatno da će jednak nivo kolektivne zaštite biti obezbijeđen za sve evropske potrošače, a postoji bojazan da će i dodatno biti opterećen nedostatkom

¹⁴ Statement of the European Law Institute on Collective Redress and Competition Damages Claims, 2014, <https://bit.ly/3r38bMF> (pristupljeno 10.09.2022.) (dalje u tekstu: ELI Statement).

adekvatnog izvora finansiranja postupaka.¹⁵ Issacharoff i Miller smatraju da će kulturološka odbojnost prema novcu i zaradi, koja je karakteristična za evropske diskusije i aktivnosti u oblasti kolektivne zaštite, odnosno očigledno odbijanje realnosti prema kojoj je pravna zaštita poduzetnička aktivnost, dovesti do toga da će reforme u Evropi ostati bez potrebnih nosilaca implementacije, te nije izgledno očekivati ispunjenje postavljenih ciljeva kolektivne zaštite u Evropskoj uniji ako se imaju u vidu iskustvene lekcije iz američkog iskustva, ali i jednostavna ekonomija sistema podsticaja. (str. 181) Evropski zakonodavac, bez obzira na sve dobre namjere, ustvari rizikuje naprijed navedene izazove za ostvarivanje efikasne i efektivne zaštite, te je opravdana bojazan da Direktiva o kolektivnoj zaštiti uopšte može dovesti do velikih promjena u praksi. (Visscher & Faure, 2021)

3. Finansiranje postupaka kolektivne zaštite od strane trećih lica kao poseban izazov

Kada se govori o finansiranju, važno je posebno se osvrnuti na finansiranje postupaka kolektivne zaštite od strane trećih lica. Generalno finansiranje sporova od strane trećih lica¹⁶ je tema o kojoj se dosta raspravlja u jurisdikcijama širom svijeta. Porijeklo vodi iz zemalja *common law* sistema, a danas je posebno značajno i primjenjivo u kontekstu kolektivne zaštite zbog potencijala ovog instrumenta za olakšavanje prava na pristup sudu, naročito u slučajevima višestrukih manjih pojedinačnih šteta gdje već postoji problem psihološkog oklijevanja u pokretanju postupka zbog velikih troškova. (Stadler, 2013) Istovremeno, bitno je uvidjeti kako ovaj mehanizam finansiranja funkcioniра, ali se ne smiju zanemariti ni mogućnosti za njegovu zloupotrebu koje umanjuju pozitivne strane. (Biard, Hoevenaars, Kramer, Themeli & Erlis, 2021). Stoga će u nastavku biti predstavljen način reguliranja u Direktivi o kolektivnoj zaštiti (3.1.), te će biti analiziran ovaj mehanizam u poređenju sa sistemom finansiranja američkih klasnih tužbi (3.2.)

¹⁵ Izazov uspostavljanja jednakog nivoa zaštite potrošača je naročito problematičan u kontekstu zemalja kandidatkinja i potencijalnih kandidatkinja za članstvo u Evropskoj uniji. S tim u vezi vidjeti: Efremova (2018), Kola Tafaj & Teliti (2018) (str. 109, 129); Powlakić & Meškić (2018) (str. 160, 201); Selimi (2018) (str. 223, 234); Dabović Anastasovska & Lončar Velkova (2018) (str. 256, 285-286); Savković & Dožić (2018) (str. 313, 330-331); Jovanović Zattila & Vukadinović (2018) (str. 370).

¹⁶ Eng. *Third party litigation funding* ili TPLF. Dalje u tekstu će biti korištena skraćena TPLF, jer se pod ovim pojmom najčešće susreće i u literaturi.

3.1. *Third party litigation funding (TPLF)* u pravu Evropske unije

U zemljama Evropske unije je pojam TPLF generalno dosta nepoznat, kako od strane pravnih praktičara, tako i od strane zakonodavaca, pa je tako reguliran samo u pozitivnim propisima Slovenije i Holandije. (Djinović & Vlahek, 2019)¹⁷ S ekonomske tačka gledanja TPLF se može smatrati rješenjem za slučajeve u kojima pojedinci ne podnose zahtjeve jer nemaju dovoljno sredstava za podnošenje zahtjeva i nemaju pristup drugim načinima finansiranja svog potraživanja. Također može doprinijeti i ublažavanju poremećaja odnosa na tržištu, a koji se može dogoditi u slučajevima takozvanih raspršenih gubitaka, što može dodatno negativno utjecati na racionalnu apatiju. (De Mot, Faure & Visscher, 2016) Navedeno jesu važne karakteristike, ali ipak ne daju potpunu sliku finansiranja od strane trećih lica. Stoga je važno, prije svega, jasno definirati na šta se tačno misli pod TPLF. Djinović i Vlahek (2019) su u svojoj recentnoj i veoma detaljnoj studiji ponudili definiciju koja sveobuhvatno poentira šta je to finansiranje od strane trećih lica, kao i koje su mu osnovne karakteristike.

„TPLF znači da treće lice osigurava finansijska sredstva ili drugu materijalnu podršku stranci u postupku s ciljem podnošenja tužbe ili odbrane od nje; zauzvrat, takva treća strana ima pravo na otplatu uloženog novca uvećanu za finansijsku dobit od novca dosuđenog u sudskom postupku ili od postignute nagodbe. Za TPLF je karakteristično da finansijer pruža klijentu bespovratno finansiranje sudskih troškova u zamjenu za ugovorenu naknadu u slučaju da je zahtjev uspješan, obično kao postotak prihoda od postupka; u slučaju neuspjeha potraživanja, finansijer neće dobiti ništa. Finansijeri nisu stranke u postupku, zbog čega ulaganjem kao treće lice dobijaju samo ekonomski interes u potraživanju (rezultat postupka), a ne i pravni interes.“ (str. 13-14.)¹⁸

Evropski zakonodavac TPLF u kontekstu kolektivne zaštite prvi put spominje u Zelenoj knjizi iz 2008. godine prilikom analize zaštitnih mjera protiv potencijalnih zloupotreba. (Djinović & Vlahek, 2019) Naredni konkretni korak je

¹⁷ U zakonodavstvima zemalja Zapadnog Balkana se ovaj pojam uopšte ne spominje. Vidjeti: Efremova (2018) (str. 396, 416-417), Kola Tafaj & Teliti (2018) (str. 109, 129); Povlakić & Meškić (2018) (str. 160, 201); Selimi (2018) (str. 223, 234); Dabović Anastasovska & Lončar Velkova (2018) (str. 256, 285-286); Savković & Dožić (2018) (str. 313, 330-331); Jovanović Zattila & Vukadinović (2018) (str. 370).

¹⁸ Vidjeti i: Tzankova & Kramer (2021), *From Injunction and Settlement to Action: Collective Redress and Funding in the Netherlands*.

bio Preporuka iz 2013. godine¹⁹ koja je po prvi put regulirala uslove primjene TPLF, a to su da: (i) finansijer ne smije vršiti utjecaj na procesno ponašanje tužioca, a posebno ne na njegovu eventualnu spremnost za mirno rješavanje spora; (ii) ne smije se finansirati tužba protiv tržišnog konkurenta; i (iii) ne smije se finansirati tužba protiv tuženog od kojeg finansijer na neki način zavisi.²⁰ Preporuka je također propisivala da ako bi u toku postupka sud utvrdio da se finansijska sredstva koja stoje iza kolektivne tužbe zloupotrebljavaju, odnosno da postoji sukob interesa ili da su finansijska sredstva nedovoljna za nastavak postupka ili za neophodna plaćanja, sud je ovlašten obustaviti postupak. (Misita, 2019) Problematično sa Preporukom, pored toga što se radilo o neobavezujućem pravnom aktu, je što Evropska komisija nije dala nikakvo detaljno obrazloženje za reguliranje TPLF, kao što nije ponudila ni upute za primjenu ovog mehanizma. Međutim, regulatorni okvir je značajno izmijenjen sa Prijedlogom Direktive o kolektivnoj zaštiti, te sa finalnim tekstom Direktive koji je danas na snazi, a u smislu smanjenog reguliranja. (Djinović & Vlahek, 2019) Tako se današnje uređenje TPLF svelo samo na dva regulatorna aspekta, i to (i) otkrivanje izvora sredstava korištenih za finansijsku podršku kolektivnoj tužbi i (ii) sprečavanje sukoba interesa, pri čemu je čak i u samo ove dvije zadržane oblasti pristup evropskog zakonodavca vrlo suzdržan.²¹ Stadler ipak smatra kako je Evropska komisija u Preporuci iz 2013. nerealno postavila uslove. Svakako je u interesu oštećene strane da bude spriječen ili minimiziran rizik da finansijer ima preveliki utjecaj na tok postupka, ali teško da bi bilo moguće ići toliko daleko kako je bilo predviđeno Preporukom iz 2013., te primijeniti zabranu bilo kakvog utjecaja na tok postupka i odluke o nagodbi. Ako finansijer preuzima puni parnični rizik za tužitelja, a zauzvrat će dobiti određeni udio u ostvarenoj naknadi u slučaju uspjeha u sporu, podrazumijeva se da će zadržati i određeno pravo glasa u pogledu dogovora o nagodbi. U suprotnom bi, tvrdi Stadler (2013), bilo teško pronaći opciju finansiranja od strane treće lica.

Evropski zakonodavac je u određenoj mjeri i prihvatio ovakav stav. Dakle, Direktiva nalaže kvalificiranim subjektima da u postupcima kolektivne zaštite

¹⁹ Preporuka 2013/396/EU od 11. 6. 2013. o zajedničkim načelima za kolektivne tužbe na propuštanje i tužbe radi naknade štete u državama članicama kod povrede prava zajamčenih zakonodavstvom Unije (dalje u tekstu: Preporuka iz 2013 i Preporuka)

²⁰ Tačke 15. i 16. Preporuke iz 2013.

²¹ Za detaljnu kritiku prema suženom obimu reguliranja u Prijedlogu Direktive i skepticizam u pogledu ostvarivanja željenog cilja, a to je uspostavljanje balansa između ostvarivanja prava na pristup sudu za potrošače i osiguranja adekvatne zaštite od zloupotreba u parnici, vidjeti Djinović & Vlahek (2019).

budu potpuno transparentni u pogledu izvora finansiranja svojih djelatnosti općenito i u pogledu izvora sredstava za podršku svakoj pojedinoj tužbi. To je potrebno kako bi se sudovima ili upravnim tijelima omogućilo da procijene je li finansiranje sredstvima trećih lica, u mjeri u kojoj je to dopušteno u skladu s nacionalnim pravom, usklađeno sa uslovima predviđenim Direktivom o kolektivnoj zaštiti, da li postoji sukob interesa između treće strane koja pruža finansiranje i kvalificiranog subjekta, a koji predstavlja rizik od zloupotrebe procesnih ovlaštenja, te bi li se finansiranjem sredstvima treće strane utjecalo negativno na zaštitu kolektivnih interesa potrošača. Informacije koje kvalificirani subjekt dostavlja sudu ili upravnom tijelu trebale bi im omogućiti da procijene može li treća strana neopravdano utjecati na odluke kvalificiranog subjekta u kontekstu kolektivne tužbe, uključujući odluke o nagodbi, na način koji bi štetio kolektivnim interesima potrošača na koje se odnose, kao i da procijene pruža li treća strana finansiranje protiv tuženika koji je konkurent te treće strane ili protiv tuženika o kojem zavisi treća strana.²²

3.2. TPLF vs. *Class actions*

Zanimljivo je da je logika funkcioniranja TPLF veoma slična sistemu klasnih tužbi u Sjedinjenim Američkim Državama u kojima advokati poduzetnici preuzimaju finansijski rizik troškova postupka, te u slučaju uspjeha u sporu naplaćuju dogovorenu naknadu (*contingency fee*), uz jedinu razliku što kod TPLF novac dolazi od treće strane, a ne od advokata. (Paris, 2015) U skladu s tim i prednosti koje se odnose na rad poduzetničkih advokata su primjenjive i na finansijere. Međutim, i u slučaju TPLF se nameću potencijalni nedostaci, odnosno određena pitanja koja moraju biti odgovorena kako bi bila ostvarena efektivna pravna zaštita.²³ Prije svega je to pitanje koje parnične odluke mogu donositi finansijeri bez da pravni odnos između finansijera i tužilaca postane ugovor o ustupanju, odnosno da li postoji rizik da na finansijera bude preneseno previše ovlaštenja za upravljanje postupkom? (Paris, 2015) Rizik za zaključenje nepovoljnog ugovora posebno postoji kod finansijski slabijih stranaka, za koje vrijedi veća opasnost da pristanu na nepoštene ugovorne odredbe, posebno u pogledu kontrole finansijera nad postupcima, njihovog udjela u sudskim sporovima i mnogih mogućnosti jednostranog raskida ugovora o sporazumu. Svi potencijalni negativni učinci su u kolektivnim tužbama još veći, jer mogu utjecati na sve zastupljene članove grupe, a ne samo na

²² Tačka 52. Preambule Direktive o kolektivnoj zaštiti i član 10. Direktive o kolektivnoj zaštiti.

²³ Za analizu prednosti i mana finansiranja od strane trećih lica vidjeti i De Mot, Faure & Visscher (2016)

pojedince. (Djinović & Vlahek, 2019) Dodatno se ne treba zanemariti niti činjenica da može doći i do sukoba interesa sa advokatom kojeg u pravilu angažira i plaća finansijer. (Djinović & Vlahek, 2019) Do ovog sukoba će najčešće doći kada je finansijer zainteresiran za rano postizanje dogovora o nagodbi, a kako bi što brže izvršio povrat svoje investicije uz što manje troškova, što može biti suprotno stavu tužilaca koji žele da se postupak nastavi jer vjeruju da će ostvariti povoljniji ishod na taj način. Ako je advokat angažiran ili plaćen direktno od finansijera, postoji rizik da bi advokat savjetovao klijenta, odnosno tužioce, da sklope nagodbu koja možda objektivno nije u njihovom najboljem interesu. Druga potencijalno problematična situacija može nastati u toku dokaznog postupka ako advokati žele izvesti dokaze za koje smatraju da su u interesu tužilaca, ali kojima se finansijer protivi isključivo zbog troškova izvođenja takvih dokaza. (Djinović & Vlahek, 2019) U suštini, generalno je pitanje koje su systemske zaštite na snazi koje će spriječiti neetičko korištenje TPLF ili podsticanje sporova, koji mogu rezultirati zloupotrebom na način da su usmjereni na prinudno zaključenje nagodbe u zamjenu za odustajanje od uznemiravajućih zahtjeva? A to će i u ovim slučajevima biti moguće jer izgledi za uspjeh u sporu nisu proporcionalni pravnoj osnovanosti tužbenog zahtjeva onda kada optuženi ima druge motive za rješavanja slučaja poput straha od narušavanja profesionalnog ugleda. (Djinović & Vlahek, 2019)

Posebno je važno za pravne sisteme ne gubiti dalje vrijeme, jer su poduzetnici aktivni i već su otkrili potražnju na tržištu. (Coffee, 2018)²⁴ Osim toga, sigurno će nastaviti testirati granice do kojih mogu djelovati, jer je poslovanje na globalnom nivou moguće i finansijeri su privukli međunarodnu potražnju za svojim uslugama (Coffee, 2018), a istovremeno to znači i potencijalnu opasnost angažiranja i američkih advokata, koji su eksperti za klasne tužbe, te bi imali novi prostor za djelovanje u Evropi. (Staudenmeyer, 2009)²⁵ Coffee (2018) ističe da čak i u nedostatku povoljnog zakonodavstva, ako lokalna kultura podržava poduzetnike, sporovi uz njihovo učešće se mogu razvijati unatoč značajnim pravnim preprekama,²⁶ odnosno ako prilagodimo trenutnom stanju u evropskim državama, unatoč prilično nedovoljnoj reguliranosti.

²⁴ Tako i: Hensler (2021) Foreword: The Global Expansion of Class Actions: Power, Politics and Procedural Evolution. U: Fitzpatrick, B./ Thomas, R. (ur.), *The Cambridge Handbook of Class Actions: An International Survey* (Cambridge Law Handbooks). Cambridge: Cambridge University Press, Xvii–Xxxiii.

²⁵ Tako i: Calabresi (2012) Class actions in the US Experience: the legal perspective.

²⁶ Vidjeti i: Tzankova & Kramer (2021), From Injunction and Settlement to Action: Collective Redress and Funding in the Netherlands.

Obzirom na digitalno okruženje u kojem živimo, poseban razvoj doživljavaju finansijeri poduzetnici koji za svoj rad koriste online platforme, a što im omogućava da dođu do svakog oštećenog na svijetu, pod jedinim uslovom da ima internet konekciju. Ipak unatoč tome, Direktiva o kolektivnoj zaštiti ih uopšte ne uzima u obzir kao posebnu kategoriju, što joj je dodatni nedostatak. (Biard & Kramer, 2019) Posljedično i ova kategorija ostaje na raspolaganju državama članicama da ih urede. Pored pravne neujednačenosti, koja iz navedenog može proizaći i koja ne mora biti nužno negativna, činjenica nereguliranosti i u ovom segmentu može značiti i prostor za zloupotrebe.

Imajući u vidu sva otvorena pitanja potrebno je urediti način funkcioniranja TPLF, a kako bi se spriječile zloupotrebe kakve se dešavaju u američkom sistemu kolektivne zaštite. Čini se da su u ovom trenutku jedini „čuvari“ sami pružatelji usluga finansiranja, (Djinović & Vlahek, 2019) zbog čega može biti upitna njihova objektivnost, pa je ovo i signal državama članicama da nakon izuzetno angažirane borbe protiv pravnčkog poduzetništva ne dopuste djelovanje mehanizma finansiranja koji se drugačije zove, a potencijalno nosi dosta sličnih mana zbog nereguliranosti.²⁷ Temeljna razlika između finansiranja postupaka od strane advokata i TPLF mehanizma je porijeklo novčanih sredstava, a motiv je jednak i u suštini je zarada, jer ni finansijeri ne rade posao *pro bono*. U suštini ulaganje u finansiranje parnica je za investitore povoljno za njihovo bolje pozicioniranje na tržištu i zbog toga im je u interesu. Tako Tzankova & Kramer (2021) ističu:

„Ulaganje u TPLF od strane institucionalnih ulagača nije atraktivno samo zbog visokog povrata ulaganja, već i zato što doprinosi diverzifikaciji portfolija ulaganja na jedinstven način. Sudski sporovi su klasa imovine čiji učinak nije u korelaciji sa aktivnostima na međunarodnim finansijskim tržištima. Iz tog razloga, investicije u TPLF su dobar dodatak investicionom portfoliju sa aspekta upravljanja rizikom. Institucionalni investitori i njihovi menadžeri rizika i ulaganja su to prepoznali.“ (str. 109)

Interes finansijera je, naravno, i ostvarivanje direktnog profita u slučaju uspjeha u sporu. Međutim, nije jasno kako će ostvarivanje zarade ostati kompatibilno sa idejom evropskog zakonodavca da se ne može naplatiti veći iznos nego

²⁷ Djinović & Vlahek (2019) daju listu preporuka evropskom zakonodavcu za buduće djelovanje, a koje bi posljedično bile primjenjive i u državama članicama. Radi se o mjerama koje su podijeljene u tri kategorije, i to: (i) detaljna uporednopravna analiza TPLF, kako bi se utvrdile sve karakteristike, definirali pojmovi, te identificirali rizici; (ii) donošenje odluke o adekvatnoj regulatornoj formi; (iii) očuvanje standarda koji će garantirati zaštitu od zloupotreba.

što iznosi stvarno nastala šteta, osim kroz zaključenje nagodbi. Odnosno, ako su nagodbe jedini put, da li će omogućavanje finansiranja postupaka kolektivne zaštite od strane trećih lica značiti podsticaj razrješenju postupaka putem nagodbi? I konačno, kako će ovakav način finansiranja utjecati na željeno izbjegavanje neetičkog bogaćenja pojedinaca na račun brojnih oštećenih, a na što se nadovezuju i pitanja gdje je granica između etičkog i neetičkog ostvarivanja profita, kao i da li je taj iznos potrebno brojčano odrediti, ali i da li on može biti isti u svakom društvenom sistemu?

Pored niza naprijed navedenih, još jedno pitanje koje će moći biti odgovoreno tek kroz praksu ili dodatno uređivanje oblasti jeste kako će sud postupati ako utvrdi da su advokati vlasnici investitora koji finansiraju postupak kolektivne zaštite, kao i da će ti isti advokati biti involvirani u sam postupak. Sud će biti dužan provjeriti vlasničku strukturu finansijera i nije jasno kako bi postupio u tom slučaju u kojem advokati, koje se toliko željelo izbjeći u procesu kolektivne zaštite, ipak pronađu način da vode postupak i ostvare zaradu, samo pod drugim imenom. Ako bi sud u tom slučaju odlučio da ne dopusti takvo finansiranje, postavlja se dodatno pitanje kako to utječe na ostvarivanje prava na pristup sudu, kao i dostizanje generalne ideje ostvarivanja pravde. Obzirom na sva navedena pitanja, čija lista nije iscrpnog karaktera, trenutno je teško procijeniti koji će biti odgovarajući ili optimalan obim i priroda potencijalne regulacije TPLF, ali će ih sigurno biti neophodno adresirati prilikom razmatranja daljeg razvoja kolektivnih pravnih sredstava. (Tzankova & Kramer, 2021)

4. Zaključna razmatranja

Jedna od osnovnih prepreka za pristup sudu, jedan od razloga racionalne apatije i nevoljkosti da se sudskim putem traži zaštita, a time posljedično i jedna od glavnih prepreka za ostvarenje generalne ideje pravde i pravičnosti, jeste nedostatak novca. Vrijednost pojedinačnih zahtjeva u postupcima kolektivne zaštite je u pravilu niska, a pristup sudu novčano i vremenski vrlo zahtjevan. Stranke se suočavaju sa sudskim taksama i drugim troškovima, isplatama, taksama za pravno zastupanje i troškovima svjedoka i vještaka, a često dodatno i internim poslovnim troškovima, oportunitetnim, te psihološkim troškovima. Ako bi kolektivna zaštita trebala biti odgovor na ovu prepreku, prioritet je da pitanje finansiranja bude jasno riješeno. Države članice moraju osigurati postojanje izvora finansiranja za provođenje postupaka kolektivne zaštite. U suprotnom se teško može očekivati značajniji uspjeh u primjeni Direktive o kolektivnoj zaštiti. U prilog navedenom govori činjenica da unatoč tome što su propisi, koji predviđaju kolektivnu zaštitu, dio pozi-

tivnih prava pojedinih država, oni se ipak ne primjenjuju. Jedan od razloga tome je upravo nedostatak sredstava za finansiranje postupka.

