

ISSN 1986-5546

SVEUČILIŠTE/UNIVERZITET "VITEZ" VITEZ



FAKULTET PRAVNIH NAUKA

Zbornik radova

Broj 4

Vitez, 2013.

IMPRESSUM

Zbornik radova Fakulteta pravnih nauka

Izdavač

Sveučilište/Univerzitet "Vitez" Vitez

Odluka Senata i Upravnog odbora o formiranju časopisa za Fakultet
pravnih nauka br. 156/09 od 15.4.2009. godine

ISSN broj 1986-5546

ISSN broj (Online) 2233-114X

Časopis izlazi jednom godišnje

Broj 4

Tiraž 100 primjeraka

Elektronska verzija časopisa: www.unvi.edu.ba

UREDNIK

/Editor-in-Chief/

Dr. Miloš Trifković

Članovi redakcije /Editorial Board/

Dr. Slobodan Čamilović, predsjednik

Dr. Stjepo Pranjić

Dr. Sladan Ajvaz

Dr. Fuad Purašević

Dr. Mile Matijević

Sekretar redakcije / Secretary of the Editorship /

Senad Hasanspahić mr. sci. iur.

Lektor / Language Editor /

Sanjin Oruč

Prevodilac / Translator /

Mr. Kamiah Karović

Adresa / Address of Editorship /

Adresa: Poslovni centar 96-2 Vitez

e-mail: zbornik.fpn@unvi.edu.ba

Telefon i faks / phone and fax number /

Tel +387 30 509 750, faks +387 30 509 759

Priprema i štampa / Layout i print /

MARKOS Banja Luka

SADRŽAJ

- DOKAZIVANJE I DOKAZNA SREDSTVA U PARNIČNOM I UPRAVNOM POSTUPKU.....	3
- USPOREDBA INSITUCIONALIZIRANJA PRAVNOG REŽIMA TEMELJNE FUNKCIJE DRŽAVNIH MIROVINSKIH SUSTAVA.....	41
- KRIVIČNO DJELO TERORIZMA – UPOREDNOPRAVNI ASPEKTI	99
- RETROAKTIVNA PRIMJENA KAZNENOG ZAKONA BOSNE I HERCEGOVINE U PREDMETIMA RATNIH ZLOČINA – ARGUMENTI „ZA“ I „PROTIV“?.....	117
- EKOLOŠKI KRIMINALITET KAO KRIVIČNO DELO I PROBLEM NJEGOVOG SPREČAVANJA I SUZBIJANJA U REPUBLICI SRBIJI.....	145
- TUŽILAČKI KONCEPT ISTRAGE U KRIVIČNOM PROCESNOM ZAKONODAVSTVU BIH.....	161
- NEKE OD TIPOLOGIJA PRANJA NOVCA U BIH I SVIJETU.....	177
- IMPLEMENTACIJA NEKIH PROPISA EU OD STRANE EVROPSKE KOMISIJE	203
- DEROGIRANJE LJUDSKIH PRAVA I OSNOVNIH SLOBODA U BORBI PROTIV TERORIZMA: SLUČAJ UJEDINJENOG KRALJEVSTVA.....	223
- ARBITRAŽNO RJEŠAVANJE PRIVATNOPRAVNIH TRGOVINSKIH SPOROVA S ELEMENTOM INSTRANOSTI U PRAVOM SISTEMU BOSNE I HERCEGOVINE.....	241
- Doc.dr. Fuad Purišević, OPĆI UPRAVNI POSTUPAK U BOSNI I HERCEGOVINI: UPRAVNO PROCESNO PRAVO-PRVI DIO, JP NIO SLUŽBENI LIST BOSNE I HERCEGOVINE.....	267

- PRAKSA USTAVNOG SUDA BOSNE I HERCEGOVINE.....	271
- IZJAVA O MISIJI ZBORNIKA RADOVA FAKULTETA PRAVNIH NAUKA.....	293
- IZJAVA O VIZIJI ZBORNIKA RADOVA FAKULTETA PRAVNIH NAUKA.....	295
- RAZRAĐENA UPUTSTVA AUTORIMA I UPUTSTVO AUTORIMA.....	297
- KRITERIJI ZA KATEGORIZACIJU PRILOGA KOJE OBJAVLJUJE ZBORNIK RADOVA FAKULTETA PRAVNIH NAUKA.....	303
- POSLOVNIK RADU REDAKCIJE GLAVNOG I ODGOVORNOG UREDNIKA ZBORNIKA RADOVA PRAVNOG FAKULTETA.....	307

Doc. dr. Fuad Purišević
Sveučilište/Univerzitet "Vitez" Vitez
Fakultet pravnih nauka
E-mail: fuad.purisevic@unvi.edu.ba
Izvorni naučni rad

UDK 342.9:347.94
35.077.3

DOKAZIVANJE I DOKAZNA SREDSTVA U PARNIČNOM I UPRAVNOM POSTUPKU

Sažetak

Zakoni o parničnim postupcima i zakoni o upravnim postupcima u Bosni i Hercegovini, kao i teorija parničnog i upravnog postupka, bave se opširno dokazima i izvođenjem dokaza. Ovo je slučaj i u svim drugim savremenim pravnim sistemima svijeta. Pod dokazivanjem se smatra niz radnji suda, odnosno organa uprave i stranaka/e. Te radnje u parničnom postupku obuhvataju, prije svega, prijedloge stranaka za izvođenje dokaza, a potom i rješavanje o tome koji dokazi treba da budu izvedeni. Kada se to utvrdi, stranke podnose dokazna sredstva, ali se dokazi pribavljaju i od strane suda. Nakon njihovog podnošenja i pribavljanja, slijedi izvođenje i ocjena dokaznih sredstava, što za krajnji rezultat ima utvrđivanje materijalne istinitosti činjenica od kojih zavisi primjena pravila materijalnog ili procesnog prava. Kako se izraz "dokaz" u zakonima ne primjenjuje dosljedno, u ovom radu će se koristiti isključivo u smislu dokaznog sredstva. U upravnom postupku, kada se na zahtjev stranke/a rješavaju upravne stvari, tada su stranke dužne u zahtjevu za pokretanje postupka navesti sve činjenice na kojima zasnivaju svoj zahtjev i za te činjenice ponuditi odgovarajuća dokazna sredstva i po mogućnosti podnijeti ih organu koji vodi postupak. Međutim, radi utvrđivanja pravog stanja stvari, što čini bit načela materijalne istine, službena osoba koja vodi upravni postupak može po službenoj dužnosti izvesti svaki dokaz ako smatra da je to potrebno radi razjašnjenja stvari. Prema tome, pod dokaznim sredstvom se podrazumijevaju izvori saznanja o postojanju ili nepostojanju činjenica čije je utvrđivanje od značaja u parničnom i upravnom postupku.