Međutim, iako Direktiva donosi rješenja koja su daleko od idealnih, ona ipak predstavlja zajedničku bazu koju svaka država članica za sebe može dalje razvijati i nadograđivati, a posebno imajući u vidu da se radi o aktu minimalne harmonizacije što otvara mogućnost svakom nacionalnom pravnom sistemu da uvede povoljnija pravna pravila. Zbog svega toga je od iznimne važnosti da države članice planski pristupe transpoziciji i implementaciji Direktive o kolektivnoj zaštiti jer se radi o dokumentu koji neće napraviti značajne rezultate ako nacionalni pravni sistemi ne budu imali sluha za njegov potencijal. Istovremeno neophodna je svijest o potencijalnim izazovima koje u sadašnjoj formi ovaj pravni akt sa sobom nosi, a kako ne bi pod znak pitanja bio stavljen cjelokupni uspjeh primjene kolektivne zaštite, a samim tim i ostvarivanje načela efektivnosti prava Evropske unije koje je jedno od smjernica djelovanja.

Bibliografija

- Biard, A., Hoevenaars, J., Kramer, X. E. & Themeli, E. (2021). *The Future of Access to Justice Beyond Science Fiction: New Pathways to Civil Justice*, Springer.
- Biard, A. & Kramer, X. (2019). The EU directive on representative actions for consumers: a milestone or another missed opportunity? *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 249-259.
- Calabresi, G. (2012). Class actions in the US Experience: the legal perspective. *The Law and Economics of Class Actions in Europe*. Edward Elgar Publishing, 10-26.
- Coffee, J. C. (2018). The globalization of entrepreneurial litigation: law, culture, and incentives. *Research Handbook on Representative Shareholder Litigation*. Edward Elgar Publishing, 1896-1925.
- Coffee, J. C. (2015). *Entrepreneurial Litigation: Its Rise, Fall, and Future*. Harvard University Press.
- Coffee, J. C. (1986). Understanding the plaintiff's attorney: The implications of economic theory for private enforcement of law through class and derivative actions. *Columbia Law Review*, 86, 669-727.
- Dabović Anastasovska, J. & Lončar Velkova, M. (2018). Collective redress in consumer protection in Macedonia. U: V. Efremova

(ured.). *Collective Redress Mechanisms in Consumer Protection in the European Union and South East Europe: comparative study*, Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ), u saradnji sa CONWEB, SEELS, British Institute of International and Comparative Law, 239-294.

De Mot, J., Faure, M. & Visscher, L. (2016). TPF and its alternatives: An economic appraisal. *Litigation, Costs, Funding and Behaviour*. Routledge, 31-54.

Djinović, M. & Vlahek, A. (2019). *Uncharted Waters – An Analysis of Third Party Litigation Funding in European Collective Redress*. U.S. Chamber Institute for Legal Reform.

Efremova, V. (2018). Collective redress in consumer protection in South East Europe. U: V. Efremova (ured.). *Collective Redress Mechanisms in Consumer Protection in the European Union and South East Europe: comparative study*, Gesellschaft für

Internationale Zusammenarbeit (GIZ), u saradnji sa CONWEB, SEELS, British Institute of International and Comparative Law, 379-428.

Hensler, D. R. (2009). The globalization of class actions: An overview. *The annals of the American academy of political and social science*, 622 (1), 7-29.

Hodges, C. (2001). Multi-party actions: A European approach. *Duke Journal of Comparative & International Law*, no. 11, 321-354.

Hodges, C. (2008). *The reform of class and representative actions in European legal systems: A new framework for collective redress in Europe*. Bloomsbury Publishing.

Issacharoff, S. & Miller, G. P. (2009). “Will aggregate litigation come to Europe”, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 62., 179-210.

Jovanović, Z. & Vukadinović, R. (2018). Collective redress in consumer protection in Serbia. U: V. Efremova (ured.). *Collective Redress Mechanisms in Consumer Protection in the European Union and South East Europe: comparative study*, Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ), u saradnji sa CONWEB, SEELS, British Institute of International and Comparative Law, 339-377.

Kola Tafaj, F. & Teliti, E. (2018). Collective redress in consumer protection in Albania. U: V. Efremova (ured.). *Collective Redress Mechanisms in Consumer Protection in the European Union and South East Europe: comparative study*, Gesellschaft für Internationale Zusam-

menarbeit (GIZ), u saradnji sa CONWEB, SEELS, British Institute of International and Comparative Law, 90-138.

Misita, N. (2019). *Evropska unija – zaštita potrošača*. Sarajevo: Revicon.

Mucha, J. (2019). Heading towards an Effective Mechanism for the Protection of Collective Interests of Consumers - Some Comments on the Proposal for a Directive on Representative Actions. *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, 20, 205-230.

Nagy, C. I. (2020). The Reception of Collective Actions in Europe: Reconstructing the Mental Process of a Legal Transplantation. *Journal of Dispute Resolution*, 2, 413-444.

Paris, S. O. (2015). Private Antitrust Enforcement: A New Era for Collective Redress. *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, 12, 11-32.

Poretti, P. (2019). Collective Redress in the European Union – Current Issues and Future Outlook. *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series*, 3, 339-362.

Povlakić, M. & Meškić, Z. (2018). Collective redress in consumer protection in Bosnia and Herzegovina. U: V. Efremova (ured.). *Collective Redress Mechanisms in Consumer Protection in the European Union and South East Europe: comparative study*, Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ), u saradnji sa CONWEB, SEELS, British Institute of International and Comparative Law, 139-211.

Savković, V. & Dožić, V. (2018). Collective redress in consumer protection in Montenegro. U: V. Efremova (ured.). *Collective Redress Mechanisms in Consumer Protection in the European Union and South East Europe: comparative study*, Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ), u saradnji sa CONWEB, SEELS, British Institute of International and Comparative Law, 295-338.

Selimi, E. (2018). Collective redress in consumer protection in Kosovo. U: V. Efremova (ured.). *Collective Redress Mechanisms in Consumer Protection in the European Union and South East Europe: comparative study*, Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ), u saradnji sa CONWEB, SEELS, British Institute of International and Comparative Law, 213-237.

Stadler, A. (2013). Die Vorschläge der Europäischen Kommission zum kollektiven Rechtsschutz in Europa – der Abschied von einem kohärenten europäischen Lösungsansatz?. *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, 10(5), 281-292.

- Stadler, A. (2016). Funding of mass claims in Germany: Caught between a rock and a hard place?. *Litigation, Costs, Funding and Behaviour*, Routledge, 217-237.
- Staudenmeyer, D. (2009). Überlegungen der Europäischen Kommission zur kollektiven Rechtsdurchsetzung“. U: M. Casper, A. Jansen, P. Pohlmann & R. Schulze (priređili) *Auf dem Weg zu einer Europäischen Sammelklage?* (87-95), Sellier. European Law Publishers.
- Tzankova, I. (2012). Funding of mass disputes: Lessons from the Netherlands. *Journal of Law, Economics & Policy*, 8(3), 549-592.
- Tzankova, I. N. & Kramer, X. E. (2021). From Injunction and Settlement to Action: Collective Redress and Funding in the Netherlands. U: *Class Actions in Europe*, (97-130) Springer.
- Van Boom, W. H. (2016). Litigation costs and third-party funding.“ U: *Litigation, Costs, Funding and Behaviour* (5-30), Routledge.
- Van den Bergh, R. (2007). Should consumer protection law be publicly enforced? an economic perspective on EC regulation 2006/2004 and its implementation in the consumer protection laws of the member states. *Collective enforcement of consumer law: Securing compliance in Europe through private group action and public authority intervention*, 177-203.
- Visscher, L. & Faure, M. (2021). A Law and Economics Perspective on the EU Directive on Representative Actions. *Journal of Consumer Policy*, 1-28.
- Voet, S. (2017). ‘Where the Wild Things Are’. Reflections on the State and Future of European Collective Redress.“ *Waves in Contract and Liability Law in Three Decades of Ius Commune*; vol. 158, Intersentia, 105-140,
- Voet, S. (2015). The crux of the matter: funding and financing collective redress mechanisms. *EU Civil Justice: Current Issues and Future Outlook*, series *Swedish Studies in European Law*, Hart Publishing, 1-18.

Selma Mezetović Međić, PhD, MJur (Oxon)

Assistant professor
University of Sarajevo
Faculty of Law
s.mezetovic@pfsa.unsa.ba

FINANCING COLLECTIVE REDRESS MECHANISMS

Summary

The idea of collective protection of rights is to enable subjects whose rights have been violated to exercise their rights with maximum savings of time and money, and who otherwise give up the protection to which they are entitled, because procedures are too expensive, take too much time, because they do not know the law, and are distrustful. Collective protection proceedings should also be beneficial to the judiciary as they would enable one proceeding, albeit extensive, instead of as many individual proceedings as there are injured persons. Through the unification of procedures, it should be ensured that not a single right remains unprotected, and especially that it is not due to the disproportionality of the costs of the procedure and the potential compensation for the damage caused, as a result of which the injured parties usually give up even trying to exercise their rights. In order for collective protection to really work in practice, it is necessary to remove financial obstacles in exercising rights for individuals, and therefore it is necessary to clearly regulate the financing of such a procedure. The subject of this paper is precisely regulation of the financing of collective redress procedures according to Directive (EU) 2020/1828 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2020 on representative actions for the protection of the collective interests of consumers and repealing Directive 2009/22/EC, as well as financing of collective redress procedures by third parties. The idea of the analysis is to emphasize that without an adequate funding mechanism, it is not realistic to expect the collective protection of rights to succeed in practice.

Keywords: *rational apathy, Directive 2020/1828, collective redress, third party litigation funding, class actions, financing of collective redress procedures*

Dr. sc. Vesna Lazić

Sekretar

Univerzitet u Sarajevu

Pravni fakultet

v.lazic@pfsa.unsa.ba

UDK 347.447.84:368.212

Pregledni naučni rad

Dr. sc. Davor Martinović

Advokat i član VSTV-a

davor.martinovic@martinovic-partneri.ba

REGRESNI ZAHTJEVI PREMA ZAŠTITNOM FONDU: SPORNA PRIMJENA ZAKONA

Sažetak

Predmet ovoga rada je pregled zakonskog uređenja i sudske prakse u pogledu subrogacije regresne obveze i regresnog potraživanja pravnih osoba koje obavljaju poslove zdravstvenog, mirovinskog ili invalidskog osiguranja i drugih pravnih i fizičkih osoba koje su na bilo koji način neposredno oštećenoj osobi nadoknadile štetu ili dio štete. U radu se polazi od stajališta da prednje navedene pravne osobe imaju pravo na povrat isplaćenog iznosa u parničnom postupku pred sudom shodno propisima koji su bili na snazi u trenutku kada je isplaćeno potraživanje. U našem pravu pod pojmom zakonske subrogacije podrazumijeva se da kad obavezu ispuni lice koje ima neki pravni interes u tome, na njega prelazi, po samom zakonu, u času ispunjenja, povjeriočevu potraživanje sa svim sporednim stvarima. Nadalje, autori polaze od stajališta da je u sudskom postupku pokrenutom radi regresne isplate nužno da sud utvrdi u kojem trenutku je prešlo potraživanje, jer od toga zavisi i ostvarivanje regresnog prava.

Ključne riječi: regresni zahtjevi, zaštitni fond, zakonska subrogacija, primjena zakona

Uvod

Osiguranje od autoodgovornosti za štete uzrokovane upotrebom motornih vozila je jedan od najboljih načina zaštite prava i interesa trećih oštećenih lica. Da bi se za zaštita mogla ostvariti u potpunosti, potrebno je da vlasnici motornih vozila zaključe ugovor o osiguranju u tom smislu, što je njihova zakonska obaveza. Ukoliko vlasnici motornih vozila ne postupe po svojoj zakonskoj obavezi, a to nerijetko čine, zaštita trećih oštećenih lica će izostati. Stoga, države su bili prinuđene uspostaviti mehanizam koji će obezbjediti zaštitu trećih oštećenih lica u situacijama u kojima im ta zaštita ne bi pripadala, a isti se ogleđa u uspostavljanju institucije zaštitnog, odnosno garancijskog fonda. Osnovne funkcije garancijskog fonda u svakoj državi se ogledaju u zaštiti oštećenih lica u slučaju kada štetu prouzrokuju vozila koja nisu osigurana, vozila koja ostanu nepoznata ili vozila koja su osigurana kod društva za osiguranje nad kojim je pokrenut postupak likvidacije ili stečaja.

Nadležnosti Zaštitnog fonda¹ na teritoriji Bosne i Hercegovine odnose se na naknadu štete trećim oštećenim licima u sljedećim slučajevima:

- a) ako je štetu prouzrokovalo nepoznato vozilo (pri čemu se nadoknađuje samo nematerijalna šteta),
- b) ako je štetu prouzrokovalo vozilo čiji vlasnik nije zaključio ugovor o osiguranju od automobilske odgovornosti,
- c) ako nije zaključen ugovor o osiguranju putnika u javnom prijevozu od posljedica nesretnog slučaja (osim putnika u zračnom prometu),
- d) u slučaju da štete iz ugovora o osiguranju putnika u javnom prijevozu i osiguranju od automobilske odgovornosti nisu mogle biti nadoknađene iz stečajne mase² društva za osiguranje.

Kada pravne i fizičke osobe direktno oštećenoj trećoj osobi nadoknade štetu u cijelosti ili djelimično, a štetu je bio dužan naknaditi Zaštitni fond, imaju pravo na povrat isplaćenog iznosa, odnosno imaju regresno pravo prema Zaštitnom fondu. Vrijedi i *vice versa*, odnosno Zaštitni fond će preuzeti sva prava treće oštećene osobe prema prednje navedenim pravnim osobama do

¹ Član 66. Zakona o obaveznim osiguranjima u saobraćaju ("Službene novine FBiH" br. 57/20; u daljem tekstu: ZOOS FBiH)/ Član 51. Zakona o obaveznim osiguranjima u saobraćaju („Službeni glasnik Republike Srpske“, broj: 82/15 od 17.9.2015. godine i 78/20 od 22.7.2020. godine; u daljem tekstu: ZOOS RS).

² ZOOS RS se razlikuje od ZOOS FBiH u ovom slučaju što predviđa pored stečajne mase i situaciju da šteta nije mogla biti nadoknađena niti iz likvidacione mase društva za osiguranje.

iznosa koji je isplaćen oštećenoj osobi. S obzirom da regresno pravo nije izričito bilo priznato ranijim propisima iz ove oblasti, a da je broj slučajeva u praksi koje tretiraju ovo pitanje u porastu, autori smatraju da se radi o vrlo interesantnom pitanju koje zaslužuje ozbiljan pristup, osvrt i analizu u cilju ujednačavanja sudske prakse i sprečavanja nejednakog postupanja.

I Pravni okvir

Odredbama ranijeg zakona iz ove oblasti na teritoriji Federacije Bosne i Hercegovine (dalje: FBiH), tj. Zakona o osiguranju od odgovornosti za motorna vozila i ostale odredbe o obveznom osiguranju od odgovornosti FBiH (u daljem tekstu: Zakon o osiguranju od autoodgovornosti FBiH)³ bilo je propisano da Zaštitni fond neće biti odgovoran za refundiranje bilo kojem socijalnom ili privatnom osiguravatelju za bilo koje iznose koje je taj osiguravatelj obvezan platiti oštećenoj strani. S druge strane, zakon je određivao da će Zaštitni fond preuzeti prava oštećene strane prema socijalnom ili privatnom osiguravatelju do iznosa kog je Zaštitni fond platio oštećenoj strani.⁴ Zakon o osiguranju od autoodgovornosti FBiH koji nije izričito predviđao regresno pravo Zaštitnom fondu, je prestao da važi⁵ stupanjem na snagu ZOOS FBiH⁶.

Za razliku od zakona koji je ranije bio na snazi, ZOOS FBiH izričito propisuje da pravne i fizičke osobe, koje su na bilo koji način neposredno nadoknadile štetu ili dio štete oštećenoj osobi imaju pravo isticati regresne zahtjeve prema Zaštitnom fondu. Pravne osobe koje mogu nadoknaditi štetu ili dio štete oštećenoj osobi su one koje obavljaju poslove zdravstvenog, mirovinskog i invalidskog osiguranja. Da bi se ostvarilo regresno pravo, potrebno je da se ispuni nekoliko uslova:

- a) da su pravne osobe nadoknadile štetu ili dio štete oštećenoj osobi, koju je bio dužan nadoknaditi Zaštitni fond,
- b) da je šteta ili dio štete nadoknađen neposredno (direktno) oštećenoj osobi.

S druge strane, ukoliko je Zaštitni fond isplatio oštećenoj osobi naknadu štete, a koju su bile dužne isplatiti pravne osobe koje obavljaju poslove zdravstvenog, mirovinskog i invalidskog osiguranja ili neke druge pravne ili fizičke

³ „Službene novine FBiH“ br. 24/05

⁴ Član 16. stav 5. Zakon o osiguranju od autoodgovornosti FBiH

⁵ Član 80. Zakona o obveznim osiguranjima u saobraćaju FBiH

⁶ Stupio na snagu 27.8.2020. godine

osobe, on preuzima prava oštećene osobe do iznosa koji je isplaćen.⁷ Međutim obim regresnog prava Zaštitnog fonda nije uvijek isti. On se razlikuje u zavisnosti od toga da li se radi o šteti koja je prouzrokovana neosiguranim ili onoj koja je prouzrokovana nepoznatim vozilom. Jasno je da u slučaju da je štetu prouzrokovao vozač, čije vozilo nije bilo osigurano, Zaštitni fond ima pravo na naknadu štete, koju je isplatio oštećenoj trećoj strani, od takvog vozača. Međutim, regresna naknada štete koju Zaštitni fond može potraživati od vozača nije neograničena, već limitirana na 12 prosječnih neto plaća isplaćenih na teritoriji FBiH ili RS, prema posljednjim podacima na dan isplate. Ukoliko je štetu prouzrokovalo nepoznato vozilo, koju je trećoj oštećenoj osobi nadoknadio Zaštitni fond, a naknadno se pronade vozilo i odgovorna osoba⁸, te se utvrdi koje je odgovorno društvo za osiguranje, Zaštitni fond ima regresno pravo naknade isplaćenog iznosa štete i opravdanih troškova od odgovornog društva za osiguranje na dan isplate štete.⁹ Postavlja se pitanje koji su to opravdani troškovi? Da li su to troškovi nastali u vansudskom ili sudskom postupku, troškovi sudske takse ili troškovi punomoćnika/advokata, ostaje sudskoj praksi da procijeni.

Na teritoriji Republike Srpske (dalje: RS) vrijedio je Zakon o osiguranju od odgovornosti za motorna vozila i ostalim obaveznim osiguranjima od odgovornosti¹⁰. Shodno odredbama tog zakona, Zaštitni fond RS nije bio odgovoran za refundiranje osiguravaču obaveznog i privatnog zdravstvenog, invalidskog i penzijskog osiguranja za bilo koje iznose koje je taj osiguravač obavezan platiti oštećenoj strani. Kao i u FBiH, Zaštitni fond RS je preuzimao prava oštećene strane prema osiguravaču obaveznog i privatnog zdravstvenog, invalidskog i penzijskog osiguranja do iznosa koji je Zaštitni fond RS platio oštećenoj strani. Zakon o osiguranju od odgovornosti za motorna vozila i ostalim obaveznim osiguranjima od odgovornosti koji nije priznavao regresno pravo Zaštitnom fondu, je prestao da važi stupanjem na snagu Zakona o obaveznim osiguranjima u saobraćaju RS (u daljem tekstu: ZOOS RS)¹¹.

Za razliku od situacije u FBiH, u RS se situacija nije mnogo izmijenila stupanjem na snagu novog ZOOS RS. Naime, prema odredbama ovog zakona, ne postoji mogućnost isticanja regresnih zahtjeva prema Zaštitnom fondu RS od strane pravnih osoba koje obavljaju poslove zdravstvenog, penzij-

⁷ Član 69. stav 1. i 2. ZOOS FBiH

⁸ Nadležno ministarstvo unutrašnjih poslova o tome obavještava Zaštitni fond.

⁹ Član 69. stav 3. i 4. ZOOS FBiH

¹⁰ „Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 17/05, 64/06 i 12/09

¹¹ „Službeni glasnik Republike Srpske“, broj: 82/15 od 17.9.2015. godine i 78/20 od 22.7.2020. godine/ član 72. ZOOS RS

skog invalidskog osiguranja, kao i drugih pravnih i fizičkih osoba koje su na bilo koji način direktno trećem oštećenom licu nadoknadile štetu. Ukoliko je takvu štetu isplatio Zaštitni fond trećem oštećenom licu, on preuzima prava oštećene osobe prema prethodno navedenim osobama do iznosa koji je isplaćen.¹² Jednako kao i FBiH, ukoliko je šteta prouzrokovana neosiguranim motornim vozilom, Zaštitni fond ima pravo na naknadu štete od lica koje je odgovorno za štetu, koja naknada je ograničena do 12 prosječnih neto plaća u RS. Također, ukoliko je nepoznato vozilo prouzrokovalo štetu, a naknadno se identifikuje vozilo, odgovorno lice i društvo za osiguranje, Zaštitni fond ima pravo na naknadu štete od odgovornog društva za osiguranje i to do isplaćenog iznosa i opravdanih troškova. Napomene koje su navedene u kontekstu opravdanih troškova u FBiH, vrijede i na ovom mjestu.¹³

II Subrogacija u odnosu na regresne zahtjeve prema Zaštitnom fondu: sporna primjena zakona

Uopće o subrogaciji

Ranije rimsko pravo nije poznavalo pojam subrogacije (lat. *subrogo* – predložiti koga umjesto drugog) iz razloga što se obveza smatrala prvo osobnim odnosom između vjerovnika i dužnika koji je neraskidiv, a potom njihovim pravnim odnosom (Zimmerman, 1996., str. 58.). Nije postojala individualna ili singularna sukcesija, dok univerzljana jeste. Vremenom je dolazilo do ustupanja pojedinačnih obveza koja su se obavljala posrednim, a ne neposrednim putem (Romac, 1992., str. 251).

Kanonsko pravo, u okviru nasljednog prava je poznavalo ovaj pojam u okviru sukcesije umrlog, podrazumijevajući pod njim pravni položaj osobe sukcesora u pogledu prava osobe čije je mjesto zauzela. (Matijević, 2019, str. 9-10). U ranom i klasičnom periodu rimskog prava, novacija¹⁴ je korištena umjesto cesije, a ogledala se u tome da je vjerovnik ovlašćivao dužnika da se obveže novom vjeroniku na ispunjenje obaveze koju njemu duguje, pri čemu ista ima dejstvo prestanka obveze prema njemu (Puljko, 1980., str. 245). Kasnije rimsko pravo poznavalo je pojam subrogacije u kontekstu *ex lege* prijelaza

¹² Član 54. stav 1. i 2. ZOOS RS

¹³ Član 54. stav 3. i 4. ZOOS RS

¹⁴ *Lat. novatio*

prava u obliku koncesije *actio utilis*¹⁵. Justinijanov *Corpus Iuris Civilis* je iznjedrilo praktični učinak cesije, ali u teoriji ovaj institut još uvijek nije postojao (Romac, op. cit., str. 252).

Pojam subrogacije, onako kako ga se danas razumijeva, oblikovala je konačno francuska pravna teorija (citirano prema Matijević, 2019, str. 10)¹⁶, nakon čega se proširivao i na druge države evropskog kontinentalnog sistema. Generalno, subrogacija se može definisati kao zamjena jednog elementa građansko-pravnog odnosa drugim gdje ne dolazi do promjene identiteta odnosa (Krlježa, M., 2007.) Subrogacija je prijelaz vjerovnikovog potraživanja na osobu ispunioca koji je obvezu ispunio umjesto dužnika (Klarić, P., Vedriš, M., 2008., str. 448.). U pravnoj teoriji postoje različita stajališta u pogledu toga da li je subrogacija jedan od načina ispunjenja obveze ili se radi o načinu prijenosa potraživanja. Subrogacija podrazumijeva situaciju da se jedna osoba u pravnom odnosu zamijeni drugom, a u pravu osiguranja subrogacija podrazumijeva pravo osiguravača da isplazom naknade štete preuzima prava i obaveze osiguranika u kontekstu isplaćene štete ili regresno pravo isplaćenog iznosa od štetnika (Greenblatt, J. A., 1997., str. 1338.).

Zakon o obligacionim odnosima (u daljem tekstu: ZOO)¹⁷ uređuje subrogaciju u glavi IV pod naslovom Prestanak obaveza, odjeljak 2. pod naslovom Ispunjenje, Odsjek 1. Opšta pravila o ispunjenju, dio II. pod naslovom Ispunjenje sa subrogacijom. Iako je subrogacija u ZOO smještena u dio koji reguliše prestanak obaveza, ipak odredba člana 299. ZOO, koja uređuje ispunjenje s prelaskom prava na ispunioca, govori o tome da je subrogacija zapravo prelazak prava, a ne jedan od načina prestanka obveza.

ZOO poznaje dvije vrste subrogacije, ugovornu i zakonsku. Ugovorna subrogacija¹⁸ postoji kada ispunitelj ugovori sa povjerenikom da na njega pređe potraživanje, prije ili prilikom ispunjenja sa svim ili nekim sporednim pravima.¹⁹ Ukoliko se desi da obvezu ispunji lice koje ima neki pravni interes za to,

¹⁵ Pod *actiones utilis* podrazumijevale su se tužbe kojima je pretor proširivao već poznate tužbe i na druge slučajeve za koje nisu bile predviđene. Vidi više kod: Horvat M. (1974.).

¹⁶ Dumoulin, Renusson, Merlin i Pothier

¹⁷ ("Sl. list SFRJ", br. 29/1978, 39/1985, 45/1989 - odluka USJ i 57/1989, "Sl. list RBiH", br. 2/1992, 13/1993 i 13/1994 i "Sl. novine FBiH", br. 29/2003 i 42/2011)

¹⁸ Dobrovoljna cesija ili lat. *cessio voluntaria*

¹⁹ Član 299. ZOO. Vidi više kod Bikić, A. (2013.), str. 373.

na njega *ex lege* prelazi potraživanje povjerioca sa svim sporednim pravima i tada govorimo o zakonskoj subrogaciji.²⁰

Zakonska i ugovorna subrogacija imaju svoje sličnosti i razlike. Sličnosti se ogledaju u tome da ispunilac stupa u obligacioni odnos u trenutku ispunjenja obveze, zatim nije potrebna saglasnost vjerovnika za ispunjenje obveze i na kraju treće lice, a ne dužnik ispunjava obvezu prema povjeriocu. Imajući u vidu da se i kod jedne i kod druge vrste subrogacije radi o prijenosu potraživanja sa vjerovnika na ispunitelja naziva se personalnom subrogacijom, odnosno subrogacijom osoba (Nižić-Peroš, J., 2021, str. 3.). Ove dvije vrste subrogacije se razlikuju u pogledu osnova, pravnog interesa i sporednih prava. Naime, kao što im i samo ime govori, osnov ugovorne subrogacije je ugovor, dok zakonska subrogacija nastaje na temelju samog zakona. Da bi nastupila zakonska subrogacija potrebno je da obvezu ispuni lice koje ima neki pravni interes za to (npr. jamac, nalogodavac, protivnik pobijanja), dok kod ugovorne subrogacije to može biti i lice koje nema pravni interes za ispunjenje obveze. Konačno, kod ugovorne subrogacije prenose se samo ona sporedna prava koja su ugovorena, dok zakonsku subrogaciju prati prijenos svih sporednih prava u trenutku ispunjenja obveze (Bikić, A., 2013., str. 377.)

Sporna primjena zakona u odnosu na regresne zahtjeve prema Zaštitnom fondu

Stupanjem na snagu novog ZOOS FBiH u praksi su se pojavile određene dileme prilikom rješavanja regresnih zahtjeva prema Zaštitnom fondu FBiH. Kako je i prethodno navedeno, za razliku od ranijeg zakona, novi ZOOS FBiH izričito predviđa regresno pravo pravnim osobama koje obavljaju poslove zdravstvenog, mirovinskog i invalidskog osiguranja, kao i svih drugih pravnih i fizičkih osoba koje su na bilo koji način neposredno oštećenoj osobi nadoknadile štetu ili njezin dio. ZOOS FBiH je stupio na snagu 27.8.2020. godine, a odredbom člana 79. je regulirano okončanje pokrenutih postupaka za naknadu štete, odnosno ukoliko postupci za naknadu štete nisu okončani u trenutku stupanja na snagu ovog zakona, isti će se okončati u skladu sa odredbama propisa koji su važili u vrijeme podnošenja zahtjeva za ostvarivanje prava za naknadu štete.

Pitanja koje se odmah može postaviti na ovom mjestu jeste da li se pod zahtjevom za ostvarivanje prava na naknadu štete misli samo na zahtjev podnesen u vansudskom postupku ili se ovaj termin proširuje i na tužbu u sudskom

²⁰ Lat. *cessio legis*, vidi član 300. ZOO. Vidi više kod Bikić, A. (2013.), str. 376.

postupku. Ako bi se ovaj termin tumačio restriktivno i onako kako odredba glasi, onda bi se on odnosio jedino i isključivo na zahtjev za naknadu štete podnesen u vansudskom postupku. Autori su stava da se zahtjev u konkretnom smislu ima tumačiti ekstenzivno i da se odnosi i na tužbu podnesenu u sudskom postupku, a ne samo na vansudski postupak. To znači da ako je podnesen zahtjev za naknadu štete prije stupanja na snagu ZOOS FBiH, a u međuvremenu je on stupio na snagu, sudski postupak bi se pokrenuo i vodio prema odredbama ranijih propisa.

Jedna od najznačajnijih dilema u praksi u odnosu na regresne zahtjeve prema Zaštitnom fondu odnosi se na pitanje koji zakon primjeniti u konkretnoj pravnoj stvari, da li je to Zakon o osiguranju od autoodgovornosti FBiH ili ZOOS FBiH a imajući u vidu prelazne i završne odredbe važećeg zakona. Naime, u praksi su zabilježeni slučajevi²¹ da Zavod zdravstvenog osiguranja određenog kantona, kao pravna osoba koja se bavi poslovima zdravstvenog osiguranja, tuži Zaštitni fond radi isplate duga koji je nastao zbog prometne nezgode koju je prouzrokovao vozač neosiguranog i/ili nepoznatog vozila. Treće oštećene osobe su se liječile u nadležnoj kantonalnoj bolnici, koje troškove je platio Zavod zdravstvenog osiguranja tog kantona. Prometne nezgode su se dogodile prije stupanja na snagu ZOOS FBiH, u toku 2019. i 2020. godine, kao i plaćanje usluga bolnici u skladu sa ispostavljenim fakturama za pružene usluge. Nakon stupanja na snagu novog ZOOS FBiH (koji izričito predviđa regresno pravo za razliku od ranijeg propisa), Zavod zdravstvenog osiguranja određenog kantona je podnio regresni zahtjev Zaštitnom fondu, a nakon odbijanja Zaštitnog fonda da zahtjev isplati, podnio je tužbu protiv njega. Pitanje koje je sporno u ovim predmetima (a biće sporno i u budućnosti jer dosadašnja praksa nije jedinstvena) jeste koji se zakon primjenjuje u ovom slučaju, od čega zavisi i sudbina tužbenog zahtjeva.

Osim što je sudska praksa u ovom smislu relativno oskudna, ona nije niti ujednačena. U jednom slučaju²² sud je pozivom na odredbu člana

²¹ Za potrebe ovog rada autori su analizirali recentu sudsku praksu; Vidi: Presuda Općinskog suda u Ljubuškom br. 63 0 Mal 042562 21 Mal od 11.2.2022. godine, Presuda Općinskog suda u Sarajevu br. 65 0 Ps 898560 21 Ps od 25.2.2022. godine, Presuda Kantonalnog suda u Sarajevu br. 65 0 Mals 533100 21 Pž od 20.4.2022. godine. Analizirane su i prvostepene sudske odluke iz razloga jer ne postoji bogata sudska praksa (ZOOS FBiH je mlad zakon), a u cilju razjašnjenja predmeta rada.

²² Presuda Općinskog suda u Ljubuškom br. 63 0 Mal 042562 21 Mal od 11.2.2022. godine

69.²³ u vezi sa članom 79. ZOOS FBiH²⁴ vrlo jednostavno odlučio i obvezao Zaštitni fond na isplatu regresne naknade štete. Naime, sud je utvrdio da je regresni zahtjev za naknadu štete podnesen nakon stupanja na snagu ZOOS FBiH, koji izričito predviđa regresno pravo isplaćenog iznosa naknade štete prema Zaštitnom fondu FBiH, bez analize svih drugih činjenica u postupku. Odnosno, argument presude je bio da je za donošenje presude jedino značajan datum podnošenja zahtjeva za naknadu štete, a ne datum isplate duga.

U drugom slučaju²⁵ sud je otišao korak dalje i utvrdio da je regresni zahtjev podnesen nakon stupanja na snagu ZOOS FBiH, ali da to nije odlučujuće za donošenje odluke. Nastavno na navedeno, sud zaključuje da je potrebno primjeniti onaj zakon koji je važio u vrijeme kada je Zavod zdravstvenog osiguranja isplatio predmetna potraživanja bolnici u kojoj su se liječile treće oštećene osobe kao posljedica prometne nezgode (za koju odgovara Zaštitni fond). Zašto? U trenutku kada su isplaćena potraživanja od strane Zavoda zdravstvenog osiguranja, ona su na njega prešla *ex lege* u svjetlu odredbe člana 300. ZOO, koja regulira zakonsku subrogaciju. Prema tome, osnovanost tužbenog zahtjeva, prema ocjeni ovog suda, ne zavisi samo od trenutka u kojem je podnesen regresni zahtjev za naknadu štete, nego od činjenice u kojem momentu je isplaćeno potraživanje jer se prema propisu koji je važio u tom trenutku ocjenjuje da li će Zavod zdravstvenog osiguranja moći ostvariti svoje regresno pravo. Shodno tome, tužbeni zahtjev je odbijen i Zaštitni fond nije obavezan na isplatu regresne naknade štete.

Analizirane presude su dijametralno suprotne, a autori se priklanjaju argumentaciji druge. Naime, ukoliko bi se, na prednje navedeno činjenično stanje, primjenio sada važeći zakon, to bi značilo njegovu retroaktivnu primjenu na sve zahtjeve za naknadu štete (uključujući i regresne zahtjeve za naknadu štete) koji su nastali u trenutku kada ovaj zakon nije bio na snazi. Ako bi to bio slučaj, to bi vodilo potpunoj pravnoj nesigurnosti, što nije (i ne smije biti) cilj niti jednog pravnog poretka. Osim toga, na ovom mjestu svrsishodno je spomenuti odredbu člana 13. ZOO, prema kojoj je zabranjena zloupotreba prava, odnosno zabranjeno je vršenje prava iz obveznih odnosa protivno cilju zbog kojeg je ono zakonom ustanovljeno ili priznato. Činjenica da Zavod zdravstvenog osiguranja određenog kantona nije odmah podnio regresni zahtjev za naknadu štete kad je stekao pravo, nego očigledno sačekao da se zakon promijeni, moglo bi se okarakterisati kao zloupotreba prava, što je zabranjeno.

²³ Regulira regresne zahtjeve

²⁴ Regulira okončanje pokrenutih postupaka za naknadu štete

²⁵ Presuda Općinskog suda u Sarajevu br. 65 0 Ps 898560 21 Ps od 25.2.2022. godine

Još jedna značajna dilema u praksi u odnosu na regresne zahtjeve prema Zaštitnom fondu odnosi se na pitanje pasivne legitimacije Zaštitnog fonda FBiH. Naime, u praksi postoje slučajevi čije se činjenično stanje može opisati na sljedeći način. U toku 2015. godine se dogodila prometna nezgoda u kojoj je vozač bicikla zadobio povrede, liječio se u kantonalnoj bolnici u kojoj su mu pružene sve potrebe zdravstvene usluge, a nezgodu je prouzrokovao vozač vozila bez registarskih oznaka, za koju odgovara Zaštitni fond. Kantonalna bolnica je za pružene usluge liječenja ispostavila fakturu u toku 2015. godine, koju je Zavod zdravstvenog osiguranja određenog kantona platio u oktobru 2020. godine, dakle nakon stupanja na snagu ZOOS FBiH. Sud je usvojio tužbeni zahtjev i obvezao Zaštitni fond na isplatu regresne naknade štete pozivajući se na odredbe člana 940. ZOO²⁶. Prvostepena presuda je u drugostepenom postupku preinačena i tužbeni zahtjev je odbijen u cijelosti. Naime, sud je utvrdio da, imajući u vidu datum plaćanja (19.10.2020. godine) na ime troškova liječenja oštećenog lica i činjenicu da tek danom isplate na isplatioca prelaze sva prava, na konkretni slučaj se trebao primjeniti ZOOS FBiH. Međutim, Zavod zdravstvenog osiguranja bi imao pravo da ističe regresni zahtjev prema Zaštitnom fondu samo ukoliko je trećem oštećenom licu neposredno nadoknadio štetu, što ovdje nije slučaj, jer je plaćanje izvršeno prema kantonalnoj bolnici, a ne oštećenom. Stoga, Zaštitni fond nema obvezu da isplati regresnu naknadu štete Zavod zdravstvenog osiguranja određenog kantona. S druge strane, ukoliko bi se uzela kao mjerodavna činjenica podnošenja regresnog zahtjeva za naknadu štete (prije plaćanja, odnosno prije stupanja na snagu ZOOS FBiH), to bi značilo da se u skladu sa odredbom člana 79. ZOOS FBiH imaju primjeniti odredbe ranijeg Zakona o osiguranju od od autoodgovornosti FBiH. U ovom slučaju tužbeni zahtjev bi se trebao odbiti, budući da ranijim zakonom nije ustanovljeno pravo regresa plaćenih iznosa na ime naknade štete zdravstvenih osiguranja prema Zaštitnom fondu, pa Zavod zdravstvenog osiguranja nema pasivnu legitimaciju u sporu.

Autori rada su također mišljenja da je u sudskom postupku stranka stvarno legitimisana ukoliko je učesnik određenog materijalno-pravnog odnosa u povodu kojeg je nastala parnica, da je tužitelj aktivno legitimisan ukoliko u određenom odnosu ima položaj ovlaštenika, dok s druge strane tuženi je pasivno legitimisan ukoliko se nalazi u ulozi dužnika u prednje spomenutom odnosu. Iako Zakon o zdravstvenom osiguranju FBiH²⁷ predviđa pravo zavoda zdravstvenog osiguranja da zahtijevaju naknadu štete neposredno od

²⁶ Regulira odgovornost osiguravača

²⁷ "Službene novine FBiH" br. 30/97, 7/02 i 90/08

pravnog lica kod kojeg je osiguranik sklopi ugovor o osiguranju od odgovornosti za štete pričinjene trećim licima upotrebom motornih vozila u pokretu, ipak zakonima o osiguranju koji reguliraju obaveze zaštitnog fonda (raniji propis) nije propisana njegova obaveza refundiranja bilo kojem socijalnom ili privatnom osiguravaču za bilo koje iznose koje je taj osiguravač bio obavezan isplatiti trećoj oštećenoj strani. Stvarna legitimacija je pitanje koje je materijalno-pravne prirode. Sukladno tome, Zaštitni fond u konkretnom slučaju nema pasivnu legitimaciju i ne može biti tužen.

Zaključak

Pravne i fizičke osobe koje direktno oštećenoj trećoj osobi nadoknade štetu u cijelosti ili djelimično, a štetu je bio dužan naknaditi Zaštitni fond, imaju pravo da traže povrat isplaćenog iznosa, odnosno imaju regresno pravo prema Zaštitnom fondu. S druge strane, Zaštitni fond će preuzeti sva prava treće oštećene osobe prema prednje navedenim pravnim osobama do iznosa koji je isplaćen oštećenoj osobi.

Ukoliko se dese situacije da prometne nezgode, za koje odgovara Zaštitni fond, datiruju iz vremena važenja prethodnog zakona iz ove oblasti, kao i isplate naknade štete trećim oštećenim osobama, a zahtjev za naknadu štete iz vremena važećeg zakona, autori zaključuju da se ima primjeniti zakon koji je bio na snazi u trenutku isplate nekade štete trećim oštećenim osobama, odnosno Zakon o osiguranju od odgovornosti za motorna vozila i ostale odredbe o obveznom osiguranju od odgovornosti FBiH. Svako drugačije postupanje trasira put kao retroaktivnoj primjeni zakona, što nije ispravno. Retroaktivna primjena zakona dovodi do nejednakosti svih pred zakonom, a time i do potpune pravne nesigurnosti što je sunovrat svakog pravnog poretka.

Pored prednje navedenog, potrebno je voditi računa o činjenici da pravne osobe koje obavljaju poslove zdravstvenog, mirovinskog i invalidskog osiguranja, kao i druge pravne i fizičke osobe imaju pravo na regres isplaćenog prema Zaštitnom fondu, samo ukoliko su trećoj oštećenoj osobi direktno isplatile štetu ili dio štete. Ukoliko nije dokazano da je šteta direktno plaćena trećoj oštećenoj osobi, onda nije došlo do prelaza prava na prednje navedene pravne osobe do koje inače dolazi tek isplatom naknade a do visine isplaćenog.

Bibliografija

Knjige

- Bikić, A. (2013). *Obligaciono pravo – Opći dio*. (3. izmijenjeno i dopunjeno izdanje). Sarajevo: Pravni fakultet.
- Horvat M. (1974). *Rimsko pravo*. Zagreb: Školska knjiga.
- Klarić, P.; Vedriš, M. (2008). *Građansko pravo*. Zagreb: Narodne novine.
- Krleža, M. (2007). *Pravni leksikon*. Zagreb: Leksikografski zavod.
- Romac, A. (1992). *Rimsko pravo*. Zagreb.
- Zimmermann, R., (1996). *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Oxford.