Ključne riječi: dokazivanje ili izvođenje dokaza, dokaz ili dokazno sredstvo, parnični postupak, upravni postupak

EVIDENCE AND EVIDENCE MEANS IN CONTENTIOUS AND ADMINISTRATIVE PROCEDURE

Summary

Law on contentious procedure and Administrative procedure in Bosnia and Herzegovina, as well as theory on contentious and administrative procedure deal extensively with evidence and presentation of evidence. This is a case in all other contemporary legal systems in the world. Presenting evidence implies a number of actions of the court and administration bodies and party/parties. Those actions in contentious procedures, inter alia, encompass and then resolving which evidence should be presented. When that is determined, parties submit evidence means (evidence), evidence is also gathered by the court. After submission and collection, presentation of evidence is performed and then judgment of evidence means (evidence) whose end result is establishing material certainty of facts from which application of rules of material or process law depends. As the term «evidence» in laws is not applied consistently, in this paper it will be used exclusively in the sense of evidence means. In an administrative procedure when at a party's/parties' request, administrative issues are being resolved, in their requests the parties are obliged to state all facts on which their instigation is based and to offer appropriate evidence means for those facts (evidence), and if possible, to submit them to the body that is conducting the procedure. However, in order to determine the actual situation, which makes the essence of the material truth principle, an official person who is conducting an administrative procedure may, ex officio, present any evidence if he/she deems that it is necessary for resolution of an issue. Accordingly, evidence means include information sources on existence or non-existence of facts whose determination is important in contentious and administrative procedure.

Key words: evidence or presenting of evidence, evidence or evidence means, contentious, administrative, procedure

Uvodna razmatranja pojmove dokazivanja i dokaznih sredstava (dokaza) u parničnom i upravnom postupku

Izrazu "dokaz" pridaje se različito značenje i u parničnom, ali i u upravnom

postupku. U jednom značenju se upotrebljava da označi dokazno sredstvo, odnosno kao sredstvo informacije ili izvor saznanja o činjenicama. U drugom značenju se upotrebljava kada označava sadržaj obaveštenja koji proizlazi iz dokaznog sredstva. U trećem značenju se koristi kada, po pravilu, označava uspješan rezultat provjeravanja istinitosti tvrdnje koja je neposredni predmet dokazivanja. Osim navedenih značenja izraza "dokaz", treba napomenuti da ima i drugih značenja istog pojma. Kako ova neujednačena upotreba izraza "dokaz" stvara zabunu, a da bi je izbjegli, u ovom radu će se riječ "dokaz" upotrebljavati kao sinonim za "dokazno sredstvo"¹. Da bismo do kraja razumjeli elemente dokazivanja i dokaznih sredstava, neophodno ih je pojmovno odrediti, kako slijedi:

Predmet dokazivanja (*thema probandi*) su u oba postupka određene tvrdnje stranaka/e, suda ili organa uprave o postojanju ili nepostojanju činjenica, pa ovisno od toga zavisi i primjena odgovarajućeg materijalnog ili procesnog prava. Drugim riječima, dokazivanjem se provjerava istinitost iznesenih tvrdnji, odnosno činjenica za koje treba utvrditi da li su se dogodile u prošlosti, odnosno da li postoje u sadašnjosti.²

Dokazno sredstvo (*media, instrumentum probandi*) ili dokaz (*probatio*) je činjenica iz koje se čulnim opažanjem crpi saznanje o istinitosti tvrdnje o postojanju ili nepostojanju činjenice čije je utvrđivanje od značaja za parnični i upravni postupak³.

Dokazni razlozi su sve okolnosti koje predstavljaju premisu iz koje se izvode zaključci o istinitosti predmeta dokazivanja. Danas je tim pojmom obuhvaćen ne samo rezultat izvedenog dokaza, nego i sadržina cjelokupnog raspravljanja⁴ u oba postupka.

Dokazna snaga dokaznog sredstva predstavlja sposobnost sredstva da pridonese izvođenju zaključka o istinitosti onoga što se želi dokazati. Dokazna snaga se, po pravilu, ne utvrđuje zakonom ili prema vrsti dokaznog sredstva (apstraktno), nego ocjenom dokaznih sredstava i

¹ Dr. Siniša Triva, dr. Velimir Belajec, dr. Mihajlo Dika, Građansko parnično procesno pravo, Zagreb, 1986., str. 395.

² Dr. Borivoje Poznić i dr. Vesna Rakić-Vodinelić, Građansko procesno pravo, Beograd, 1999., str. 231.

³ Ibidem, str. 395.

⁴ Prof. dr. Veroljub Rajović, prof. dr. Milorad Živanović i prof. dr. Radoslav Momčilović, Građansko procesno pravo, Banja Luka, 2001., str. 85

prema okolnostima spora (konkretno). U parničnom postupku, ali i kod dvostranačkih ili višestranačkih stvari u upravnom postupku, razlikuju se: glavni dokaz, protivdokaz i dokaz o protivnom. Glavni dokaz predlažu stranke da bi uvjerile organe koji vode postupke u istinitost tvrdnji o činjenicama u pogledu kojih snose teret dokazivanja. Druge stranke hoće da protivdokazima uvjere organe pred kojima se vode postupci u suprotno. Dokaz o protivnom ima karakter glavnog dokaza, a svrha mu je da obori zakonsku pretpostavku.⁵

Predlagači dokazivanja su osobe koje ukazuju organima u oba postupka na dokazna sredstva pomoću kojih se može provjeriti istinitost teze o postojanju ili nepostojanju određenih činjenica.

Teret dokazivanja (*onus probandi*) je dužnost određenih procesnih subjekata da sudu ili organu uprave pruže obavještenja o dokaznim sredstvima pomoću kojih se ovi subjekti mogu uvjeriti u istinitost određene tvrdnje.⁶

1. Predmet dokazivanja u parničnom i upravnom postupku

Predmet dokazivanja u parničnom i upravnom postupku nisu sve činjenice, već samo one koje su neposredno važne za rješavanje određenih predmeta u oba postupka, odnosno činjenice koje mogu imati uticaja na rješavanje stvari po zakonima o parničnim⁷ i upravnim⁸ postupcima u Bosni i Hercegovini⁹. U nauci i praksi oba postupka, neovisno od toga što

⁵ Dr. Borivoje Poznić i dr. Vesna Rakić-Vodinelić, Građansko procesno pravo, Beograd, 1999., str. 231.

⁶ Dr. Siniša Triva, dr. Velimir Belajec, dr. Mihajlo Dika, Građansko parnično procesno pravo, Zagreb, 1986., str. 395–396.