Članci

- Cvjetko, J. (2008). Ugovor o cesiji (ustupu tražbine) kao pravni institut obveznog prava s posebnim osvrtom na personalnu subrogaciju. *Pravnik*, 43, 1(87). Preuzeto sa: <https://hrcak.srce.hr/file/110452>
- Greenblatt, J. A. (1997). *Insurance and subrogation: When the pie isn't big enough, who eats last?*, *University of Chicago law review*, 64.
- Matijević, B. (2019). Pravo subrogacije osiguratelja. *Hrvatski časopis za osiguranje*, (1). Preuzeto sa: <https://hrcak.srce.hr/223360>
- Nižić-Peroš, J. (2021.), Personalna subrogacija u odnosu prema pravu regresa osiguratelja i ustupanju tražbine-cesiji, *Oeconomica Jadertina*. Preuzeto sa: <https://hrcak.srce.hr/file/376236>
- Puljko, V. (1980). Mjerodavno pravo za prijenos tražbine prema odredbama Rimske konvencije o pravu mjerodavnom za ugovorne obveze. *Pravni vjesnik*, 1-2.

Zakoni

- Zakon o obligacionim odnosima ("Sl. list SFRJ", br. 29/1978, 39/1985, 45/1989 - odluka USJ i 57/1989, "Sl. list RBiH", br. 2/1992, 13/1993 i 13/1994 i "Sl. novine FBiH", br. 29/2003 i 42/2011)

Zakon o osnovama bezbjednosti saobraćaja na putevima u BiH. Službeni glasnik BiH, 06/06, 75/06, 44/07, 84/09, 48/10, 18/13, 8/17, 89/17 i 9/18

Zakon o osiguranju od odgovornosti za motorna vozila i ostale odredbe o obveznom osiguranju od odgovornosti FBiH. Službene novine FBiH 24/05

Zakon o obaveznim osiguranjima u saobraćaju FBiH. Službene novine FBiH 57/20

Zakon o osiguranju od odgovornosti za motorna vozila i ostalim obaveznim osiguranjima od odgovornosti. Službeni glasnik Republike Srpske 17/05, 64/06 i 12/09

Zakona o obaveznim osiguranjima u saobraćaju RS. Službeni glasnik Republike Srpske 82/15

Zakon o zdravstvenom osiguranju FBiH. Službene novine FBiH 30/97, 7/02 i 90/08

Vesna Lazić, PhD

Secretary General

University of Sarajevo - Faculty of Law

v.lazic@pfsa.unsa.ba

Davor Martinović, PhD

Attorney at Law and Member of High Judicial

and Prosecutorial Council

of Bosnia and Herzegovina

davor.martinovic@martinovic-partneri.ba

**REGRESS CLAIMS AGAINST THE GUARANTEE FUND:
CONTROVERSIAL APPLICATION OF THE LAW**

Summary

The subject of this paper is an overview of legal regulation and judicial practice in terms of subrogation of recourse liability and recourse claim of legal entities that perform health, pension or disability insurance and other legal and natural persons that in any way compensated the directly injured person for damage or part of the damage. The paper starts from the point of view that the aforementioned legal entities have the right to recover the paid amount in civil proceedings before the court in accordance with the regulations that were in force at the time when the claim was paid. In our law, the term legal subrogation means that when an obligation is fulfilled by a person who has a legal interest in it, the creditor's claim with all secondary matters is transferred to him, by law, at the time of fulfillment. Furthermore, the authors start from the point of view that in court proceedings initiated for recourse payment, it is necessary for the court to determine at what point the claim has passed, because the exercise of the right of recourse depends on this.

Keywords: *recourse claims, protective fund, legal subrogation, application of the law*

PRIKAZI

Dr. sc. Amila Svraka-Imamović

Viša asistentica

Univerzitet u Sarajevu

Pravni fakultet

a.svraka.imamovic@pfsa.unsa.ba

EDIN HALAPIĆ, TENDENCIJE VRHOVNOG SUDA SJEDINJENIH AMERIČKIH DRŽAVA U PRVOJ POLOVINI XX VIJEKA, SARAJEVO: PRAVNI FAKULTET UNIVERZITETA U SARAJEVU, 2022, STR. 169

Common law pravo koje se još naziva i angloameričko pravo, razvilo se u Engleskoj u 11. stoljeću. Karakteristike ovog pravnog sistema su recepcija, adaptacija i hibridizacija, a ono je i danas podložno promjenama usljed novih utjecaja, kako globalnih tako i regionalnih. Kolonijalnim osvajanjem Engleska je širila i svoje pravo, tako da su ovaj pravni sistem preuzele: Sjedinjene Američke Države, Kanada, Novi Zeland i druge zemlje britanskog *Commonwealtha*.

Civilni i *common law* pravni sistem predstavljaju rezultate dva fundamentalno različita pristupa pravnom procesu. U civilnom pravu, osnovni principi i pravila sadržani su u zakonima i statutima koje sudovi moraju primjenjivati. S druge strane, zakoni predstavljaju sekundarni izvor prava u okviru *common law* tradicije u kojoj dominira sudska praksa. Civilno pravo zasnovano je na teoriji o odvojenosti vlasti, prema kojoj zakonodavac donosi zakone, a sud ih samo primjenjuje. No, u *common law* sistemu sudovi imaju glavnu ulogu prilikom kreiranja prava (*case law*).

Obavezujuća priroda precedenata izražena je u doktrini *stare decisis*, što znači da se presuda sudije u jednom sporu, na osnovu sličnosti i analogije, primjenjuje i na druge slučajeve. Ranije presuđeni spor koji se citira, odnosno predstavlja autoritet, naziva se *case in point*. Do obavezne primjene precedenata dolazi u 18. stoljeću u Engleskoj, odnosno u Sjedinjenim Američkim Državama u 19. stoljeću, a strane se uglavnom pozivaju na presude viših sudova, poput Vrhovnog suda SAD-a.

1. Angloameričko pravo u kurikulumu Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu

U sklopu reforme nastavnog plana i programa Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu dolazi do uvođenja novih predmeta. Jedan od njih je i Anglo-američko pravo: istraživanje izvora. Kao poseban dio spomenutog predmeta, dominantno je pitanje analize ključnih slučajeva Vrhovnog suda SAD-a. To je jedan od razloga zašto je autor, redovni profesor na oblasti pravne historije, Edin Halapić, napisao ovaj važan udžbenik. Putem sudskih slučajeva, studentima se na praktičan način objašnjava značaj ovog suda u jednom karakterističnom vremenskom periodu. Država funkcioniše u izmijenjenom društvenom i ustavnom okruženju, a mnoge presude koje su donesene tih godina predstavljaju odgovor sudske grane vlasti na niz novih izazova.

Knjiga *Tendencije Vrhovnog suda Sjedinjenih Američkih Država u prvoj polovini XX vijeka* sadrži devet poglavlja koja su posvećena razvoju pravosudnog sistema na Novom kontinentu i uspostavi, te praksi samog Vrhovnog suda. Najvažniji dio knjige svakako čine predmeti kojim su uspostavljeni značajni presedani iz oblasti ljudskih prava poput prava na slobodu govora i štampe, ispovijedanja religije, rasne diskriminacije, zaštite javnog zdravlja i sigurnosti građana, te prinudne sterilizacije.

2. Sloboda govora i štampe

Prvi predmet koji profesor Halapić analizira, a odnosi se na 1. amandman Ustava SAD jeste predmet *Schenck v. United States*, iz 1919. godine. Obavljajući funkciju generalnog sekretara Socijalističke partije SAD-a, Charles Schenck je naredio štampanje 15.000 letaka koji će se dostaviti osobama koje su su dobile poziv za regrutaciju. Tekst je isticao njihovo pravo da se protive odlasku na rat, nakon čega se nekoliko primatelja žalilo inspektorima poštanskog ureda. Sudski postupak pokrenut je pri Distriktnom sudu Sjedinjenih Država za istočni Distrikt Pensilvanije, a Charles je proglašen krivim zbog kršenja Zakona o špijunaži iz 1917. godine. U žalbi koja je dostavljena Vrhovnom sudu podnosilac žalbe dovodi u pitanje ustavnost Zakona o špijunaži, a na osnovu Prvog amandmana. Schenck ističe da spomenuti zakon sprječava javnu raspravu o ratnim pitanjima, a njegovi advokati navode da je Zakon o špijunaži u raskoraku sa angloameričkom pravnom tradicijom. U svojoj presudi Vrhovni sud odbacuje navode Schenka i njegovih zastupnika te donosi jednoglasnu presudu. Presuda je podržala federalno pravo, odnosno Zakon o špijunaži iz 1917. godine. Time je sud u specifičnim okolnostima, a uzimajući u obzir vrijeme kada je slučaj presuđen od strane Distriktnog suda,

pokušao dovesti u vezu slobodu govora zagaranovanu ustavnim amandmanom i uslova u kojima se koristi govor.

3. Novi Kurs (New Deal)

Nakon kraha dioničarske berze 1929. godine nastupa period Velike Depresije. Kako bi ublažio posljedice, tadašnji predsjednik Roosevelt podnosi Kongresu paket mjera sa ciljem ekonomskog oporavka i industrijske reforme. Sa donošenjem novih zakona, vrlo brzo se u Novi Kurs uključuje Vrhovni sud SAD. U periodu do 1937. godine, rad Suda označava se terminom Ustavne revolucije, budući da je nizom presuda poništio ekonomske mjere oporavka. U skladu sa njihovim tumačenjem, reguliranje ekonomskih pitanja nije bilo u skladu sa ekonomsko-političkom doktrinom *laissez faire* koja je dominirala u regulisanju liberalnih zahtjeva ekonomskih pitanja. U okviru ovog poglavlja profesor Halapić iznosi tri presude iz 1935. godine, kojima je ugrožena realizacija Novog Kurasa i ublažavanje ekonomskih posljedica: *Louisville Joint Stock Land Bank v. Radford*, *Humphrey's Executor v. United States* i *A. L. A. Schechter Poultry Corp. v. United States*.

4. Sloboda ispovijedanja religije i finansiranje obrazovnih ustanova

Sloboda religije garantirana je Prvim amandmanom na Ustav Sjedinjenih Američkih Država, koji navodi da "Kongres neće donijeti zakon o uspostavljanju državne religije, kao ni zakon koji zabranjuje slobodno ispovijedanje vjere..." Ovaj amandman, dakle, zabranjuje uspostavljanje državne religije (klauzula o (ne)uspostavljanju) i garantira slobodno ispovijedanje religije (klauzula o slobodnom ispovijedanju). Jednaka zaštita svih građana garantirana je 14. amandmanom, dok je bilo koji oblik diskriminacije na osnovu religijskog uvjerenja zabranjen Zakonom o građanskim pravima iz 1964. godine (*Civil Right Act*). S druge strane, Zakon o obnovi vjerskih sloboda iz 1993. godine (*Religious Freedom Restoration Act*) uspostavlja viši stepen nadzora nad akcijama federalnih vlasti koje se miješaju u slobodu religije pojedinca. U skladu s tim, federalni zakoni mogu ograničiti slobodu religije samo ako koriste najmanje restriktivna sredstva. U ovom poglavlju profesor Halapić piše o dvije važne presude *Cantwell v. Connecticut* iz 1940. godine i *Everson v. Board of Education of Ewing Township* iz 1947. godine.

Svakako je interesantan, a usljed današnjih previranja i aktuelan primjer presude *Reynolds v. United States*, o kojoj profesor piše. U predmetu iz 1879. godine Vrhovni sud je potvrdio da federalni zakon ima ustavno opravdanje za krivično kažnjavanje postupaka bez obzira na vjersko uvjerenje. Međutim,

religijska praksa koja ugrožava javni interes nije obuhvaćena zaštitom I amandmana. Ovim predmetom sud nije potvrdio Mormonsku praksu poligamije i odbio je bilo kakvu mogućnost da ova praksa uživa zaštitu spomenutog amandmana. Mormoni, kao i neke druge religijske grupe u Sjedinjenim Državama, postaju sve glasnije u svojim zahtjevima za legalizacijom poligamije. Budući da je tradicionalna porodica doživjela snažne promjene, prije svega legaliziranjem istospolnih brakova, može se očekivati i legalizacija braka između više lica. U praksi, svakako takve zajednice su brojne naročito u Državi Utah.

5. Vrhovni sud i rasna diskriminacija

Dok su u Evropi dominirali feudalni odnosi, pojedinac je u temeljnim aktima o osnivanju SAD-a imao status građanina. Građanima su garantirana individualna prava, a ona su posebno pobrojana u prvih deset amandmana, koji čine američki Zakon o pravima. No, unatoč tome, američki koncept građanstva imao je ozbiljan nedostatak koji se odnosio na ustanovu ropstva. Upravo zbog ove ustanove, dolazi i do sukoba između Sjevera i Juga, a Lincoln je još za vrijeme trajanja rata 1862. godine izdao Proklamaciju o oslobađanju (*Emancipation Proclamation*).

U međuvremenu, južne države pokušavaju pronaći rješenje kako da zadrže način života koji je postojao prije rata. Ubrzo se institucija ropstva transformira u novi sistem i dolazi do uspostavljanja kasti. Ovo je učinjeno putem izdavanja Crnačkih zakona (*Black Codes*) koji su uspostavili sistem segregacije bijelaca i stanovnika afroameričkog porijekla. Stoga, Kongres 1866. godine donosi Zakon o građanskim pravima. Iako je donošenjem ovog zakona Kongres sve diskriminacijske propise proglasio nezakonitim, sve do sredine 20. stoljeća građani SAD-a afroameričkog porijekla suočavali su se sa segregacijom.

Iste godine u državi Tennessee organizira se Ku Klux klan koji je u početku imao status društvenog kluba. No, prerastanjem u organizaciju, Klan počinje koristiti terorističke metode koje su uključivale ubistva, spaljivanje, bičevanje, silovanje Afroamerikanaca, a u kasnijim godinama i spaljivanje krstova. Donošenjem Zakona o građanskim pravima Kongres je primorao države da ukinu tzv. Crnačke zakone. Naredni korak učinjen je 1875. godine donošenjem novog Zakona o građanskim pravima kojim se svim građanima garantira jednak tretman u pružanju javnih usluga. Međutim, u praksi se zakon nije primjenjivao.

Konačno rješavanje ovog problema nalazilo se u rukama Vrhovnog suda koji je u ovom periodu donio mali broj presuda. Od posebnog značaja su predmeti

Berea College, Plf. in Err., v. Commonwealth of Kentucky iz 1908. godine, *Gong Lum v. Rice* iz 1927. i *Gaines v. Canada et. al.* iz 1938. godine.

6. Vrhovni sud i zaštita javnog zdravlja i sigurnosti građana

Sjedinjene Države su problemu zaštite zdravlja i suzbijanja zaraznih bolesti pristupile iz nekoliko pravaca. Pored činjenice da veoma rano dolazi do osnivanja Službe za javno zdravstvo, važno je spomenuti i djelovanje Vrhovnog suda. Stoga, profesor Halapić daje kratak osvrt na najznačajnije presude iz prve polovine XX vijeka: *Compagnie Francaise de Navigation a Vapeur v. Louisiana Board of Health*, iz 1902. godine, *Jacobson v. Massachusetts* iz 1905. i *Zucht v. King et al.* iz 1922. godine.

7. Vrhovni sud i pitanje prinudne sterilizacije

Početkom XX stoljeća, Amerika se suočava sa još jednim kontroverznim pitanjem: pitanjem kontrole rađanja. U tom smislu, posegnulo se za određenim, za današnje prilike nazamislivim postupcima, poput prinudne sterilizacije. Sterilizacija se odnosila posebno na klinike za duševno bolesne osobe. Dok su neke države donosile zakone na temelju kojih su doktori po diskrecionoj ocjeni mogli odlučivati o sterilizaciji, u drugim su sudovi takve zakone proglašavali neustavnim. Konačnu riječ svakako imao je Vrhovni sud. U prvoj presudi *Buck v. Bell*, raspravljalo se o sterilizaciji osoba kod kojih je utvrđeno postojanje određenih mentalnih poteškoća ili teških mentalnih oboljenja. Ovom presudom koja se smatra najgorom u historiji Suda, potvrđen je stav prema kojem odluka Okružnog suda o prisilnoj sterilizaciji nije prekršila odredbe državnog i federalnog ustava.

U predmetu *Skinner v. Oklahoma* Vrhovni sud je iskoristio priliku da se okonča pitanje prinudne sterilizacije osoba koje su osuđene zbog počinjnih krivičnih djela. Ovom presudom je zakon na osnovu kojeg je propisana sterilizacija proglašen neustavnim. Iako time nije odbačen precedent uspostavljen presudom *Buck v. Bell*, ona je rezultirala snažim promjenama unutar državnog zakonodavstva i pokušajima napuštanja primjene sterilizacije kao posebne mjere u slučaju utvrđenih recidivista u vršenju krivičnih djela.

8. Vrhovni sud u II svjetskom ratu

U posljednjem poglavlju autor govori o radu Vrhovnog suda u periodu II svjetskog rata. Ovaj period, kako profesor ističe, karakterizira neefikasnost,

površnost i bavljenje marginalnim stvarima. Ipak, pažnju svakako okupira analiza predmeta koji se odnosi na vojne sudove i sabotaze na teritoriji Sjedinjenih Američkih Država.

Knjiga *Tendencije Vrhovnog suda Sjedinjenih Američkih Država u prvoj polovini XX vijeka*, predstavlja prije svega jedno naučno djelo. Odgovarajućeg naslova, sistematično i koncizno omogućava studentima da ovladaju osnovnim znanjem iz oblasti angloameričkog prava. Osim studentima prvog ciklusa, knjiga daje smjernice za dalja istraživanja na drugom i trećem ciklusu studija Pravnog fakulteta. Također, knjiga može poslužiti i studentima drugih fakulteta društvenog usmjerenja. Knjiga predstavlja važan izvor znanja i pravnicima iz prakse, naročito sudijama i saradnicima, pružajući jedan novi pogled, dalek od strogog formalizma, pluralan, razumljiv i osjetljiv prema ljudskim pravima onih „malih, manje bitnih“. Knjigu svakako preporučujemo i čitateljima koji jednostavno vole pravne tekstove ili američke advokatske filmove.

Dr. sc. Damir Banović

Docent

Univerzitet u Sarajevu

Pravni fakultet

d.banovic@pfsa.unsa.ba

BOJAN SPAIĆ,
PRIRODA I DETERMINANTE SUDIJSKOG ODLUČIVANJA U
PRAVU, BEOGRAD: UNIVERZITET U BEOGRADU, PRAVNI
FAKULTET, CENTAR ZA IZDAVAŠTVO, STR. 192

Intelektualnom inspiracijom pokreta pravnih realista u Sjedinjenim Američkim Državama smatra se Oliver Wendell Holmes, koji je od 1902. do 1932. godine obnašao funkciju sudije Vrhovnog suda SAD-a. Smatrao je da “život prava nije logika, već stvar iskustva”, a predviđanje onoga što će sudovi donijeti, odnosno kakvu će odluku donijeti, okarakterizirao je kao ideju prava. No, on nije smatrao da sudije mogu raditi bilo šta ali da se ipak ideja prava, ili, bolje rečeno, sadržaj prava, ostvaruje u sudskim odlukama. Njegov rad imao je dubokog uticaja na glavne struje američkog pravnog realizma. Pored njega, Karl N. Llewellyn i Jerome Frank su bili vjerovatno jedni od najuticajnijih predstavnika američkog pravnog realizma, i to kritike pravnog formalizma, dogmatike u pravu i pravne interpretacije. Llewellyn je smatrao da se pravna mišljenja trebaju analizirati kako bi se pronašli *faktori* koji su uticali na odluke sudova, a koji između ostalih, nemaju veze s pravnim, ili onim što se smatra “pravnim”, prilikom donošenja sudskih odluka. Npr., sudije se u svom odlučivanju vode pravicima ekonomske politike ili principima pravičnosti. Ova neodređenost u pravnom rasuđivanju, logično, posljedica je i primjene dva suprotstavljena kanona tumačenja. Jednog koji kaže “zakon ne može da ide van teksta” (dogmatsko tumačenje) ili “kako bi se odredio cilj, potrebno je ići van okvira teksta zakona”. No, smatrao je da se odluke sudova mogu predvidjeti kroz određene obrasce ili okvire (a koji, naravno, nisu pravno formalizovani) (predikaciona teorija prava). Jerome Frank, s druge strane, smatrao je da se treba promovisati psihologijski pristup u pravu s ciljem analize ponašanja sudija i stranaka u postupku, te je izražavao skepticizam u pogledu mogućnosti određenja pravnih činjenica vodeći se isključivo formom odnosno procesnim normama. U tom smislu, predlagao je formalizovanje širenja opsega onoga što se smatra pravnim činjenicama kao osnovama sudskih odluka, a upravo iz razloga što sudije faktički svojim radnjama šire taj opseg. Bez obzira na to da li su njihovi stavovi bili intuitivni ili ne,

u konačnici, pravni realisti, pored toga što su bili teoretičari, bili su i sudije praktičari te u odnosu na “akademske teoretičare” imali direktan empirijski kontakt s pravom, tumačenjem, izvorima i, konačno, saznanjem o sudskom stvaranju prava.

Američki pravni realisti, vodeći se ulogom “nepravni faktora” u procesima donošenja sudskih odluka, uticali su na multi- i interdisciplinarni zaokret u proučavanju prava, šireći prostor na prije svega druge društvene naučne discipline (sociologiju, psihologiju, političke nauke, ekonomiju), a kako bi se na najbolji način razumjeli procesi stvaranja prava, razvoja prava i uloge sudija (ideološke pozicije sudije, političke opredijeljenosti, društvenih sfera i sl.). Slično tome, savremene sociološko-pravne teorije idu u pravcu “razotkrivanja” društvenog konteksta, društvenih sfera, kontekstualne deliberacije pravila, kako bi na najbolji način razumjele kako se pravo praktično ostvaruje.

Knjiga Bojana Spaića ide u pravcu vrednovanja multidisciplinarnog proučavanja u pravu, posebno onih naučnih disciplina kojima se proučavao, istraživao i analizirao proces odlučivanja, naravno, u onom dijelu u kojem je podesno za daljnja filozofska i teoretska razmatranja u pravu. Za neke spoznaje o pravu i u pravu, postalo je nedovoljno ostati u okvirima “čiste” pravne metodologije. Multidisciplinarnim pristupom jača se naučnost pravnog metoda, ali jedino i samo adekvatnom valorizacijom znanja iz drugih disciplina, te jednim refleksivnim metodološkim pristupom, a da bi se i dalje ostalo u okvirima konceptualnog. Spaićev rad uspješno počinje od šireg konteksta uvodeći čitaoca u naučne spoznaje bihevioralne psihologije o pojmu odlučivanja, ograničenjima, posebno akcentirajući pojam ograničene racionalnosti kao veoma pogodnog okvira za razumijevanje postupka odlučivanja i ograničenja u sferi normativnog. U tom smislu, čini se veoma ubjedljivom teza o kognitivnim ograničenjima s tvrdnjom da “odlučivanje i rasuđivanje dobrim dijelom zasnovano je na pogrešnim pretpostavkama koje su sastavni dio ljudske psihološke konstitucije” (kognitivne predrasude). Dodatno, bihevioralna psihologija dala nam je i rezultate o značaju kognitivnih grešaka i predrasuda u radu sudova i uopšte državnih službenika. Ovi uvidi značajni su za daljnje “raščinjavanje” konceptata uspostavljenih od strane “klasične” teorije prava, uspostavljanje novih ili barem za bolje razumijevanje onoga šta se dešava prilikom donošenja odluke o nekom konkretnom pravnom slučaju. Kada govorimo o pravnom rasuđivanju i odlučivanju, vodimo se tvrdnjom ili pretpostavkom da su državni službenici i sudije ograničeni izvorima prava (zakonom, precedentima, autoritetom) prilikom donošenja odluka o nekom pravnom sporu. Centralno pitanje Spaićevog rada jeste na koji način pravne norme uopšte i pravne norme posebno ograničavaju odlučivanje? Pravni realizam nam je već otvorio prostor u sferi sudskog odlučivanja, dok je Spaićev

rad potvrdio ono što su pravni realisti pretpostavljali i dao jedan uvjerljiv i moguć okvir ograničenja.

No, za daljnji rad u ovoj oblasti bila bi zanimljiva naredna empirijska istraživanja odnosa pravnih normi/pravnih pravila kao ograničenja i kognitivnih ograničenja kako bi se ostavilo što manje prostora pretpostavkama, a više uklanjanju dilema koje muče i formaliste i antiformaliste.

No, u samom sudskom postupku, kako navodi i Spaić, potrebno je: (1) utvrditi relevantno pravilo u moru pravila koja se mogu odnositi na slučaj i subjekte pred sudom; (2) utvrđivanje činjenica koje su relevantne za presuđivanje; (3) utvrđivanje jednog određenog značenja pravila koje se na slučaj odnosi; (4) povezivanje pravila i utvrđenog činjeničnog stanja i (5) određivanje tačnih posljedica primjene pravila na određeno činjenično stanje. U svim tim dijelovima postupka, mogu se empirijski utvrditi za pravo relevantne kognitivne predrasude kao što su: (1) averzija prema gubitku; (2) averzija prema ekstremima; (3) predrasude nerealističnog optimizma i prevelike samouvjerenosti. I to je značajan uvid za razmatranje odluka sudija, koje regionalna teorija i praksa do sada nije razmatrala.

No, pored kognitivnih ograničenja, kako i Spaić navodi, potrebno je napraviti diskurs u analizi o prirodi pravnih pravila, a posebno u dijelu njihove opštosti. Gdje su problemi kada govorimo o ovome? Generalizacije se zasnivaju na identifikaciji nekog elementa grupe pojava ili grupe entiteta (ili kako to Hart navodi klasa – *class*) koje su intelektualni postupci koji zavise od više faktora i u krajnjoj liniji su bar djelomično, ako ne i u cijelosti, proizvoljni ili kontingentni. Odnosno, izbor elemenata za generalizaciju nije nužan. U tom smislu, Spaić identifikuje sljedeće probleme generalizacije: (1) pojedinačan slučaj se može loše uklopiti u generalizaciju; (2) univerzalna generalizacija se može pokazati kao generalizacija koja zapravo nije univerzalna već je samo vjerovatna i (3) mogu se pojaviti novi slučajevi na koje se generalizacija *prima facie* ne odnosi i koji dovode u pitanje cjelokupnu preskriptivnu generalizaciju (a koja je ukorijenjena, te se ne može lako primijeniti na situacije i lica koja su generalizacijom isključena niti mogu biti jednostavno isključene prilikom primjene na situacije i lica koja su u njih uključena). O ovim problemima upućivali su nas i predstavnici američkog pravnog realizma koji se su bavili logičkim ograničenjima donošenja samo jednog mogućeg rješenja u uslovima generalizacije: od Harta kroz njegov koncept porozne strukture pravnog sistema (“open structure”) gdje se sudije i državni službenici pozivaju na kreativnu ulogu, odnosno daje im se diskreciona vlast da kreativno donesu odluku; Denisa Galligana kroz društvene sfere (*social spheres*) (npr. društvena sfera sudačke djelatnosti), koje bilo kroz formalizovane procedure

(npr. interni akti, upute, regulative i sl.) bilo kroz neformalna pravila utiču kako na procesne tako i na materijalne norme, pa sve do Bartosza Brozeka.

No, vjerovatno kao niko do sada, Spaić uspješno kritikuje neke i od intuitivno prihvaćenih i neproblematičnih stavova formalizma: (1) formalizam nije u stanju da objasni da sudije odlučuju; (2) formalizam zanemaruje neodređenost jezika u pravu i (3) formalizam pretpostavlja identitet teksta i pravila.

Spaićev rad, u tom smislu, ide sistematičnije i dublje, vodeći se svim mogućim problemima: od kognitivnih predrasuda, vezane racionalnosti i sličnih fenomena u osobi koja donosi odluku na osnovu prava, koji mogu ograničiti djelovanje sudije, ali istovremeno i uticati na njegovu kreativnu odluku – u smislu stvaraoca prava; problema pravnih pravila/normi – kroz formalizovane i ukorijenjene generalizacije; odnosno u raščinjavanju svih, na prvi pogled, riješenih problema formalizma pravnog tumačenja. Bez obzira na to da li se radi o lakim ili teškim slučajevima.

Sve ono što su pravni realisti ili generalno oblici antiformalizma pretpostavljali, Spaićev rad je veoma detaljno, kritički, utemeljeno i nijansirano pokazao, uključujući i to da je antiformalizam ipak uspješniji u opisu onoga šta sudije rade kada odlučuju (a što je i uvjerenje autora), uz utvrđivanje okvira – determinanti sudijskog odlučivanja u pravu ili, preciznije, elemenata institucionalne kontrole. Naravno, u budućim empirijskim istraživanjima pokazat će se koliko su neki koncepti bili ispravni ili ne, ali to je i bitan dio njegovog rada: empirijska provjerljivost stavova.

Sead Bandžović, MA iur.

Advokatski pripravnik

Advokatska kancelarija Vasvije Vidović

sead1994@live.com

**IVO KOMŠIĆ,
TUĐMANOV HAŠKI PROFIL: UDRUŽENI ZLOČINAČKI
PODUHVAT NA BIH, ZAGREB-SARAJEVO: SYNOPSIS, 2021,
STR. 553**

Haški arhivi i tamošnje obimne optužnice i presude o učesnicima u “zajedničkom zločinačkom poduhvatu” su nezaobilazni u pisanju novije historije južnoslavenskog prostora i “postjugoslovenskih ratova” i kritičkim naučnim rekonstrukcijama. U krivičnom postupku, upućuju pravni stručnjaci, činjenica postojanja namjera potvrđuje se svim dokaznim sredstvima, o njoj se zaključuje sa zdravorazumskih pozicija i normalnog ljudskog iskustva, uzimajući u obzir sve okolnosti zbivanja. Udruženi zločinački poduhvat (UZP) predstavlja pravnu doktrinu koju je Međunarodni krivični tribunal za bivšu Jugoslaviju (ICTY) razvio tokom procesuiranja ratnih zločina počinjenih 90-ih godina XX vijeka u BiH, Hrvatskoj, na Kosovu i Sjevernoj Makedoniji. UZP se sastoji od više elemenata: zajednički osmišljenog zločinačkog plana i ciljeva, institucija i organizacija koje će ga sprovesti kao i krivičnih djela za njegovu konkretizaciju. U svojoj bogatoj sudskoj praksi ICTY je primijenio institut UZP-a u više predmeta: Duško Tadić, Momčilo Krajišnik, Miroslav Kvočka, Ante Gotovina. Najviše pažnje privukle su presude Pretresnog vijeća 2013. i Žalbenog vijeća 2017. protiv „haške šestorke“ (Jadranko Prlić i drugi). Tim odlukama utvrđeno je nekoliko bitnih činjenica. Rat u BiH (1992-1995) bio je sukob međunarodnog karaktera i zbog vojnog uplitanja, kao i učešća Republike Hrvatske u osnivanju i funkcionisanju Hrvatske zajednice Herceg-Bosne (HZHB). Najviši vojni i politički funkcioneri Hrvatske bili su nosioci UZP-a kojim se željela stvoriti velika hrvatska država prema obrisu nekadašnje Banovine Hrvatske iz 1939. godine. Spomenute presude postale su predmet brojnih naučnih ali i političkih diskusija. Za bolje razumijevanje ove teme potrebno je sagledati dublji historijski i pravni kontekst u kojem su se odigrali navedeni događaji. Literatura o tome je sve obimnija i raznovrsnija.

Značajan doprinos na polju ove tematike dao je Ivo Komšić svojim djelom *Tuđmanov haški profil: udruženi zločinački poduhvat na BiH* kojeg je objavila

izdavačka kuća Synopsis 2021. godine. Dr. Ivo Komšić je političar zavidnog iskustva, kompetentan svjedok i savremenik jednog burnog vremena. Autor je više zapaženih studija i radova. Knjiga *Tuđmanov haški profil: udruženi zločinački poduhvat na BiH* je zbirka tekstova koje je autor objavljivao na portalu autograf.hr, a ukupno je prikazano 23 članka. Njen sastavni dio su sažeci haških presuda u predmetu Prlić, izmijenjena optužnica, kao i transkripti sastanaka predsjednika Hrvatske Franje Tuđmana sa predstavnicima Hrvatske demokratske zajednice BiH i Herceg-Bosne koji su korišteni kao dokazni materijal u sudskom postupku u Hagu. Komšićevi tekstovi ukazuju da se radi o informiranom i vrsnom analitičaru čije teze i navodi zaslužuju punu pozornost.

U tekstu: *Naredbodavci Tuđman i Šušak*, autor se bavi analizom sudskih nalaza o hrvatskom UZP-u u BiH. Cijeli niz zločina (osnivanje političkih struktura Herceg-Bosne i Hrvatskog vijeća odbrane-HVO, preuzimanje vlasti od legalnih općinskih organa, održavanje sistema logora i zatvora, sistema za deportaciju ili prisilno premještanje, korištenje zatočenika za prisilni rad, prikrivanje zločina, propuštanje njihovog kažnjavanja) počinjen je u okviru cilja postavljenog formiranjem Herceg-Bosne. Ta hrvatska zajednica, a kasnije proglašena republika, proglašena je na zasjedanju u Grudama 18. novembra 1991. godine. Formalno se prostirala na 30 općina: Jajce, Kreševo, Busovača, Vitez, Novi Travnik, Travnik, Kiseljak, Fojnica, Dobretići, Kakanj, Vareš, Kotor Varoš, Tomislavgrad, Livno, Kupres, Bugojno, Uskoplje, Prozor, Konjic, Jablanica, Posušje, Mostar, Široki Brijeg, Grude, Ljubuški, Čitluk, Čapljina, Neum, Stolac i Ravno. Prema zaključku Žalbenog vijeća želio se stvoriti hrvatski entitet u BiH koji bi omogućio, u konačnici, ujedinjenje hrvatskog naroda. Planom se htjela ostvariti dominacija Hrvata u HZHB-u putem etničkog čišćenja nehrvatskog stanovništva. Pred Haškim tribunalom optuženo je, a kasnije i osuđeno, šest vojnih i političkih funkcionera HZHB-a: Jadranko Prlić (predsjednik HVO-a, premijer HZHB-a), Bruno Stojić (načelnik Odjela odbrane HVO-a), Valentin Ćorić (rukovodilac Vojne policije HVO-a), Berislav Pušić (predsjednik Službe za razmjenu zatvorenika i drugih osoba, član uprave nad svim zatvorima i zatočeničkim centrima HVO-a te predstavnik HVO-a za odnose s međunarodnom zajednicom), Slobodan Praljak (pomoćnik ministra odbrane Republike Hrvatske, predstavnik hrvatske vlade u snagama Herceg-Bosne), Milivoj Petković (načelnik Glavnog stožera HVO-a). Autor napominje da je kod Praljka i Petkovića postojala proširena odgovornost, svoje su funkcije obnašali u Hrvatskoj i Herceg-Bosni. Petković je odlukom Janka Bobetka, zapovjednika Hrvatske vojske, raspoređen u komandu Izmjешtenog zapovjednog centra Hrvatske vojske u Grudama koja je ujedno bila i komandni štab snaga HVO-a. On je zajedno s Praljkom bio spona preko koje su se prenosile obavijesti i naredbe. Iza cijelog zločinačkog plana, ističe Komšić, stajao je Tuđman i hrvatski ministar odbrane Gojko Šušak.

Involviranost Hrvatske u rat u Bosni i Hercegovini detaljnije je obrađena u članku *Učestvovanje RH u ratu u BiH*. ICTY je putem istraživanja djelovanja Praljka i Petkovića utvrdio da su oni u stvarnosti bili eksponenti UZP-a, usmjerenog iz Hrvatske prema Bosni i Hercegovini. Obojica su na položaje postavljeni odlukama državnog vrha Hrvatske, koordinirali su političke i vojne aktivnosti Hrvatske u BiH, te bili nadređeni ostalim funkcionerima Herceg-Bosne. Ta tvorevina je, prema uvjerenju haškog suda, bila rezultat zločinačkog projekta zvaničnog Zagreba ili njegovog užeg dijela radi konkretizacije „povijesnih interesa hrvatske države“.

UZP nije bio produkt ishitrenih odluka, dugo je vremena planiran i sproveden. Komšić tu tezu dokazuje u tekstu *UZP jedina politika HDZ-a i Herceg-Bosne*. Ideja o osnivanju hrvatske jedinice u BiH prvi put je spomenuta na sastancima Tuđmana i predstavnika HDZ-a iz srednje Bosne i zapadne Hercegovine u junu 1991. godine. O tome svjedoče i izjave Darija Kordića, nekadašnjeg potpredsjednika Herceg-Bosne: “Šest mjeseci smo krvavo razrađivali našu ideju od 13. i 20. lipnja koju ste nam ovdje iznijeli...Hrvatski narod u travničkoj, ovoj regionalnoj, subregionalnoj zajednici živi s idejom konačnog priključenja hrvatskoj državi i spreman je da to ostvari svim sredstvima i u mladima vrije hrvatski duh”. Junskim sastancima su prethodili Tuđmanovi susreti sa Slobodanom Miloševićem u Karađorđevu (26. mart) i Tikvešu (15. april), gdje se govorilo o etničkom razgraničenju Srba i Hrvata u Bosni i Hercegovini. Ovi planovi su se dalje razrađivali u dogovoru Radovana Karadžića i Mate Bobana u Gracu u maju 1992. godine. Uspostava granica između srpske i hrvatske jedinice trebala se sprovesti mirnim putem, a u pogledu granica kod Kupresa i općina u Bosanskoj Posavini (Odžak, Derventa, Bosanski Brod, Bosanski Šamac, Orašje, Modriča i Brčko) ključno je bilo osigurati kompaktnost prostora i komunikacija. To se u praksi moglo ostvariti samo nasilnim preseljenjem i progonom. Hrvati su protjerani iz Posavine, a Srbi iz Kupresa, Glamoča, Grahova i Drvara. O ovim planovima bili su upoznati strani političari. Tu se posebno izdvaja Tuđmanova skica podijeljene BiH koju je on nacrtao na jelovniku Paddyja Ashdowna za vrijeme svečane proslave godišnjice pobjede nad fašizmom u Guildhallu u maju 1995. godine. Ashdown je kasnije kao svjedok u predmetu Blaškić 2008. pojasnio: “Pitao sam ga što će biti s muslimanskim područjima. Rekao je: neće biti muslimanskih područja osim kao mali dio hrvatske države. Onda smo razgovarali o toj liniji zašto je Banja Luka s jedne a Mostar s druge strane, gdje je tu Sarajevo i tako. Bio sam šokiran. Kopiju svog dnevnika u kojem sam to napisao poslao sam britanskome ministru vanjskih poslova. Shvatio sam da mi je Tuđman prezentovao dogovor koji su postigli on i Milošević u Karađorđevu. Kad je počela Oluja taj dokument je dospio u javnost i mislim da je to uticalo na ono što se poslije događalo”.

Za ICTY su od posebne važnosti bili transkripti sa sastanaka Tuđmana i delegacija HDZ-a BiH u kojima se mogla uočiti koordinacija sudionika UZP-a u izvršavanju zadatih ciljeva. Tako je Tuđman 23. novembra 1991. izjavio da je “vrijeme da iskoristimo, da okupimo hrvatsko nacionalno biće u maksimalno mogućim granicama. Da li bi to bilo baš i 30 općina, ili 28 - to je čak s toga gledišta od manje važnosti”. Svojevrsnu prepreku u realizaciji UZP-a predstavljali su pojedini članovi HDZ-a BiH (Ivan Markešić, Martin Udovičić, Jerko Doko) okupljeni oko Stjepana Kljuića, predsjednika stranke. Oni su se zalagali za suverenu i cjelovitu BiH, te se protivili oduzimanju političkog subjektiviteta hrvatskom narodu u toj zemlji. Kljuić se nalazio pod snažnim pritiskom Tuđmanovih pristalica koje su tražile promjenu njegovog političkog kursa. Zbog tih razloga on je 2. februara 1992. podnio ostavku čime je, kako primjećuje Komšić, zločinačka politika postala zvanična politika HDZ-a, Herceg-Bosne i hrvatskog državnog vrha.

Udruženi zločinački poduhvat na terenu je primjenjivan kroz ratne zločine protiv nehrvatskog stanovništva u Hercegovini i srednjoj Bosni. Autor se njima detaljnije bavio u članku *Užasni zločini HVO-a i politika Franje Tuđmana*. Sukobi su faktički počeli nakon predstavljanja prvih mirovnih planova za BiH iako niti jedan od njih nije bio zvanično prihvaćen. Prva meta bila je općina Prozor-strateška tačka koja je omogućavala pristup prevoju Makljen, Gornjem Vakufu i srednjobosanskim gradovima. Ratna dejstva HVO-a u Prozoru započela su u oktobru 1992. godine. Sukob je dobio na intenzitetu početkom 1993. kada je objelodanjen Vance-Owenov mirovni plan prema kojem je BiH trebala biti podijeljena na konstitutivne jedinice uz izuzetak Sarajeva kao otvorenog grada. Svakom narodu su trebale pripasti po tri jedinice, a hrvatske (broj 3,8,10) obuhvatale su prostor Bosanske Posavine, Hercegovine i srednje Bosne. Iako predloženo rješenje nije još bilo predmet zvaničnih rasprava i pregovora, vodstvo Herceg-Bosne je u januaru 1993. zatražilo od jedinica Armije Republike BiH (R BiH) na spomenutim prostorima da se pretpočine HVO-u ili povuku. Kada je to odbijeno uslijedio je žestoki hrvatsko-bošnjački sukob (“rat u ratu”). HVO je u januaru iste godine napao Gornji Vakuf i okolna bošnjačka sela Hrasnicu, Uzriče, Ždrimce i Dušu. Spaljivane su kuće i pljačkana imovina, dok su vojno sposobni muškarci odvođeni u zatočeništvo. Prema sličnom obrascu u aprilu 1993. HVO je napao sela Soviće i Doljane kod Jablanice. Ta mjesta su bila od posebne važnosti zbog kontrole putnih pravaca prema Hercegovini. HVO je zauzeo ova sela i činio iste zločine, kao u ranije pobrojanim slučajevima. Međunarodnim posmatračima i mirovnim snagama uskraćivan je pristup ovim područjima mada su se, kako naglašava autor, iz daljine mogle vidjeti uništene kuće. Zarobljene žene, djeca i starci su u maju prevezeni prema Gornjem Vakufu gdje su natjerani da pješače prema teritoriji pod kontrolom Armije R BiH. Sprovodilo se tzv. „humano preseljenje“ i nacionalno homogeniziranje teritorija.