⁷ Zakon o parničnom postupku pred Sudom BiH (Službeni glasnik BiH, broj: 36/04) i Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku pred Sudom BiH (Službeni glasnik BiH, broj: 84/07); Zakon o parničnom postupku Federacije BiH (Službene novine Federacije BiH, broj: 53/03) i Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku Federacije BiH (Službene novine Federacije BiH, broj: 73/05 i 19/06); Zakon o parničnom postupku Republike Srpske (Službeni glasnik RS, broj: 58/03) i Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku RS (Službeni glasnik RS, broj: 85/03, 74/05 i 63/07); Zakon o parničnom postupku Brčko distrikta BiH (Službeni glasnik BDBiH, broj: 08/09).

⁸ Zakon o upravnom postupku Bosne i Hercegovine (Službeni glasnik BiH, br. 29/02); Zakon o upravnom postupku Federacije BiH (Službene novine FBiH, br. 2/98 i 48/99); Zakon o opštem upravnom postupku Republike Srpske (Službeni glasnik RS, br. 13/02) i Zakon o upravnom postupku Brčko distrikta BiH (Službeni glasnik BDBiH, br. 3/00, 5/00, 9/02, 8/03, 8/04, 25/05, 8/07, 10/07, 19/07, 2/08 i 30/09).

⁹ Prof. dr. Mustafa Kamarić, Upravni postupak, Sarajevo, 1962, str. 142.

se obično govori o dokazivanju činjenica, ipak treba reći da se dokazuju činjenične tvrdnje, a time i istinitost činjenica. Jer, utvrđivanjem istinitosti jedne tvrdnje, utvrđuje se i postojanje jedne činjenice o kojoj je tvrdnja iznesena, ali i obratno. Zbog toga se u teoriji opravdano primjećuje da se, kao predmet dokazivanja, činjenične tvrdnje i činjenice svode na isto. Ova činjenica je posebno značajna za dokazivanje u parničnom postupku koji se izvodi, po pravilu, pod raspravnom maksimom. U pravilu, ovlaštenje suda da određuje izvođenje dokaznih sredstava koje stranke nisu predložile, ostaje samo u slučajevima u kojima se radi o nedozvoljenim raspolažanjima stranaka.¹⁰ Činjenicama od kojih zavisi dopuštenost pružanja odgovarajuće zaštite u predmetnim postupcima i činjenicama od kojih zavisi primjena materijalnog prava, stranke ne mogu raspolažati. To ne mogu činiti jer odluka organa koji vodi postupak mora biti zakonita.¹¹ Međutim, ako je utvrđenje (preciznije: utvrđivanje) stvarnog stanja naloženo istražnim načelom, što je neuporedivo češći slučaj u upravnom postupku, onda se o predmetu dokazivanja može govoriti samo o činjenicama. Koje su to činjenice, o tome samostalno odlučuje službena osoba koja vodi postupak. Službena osoba koja vodi upravni postupak treba u svakom upravnom predmetu prvo odrediti što je bitno od činjenica utvrditi, te provesti odgovarajući dokazni postupak i utvrditi postojanje tih činjenica.¹² U nauci građanskog procesnog i upravnog procesnog prava ne govoriti se uvijek o činjenicama, nego se upotrebljavaju sljedeći izrazi: sporne činjenice, važne činjenice, negativne činjenice, ali i pravno relevantne činjenice. Na osnovu navedenih zakonskih formulacija ovih odlučnih činjenica, može se sa sigurnošću zaključiti da su to one činjenice od kojih zavisi primjena mjerodavnog pravnog pravila u određenim konkretnim slučajevima oba postupka. Time se ukazuje na značaj neke činjenice u postupcima i na njenu povezanost s pravnom normom koja na nju treba da se primijeni.¹³ Po pravilu, u oba postupka se u osnovu odluka, bez dokazivanja, uzimaju sljedeće činjenice:

- priznate, odnosno nesporne činjenice,

¹⁰ Zlatko Kulenović, Stjepan Mikulić, Svjetlana Milišić-Veličković, Jadranka Stanišić i Dinka Vučina, Komentar Zakona o parničnom postupku u Federaciji Bosne i Hercegovine i Republici Srpskoj, Sarajevo, 2005., str. 223.

¹¹ Dr. Gordana Stanković i dr. Ranka Račić, Parnično procesno pravo, Trebinje, 2008., str. 371.

¹² Dr. Pero Krijan, Komentar Zakona o upravnom postupku Federacije BiH, Sarajevo, 2002., str. 268.

¹³ Dr. Biljana Đuričin, Utvrđivanje istine u parničnom postupku, Podgorica, 1998., str. 114.

- općepoznate činjenice (*notoria*),
- pretpostavljene činjenice (*praesumptiones iuris*)¹⁴ i
- činjenice utvrđene odgovarajućom presudom ili rješenjem u dijelovima koji su bitni za predmetne postupke.

Ukazujući da u parničnom postupku, ali i kod dvostranačkih ili višestranačkih stvari u upravnom postupku, postoji podjela dokaza na: glavni dokaz, protivdokaz i dokaz o protivnom, želim da ukažem i na činjenicu da se dokazi mogu razvrstati i na druge načine. Naime, poznato je da se u funkciji dokaznih sredstava pojavljuju lica i stvari. U lična dokazna sredstva u oba postupka spadaju: svjedoci, vještaci i saslušanje stranaka. U stvarna spadaju: isprave i predmeti uviđaja. Prema rezultatu dokazivanja, dokazi se dijele na: potpune i nepotpune. Potpun dokaz je onaj koji kod organa koji vode postupke stvara uvjerenje o istinitosti određene činjenične tvrdnje. Nepotpun dokaz je onaj koji je u mogućnosti da uvjerenje organa koji vode postupke o istinitosti iznesenih tvrdnji dovede do stepena vjerovatnosti.¹⁵ U upravnom postupku se upravna stvar može riješiti i na podlozi činjenica koje nisu potpuno dokazane, već su samo vjerovatne, kad je to izričito dopušteno propisom. To je odstupanje od općeg pravila, koje predviđa i parnični postupak, da se određeno pitanje rješava tek kada se utvrde sve činjenice i okolnosti značajne za rješavanje upravne stvari i parničnog spora, odnosno da se utvrdi materijalna istina. Ovakav način dokazivanja u parničnom postupku je poznat kao tzv. neformalno dokazivanje. U upravnom postupku je takva mogućnost propisana za neke iznimne situacije koje se moraju brzo riješiti, ili su neke upravne stvari posve malog značaja, te je neekonomično ići na potpuno utvrđivanje tačnosti određenih činjenica.¹⁶ Neformalno dokazivanje u parničnom postupku je radni metod koji sud koristi kad treba da se učini vjerovatnim postojanje određene činjenice. Tako će sud postupiti kad treba da na brz i pogodan način provjeri tačnost naznačene vrijednosti spora, ili kad treba da donese odluku o prijedlogu za povraćaj u predašnje stanje (*restitutio in integrum*).¹⁷ S obzirom na odnos dokaza prema činjenicama o kojima treba da se pruže određena saznanja, dokazi se dijele na: neposredne ili

¹⁴ Dr. Branko Čalija i dr. Sanjin Omanović, Gradsansko procesno pravo, Sarajevo, 2000., str. 213–222.

¹⁵ Dr. Biljana Đuričin, Utvrđivanje istine u parničnom postupku, Podgorica, 1998., str. 108–112.

¹⁶ Dr. Pero Krijan, Komentar Zakona o upravnom postupku Federacije BiH, Sarajevo, 2002, str. 271.

¹⁷ Dr. Gordana Stanković i dr. Ranka Račić, Parnično procesno pravo, Trebinje, 2008, str. 372.

direktne i posredne ili indirektne (indicije). Neposredni dokaz je onaj na osnovu kojeg organ koji vodi postupak neposredno saznaće činjenice od kojih po materijalnom pravu zavisi sadržina meritornih odluka. Tako, ako svjedok potvrđuje da je dug isplaćen u njegovom prisustvu, dokaz dobijen na ovaj način je neposredan.¹⁸ Iz posrednih dokaza utvrđujemo prvo činjenicu koja nije direktno u vezi s predmetom postupka, pa tek onda iz njenog postojanja zaključujemo o postojanju pravno relevantne činjenice.¹⁹ Ova druga činjenica se naziva indicija. Tako, iz činjenice da je povjerilac dao dužniku pismenu potvrdu o isplati duga (što predstavlja indiciju), organ koji vodi postupak izvodi zaključak da je dug plaćen.²⁰ Dakle, kada se postojanje ili nepostojanje materijalnopravnih činjenica dokazuje posredno, tj. indicijama, tada te činjenice stoje u kauzalnoj vezi kao uzrok ili posljedica materijalnopravnih činjenica koje treba dokazati. Prema tome, dokaz indicijama može pružiti izvjestan stepen izvjesnosti o postojanju neposredno pravno relevantne činjenice, ali samo kada postoji veći broj jakih indicija.²¹ Stoga treba kazati da indicije imaju dvostruki karakter. One su s jedne strane činjenice, a s druge strane su dokazi za druge činjenice koje su odlučne u parničnom ili upravnom postupku.²² No, često se moraju dokazivati ne samo pozitivne (činjenice koje su postojale ili postoje) nego i negativne činjenice, ako su relevantne za rješenje određenog upravnog ili parničnog predmeta.²³ Za rješenje upravne stvari ili parničnog spora, može po zakonu biti od značaja i nepostojanje jedne činjenice. Kako i negativna činjenica može biti predmet dokazivanja, to u savremenom pravu ne važi staro pravilo: *Affirmanti incumbit probation, non neganti.*²⁴ Tako, onaj koji ističe pravo na povraćaj nedugovanog dokazuje nepostojanje potraživanja druge strane, bilo da ono nikad nije bilo zasnovano, bilo da se ugasilo. Nakon što smo se upoznali s podjelom dokaznih sredstava, neophodno je definirati činjenice koje se ne dokazuju ni u jednom postupku.

¹⁸ Dr. Biljana Đuričin, Utvrđivanje istine u parničnom postupku, Podgorica, 1998., str. 109.

¹⁹ Prof. dr. Sead Dedić, Upravno procesno pravo, Bihać/Sarajevo, 2001, str. 135.

²⁰ Dr. Biljana Đuričin, Utvrđivanje istine u parničnom postupku, Podgorica, 1998., str. 109.

²¹ Prof. dr. Mustafa Kamarić, Upravni postupak, Sarajevo, 1962, str. 142–143.

²² Dr. Biljana Đuričin, Utvrđivanje istine u parničnom postupku, Podgorica, 1998., str. 110.

²³ Prof. dr. Mustafa Kamarić i prof. dr. Ibrahim Festić, Upravno pravo, Sarajevo, 2004., str. 361.

²⁴ Dr. Borivoje Poznić i dr. Vesna Rakić-Vodinelić, Građansko procesno pravo, Beograd, 1999., str. 235.

1.1. Priznate, odnosno nesporne činjenice u parničnom i upravnom postupku

Prema raspravnom načelu koje je dominantno u parničnom postupku, ali nije bez značaja ni u upravnom postupku (posebno u dvostranačkim i višestranačkim stvarima), dokazuju se samo činjenice koje su među strankama sporne. Priznate činjenice se ne dokazuju. Priznanje činjenica u parničnom ili upravnom postupku su jednostrane parnične ili upravne radnje kojima stranke saopćavaju sudu ili organu uprave da su istinite činjenične tvrdnje na kojima njihovi protivnici zasnivaju svoje zahtjeve u ovim postupcima. Međutim, lica koja vode predmetne postupke mogu narediti da se dokazuju i priznate činjenice, ako smatraju da stranke njihovim priznanjem idu za tim da raspolažu sa zahtjevima s kojima ne mogu raspolagati. Priznanje činjenica gubi svoje dejstvo i u sporovima u kojima je prisutno istražno načelo, kao npr. bračni i paternitetski odnosi.²⁵ Priznata činjenica je ona koja je za stranku koja je priznaje nepovoljna. Drugim riječima, predmet priznanja je uvijek činjenica u pogledu koje teret dokazivanja leži na protivnoj stranci. Osim činjenica koje se utvrđuju po službenoj dužnosti, lica koja vode postupke treba da u pogledu svake druge činjenice budu načisto da li je određena činjenica osporena ili priznata. U pravilu, izostanak jedne stranke ne zadržava dalji tok postupka, što se posebno odnosi i primjenjuje u slučaju propuštanja ročišta za izvođenje dokaza. Sud, odnosno organ uprave raspravlja s drugom, prisutnom strankom. S obzirom na to da zakoni o parničnim postupcima i zakoni o upravnim postupcima u Bosni i Hercegovini ne sadrže izričite odredbe o iznošenju dokaza o spornoj činjenici jedne strane u odsutnosti druge, posebno je iz praktičnih razloga potrebno ukazati na ovo pitanje, jer takve situacije u pravnom životu nisu rijetke. Naime, kako riješiti slučaj kada jedna stranka iznosi sporne činjenice u odsutnosti druge stranke? Praksa stoji na stanovištu da se tada činjenica smatra kao osporena, te su sud ili službeno lice koje vodi upravni postupak dužni da izvode odgovarajuće dokaze. Ovo mišljenje zasnovano je na odredbi da se priznate činjenice ne dokazuju, a u navedenom primjeru priznanje nije učinjeno. Sud ili lice koje vodi upravni postupak su pogotovo dužni da izvode dokaze o činjenicama iznesenim u odsutnosti protivnika, kojima oni nisu ranije stavljeni do znanja putem podneska. U teoriji obje pravne discipline ukazuje se na to da se takvim postupanjem odstupa od prava stranke na saslušanje.

²⁵ Dr. Biljana Đuričin, Utvrđivanje istine u parničnom postupku, Podgorica, 1998., str. 120–121.