Mostar, najveće urbano središte Hercegovine, istican je u projekcijama stranaka s hrvatskim nacionalnim predznakom kao “hrvatski stolni grad” i centar Herceg-Bosne. Dobar dio druge izmijenjene optužnice protiv Prlića i drugih kao i haške presude posvećene su ratnim dešavanjima u Mostaru od 1993. do 1994. godine. Članak *Okrutni teror i zločini nad Muslimanima u Mostaru* daje njihov kraći presjek. Sredinom 1992. HVO preuzima kontrolu nad gradom. Bošnjaci su smijenjeni sa skoro svih općinskih i mjesnih funkcija, a uskraćivana im je humanitarna pomoć. Vojna policija HVO-a je u oktobru zauzela sve važne javne objekte. Prekinut je radijski signal i zaveden policijski sat. Jedinice Armije RBiH na mostarskom području odbile su pretpočinjavanje hrvatskim vojnim vlastima koje su im to u dva navrata naredile 1993. godine. U maju su počele velike akcije „čišćenja Mostara“ kada je HVO prvi put napao bošnjačke civile u zapadnom dijelu grada. Zarobljenici su odvođeni na nekoliko lokacija koje su služile kao zatočenički centri: Duhanski institut, Mašinski fakultet, stadion Fudbalskog kluba Velež, logor Heliodrom. Majske akcije HVO-a podijelile su grad duž linija sukoba sa Armijom RBiH u pravcu sjever-jug niz Bulevar, Šantićevu ulicu prema zapadu. U određenim vremenskim razmacima vršene su deložacije Bošnjaka u zapadnom Mostaru. Da bi napustili grad civili su morali potpisati izjavu o dobrovoljnom ustupanju imovine hrvatskim vlastima koje bi je zatim dodijelile svojim vojnim funkcionerima ili građanima. Na lijevoj obali Neretve egzistirala je bošnjačka enklava (istočni Mostar) u koju su svakodnevno pristizali prognanici. Prema nekim procjenama u jednom trenutku tu je živjelo 51.600 osoba u teškim uslovima. HVO je stalno otvarao artiljerijsku vatru na to područje, uskraćujući pritom snabdijevanje vodom i električnom energijom. Na udaru se našla i kulturno-historijska baština. U mostarskoj opsadi HVO je namjerno uništio ili teško oštetiio više džamija i spomenika orijentalne arhitekture. Nakon višemjesečnog bombardovanja 9. novembra 1993. srušen je Stari most –simbol grada pod zaštitom UNESCO-a. Sklapanjem Washingtonskog mirovnog sporazuma 18.marta 1994. osnovana je bošnjačko-hrvatska federacija čime su prekinuti sukobi između dva naroda.

Poseban vid UZP-a manifestuje se kroz učešće njegovih sudionika u osnivanju, održavanju i nadzoru sistema logora i zatvora. Pretresno i Žalbeno vijeće ICTY-a u predmetu Prlić i drugi detaljno se bavilo tim mehanizmom kojeg su vlasti Herceg-Bosne i HVO uspostavili 1993. godine. Komšić je ovu problematiku obradio u tekstu *HVO-va okrutna mučilišta za Muslimane Hercegovine*. Prvi zatočenički centar bio je Heliodrom (Središnji vojni zatvor) kod Mostara. Počevši od maja 1993. HVO je planski protjerao više hiljada Bošnjaka iz zapadnog Mostara i kasnije ih zatočio na Heliodromu. Brojke zatočenih su varirale, a najviša procijenjena cifra iznosila je oko 6.000 logoraša. U postupanju nije pravljena distinkcija između vojnika i pritvorenih

civila, niti je vršeno njihovo razdvajanje. Uslovi boravka su bili nehumani bez adekvatne zdravstvene njege i higijene. Krajem 1993. HVO je pustio veću grupu logoraša Heliodroma na slobodu. Mnogi su deportovani u druge zemlje preko Hrvatske, a neki su poslani u istočni Mostar. Česta su bila uslovljavanja s potpisivanjem izjave o lojalnosti hrvatskim vlastima. Međunarodne organizacije skoro godinu dana nisu mogle ući u logor i utvrditi pravo stanje zarobljenika. To im je dozvoljeno tek u januaru 1994. godine. Postojali su i drugi logori na teritoriji Herceg-Bosne. U Ljubuškom su funkcionisala dva takva objekta: logor Vojno i Vojno-istražni zatvor. U Čapljini su vlasti Herceg-Bosne vodile Gabelu i Dretelj. Ova zločinačka kampanja nije zaobišla ni Stolac. On je bio važno mjesto kao krajnja granica prema Republici Srpskoj iza koje Tuđman nije želio dalje napredovati jer se, kako pretpostavlja autor, držao ranijeg dogovora sa Miloševićem o podjeli BiH. Prema popisu stanovništva iz 1991. bila je to većinski bošnjačka općina. Tokom 1992. rasle su međusobne napetosti između Bošnjaka i Hrvata koje su kulminirale u aprilu 1993. godine. Tada je HVO uhapsio više Bošnjaka, te ih zatvorio u više logora. Koštana bolnica je u maju pretvorena u sjedište Vojne policije HVO-a dok su njeni bolesnici prebačeni u Čapljinu. Zgrada bolnice je služila i kao zatvor. Bošnjačko stanovništvo protjerivano je kako iz Stoca tako i obližnjih mjesta (Rotimlja, Aladinovići, Pješivac Greda). Razoren je stari centar grada, stambeni kompleks Begovina porodice Rizvanbegović i tri džamije. Prema izvještajima HVO-a u prvoj polovini septembra 1993. u gradu više nije bilo niti jednog Bošnjaka. Tu su poslije planski naseljavani Hrvati iz srednje Bosne za šta je dodatno izgrađeno Šuškovsko i Bobanovo selo.

Knjiga *Tuđmanov haški profil: udruženi zločinački poduhvat na BiH* zaslužuje pažnju stručnih i naučnih krugova. Koristeći se prijemčivim stilom izlaganja, kao i haškim presudama i dokaznim materijalom iz predmeta Prlić, autor je uspio pojasniti ključne pravne i političke faktore koji su oblikovali navedeni udruženi zločinački poduhvat. U istraživanjima rata u BiH, njegovih brojnih sastavnica, treba konsultovati brojne izvore a pojave posmatrati sa različitih aspekata. Presude su dragocjen naučni izvor: u službi su historije, utvrđivanja istine, političke i moralne odgovornosti. Nijedan sud, pa tako ni ICTY, nije se bavio pisanjem historije već utvrđivanjem krivice. U sudskim postupcima dolazi, pak, do reduciranja stvarnosti, pojednostavljenja odnosa između dokaza i zbilje. Ostaje dosta toga što traži objašnjenje kada su u pitanju “postjugoslovenski ratovi” i njihova pozadina. Istraživači nakon sudskih presuda ne prekidaju svoj rad, nastavljaju da otkrivaju prošlost i prosuđuju događaje. Proučavanje ratnih zbivanja u Bosni i Hercegovini (1992-1995) je aktuelna i stalno otvorena tematika gdje su neminovna nova istraživanja i dalja kritička propitivanja. Knjiga dr. Ive Komšića je na tom putu dobar putokaz.

Dr. sc. Zdravko Lučić

Redovni profesor
Univerzitet u Sarajevu
Pravni fakultet
z.lucic@pfsa.unsa.ba

TRAJNA AKTUALNOST RIMSKOG PRAVA

Poštovani gosti, prijatelji rimskog prava, izuzetna mi je čast što sam dobio priliku da nešto kažem o knjizi *Rimsko pravo-XVII izmijenjeno i dopunjeno izdanje*, autora Marijana Horvata i Marka Petraka u izdanju Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, iz 2022. godine.¹ Kada sam u ruke dobio tekst knjige odmah sam iz osobne biblioteke uzeo udžbenik profesora Marijana Horvata – *Rimsko pravo*, iz kojeg sam učio rimsko pravo kao student prve godine studija na Pravnom fakultetu u Sarajevu i koji sam najbrižnije čuvao, vođen saznanjem da ću se s tom knjigom družiti čitav moj radni vijek. Počeo sam čitati i upoređivati ove dvije knjige i odmah primjetio da se radi o dva različita djela. Podsjetio bih Vas da je udžbenik Marijana Horvata bilo nezaobilazno štivo iz kojeg su studenti na većini Pravnih fakulteta u bivšoj našoj državi učili i studirali materiju rimskog prava. Njegovu vrijednost i znanstveni autoritet najbolje potvrđuju mnogobrojna izdanja tog udžbenika i slobodan sam ga uporediti sa čuvenim djelom velikog pandektiste Bernarda Windscheida, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, u smislu velikog broja ponovljenih izdanja. Profesor Marijan Horvat je bio jedan od najvećih romanista sa naših prostora koji je našoj javnosti kroz ovaj udžbenik i svoja druga znanstvena djela, doprinio stvaranju znanstvene i nastavne discipline Rimskog prava, neprekidno prezentirajući najnovija stremljenja savremene romanistike.

Kada sam tokom mnogobrojnih susreta i razgovora sa mojim velikim prijateljem, upitao profesora Petraka zašto ne napiše udžbenik iz rimskog prava, on mi je rekao: E moj stari, nije nimalo lako upuštati se u takvu avanturu pored autoriteta udžbeničke literature jednog Horvata i Romca, ali da razmišlja kao svojevrсни izraz zahvalnosti pokušati preraditi, dopuniti i osavremeniti udžbenik profesora Horvata po kojem se već dugi niz godina predaje Rimsko pravo na Sveučilištu u Zagrebu. Ja sam ga podržao u takvoj inicijativi i raz-

¹ Tekst predstavlja izlaganje autora s promocije knjige “Rimsko pravo” autora Marijana Horvata i Marka Petraka, održane 23.09.2022. godine u Svečanoj sali Rektora Univerziteta u Sarajevu.

mišljao kakvu hrabrost treba imati u pokušaju staviti svoje ime na naslovnu stranu knjige pored imena Marijana Horvata. Kada sam pročitao knjigu koju vam danas prezentiram, zaključio sam da je profesor Petrak u potpunosti uspio realizirati svoju nakanu.

Profesor Petrak je svojim ozbiljnim i kontinuiranim radom uspio stvoriti osobni autoritet i svrstati se u vodeće znanstvene perjanice evropske i svjetske romanistike. Njegove radove sam uvijek sa zadovoljstvom čitao, analizirao i komentirao. Lepeza njegovog znanstvenog interesa je bila veoma široka, od klasičnih pravno-dogmatskih pitanja, recepcije rimskog prava preko rimsko-bizantske faze, srednjevjekovnog *ius commune*, njemu omiljene teme – Pandektistike. Posebno mjesto njegovih znanstvenih pregnuća je bio neprestani, nikad prekinuti angažman znanstvenog dokazivanja aktualnosti i živosti Rimskog prava u suvremenim evropskim i svjetskim tokovima i putevima pravnog razvoja. On je to radio na svoj osobeni način. Mogu reći da je živio sa Rimskim pravom. Čak je u svakodnevnom životu na duhovit način i anegdotalne situacije prezentirao na mnogobrojnim primjerima bogate antičke rimske kazuistike.

Čitajući knjigu koju vam prezentiram, mogu slobodno ocijeniti da je profesor Petrak u potpunosti uspio u svojoj nakani. Mi zaista pred sobom imamo novo osavremenjeno izdanje ranijeg udžbenika profesora Marijana Horvata. Petrak nije mijenjao osnovnu strukturu i kompoziciju tradicionalno prezentirane materije koju svaki udžbenik Rimskog prava prema Gajevoj metodologiji sistematiziranja građe za studente početnike, koji se nalaze na predvorju zamršenog fenomena prava, treba da posjeduje. On je uspio u tu materiju udahnuti duh savremenosti kroz mnogobrojne napomene u knjizi, povezujući klasična rimska pravna rješenja sa modernim pravom. U ovoj knjizi je Rimsko pravo živo, uvijek oko nas. Sve je to postignuto na maestralan način a da se nije narušila obimnost samog udžbenika. Ova knjiga neće biti teret za studente već možda jedno od najzanimljivijih štiva koje su tokom svog studija studenti imali priliku da čitaju.

Pri realiziranju projekta aktualiziranja teksta, profesor Petrak pokazuje svu veličinu, širinu i slojevitost svojih saznanja. Odmah postajemo svjesni da se tu ne radi samo o vrsnom romanisti, već iskusnom povjesničaru, lingvisti i poznavaoocu širokih uporedno-pravnih tema i tokova svremenog razvoja uopće. U svakoj ovoj pomenutoj dimenziji Petrak uspješno korespondira sa najnovijim znanstvenim romanističkim tendencijama, zakonodavnim rješenjima i aktualnoj domaćoj i internacionalnoj sudskoj praksi. On povezuje Rimsko pravo sa ostalim pravnim familijama, prvenstveno kanonskim pravom, dokazujući njihovu inherentnu determiniranost sa rimskom pravnom tradicijom.

Profesor Petrak je pristalica shvatanja da je u rimskom pravu sadržan veliki dio povijesti današnjeg privatnog prava i stalno to argumentirano dokazuje u ovoj knjizi. Između ostalog to dokazuje na mnogobrojnim primjerima primjene osnovnih načela rimskog pravnog kruga kao npr. principa *alterum non laedere* u suvremenoj građanskopravnoj doktrini i sudskoj praksi izravno na latinskom jeziku. Ideja evropskog ujedinjenja i jedinstva europskog prava je otvorila put za pojačani interes prema recipiranom rimskom pravu – *ius commune*. Prema autoru, rimska pravna tradicija postaje zajedničkim nazivnikom europske pravne kulture i temelj budućeg europskog privatnog prava. Petrak smatra da će recentna reafirmacija rimske pravne tradicije biti osnovom pravnih sistema najvećih svjetskih sila poput Kine i Rusije.

Svoju lingvističku širinu autor pokazuje na objašnjavanjima rekontekstualiziranja nekoliko pojmova rimskog prava koji na taj način dobijaju drukčije i šire socijalno značenje. Objašnjavajući pojedine zakone iz rimskog perioda (*Lex Claudia de nave senatorum*), Petrak otvara uvijek složena pitanja primjenjivosti nekih od javno-pravnih koncepata starog rimskog prava u suvremenoj javnoj i političkoj sferi, polazeći od saznanja da principi vlasti i osnovne osobine ljudske prirode nisu baš dosta promijenjeni od antike do danas. On uspješno nalazi uporišta i korijene u rimskom pravnom duhu i za najmodernija shvaćanja novih, kao npr. rodnih teorija. Brojnim primjerima pokazuje da pravna doktrina i sudska praksa izravno preuzimaju pravila pripadna rimskoj pravnoj tradiciji kao pravno obvezujuća. Pokazuje kako zakonska definicija braka u republici Hrvatskoj dokazuje vitalnost Ulpinijanovog naravnopravnog shvaćanja o heteroseksualnosti braka. Spominje svojevrsni povratak *ius vitae ac necis* u pojedine evropske pravne poretke u kontekstu kontroverznog pravno-političkog fenomena eutanazije dok kod insituta tutorstva i skrbništva predlaže suvremenu adaptaciju pravne naravi ovih instituta u moderno zakonodavstvo. Sve njegove analize su iscrpno potkrijepljene prezentacijom izvornog rimskog materijala na koji način će te stare pravne tekstove zasigurno učiniti pristupačnijim budućim mladim pravnicima. Posebno treba naglasiti širinu uporedno-pravnog prezentiranja pravnih rješenja kroz prezentaciju iz većine evropskih zemalja a ne izostaju niti primjeri iz anglo-američkog pravnog kruga kao i kanonskog prava. Petrak piše o oplemenjujućem susretu rimskog prava sa grčkom filozofskom tradicijom ukazujući na najdublje korijene rimskog pravnog genija. Objašnjavajući *possessio non vitiosa* ukazuje na neadekvatnu jezičku upotrebu validnih zakonskih rješenja i traži ali i predlaže konkretne odgovarajuće pravne termine, bez kojih bi izvorni rimski principi mogli biti krivo protumačeni. Ne libi se ni davanju prijedloga o potrebi revidiranja pojedinih stavova Ustavnog suda u problematici iznalaženja rješenja za ubrzavanje sporih sudskih sporova. Posebnu pažnju je autor posvetio svojoj omiljenoj temi aktualnosti primjene rimskih regula u praksi

europskih i nacionalnih sudova. Prilikom prezentacije konvergentnih stavova u modernoj romanistici dokazuje se kao izvrsni poznavalac najmodernijih znanstvenih strujanja i ne ustručava se hrabrog polemiziranja sa najvišim znanstvenim autoritetima. Uspješno je pokazao i dokazao da se moderna građanska zakonodavstva *verbatim et litteratim* oslanjaju na baštinu klasičnih rimskih pravnika.

IN MEMORIAM

Dr. sc. Edin Halapić

Redovni profesor
Univerzitet u Sarajevu
Pravni fakultet
e.halapic@pfsa.unsa.ba

**Prof. dr. Fikret Karčić
(1955. - 2022.)**

Dana 16. marta 2022. godine na Bolji svijet preselio je uvaženi profesor Fikret Karčić. Odlaskom profesora Karčića, bosanskohercegovačko društvo izgubilo je naučnika i profesora svjetskog glasa. Profesor je, pored rada na Univerzitetu u Sarajevu, predavao na Međunarodnom islamskom fakultetu u Maleziji, Univerzitetu Marmara u Istanbulu, Univerzitetu u Oslu i Boise State Univerzitetu u Sjedinjenim Američkim Državama. Izlaganjima na naučnim konferencijama, simpozijima i skupovima gostovao je na mnogim prestižnim Univerzitetima širom svijeta. Kao izvrstan naučnik, profesor je autor i vrhunskih ekspertiza za ugledna međunarodna tijela i organizacije.

Profesor Karčić rođen je 11. marta 1955. godine u Višegradu. Srednjoškolsko obrazovanje stekao je u Gazi Husrev-begovoj medresi u Sarajevu. Diplomirao je na Pravnom fakultetu u Sarajevu 1978. godine, titulu magistra nauka stekao je 1985., a doktora nauka 1989. godine u Beogradu. Magistarski rad pod naslovom *Šerijatski sudovi u Jugoslaviji 1918-1941.* objavljen je 1986. godine. O značaju tog magistarskog rada ukazao je profesor Ahmet Alibašić ističući da čak tri decenije poslije “nije urađeno ništa što bi značajnije pomjerilo granice našeg znanja o tom pitanju i što bi prevazišlo ovo djelo.” Ovo djelo je 2019. godine prevedeno na engleski jezik a prevod na njemački je u toku. Doktorska disertacija je objavljena pod naslovom *Društveno-pravni aspekti islamskog reformizma* od strane Islamskog teološkog fakulteta u Sarajevu 1990. godine. Iste godine, profesor Mustafa Imamović je ovo djelo ocijenio kao “najkompleksnije monografsko djelo posvećeno isključivo pitanjima šerijatskog prava” uz tvrdnju da “Karčićeva knjiga mirno, trezveno i potpuno naučno govori o brojnim aspektima novije povijesti islama u svijetu i kod nas.” Od mnogobrojnih djela, potrebno je istaći knjigu pod naslovom *The Bosniaks and the Challenges of Modernity: Late Ottoman and Hapsburg Times* koja je objavljena na engleskom jeziku 1999. godine a 2004. i na bosanskom. U pitanju je najcitiranije djelo posvećeno iskustvu bosanskih muslimana. U svom naučnom radu profesor se koristio engleskim, arapskim i turskim jezikom.

Naučni rad profesora Karčića možemo identifikovati u različitim oblastima. Prvu oblast obuhvataju djela koja se odnose na studije o šerijatskom pravu, institucijama šerijatskog prava, iskustvu muslimanskog svijeta u modernim i sekularnim državama. Svojim radovima, profesor Karčić posebnu pažnju posvetio je iskustvu bosanskih muslimana uz isticanje sekularnog modela kao jedinog rješenja za multietničke sredine. Na ovaj način profesor je ponudio i model zajedničkog egzistiranja šerijatskog prava i sekularne države koje je obradio u svom radu pod naslovom *Od prava do etike: proces modernizacije i reinterpretacija Šerijata u BiH*, objavljenog u Godišnjaku Pravnog fakulteta u Sarajevu 2009. godine.

Drugu kategoriju radova predstavljaju studije koje se odnose na historiju i komparativnu pravnu historiju. Ovim radovima se posebno obrađuju pitanja iskustva balkanskih muslimana i historijskih faktora koji su uticali na ponavljanje historijskih događaja tokom XX vijeka. Naredna kategorija su publicistički radovi odnosno kolumne objavljivane u dnevnom listu Oslobođenje i Preporod. Tokom 2017. godine objavljena je i knjiga *Kroz prizmu historije* koja je objedinila publicističke radove. Ova edicija sadrži osvrt, komentare, prikaze knjiga, razmatranja presuda Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju i niz drugih aktuelnih tema. Uvidom u bibliografiju može se sa sigurnošću potvrditi da je naučni rad profesora obuhvatio dvije oblasti. To su politička prošlost i trenutna dešavanja u Bosni i Hercegovini, zasnovana na izuzetnim istraživanjima i naučno potkrijepljenim činjenicama. Druga oblast obuhvata profesorovo istraživanje koje se fokusiralo na iskustvo bosanskih muslimana.