Međutim, ovo odstupanje, čini mi se, nije nepravično. Zašto? Prvo, ako je izostala stranka uredno pozvana, time joj je pružena mogućnost da se izjasni, ne samo o činjenicama koje su joj od ranije poznate, nego i o onim koje će eventualno biti iznesene u njenom odsustvu. Drugo, položaj odsutne stranke ne postaje gori nego što bi bio da je činjenica iznesena u njenoj prisutnosti. U daljem toku parničnog ili upravnog postupka, da li u prvostepenom postupku ili u žalbi, stranke koje su bile odsutne tu činjenicu mogu osporiti, predložiti protivdokaze ili upotrijebiti drugo sredstvo odbrane ili napada, ili u vidu prigovora, ili u vidu replike. Međutim, ukoliko je zahtjev prema odsutnoj stranci stavljen na samom ročištu u oba postupka, a pri tome se o tome odlučuje presudom odnosno rješenjem, lica koja vode postupke o tome ne mogu odlučiti prije nego što te stranke budu o zahtjevu obaviještene.²⁶ Uopćeno, u parničnim postupcima je i do usvajanja važećih zakona o parničnim postupcima u Bosni i Hercegovini bilo dominantno raspravno načelo, koje je u svim važećim zakonima postalo, bezmalo, sada isključivo načelo. To znači da je iznošenje činjenica i predlaganje dokaza prepusteno strankama.²⁷ Istražno načelo i inicijativa suda za izvođenje dokaza gotovo su u potpunosti napušteni, te su zadržani kao korektiv u zakonom predviđenim situacijama, odnosno kod raspolaganja zahtjevima kojima stranke ne mogu raspolagati.²⁸ Za razliku od parničnog postupka, u upravnom postupku je dominantno istražno načelo, te službena osoba koja vodi postupak nije ograničena samo na činjenice i dokaze koje iznosi ili predlaže stranka. Dakle, službena osoba koja vodi postupak može po službenoj dužnosti izvesti svaki dokaz ako smatra da je to potrebno radi razjašnjenja stvari u cilju materijalne istine.²⁹ U izvođenju dokaza bitna je ocjena odnosno uvjerenje službenog lica koje vodi postupak koje se formira na temelju savjesne i brižljive ocjene svakog

²⁶ Dr. Borivoje Poznić i dr. Vesna Rakić-Vodinelić, Građansko procesno pravo, Beograd, 1999., str. 169–170.

²⁷ Član 90. Zakona o parničnom postupku pred Sudom BiH; član 123. Zakona o parničnom postupku Federacije BiH; članom 123. Zakona o parničnom postupku Republike Srpske i član 236. Zakona o parničnom postupku Brčko distrikta BiH.

²⁸ Zlatko Kulenović, Stjepan Mikulić, Svjetlana Milišić-Veličković, Jadranka Stanišić i Dinka Vučina, Komentar Zakona o parničnom postupku u Federaciji Bosne i Hercegovine i Republici Srpskoj, Sarajevo, 2005., str. 226.

²⁹ Dr. Pero Krijan, Komentar Zakona o upravnom postupku Federacije BiH, Sarajevo, 2002., str. 266.

dokaza posebno i svih dokaza zajedno.³⁰

1.2. Općepoznate činjenice (*notoria*)

Ukoliko su pravno relevantne činjenice nesumnjivo poznate, takve činjenice ne treba posebno dokazivati. Drugim riječima, u oba postupka ne treba dokazivati činjenice koje su poznate širem krugu ljudi (notorne), što ne obuhvata sve ljude u sredinama u kojima se vode postupci. Ovu konstataciju najbolje oslikava latinska maksima: *Notoria non egent probationem*. Ni jedan zakon ne određuje obim notornosti, pa se u sudskoj i upravnoj praksi u nekim slučajevima traži šira,³¹ a u nekim uža³² notornost, pa čak i notornost koja je poznata samo sudu ili službenom licu koje vodi upravni postupak.³³ Sigurno je da široko shvatanje notornosti krije u sebi i opasnost od zloupotrebe prava. Zato stranke s notornim činjenicama ne mogu disponirati. Uz to, dopušteno je i dokazivati da određena činjenica nije notorna. Ako dokazivanje uspije, tada treba izvoditi redovno dokazivanje radi provjeravanja istinitosti tvrdnje o njenom postojanju, o njenom nepostojanju, odnosno da notorna činjenica nije ni postojala.³⁴ Međutim, u oba postupka važi pravilo, onaj ko se poziva na notorne činjenice ne mora da ih dokazuje, s tim da ih može dokazivati ako za to ima pravni interes. Da li jednu činjenicu treba uzeti kao općepoznatu (notornu), o tome odlučuje sud³⁵ ili službeno lice, odnosno organ upravnog postupka koji vode postupke. Ne mogu se

³⁰ Član 150. Zakona o upravnom postupku Bosne i Hercegovine; član 157. Zakona o upravnom postupku Federacije BiH; član 147. Zakona o opštem upravnom postupku Republike Srpske i član 144. Zakona o upravnom postupku Brčko distrikta BiH.

³¹ Činjenica da je Prvi svjetski rat izbio 1914. godine je notorna činjenica koja je poznata širem krugu ljudi.

³² Užem krugu ljudi poznato je da je Neum jedini bosanskohercegovački grad na Jadran-skom moru.

³³ Samo je sudu ili službenom licu koje vodi upravni postupak poznato da je određeni punomoćnik nadripisar.

³⁴ Dr. Siniša Triva, dr. Velimir Belajec, dr. Mihajlo Dika, Građansko parnično procesno pravo, Zagreb, 1986., str. 399.

³⁵ Prof. dr. Veroljub Rajović, prof. dr. Milorad Živanović i prof. dr. Radoslav Momčilović, Građansko procesno pravo, Banja Luka, 2001., str. 87.

uzeti kao notorne one činjenice za koje su sud ili službeno lice, koji vode postupke, saznali van svog službenog rada. Te činjenice bi bile notorne samo ako su općepoznate. Međutim, u praksi je moguća situacija da jedna činjenica ima karakter notornosti, ali ona kao takva nije poznata sudu ili službenom licu odnosno organu upravnog postupka. Naprimjer, radi se o činjenici koja je općepoznata užem društvenom krugu ljudi iz oblasti trgovine, zanatstva, umjetnosti i sl. Tada, sud ili organ upravnog postupka može tražiti da se utvrdi notornost takve činjenice, pa bi tako i oni sami mogli doći do uvjerenja o karakteru notornosti takvih činjenica. Koliki je značaj notornih činjenica u oba postupka, najbolje govori činjenica da bi se za notornost moglo reći da je najjača od svih razloga koji ukazuju da je dokazivanje nepotrebno. Neće se pogriješiti ni ako se kaže da je notornost jača i od same zakonske prepostavke.³⁶

1.3. Prepostavljene činjenice (*praesumptiones iuris*)

Cilj zakonskih presumpcija ili prepostavki je da olakšaju dokazivanje određenih činjenica, kako radi zaštite određenih kategorija, tako i radi ostvarivanja procesne ekonomije.³⁷ Dakle, iako bi se iz navedene konstatacije moglo zaključiti suprotno, kod zakonskih prepostavki dokazivanje nije u potpunosti isključeno, ali je zato znatno olakšano. Stranka koja se poziva na zakonsku prepostavku mora dokazivati samo postojanje presumptivne činjenice za čije se postojanje veže presumpcija. Ovdje se misli na prepostavke koje dopuštaju dokaz o protivnom (oborive prepostavke). Ipak, kada postoji zakonska prepostavka o istinitosti jedne činjenice, onda sud ili organ koji vodi upravni postupak smatraju tu činjenicu istinitom. I u parničnom i u upravnom postupku, po pravilu, dopušteno je pobijati dokaznim sredstvima istinitost zakonskih presumpcija. Zbog toga su zakonske presumpcije po zakonima o parničnom i upravnom postupku u Bosni i Hercegovini, po pravilu, oborive zakonske presumpcije (*presumptio iuris tantum*), pa se zbog toga kod dokazivanja suprotnog od zakonske prepostavke, mogu upotrebljavati sva dokazna sredstva.³⁸ Zbog navedenog se može ispravno

³⁶ Prof. dr. Mustafa Kamarić, Upravni postupak, Sarajevo, 1962, str. 144–145.

³⁷ Dr. Mihajlo Dika i dr. Jozo Čizmić, Komentar zakona o parničnom postupku FBiH, Sarajevo, 2000., str. 394.

³⁸ Prof. dr. Mustafa Kamarić, Upravni postupak, Sarajevo, 1962, str. 145–146.

zaključiti da zakoni o parničnim i upravnim postupcima samo izuzetno isključuju dokaz protiv zakonske pretpostavke o istinitosti činjenice. Samo tada govorimo o neoborivoj zakonskoj pretpostavci (*presumptio iuris et de iure*). Prema tome, u parničnom i upravnom postupku, dominantne su oborive pretpostavke. Kod neoborivih pretpostavki se uzima da jedna činjenica postoji, iako ona ustvari ne postoji. Zbog toga se i može kazati da ovakve presumpcije i nisu pretpostavke, nego jedna vrsta fikcije. One u suštinu niječu dokaze, ali i istinu. Intencija zakonodavca u oba postupka bi trebala, zbog navedenog, biti usmjerena u pravcu smanjenja broja neoborivih pretpostavki ili da se omoguće objektivna sredstva da se izbjegnu njihove posljedice.³⁹ Dakle, uvažavajući sve navedeno, procesni sistemi građanskog i upravnog procesnog prava u Bosni i Hercegovini su prihvatili metodu slobodne ocjene dokaza, kao temeljnu metodu. Drugim riječima, koje će činjenice uzeti kao dokazane odlučuje sud i upravni organ po svojim uvjerenjima, na osnovu savjesne i brižljive ocjene svakog dokaza posebno i svih dokaza zajedno, kao i na osnovu rezultata cjelokupnih postupaka o kojima je riječ. Ovo načelo slobodne ocjene dokaza nije konsekventno provedeno samo kod nekih zakonskih pravila o dokaznoj vrijednosti određenih dokaznih sredstava.

1.4. Činjenice utvrđene odgovarajućom presudom ili rješenjem u dijelovima koji su bitni za predmetne postupke

Odnos između parničnog i upravnog postupka karakteriše i međusobno dejstvo akata. To se najbolje vidi iz vezanosti organa upravnog postupka činjenicama i dokazima utvrđenim presudom parničnog suda, ali isti tako i vezanošću parničnog suda djelovanjem upravnog akta. Ako se u parničnom postupku pojavi kao prethodno pitanje neko pitanje upravnopravnog karaktera, o kome je u upravnom postupku već pravomoćno odlučeno, tada je sud vezan za odluku upravnog organa u okviru njegove pravomoćnosti. Dakle, sud je vezan samo za one pravomoćno utvrđene činjenice i dokaze iz upravnog postupka, za koje sud utvrdi da su pravno relevantne u parničnom postupku, ali i obratno.⁴⁰ Ukoliko se upravni

³⁹ Dr. Biljana Đuričin, Utvrđivanje istine u parničnom postupku, Podgorica, 1998., str. 127.

⁴⁰ Dr. Gordana Stanković i dr. Ranka Račić, Parnično procesno pravo, Trebinje, 2008, str. 377.

organ sreće s prethodnim pitanjem građanskopravnog karaktera, o kome je pravomoćno odlučeno, upravni organ je tada vezan za odluku suda na naprijed navedeni način. Princip vezanosti za akte drugog organa, izraz je povjerenja koje jedni organi imaju prema drugim u vršenju djelatnosti koja im je povjerena. Ovakav princip je prioritetno u službi očuvanja jedinstva pravnog poretku. Prema tome, iako su i sudovi i organi uprave ovlašteni da o svim pitanjima relevantnim za donošenje odgovarajućih odluka i odlučuju, ipak razlozi povjerenja, ali i poštovanja akata koje donose drugi organi, nalaže vezanost za te akte, odnosno činjenice i dokaze, za koje organi ocijene da su pravno relevantni u postupcima koje vode, ali uvijek u granicama njihove pravomoćnosti.⁴¹

2. Dokazna sredstva u parničnom i upravnom postupku

Savremena vladajuća teorija slobodne ocjene dokaza u skladu je s općim shvatanjem demokratskog društva koje teži istini u svim sferama društvenog života. Pravno, istina je ono do čega sud i upravni organ dolaze dokazivanjem. Ta istina nema apsolutan, već objektivan karakter. Zato istina do koje se dolazi u ovim postupcima dokazivanjem predstavlja samo najveći stepen vjerovatnosti koji se može postići iz raspoloživih dokaznih sredstava. Zbog toga je, po pravilu, stepen izvjesnosti potrebno ostvariti u pogledu procesnih pretpostavki, a činjenice od kojih zavise odluke organa koji vode oba postupka, potrebno je učiniti samo što vjerovatnijim.⁴² Premise i zaključci o činjenicama koje se dokazuju ne pružaju potpunu garanciju da će svaka greška biti isključena. Istina u postupku se ne može svoditi samo na subjektivan utisak lica koje vodi postupak, jer bi to onda bilo odraz stava da je realnost svijeta nedostupna čovjekovom saznanju. Iz ove činjenice se vidi koliko je, nerijetko, neophodna visoko sofisticirana stručnost lica koja vode predmetne postupke, ali i njihova savjesnost pri upotrebi svih raspoloživih dokaznih sredstava. Samo se na ovaj način može polučiti ideal oba postupka, a to je objektivna istina do koje se dolazi izvođenjem dokaza. Međutim, ima situacija kada se zakonodavac miri s tim da ostvarivanje istine u potpunosti nije moguće, ili da od

⁴¹ Prof. dr. Branko Čalija, Građansko procesno pravo (prvi dio), Sarajevo, 1982., str. 61–62.