U svojoj bogatoj naučnoj karijeri, profesor Karčić obavljao je funkciju predsjednika Ustavnog suda Islamske zajednice u Bosni i Hercegovini u trajanju od dva mandata, funkciju urednika *Bosnian Studies- Journal for Research of Bosnian Thought and Culture*, *Glasnika Islamske Zajednice* i drugih časopisa. O obimu naučnog rada, društvenom angažmanu rahmetli profesora mogu se napisati stotine stranica. Od mnogobrojnih nagrada, potrebno je spomenuti nagradu za životno djelo za 2018. godinu Udruženja muslimanskih društvenih naučnika Ujedinjenog Kraljevstva (Association of Muslim Social Scientist UK- AMSS UK). Dugogodišnjim radom na Pravnom fakultetu Univerziteta u Sarajevu kao i Fakultetu islamskih nauka profesor je uticao na razvoj pravne misli kao i islamske misli u Bosni i Hercegovini. Pri Pravnom fakultetu uveo je izučavanje oblasti komparativna pravna historija i moderne pravne kodifikacije. Pri Fakultetu islamskih nauka uticao je na modernizaciju nastavnog plana i programa kao i unaprijeđenje izučavanja historije šerijatskog prava i njegove primjene u savremenom dobu. Kao dugogodišnji saradnik rahmetli profesora imao sam čast da često komuniciram sa profesorom. Ova bliska

saradnja potvrdila je da je profesor svojim pristupom, ponašanjem i naravi pokazao kako se treba graditi intelektualac. U komunikaciji su uvijek dolazile do izražaja najplemenitije osobine koje može posjedovati jedan čovjek. Njegov odnos i pristup prema nama, mlađim kolegama, približavao se roditeljskom odnosu. Kao izvrstan intelektualac, profesor je posjedovao sposobnost koju mnogi pokušavaju dostići. Svi radovi, knjige, osvrti i komentari imaju zajedničku karakteristiku. To su stil pisanja, odnosno jezgrovitost, odsustvo nedorečenosti, vrlo precizna analiza i zaključci. Kao profesor i intelektualac svjetskog glasa, otvorio je vrata akademske zajednice mnogim mlađim kolegama. Svojim primjerom, podsticao je razvoj naučno - istraživačkog rada uz neprocjenjive savjete. Dugogodišnjim radom, rahmetli profesor Karčić ostavio je neizbrisiv trag u razvoju pravne misli, izučavanju pravnih kultura a posebno kada se govori o iskustvu muslimana Balkana. Iza profesora ostalo je bogato intelektualno naslijeđe novim generacijama studenata kao trajni dokaz predanog intelektualnog rada i traganja za naučnom istinom. Svojim dugogodišnjim radom profesor Karčić je zadužio akademsku zajednicu i Islamsku zajednicu Bosne i Hercegovine. Iza rahmetli profesora Karčića ostala je supruga Hamida i trojica sinova Hamza, Harun i Hikmet koji svojim radom nastavljaju misiju oca.

Dr. sc. Mirza Hebib

Viši asistent

Univerzitet u Sarajevu

Pravni fakultet

m.hebib@pfsa.unsa.ba

NA CAVTATSKOM KAPITOLIJU NEKROLOG PROFESORU MARKU PETRAKU (1972. – 2022.)

Na najuzvišenijoj točki Cavtata, na Roku, epidaurskom Kapitoliju, danas dominira Mauzolej obitelji Račić. Izgradio ga je Ivan Meštrović, kao vječni podsjetnik na prijateljicu Mariju, njezinu obitelj i njihovu tužnu sudbinu. Kapetan Ivo Račić, krajem 19. stoljeća, postao je suvlasnik parobrodske tvrtke Unione, a uskoro i osnivač poduzeća Slobodna plovidba. Gradio je poslovno carstvo, povećavao brodovlje i materijalno bogatstvo. Sa suprugom Marom imao je kćer Mariju i sina Edija. Marija se udala za očeva suradnika Boža Banca. Živjeli su u europskim prijestolnicama, u Rimu, Parizu i Londonu. Marija je u Rimu upoznala Meštrovića, kojeg je njezina pojava posebno očarala i koji ju je ovjekovječio u nekoliko skulptura. U ožujku 1918. godine, nekoliko mjeseci prije velikog obiteljskog veselja, vjenčanja sina Edija, koji je u Rimu trebao oženiti neku Talijanku, u Zagrebu iznenadno umire otac Ivo. Vjenčanje se ipak trebalo održati krajem godine, no par dana prije vjenčanja, sredinom prosinca 1918. godine, zbog posljedica zaraze španjolskom gripom, umiru Edi, njegova zaručnica, te sestra mu Marija Banac. Shrvana majka Mare živjela je još samo godinu dana, ali ipak dovoljno da osnuje Zakladu Pomorsko-trgovačke akademije “Ivo Račić” i osigura preduvjete za ispunjenje posljednje želje svoje kćeri Marije – da joj prijatelj Ivan Meštrović sagradi grobnicu. Meštrović je grobnicu u obliku mauzoleja, posvećenog Gospi od Anđela, izgradio na mjestu nekadašnje crkvice Svetog Roka i simbolikom ga posvetio vječnom životu. Na zvonu, visoko u lanterni, ispod reljefa s prikazima Navještenja, Oplakivanja i Uskrsnuća, uputio je poruku prijateljici Mariji, koja je zapravo ključ razumijevanja cjelokupne ikonografske poruke – *Saznaj tajnu ljubavi, riješit ćeš tajnu smrti i vjerovat da je život vječan.*

Upravo ovdje, na Roku, razmišljajući o dubokoj poruci o vječnom životu, a svega nekoliko metara od groba našeg najvećeg pravnika Balda Bogišića, prisjećam se profesora i prijatelja Marka Petraka, rođenjem Zagrepčanina, a dušom i srcem Konavljanina i Cavtaćanina. Preminuo je iznenada i prerano, 17. siječnja 2022. godine, a ovaj tekst je moj skromni zapis o životu, djelu i crticama iz našeg poznanstva.

Profesor Marko Petrak rodio se 17. travnja 1972. godine u Zagrebu, od oca Nikice, pjesnika i akademika, i majke Jelke Vlahutin, Konavočke, sveučilišne profesorice. Odrastao je u obitelji gdje se njegovala ljubav prema klasičnoj kulturi, umjetnosti, jezicima i knjizi, što je bez dvojbe ostavilo traga na njegovo kasnije profiliranje. Prisjećam se priča o Miroslavu Krleži kojeg je posjećivao sa svojim ocem. To je bilo okruženje koje je doprinijelo izgradnji njegova kozmopolitskog duha. Nakon završene osnovne škole, upisao je slavnu Klasičnu gimnaziju u Križanićevoj, koja se u doba Šuvarove reforme zvala Centrom za jezike. Svoj obrazovni put nastavio je na Pravnom fakultetu u Zagrebu gdje je 1994. godine stekao zvanje diplomiranog pravnika, a tri godine kasnije i magistra pravnih znanosti. Doktorsku disertaciju pod nazivom *Izvorna struktura i funkcija vindikacije u rimskom pravu* obranio je u Zagrebu 2003. godine pod mentorstvom prof. dr. sc. Vesne Radovčić, a po njegovu kazivanju, i uz bezrezervnu znanstvenu podršku prof. dr. sc. Janeza Kranjca. Paralelno je studirao filozofiju na Filozofskom fakultetu, gdje je, nedavno, 2020. godine, obranom diplomskog rada *Platonička definicija pravednosti i europska pravna tradicija* stekao zvanje magistra filozofije. Završetak studija filozofije jako ga je veselio i za njega je predstavljao posebnu profesionalnu satisfakciju. U okvirima izbornosti unutar filozofskog studija završio je dvije godine studija klasične filologije. U konačnici, smrt ga je spriječila da okonča i treći studij, studij teologije, koji je pohađao na Filozofsko-teološkom institutu Družbe Isusove u Zagrebu, afileiranom Papinskom sveučilištu *Gregoriana* u Rimu. Formalna poslijediplomska usavršavanja prošao je kroz program *Dubrovačke medievističke radionice* pri Međunarodnom središtu hrvatskih sveučilišta, te romanistički seminar pri Centru za studije i istraživanja antičkih prava (*Centro di studi e ricerche sui Diritti Antichi*) Sveučilišta u Paviji (*Almo Collegio Borromeo*). Na Katedri za rimsko pravo Pravnog fakulteta u Zagrebu bio je zaposlen od 1995. godine, u svim akademskim zvanjima, od asistenta, do redovitog profesora u trajnom zvanju. Godinama je bio nositelj nekoliko kolegija na Sveučilištu u Dubrovniku, a gostovao je i na mnogim sveučilištima u regiji i Europi. Obavljaio je niz dužnosti na Pravnom fakultetu u Zagrebu, od 2008. godine bio je predstojnik Katedre, u dva navrata prodekan (2003. – 2005. i 2009. – 2011.), zatim predstojnik Zavoda za pravnu povijest i rimsko pravo (2013. – 2019.), a posljednjih deset godina i glavni urednik *Zbornika Pravnog fakulteta u Zagrebu*. Kao odgovornom i društveno angažiranom znanstveniku povjeravane su mu i različite druge dužnosti pri Ministarstvu znanosti, Sveučilištu u Zagrebu, Zakladi “Zlatko Crnić”, Hrvatskoj odvjetničkoj komori, Društvu sveučilišnih nastavnika itd.

Profesor je bio prepoznat u europskim romanističkim krugovima (za razliku od mnogih). Bio je član uredništva različitih edicija i časopisa širom Europe. Prisjećam se kako sam samo bio oduševljen kad sam ugledao zahvalu koju mu je

napisao Tommaso Beggio u knjizi o Koschakeru. Bio je znanstvenik za kojeg su europski romanisti znali, s kojim su komunicirali i kojem su povjeravali odgovorne zadatke, poput recenzija projekata ili znanstvenih radova iz najuglednijih europskih časopisa. Suradnju je imao s ozbiljnim romanistima njemačke i talijanske škole (ukoliko ih je moguće tako separativno promatrati). Ukoliko Profesorovu znanstvenu karijeru promotrimo kroz kategoriju vremena, ona je trajala samo polovicu prosječne. Ipak, ostavio je impresivno bibliografsko nasljeđe, koje potvrđuje stav rimskog filozofa Senece da je život samo kazališna predstava, u kojoj nije bitno koliko dugo predstava traje, već koliko je dobro odigrana. Bibliografija sadrži preko stotinu znanstvenih radova, četiri monografije, jedan sveučilišni udžbenik i više od sedam stotina znanstveno-popularnih i stručnih priloga. Profesorovi istraživački interesi, u skladu s njegovom općom erudicijom, bili su vrlo široki, a okvirno promatrajući teme, kreću se od klasičnog rimskog prava i filoloških analiza pravnih izvora, pravne recepcije i razvoja europskog prava, kanonskog prava, bizantskog prava pa sve do razmatranja aktualnih izazova suvremenog građanskog prava kroz prizmu rimske pravne tradicije.

Cjelokupan znanstveni doprinos gotovo je nemoguće sumirati. Uvjeren sam kako će se o Profesoru pisati u desetljećima koja dolaze, te kako će generacije budućih znanstvenika u njegovu opusu nalaziti uporišta za daljnji rad. Ukazat ću na samo nekoliko puteva na kojima je svojim radovima izgradio znanstvene svjetionike.

Kad je riječ o doprinosu razumijevanju rimskog prava i ulasku u ozbiljne romanističke rasprave, vjerojatno se najveći doprinos krije u neobjavljenoj doktorskoj disertaciji koja je u svom fokusu imala izvornu strukturu i funkciju vindikacije u rimskom pravu. Riječ je o hrabrom znanstvenom poduhvatu u kojem je kao istraživač nastojao doći (i došao je) do vlastitih zaključaka o procesu nastanka vindikacijske zaštite. Iako je disertacija bila klasično romanistička, vrlo brzo Profesor potvrđuje kako je rimsko pravo za njega puno više od drevne discipline. Prepoznajući u rimskim izvorima neiscrpni tezaurus pravnih iskustava, a u rimskom pravu temelje europskog prava, nastojao je rimsko pravo staviti u korelaciju s najaktualnijim izazovima suvremenog prava. Iz ugla pravnih pozitivista, osobito je interesantno kako je znanstveno raščlanio mehanizme za popunjavanje pravnih praznina, ukazujući pravnim praktičarima na koji način i u kojem obimu rimsko-kanonsko *ius commune* može biti primijenjeno u suvremenom kontekstu. Iako je bio je na udaru kritika od strane pojedinih hrvatskih znanstvenika, ostao je svjestan tereta znanstvenosti i uspješno argumentirao svoje poglede. U konačnici, njegovi su stavovi bili podržani od strane ozbiljnih imena europske romanistike, a najveće zadovoljstvo (svojevrnsnu pobjedu) predstavljali su stavovi samih praktičara, poput bivšeg suca Vrhovnog i Ustavnog suda Republike Hrvatske

Mladena Žuvele, koji je u svojoj monografiji o vlasničkopравnim odnosima (na temelju Profesorova učenja) zaključio kako – *rimska pravna pravila mogu imati (imaju!) status izvora suvremenog hrvatskog pozitivnog prava* (Žuvela, *Vlasničkopравni odnosi*, Zagreb, 2014., str. XLVI).

U ovu seriju radova mogu se svrstati i svi radovi koji u najširem smislu ukazuju na značaj rimske pravne tradicije, kao važne sastavnice europskog identiteta u odnosu na hrvatsku pravnu kulturu. Rad u kojem je jezgrovito na to ukazao nalazi se kao prilog knjizi njemačkog romaniste Petera Steina naslova “Rimsko pravo i Europa: povijest jedne pravne kulture” (*Römisches Recht und Europa: Die Geschichte einer Rechtskultur*), a čije je hrvatsko izdanje Profesor, zajedno s ocem Nikicom, preveo i stručno uredio. Objavio je nekoliko radova o problematici recepcije *ius commune* u srednjovjekovnim komunama, zatim djelovanja rimskog prava posredstvom modernih građanskih kodifikacija na hrvatskim prostorima u 19. i 20. stoljeću te razvoju romanistike kao znanstvene i nastavne discipline tijekom 20. stoljeća, prvenstveno u odnosu na sraz s totalitarnim ideologijama i (re)europaizacijom prava u samostalnoj Hrvatskoj.

Značajan doprinos Profesorova pristupa bila je popularizacija romanistike kroz (re)aktualizaciju rimskih pravnih regula. U njima je prepoznao tisućljetno rimsko i europsko pravno iskustvo i nit poveznicu u procesu harmonizacije europskog prava. Pratio je primjenu regula u praksi sudova i objašnjavao kako, iako najčešće samo stilske uporabe, katkad mogu imati (i imaju) meritoran značaj u sudskom odlučivanju. Redovito je objavljivao kratke priloge u zagrebačkom pravnom tjedniku *Informator*, povezujući regule i druge povijesno-pravne teme sa suvremenosti.

Dio svog znanstvenog potencijala usmjerio je na razumijevanje učenja Balda Bogišića, a gdje je *genius loci* sigurno ponešto učinio. Komparirao je Bogišićeve zakonjačke i rimske regule, ukazujući na njihovu duboku ukorijenjenost u rimskoj pravnoj tradiciji. Dosta dobro je poznao Bogišićev opus pa i sadržaj njegove zbirke u Cavtatu. U rukopise nije dublje zašao, vjerojatno nadajući se da će im se moći posvetiti u nekim budućim cavtatskim danima, koji nažalost nisu došli. Smatram važnim napomenuti kako je svojim radovima i nekim javnim izlaganjima afirmirao Bogišića kao hrvatskog znanstvenika, Konavljanina, uspješno skidajući teret Srbokatoličkog pokreta s njegovih pleća i objašnjavajući kroz prizmu tadašnjeg vremena Bogišićevu istinsku zaljubljenost i identifikaciju s Republikom. U kontekstu Bogišića, osjećam potrebu napraviti digresiju i prisjetiti se kako je Profesor u svojoj širini i neprestanoj žeđi za spoznajom jedno vrijeme pregledavao stare konavoske matične knjige, pa pronašao kako po majci ima neke korijene iz Pičeta, zaseoka konavoskog sela Dubravke, u prošlosti znanog kao zaseok akademika. Upravo je i Bogi-

šić, iako rođen u Cavtatu, svoje korijene vukao iz Pičeta pa sam se u našim razgovorima znao našaliti kako su možda i srodnici.

Uz sve navedeno, valja napomenuti kako je Profesor bio aktivan i kao bizantolog, i kao kanonist. U svojstvu glavnog tajnika Hrvatskog društva za bizantske studije, bio je nacionalni predstavnik pri Međunarodnoj udruzi za bizantske studije (*International Association of Byzantine Studies*). Upravo na tragu svojih bizantoloških istraživanja 2016. godine je u *Revue internationale des droits de l'antiquité*, jednom od najznačajnijih romanističkih časopisa na svijetu, objavio rad koji povijesno-pravno analizira liturgijske laude na području bizantske Dalmacije. Bio je i član Hrvatskog kanonističkog društva, a u razdoblju od 2015. do 2019. godine vodio je znanstveni projekt *Rimsko-kanonska pravna tradicija i europeizacija hrvatskog prava*, gdje je kao rezultat projekta objavljen niz značajnih studija iz segmenta rimsko-kanonske pravne tradicije i njezina utjecaja na suvremeno hrvatsko pravo. Zasiurno najznačajniji rezultat je knjiga *Katolička crkva, vjerske zajednice i hrvatski pravni sustav*, objavljena u suautorstvu s prof. dr. sc. Franom Staničićem 2020. godine. Knjiga je dobila Priznanje Zaklade "Dr. sc. Jadranko Crnić" za knjigu od značaja za unapređenje pravne struke 2020. godine, a uskoro bi ugledna izdavačka kuća Kluwer trebala objaviti i englesko izdanje.

Mnogim studentima i mladim znanstvenicima Profesor je bio ideal kojem se teži. Dobro pamtim pozitivne reakcije nakon jednog predavanja s doktorskog studija. Predavanje je bilo vrlo posjećeno. Profesor je stajao, na njemu specifičan način naslonjen na katedru, i elokventno i s puno žara izlagao pitanje recepcije rimskog prava na području jugoistočne Europe. Sati su brzo prolazili, a teme su se nanizale od najstarijih rimskih spomenika u Dalmaciji, mitreja u staroj Bogišićevoj kući, bizantskog prava i *ius commune*, pa sve negdje do pristupa kodifikaciji i rimskom pravu danas. Predavanje je bilo neka vrsta simbioze znanja i vještine uspješnog prijenosa na zainteresiranu publiku.

Bio je profesor, drukčiji od ostalih. Osobno sam u Profesoru imao i profesora i prijatelja. Često smo razmjenjivali članke, knjige, stare razglednice i druge interesantne izvore. Ipak, znalo se dogoditi da je on već vidio ono što pošaljmem, pa sam već blago odustajao od pomisli da će biti neki *novum*. Dijapazon tema kretao se od romanistike do novinskih tekstova. Posljednje što ga se baš dojmilo, a što sam ja sasvim usputno našao u Znanstvenoj knjižnici u Dubrovniku, bio je jedan Krležin tekst iz 1948. godine o proslavi Tijelova u Dubrovniku, a za koji smo se nekako složili da vjerojatno predstavlja razlog što Krležu u Gradu nikad nije dobio spomenik ili reprezentativnu ulicu. Bio je zainteresiran za spoj pravnih kultura u Bosni i Hercegovini. Sjećam se kako se iskreno radovao kad mu je profesor Durmišević poklonio davno obećani

primjerak Medželle. U kontekstu tradicije pravnog obrazovanja, posjedovao je mnoštvo podataka o profesorima prava Više islamske šerijatsko-teološke škole (VIŠT) u Sarajevu. Budući da je njegova konavoska nošnja imala i kapu, koja je bila slična bosanskom fesu kakve su nekad nosili VIŠT-ovci, znao se našaliti kako bi se sigurno uklopio u tadašnji kolektiv. U pripremi priloga za prošlogodišnji skup o razvoju znanstvenih disciplina na Pravnom fakultetu u Sarajevu (koji je vjerojatno jedan od posljednjih međunarodnih skupova na kojem je osobno sudjelovao), dostavio mi je obilje podataka o profesoru Bajiću, sorbonnskom doktorandu, vojvođanskom plemiću i prvom profesoru rimskog prava u Bosni i Hercegovini. Bio sam zatečen količinom informacija koje je imao, a sjećam se kako ga je na kraju i opisao na temelju sjećanja nekog svog zagrebačkog susjeda, starog sarajevskog studenta prava.

Koliko god u akademskom smislu bio velik, mene je uvijek iznova oduševljavala njegova skromnost i pristupačnost. Svima je prilazio s velikim poštovanjem. Krasili su ga posebna energija, duhovnost i smisao za humor kakav se rijetko susreće. Osobno sam u njemu imao profesora, mentora, učitelja, intelektualca za razgovor o mnogim temama, ali i prijatelja, kojem sam se uvijek istinski i iznova divio. Bio je moj snažan oslonac na akademskom i znanstvenom putu i njegov odlazak doživljam kao trajni gubitak jednog akademskog dijela sebe. U procesu okončanja pisanja disertacije, čiji smo projekt idejno kreirali u jednom zagrebačkom kafiću, u Dalmatinskoj ulici, bezbroj puta sam se prisjećao razgovora i različitih savjeta. Često mi je otvarao vidike i slao radove koji bi mogli biti korisni. Osobito su mi bili dragocjeni oni koje sam detaljnije čitao onda kada ga više nije bilo.