⁴² Dr. Siniša Triva, dr. Velimir Belajec, dr. Mihajlo Dika, Građansko parnično procesno pravo, Zagreb, 1986., str. 393.

njega može odstupiti na način što će lica koja vode postupke za osnov izreke uzeti činjenice koje nisu utvrđivali. Ova situacija može nastati iz različitih razloga. Može se desiti da stranke iz različitih razloga propuste da iznesu relevantne činjenice ili da ne ponude dokaze, ili da organ koji vodi postupak ne bude dovoljno aktivan u rasvjetljavanju činjeničnog stanja, ne upotrijebi raspoloživo dokazno sredstvo, pa i olako pređe preko neke značajne činjenice. Istu će grešku napraviti i ako organi koji vode postupke netačno ocijene dokaze, unatoč tome što su uzeli u obzir sve bitne činjenice. Svi ovi propusti će ostati bez posljedica ukoliko se stranke zadovolje odlukama organa i ne koriste pravne lijekove, pa odluke postanu pravomoćne. Moguće su i ekstremno teške situacije, kad npr. činjenice ostaju nedokazane. Situacija kada o nekim činjenicama nema dokaza je ista kao i kada neke činjenice ne postoje, što se izražava kroz pravilo sadržano u maksimi: *Non esse et non probari paria sunt.*⁴³ Polazeći od slobodne maksime u svim zakonima o parničnim postupcima i u svim zakonima o upravnim postupcima u Bosni i Hercegovini, u dokazna sredstva spadaju: isprave, predmeti uvidaja, svjedoci, vještaci, saslušanje stranaka odnosno izjava stranke i tumači odnosno prevodioci. Kako se u ovom radu paralelno promatraju navedena dokazna sredstva s građanskopravnog i upravnopravnog stanovišta, to će se prvo elaborirati isprave kao dokazno sredstvo, jer su isprave najčešće dokazno sredstvo u upravnom postupku, dok ih odredbe zakona o parničnim postupcima u Bosni i Hercegovini jasno ne definiraju.

2.1. Isprave kao dokazno sredstvo u upravnom i parničnom postupku

Isprave se kao dokazna sredstva upotrebljavaju, ne samo u parničnom i upravnom postupku, već i u svim drugim postupcima. Budući da i fizičke osobe poput javnih bilježnika (notara), ovlaštenih arhitekata, revizora itd. mogu izdavati javne isprave, zakonsku bi definiciju trebalo preinačiti tako što bi se umjesto samo o pravnoj osobi govorilo općenito o osobi, fizičkoj ili pravnoj, kao nositelju javnog ovlaštenja.

Sve isprave se dijele na javne i privatne (nejavne). Prema svim zakonima

⁴³ Prof. dr. Veroljub Rajović, prof. dr. Milorad Živanović i prof. dr. Radoslav Momčilović, Građansko procesno pravo, Banja Luka, 2001., str. 91–92.

o parničnim postupcima u Bosni i Hercegovini,⁴⁴ javne isprave su one isprave koje su u propisanom obliku izdali državni organi u granicama svojih nadležnosti, te isprave koje su u takvom obliku izdale pravne osobe u vršenju javnih ovlaštenja koja su im povjerena zakonom ili propisom zasnovanim na zakonu. Zakoni o upravnim postupcima u Bosni i Hercegovini,⁴⁵ sadrže gotovo identične odredbe o javnim ispravama kao i zakoni o parničnim postupcima. Svim zakonskim odredbama, osim Zakona o upravnom postupku Federacije BiH, pod javnim ispravama se smatraju isprave koje su izdali organi u granicama svojih nadležnosti, odnosno preduzeća, ustanove ili organizacije na osnovu javnih ovlaštenja i mogu biti prilagođene elektronskoj obradi podataka. Prema zakonskoj odredbi u Federaciji BiH, javne isprave mogu izdavati sva pravna lica, a ne samo ona koja imaju javne ovlasti. Cijeneći ulogu i značaj ovog dokaznog sredstva, mišljenja sam da definicija javnih isprava u upravnom postupku u Federaciji BiH dobrano devalvira dokaznu snagu javne isprave.⁴⁶ Zbog toga, iz svih navedenih razloga, potrebno bi bilo zakonsko rješenje uskladiti s odredbama preostala tri zakona po pitanju definiranja javne isprave i na način kako je to učinjeno u svim zakonima o parničnim postupcima u BiH. Osim javnih isprava, rekli smo da postoje i privatne isprave. Zbog iznesenog propusta od strane zakonodavca, u Federaciji BiH je najteže praviti razliku između javnih i privatnih isprava. Naime, po ostala tri zakona o upravnim postupcima i po sva četiri zakona o parničnim postupcima u BiH, može se opravdano konstatovati da se sve isprave koje nemaju obilježja javnih isprava smatraju privatnim ispravama. Prema tome, ove isprave se smatraju privatnim, bez obzira na to da li su izdate od fizičkog lica, pravnog lica ili državnog organa, pod uslovom da isti ne vrše javna ovlaštenja. S domaćim javnim ispravama izjednačavaju se javne isprave izdate od inozemnih organa, pod uvjetima uzajamnosti, odnosno reciprociteta. Međunarodnim ugovorima se bliže uređuje pravni režim isprava izdatih od inozemnih organa. Za javne

⁴⁴ Član 99. Zakona o parničnom postupku pred Sudom BiH; član 132. Zakona o parničnom postupku Federacije BiH; članom 132. Zakona o parničnom postupku Republike Srpske i član 245. Zakona o parničnom postupku Brčko distrikta BiH.

⁴⁵ Član 155. Zakona o upravnom postupku Bosne i Hercegovine; član 162. Zakona o upravnom postupku Federacije BiH; član 152. Zakona o opštem upravnom postupku Republike Srpske i član 149. Zakona o upravnom postupku Brčko distrikta BiH.