Znao je svaki zaseok na padinama Snježnice, a posebne emocije imao je prema Cavtatu. Naš je odnos zapravo ponajviše bio obilježen tom zajedničkom zaljubljenosti u dubrovački kraj, povijest i kulturnu baštinu. O tome smo najčešće i razgovarali. Odlazak mi još uvijek izgleda nestvarno. Često razmišljam o čemu bih još volio da smo razgovarali, a nismo.

U Cavtatu jesen. Kiša i jugo. Mirišu čempresi na Roku. U Tihoj vade barke. Vratit će ih na proljeće u more. Nisu svjesni, *smrt je tu iza ugla, potpuno besmislena*, baš kako je Pjesnik zapisao. No, i kad ih ne bude, pojavit će se u sjećanjima.

Negdje si u Cavtatu, možda s Kapitolija promatraš Tihu, i Rivu, i gore u brdu Gabrile. Spoznao si tajnu smrti i otišao u život vječni. Ovdje živiš u sjećanjima, kroz svoju djecu i kroz svoja djela.

Dragi Marko, sretan sam što smo se poznavali i zahvalan na svemu što sam od tebe naučio. Do nekog novog susreta, adio.

UPUTE ZA AUTORE

Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu je naučno-stručni časopis koji izlazi jednom godišnje. Izdavač časopisa je Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu. U Godišnjaku se objavljuju radovi iz područja pravnih, historijskih, ekonomskih i ostalih društvenih nauka.

Autori zadržavaju autorska prava za članke objavljene u Godišnjaku, ali daju časopisu pravo prvog objavljivanja. Radove prihvaćene za objavljivanje ili već objavljene u Godišnjaku Pravnog fakulteta autor smije objaviti u drugim publikacijama, ali nakon odobrenja Redakcijskog odbora ili glavnog urednika Godišnjaka. U tom slučaju, uz objavljeni članak mora stajati napomena da je rad već objavljen u Godišnjaku.

Radovi se dostavljaju sekretaru Redakcijskog odbora u elektronskoj formi (e mailom, na CD-u ili USB stiku). Uz naslov radova treba stajati ime, titula, institucija i adresa elektronske pošte.

Radovi podliježu dvostrukoj anonimnoj recenziji (double-blind peer review) i u odnosu na to razvrstavaju se u sljedeće kategorije:

1. Izvorni naučni rad
2. Pregledni naučni rad
3. Prethodno naučno saopštenje
4. Stručni rad

Pored kategoriziranih radova, u Godišnjaku se također objavljuju prikazi i osvrti, koji ne podliježu recenziji.

Dužina radova za Godišnjak treba biti između 15 i 30 kartica (1 kartica = broj karaktera bez razmaka podijeljen s 1800), osim u slučajevima kada Redakcijski odbor ili glavni urednik donesu odluku da se prihvata tekst dužine mimo zadatih kriterija. Svaki rad treba imati sažetak do 300 riječi s pet do deset ključnih riječi. Sažetak i ključne riječi prevode se na engleski jezik, a prevodioca određuje Redakcijski odbor ili glavni urednik. Svi radovi podliježu lekturi i klasifikaciji radova prema Univerzalnoj decimalnoj klasifikaciji (UDK). Poslani radovi se ne vraćaju.

Glavni tekst i fusnote pišu se stilom Times New Roman. Veličina fonta za glavni tekst je 12, dok je za fusnote 10. Preporučuje se izbjegavanje isticanja teksta (boldiranje, kurziv), osim u slučajevima latinskih izraza i skraćenica (npr. *de*

lege lata, op. cit., et al. i sl.). Naročito se treba izbjegavati naglašavanje kombinacijom navodnika i kurziva (italika) (npr. “*de lege lata*”). Koriste se navodnici “...”. Označavanje fusnota slijedi pravilo da broj za fusnotu koji se odnosi na cijelu rečenicu ili sintagmu ide iza znaka interpunkcije (npr. “...dolaze iz Bosne i Hercegovine”.¹⁾) dok se broj stavlja prije interpunkcijskog znaka ili u samom tekstu ukoliko se u fusnoti pojašnjava isključivo taj pojam. Tekst treba biti poravnat – justified (uključujući bibliografiju), a pored je jednoredni (single).

Bibliografski podaci o izvorima koji se citiraju uvijek su na jeziku originala i ne smiju se prevoditi.

Stil prema kojem se citiraju izvori u Godišnjaku Pravnog fakulteta u Sarajevu jeste APA stil citiranja. APA stil je format za citiranje razvijen od strane Američkog udruženja psihologa (APA). Ovaj stil se najčešće koristi u društvenim naukama. Podrazumijeva navođenje referenci **u tekstu**, dok se u fusnotama navode ostale napomene i podaci, ukoliko ih ima. Dakle, u tekstu se navode samo osnovni podaci (Prezime, godina, stranica ukoliko se citira ili navodi tačno određen dio teksta), dok se ostali podaci navode u bibliografiji.

Primjeri

Rad jednog autora

Kada u rečenici spominjemo autora i navodimo njegove riječi, onda poslije imena autora navodimo godinu izdanja citiranog rada u zagradi, a na kraju rečenice potrebno je staviti broj strane na kojoj se nalazi rečenica u tekstu iz kojeg navodimo.

Tako, prema riječima Degana (1970), “regionalne organizacije mogu jedino biti sredstvo za izvršenje prinudnih akcija Vijeća sigurnosti, nikako njihov inicijator, a još manje pokretač” (str. 31).

Kada se autor ne spominje u rečenici, onda njegovo prezime, godinu izdanja rada i broj strane u radu stavljamo u zagrade i na kraj rečenice. Ako je citat nastao parafraziranjem ili rezimiranjem onda podatak o broju strane nije neophodan.

Međutim, da bi se ti ciljevi ostvarili, mehanizam očuvanja mira predviđa nekoliko preduvjeta u međunarodnim odnosima (Degan, 1970).

Ako citat koji navodimo u tekstu sadrži više od 40 riječi ne koristimo navodnike, već citat pišemo u posebnom bloku.

Petrić (2009) tvrdi:

Zanimljivo je da je ovaj projekt nastavljen i nakon odbacivanja Ustava za Europu u Francuskoj i Nizozemskoj, odnosno na samitu u Bruxellesu, iako je politički i ideološki sasvim sigurno tijesno povezan s procesom namjeravnih ustavnih promjena u EU koje su se manifestirale nastojanjem usvajanja Ustava. Naime, ideološka i politička pozadina oba projekta jest jačanje integrativnih procesa u EU, a odbacivanje Ustava i svođenje političkih ambicija na mnogo skromnije okvire novog Reformskog ugovora stvorilo je kod većine aktera i promatrača uvjerenje da će i ostali integrativni procesi biti, ako ne zaustavljeni, onda svakako ozbiljno reducirani. No, projekt je nastavljen, iako su se promjene u političkom okruženju svakako manifestirale na njegov obujam, preferencije i predlagane načine ostvarenja temeljnih ciljeva (str. 474).

Rad dvaju autora

Između prezimena autora se ubacuje znak & ukoliko se autori navode u zagradi.

Kamarić i Festić (2009) tvrde da “norme koje reguliraju položaj službenika...” (str. 159).

U upravno pravo svrstavaju se “norme koje reguliraju položaj...” (Kamarić & Festić, 2009, str. 159).

Rad triju do pet autora

Prilikom prvog navođenja takvog izvora navesti sve autore.

(Rokai, Đere, Pal, & Kasaš, 2002)

Kod kasnijih navođenja ovog izvora navesti samo prvog autora i dodati et al. (Rokai et al., 1982)

Radovi udruženja, korporacija ili drugih organizacija

Ako je autor rada neka organizacija ili korporacija, onda njen naziv treba staviti u zagrade kao autora tog djela. Ako organizacija ima poznat skraćeni naziv, tada ćemo taj skraćeni naziv napisati u uglastim zgradama, nakon punog naziva, u prvom navođenju; svako sljedeće navođenje obilježavat ćemo ovim skraćenim nazivom.

prvo navođenje:

(Akademija nauka i umjetnosti BiH [ANUBiH], 2000)

kasnija navođenja:

(ANUBiH, 2000)

Nepaginirani izvori (bez označenog broja stranica)

Kada citiramo izvor koji ne prikazuje broj strana (kao što su elektronski izvori) koristite broj paragrafa ili naslov odjeljka i broj paragrafa u tom odjeljku:

(Bogić, 2006, para. 5)

(Wild, 2005, Conclusion section, para. 1)

Autori s istim prezimenom

Kod autora s istim prezimenom treba koristiti inicijale imena kako bi bilo jasno o kome je riječ.

Istraživanje koje je proveo J. Đorđević (1978) dovelo je do...

Više referenci istog autora

Ako imamo dvije ili više referenci istog autora iz iste godine, poslije podatka o godini dodajemo slovne oznake "a", "b", itd.

(Jacobs, 2005a)

(Jacobs, 2005b)

Dva ili više radova u jednom citatu

Kada navodimo dva ili više radova, onda u zagradi navodimo autore originalnih radova po redu objavljivanja i razdvajamo ih tačkom-zarezom:

Interesantno je da drugi autori, opet, relativizmu suprotstavljaju realizam, naročito jedan njegov vid posebno popularan u epistemologiji - konvergentni realizam (Sinđelić, 1988; Kirk, 1999).

Veći broj radova istog autora objavljenih u različitim godinama

Tako Hodžić (2002, 2005) navodi...

Iznesen je zaključak (Hodžić, 2002, 2005).

Dva autora različitih radova citirana u istoj rečenici

Šabić (1997) i Hodžić (2000) su...

Sekundarni izvori

Ukoliko se poziva na rad čiji original iz nekog razloga nije bilo moguće pročitati, nego je u radu drugog autora nađena njegova referenca, takav rad je sekundarni izvor.

...ima za cilj da sve međusobne odnose tih zemalja isključi iz nadležnosti svjetske organizacije, čak ako tako dođe i do akata agresije (Shurshalov, 1969, citirano prema Degan, 1970)

Nepoznat autor

U slučajevima kada nije poznat autor nekog rada, koristi se skraćenica Anon. (od Anonymus).

U istoriji prava... (Anon., 1904)

Web-izvori u tekstu

Ukoliko se citira literatura dostupna na internetu, navodi se autor ili naziv organizacije i godina objavljivanja, ukoliko je to poznato. Ako autor nije poznat, u tekstu se navodi Anon. i godina kada je web-stranica postavljena ili ažurirana. Važno je voditi računa da se ne navede datum pristupa web stranici, već datum objave teksta.

Prema istraživanju o maloljetnim počiniocima krivičnih djela (Agencija za statistiku Bosne i Hercegovine, 2015)...

Istraživanja o počiniocima krivičnih djela (Anon., 2014)...

Bibliografija

APA stil nalaže da naslovi budu poredani tako da prva linija svakog unosa stoji do lijeve margine, a ostale linije da budu uvučene.

Reference trebaju biti poredane po abecednom redoslijedu. Kod naslova na stranim jezicima koji počinju s određenim ili neodređenim članovima ("a",

“the”, “Die”, ...), član se zanemaruje. Isto tako, ako neki naslov počinje brojem, taj broj pišemo slovima.

Navođenje referenci u bibliografiji

Knjige

Knjiga jednog autora

Prezime autora, inicijal(i) imena (godina izdanja). *Naslov djela: podnaslov*. Mjesto izdanja: naziv izdavača.

Tomić, Z. (2007). *Krivično pravo I: krivično djelo*. Sarajevo: Pravni fakultet.

Knjiga s više izdanja (ne navodi se ako ima samo jedno izdanje)

Prezime autora, inicijal(i) imena (godina izdanja). *Naslov djela: podnaslov* (br. izdanja). Mjesto izdanja: naziv izdavača.

Sijerčić-Čolić, H. (2008). *Krivično procesno pravo. Knj. 1, Krivičnoprocesni subjekti i krivičnoprocesne radnje* (2. dopunjeno i izmijenjeno izd.). Sarajevo: Pravni fakultet.

Knjiga više autora

Kada imamo više autora navodimo ih sve, s tim što prije posljednjeg prezimena dodajemo ampersend (&). Ako imamo više od sedam autora, navodimo prvih šest, zatim pišemo tri tačke, i na kraju posljednjeg autora.

Prezime autora, inicijal(i) imena, & prezime, inicijal(i) (godina izdanja). *Naslov djela: podnaslov*. Mjesto izdanja: naziv izdavača.

dva autora:

Dorđević, S., & Mitić, M. (2000). *Diplomatsko i konzularno pravo*. Beograd: Službeni list SRJ.

četiri autora:

Rokai, P., Đere, Z., Pal, T., & Kasaš, A. (2002). *Istorija Mađara*. Beograd: Clio.

Knjiga, prijevod djela

Prezime autora, inicijal(i) imena (godina izdanja). *Naslov djela*. (Inicijal(i) imena prezime, prev.). Mjesto izdanja: naziv izdavača.

Spic, E. H. (2011). *Umetnost i psiha: studija o psihoanalizi i estetici*. (A. Nikšić, prev.). Beograd: Clio.

Knjiga s urednikom ili priređivačem, zbornik radova

Ako je knjiga zbornik radova s nekog naučnog skupa ili na neku odgovarajuću temu, kao autora navodimo priređivača tog djela i uz njegovo prezime i inicijal imena u zagradi dodajemo “ured.” ako je urednik, ili “prir.” ako je priređivač, ili pak “Ed.” kao editor ako je knjiga pisana na stranom jeziku.

Prezime autora, inicijal(i) imena (ured.) (godina izdanja). *Naslov djela*. Mjesto izdanja: naziv izdavača.

Prezime autora, inicijal(i) imena (Ed.) (godina izdanja). *Naslov djela*. (Inicijal(i) imena prezime, prev.). Mjesto izdanja: naziv izdavača.

Đurković, M. (ured.) (2007). *Srbija 2000-2006: država, društvo, privreda*. Beograd: Institut za evropske studije.

Doktorske disertacije

Prezime autora, inicijal(i) imena (godina izdanja). *Naslov djela* (doktorska disertacija). Naziv institucije.

Izmirlija, M. (2014). *Transformacija funkcija moderne države* (doktorska disertacija). Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu.

Članci i prilozi

Članak u zborniku

Prezime autora, inicijal(i) imena (godina izdanja). Naslov odjeljka ili članka. U: Inicijal(i) imena Prezime, (priređio), *Naslov djela* (str. broj strana). Mjesto izdanja: naziv izdavača.

Radović, Z. (2007). Donošenje ustava. U: M. Đurković (ured.). *Srbija 2000-2006: država, društvo, privreda* (str. 27–38). Beograd: Institut za evropske studije.

Članak iz naučnog časopisa

Prezime autora, inicijal(i) imena (godina izdanja). Naslov članka. *Naslov časopisa*, godiššte (broj), opseg strana.

Gradašćević-Sijerčić, J. (2012). Pravci razvoja radnog zakonodavstva u BiH. *Pravni savjetnik*, I (1), 65–73.

Članak iz magazina

Članak iz magazina ima isti format kao kad opisujemo članak iz naučnog časopisa, osim što dodajemo podatak o mjesecu (ako izlazi mjesečno), i podatak o danu (ako izlazi sedmično).

Bubnjević, S. (2009, decembar). Skriveni keltski tragovi. *National Geographic Srbija*, 38, 110–117.

Članak iz novina

Za prikaz ovih izvora treba dodati podatak o godini, mjesecu i danu za dnevne i sedmične novine. Također, koristiti “str.” (ili “p.” ako su novine na stranom jeziku) kod broja strana.

Mišić, M. (1. feb. 2012). Ju-Es stil smanjio gubitke. *Politika*, str. 11.

A ako se ne spominje autor članka:

Straževica gotova za dva meseca. (1. feb. 2012). *Politika*, str. 10.

Članak iz enciklopedije

Kinni, T. B. (2004). Disney, Walt (1901-1966): Founder of the Walt Disney Company. U *Encyclopedia of Leadership* (God. 1, str. 345-349). Thousand Oaks, CA: Sage Publications.

Online izvori

Članak iz online naučnog časopisa

Stankov, S. (2006). Phylogenetic inference from homologous sequence data: minimum topological assumption, strict mutational compatibility consensus

tree as the ultimate solution. *Biology Direct*, 1. Preuzeto sa <http://www.biology-direct.com/content/1/1/5>

Web-stranice

Podatak o godini se odnosi na datum kreiranja, datum copyrighta, ili datum posljednje promjene.

Kraizer, S. (2005). *Safe child*. Preuzeto 29. februara 2008, sa <http://www.safechild.org/>

Članak iz online enciklopedije

Containerization. (2008). U *Encyclopædia Britannica*. Preuzeto 29. februara 2008, sa <http://search.eb.com>

Zakoni

Naziv zakona, naslov publikacije u kojoj je zakon objavljen, broj, godina. Zakon o javnim nabavkama. Službeni glasnik BiH, 39/14.

Izjava o etičnosti i savjesnosti Godišnjaka Pravnog fakulteta u Sarajevu

Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu je akademski naučni časopis koji se pridržava najviših standarda etike uredničkog rada, načela Etičkog kodeksa Univerziteta u Sarajevu, kao i načela Kodeksa ponašanja za urednike časopisa Komisije za izdavačku etiku (The COPE Code of Conduct for Journal Editors). Iskrenost, originalnost i poštenje od strane autora, kao i pravičnost, objektivnost i povjerljivost od strane urednika i recenzenata, vrijednosti su na kojima se zasniva uređivanje i izdavanje Godišnjaka Pravnog fakulteta u Sarajevu.

Kako bismo čitalačkoj publici ponudili kvalitetan sadržaj, navodimo sljedeća načela etike uredničkog rada kojih se moraju pridržavati autori, recenzenti i izdavač Godišnjaka.

Ukoliko se otkrije da rad predat za objavljivanje ne odgovara ovim načelima, neće biti objavljen u Godišnjaku.

Radovi podliježu dvostrukoj anonimnoj recenziji (double-blind peer review). Kroz proces recenziranja i uređivanja, prati se mogućnost plagiranja i falsificiranja sadržaja. U slučaju plagiranja, Redakcijski odbor izvještava autora o tome, te poduzima druge mjere.

Autori radova moraju jamčiti za izvornost objavljenih radova. Od autora se očekuje da riječi drugih autora, saradnika ili izvora adekvatno obilježe referencama. Autori koji predaju radove za Godišnjak moraju garantirati da su radovi njihovo originalno autorsko djelo, te da ni dijelovi, niti cijeli rad, nisu plagirani bez navođenja korištenih izvora. Bilo koji dio rada koji predstavlja citat ili parafrazu tuđih riječi ili djela, mora biti obilježen referencom odakle je preuzet. Autori bi trebali skrenuti pažnju na potencijalne finansijske ili druge sukobe interesa koji bi mogli utjecati na rezultate ili interpretaciju njihovih radova. Ukoliko autor otkrije grešku u radu, dužan je o tome obavijestiti Redakcijski odbor Godišnjaka, te pružiti podršku kako bi se greška odstranila ili rad povukao. Autori su također dužni radove ispraviti u skladu s preporukama recenzenata, kako bi se osigurala kvaliteta radova. Svi radovi se predaju u elektronskoj formi.

Izdavač osigurava dvostruku anonimnu recenziju radova predatih za objavljivanje u Godišnjaku. Nastojat će spriječiti bilo kakav potencijalni sukob

interesa između autora i izdavača. Izdavač takođe garantira da de podatke vezane za predate radove držati u tajnosti do objavljivanja, a ukoliko rad ne ispunji kriterije za objavljivanje, podaci ostaju trajno tajni. Izdavač zadržava pravo da provjerava da li su radovi originalni bilo kojim sredstvima (programima za otkrivanje plagijata i sl.).

Izdavač nastoji zadovoljiti potrebe autora i čitatelja, te stalno radi na poboljšanju kvalitete publikacije. Procesom recenziranja od strane renomiranih recenzenata osigurava kvalitetu radova koji se objavljuju u Godišnjaku. Izdavač osigurava autorima slobodu izražavanja. Izdavač je uvijek spreman naknadno objaviti ispravke, pojašnjenja ili izvinjenja, ukoliko je to potrebno.

Urednik poduzima opravdane mjere ukoliko su mu prezentirane etičke pritužbe na rad predat za objavljivanje ili već objavljeni rad, u suradnji s Redakcijskim odborom. Te mjere de uključivati kontaktiranje autora uz jasno objašnjenje zaprimljenih pritužbi, ali mogu takođe uključivati i komunikaciju s nadležnim institucijama i istražnim tijelima. Ukoliko se pritužba pokaže istinitom, izdavač povlači rad bez objavljivanja, ili u narednom broju štampa ispravku, izražavanje zabrinutosti ili neku drugu relevantnu napomenu. Svako prijavljeno neetičko ponašanje u odnosu na objavljene radove uredništvo je dužno provjeriti, bez obzira na to kada je rad objavljen.

Recenzenti radove ocjenjuju anonimno na osnovu sadržaja bez obzira na etničko porijeklo, spol, seksualnu orijentaciju, državljanstvo, religijska uvjerenja ili političku filozofiju autora. Dužni su da sve informacije o predatim rukopisima drže u tajnosti te da obavijeste glavnog urednika ukoliko primijete da autori krše autorska prava ili je njihov rad plagijat. Radove ocjenjuju objektivno i svoju ocjenu jasno obrazlažu u obrascu za recenziju. Ukoliko recenzent primijeti da nije kvalificiran ocijeniti rad ili da nije u mogućnosti ocijeniti ga, dužan je o tome obavijestiti glavnog urednika.

ISSN 0581-7471