⁴⁶ Dr. Pero Krijan, Komentar Zakona o upravnom postupku Federacije BiH, Sarajevo, 2002, str. 274–275.

isprave u oba postupka vrijedi zakonska presumpcija o istinitosti sadržaja ovih isprava, pod uslovima: da ih je izdao nadležni organ, da su izdate u granicama nadležnosti organa i da su sastavljene u propisanom obliku.⁴⁷ Organ uprave i sud koji vode postupke, obavezni su da prihvate tačnost činjenica navedenih u javnim ispravama, znači kao dokazane. To znači da ovi organi ne mogu ispitivati vjerodostojnost javnih isprava prema načelu slobodne ocjene dokaza. Ova postavka o tačnosti činjenica u javnoj ispravi je zasnovana na zakonskoj presumpciji, ali ona nikako ne isključuje mogućnost osporavanja i obaranja takve dokazne snage javne isprave. Dakle, radi se o oborivoj zakonskoj pretpostavci (*presumptio iuris tantum*). Međutim, opće je pravilo u oba postupka da javne isprave imaju zakonsku presumpciju potpunog dokaza o istinitosti određenih činjenica. Ako javne isprave nisu izdate pod navedenim uslovima, onda njihovu dokaznu vrijednost može osporavati i stranka i organ koji vode postupke, a najčešće to čine drugim ispravama, vještačenjem i slično. Pored navedene podjele isprava na domaće i inozemne, isprave se mogu podijeliti još na dispozitivne i dokumentarne (dokazne) isprave. Dispozitivne isprave su one kojima se neposredno zasniva nastanak, preinačenje i prestanak nekog pravnog odnosa, neovisno od toga da li njihovu formu propisuje zakon ili su je stranke same izabrale.⁴⁸ Dispozitivne isprave mogu biti javne i privatne. Javne su npr. pravomoćne presude sudova i rješenja organa uprave, a privatne su npr. ugovori, ponude za zaključivanje ugovora, potvrde, testament, otkaz, ovlaštenje i drugo.⁴⁹ Za razliku od dispozitivnih isprava, dokumentarnim ili dokaznim ispravama se ne zasniva pravni odnos, već one služe kao dokaz o pravima i obavezama iz nekog pravnog odnosa, koji postoji neovisno od isprave. Dakle, ovakve isprave posvjedočuju da je npr. u prošlosti zaključen usmeno jedan pravni posao. U ove isprave spadaju i isprave kojima se potvrđuju neke druge pravno značajne činjenice, kao što

⁴⁷ Primjeri javnih isprava: a) štambilj prijemne kancelarije suda na primjerku žalbe, s podacima koje je upisao radnik suda (Vrhovni sud BiH, Gvl. 27/87 od 29. 1. 1988. god.); b) radna knjižica, odnosno ono što se njome potvrđuje; c) zapisnik o sudskom poravnjanju; d) zeleni karton osiguranja motornog vozila za štetu koja se prouzrokuje trećim licima kod inozemnog osiguravača (Vrhovni sud BiH, broj: Rev. 710/83 od 19. 2. 1984. godine).

⁴⁸ Ralčić-Tanasković, Zakon o parničnom postupku sa komentarom, sudskom praksom, obrascima i registrom pojmovima, Beograd, 1980., str. 411.

⁴⁹ Zlatko Kulenović, Stjepan Mikulić, Svetlana Milišić-Veličković, Jadranka Stanišić i Dinka Vučina, Komentar Zakona o parničnom postupku u Federaciji Bosne i Hercegovine i Republici Srpskoj, Sarajevo, 2005., str. 246.

su npr. izvodi iz matičnih knjiga, uvjerenja o školovanju, izvodi iz zemljišnih knjiga, fakture i slično.⁵⁰ Za razliku od javnih isprava, privatne isprave ne potvrđuju istinitost onoga što sadrže po samom zakonu, pa sud i organ uprave po prigovoru stranke, ili službeno lice koje vodi upravni postupak po službenoj dužnosti, moraju uvjek ispitati istinitost privatne isprave. Npr. izvod iz povjeriočeve kartice dugovanja nije u pogledu dokazne snage izjednačen s javnom ispravom. Ili, pismo stranke smatra se privatnom ispravom i može imati dokaznu snagu ako je njegova istinitost priznata ili utvrđena.⁵¹ Kod privatnih isprava, isto kao i kod javnih, može biti sporna autentičnost potpisa, ali i istinitost sadržaja. Ovjerom potpisa na privatnoj ispravi, javni organ potvrđuje autentičnost potpisa, ali ne i istinitost sadržaja isprave. Suprotno, pretpostavka istinitosti sadržaja i autentičnosti javne isprave, oborive su zakonske pretpostavke. U slučaju osporavanja istinitosti javne isprave, teret dokazivanja je na stranci koja je osporava. Ne može se dokazivati neistinitost pravomoćnih ili konačnih sudskeh odluka ili odluka donesenih u upravnom postupku. Ovdje se mogu upotrijebiti samo vanredni pravni lijekovi i to po postupcima koje predviđaju zakoni. Na kraju, postoji i podjela na originalne isprave i prepise ili kopije. Ova podjela ima svog praktičnog značaja, npr. u fazi izvođenja dokaza podnosi se originalna isprava. Dužnost imaoca isprave da ispravu preda суду radi izvođenja određenih dokaza, naziva se ediciona dužnost.⁵² Zakoni u BiH razlikuju slučajeve kada je riječ o edicionoj dužnosti stranke od dužnosti edicije isprave koja je kod trećeg lica. Ako je na ispravama nešto prekriveno, sastrugano, izbrisano ili umetnuto, ili ako na ispravama postoje kakvi drugi nedostaci, sud i službeno lice koje vodi upravni postupak će ocijeniti prema svim okolnostima da li je time i u kojoj mjeri umanjena dokazna vrijednost isprava, ili su isprave izgubile dokaznu vrijednost za rješavanje u parničnom i upravnom postupku.⁵³ Kada je u pitanju podnošenje isprava na koje se stranke pozivaju, a ne nalaze se kod njih, tada se ovo pitanje različito rješava u parničnom i upravnom postupku. Ranije je rečeno da

⁵⁰ Prof. dr. Veroljub Rajović, prof. dr. Milorad Živanović i prof. dr. Radoslav Momčilović, Građansko procesno pravo, Banja Luka, 2001., str. 94.

⁵¹ Zlatko Kulenović, Stjepan Mikulić, Svetlana Milišić-Veličković, Jadranka Stanišić i Dinka Vučina, Komentar Zakona o parničnom postupku u Federaciji Bosne i Hercegovine i Republici Srpskoj, Sarajevo, 2005., str. 248.

⁵² Dr. Gordana Stanković i dr. Ranka Račić, Parnično procesno pravo, Trebinje, 2008., str. 390.

⁵³ Član 153. Zakona o opštem upravnom postupku Republike Srpske.

je u parničnom postupku dominantno raspravno načelo, a u upravnom postupku istražno načelo. Zbog toga zakoni o parničnim postupcima predviđaju da sud može pozvati protivnu stranku na podnošenje isprave, a u upravni postupak tu nadležnost ostavlja organu uprave u imperativnoj formi. Dalje, s obzirom na to da sada stranke u parničnom postupku izvode dokaze, zato se i propisuje da se dokazi mogu izvoditi, a u upravnom postupku je ta nadležnost data organu uprave kao imperativ. U skladu s pravilima izvođenja ostalih dokaznih sredstava, a u svjetlu načela koja dominiraju parničnim i upravnim postupkom, ovo pitanje dostavljanja isprava se na različite zakonske načine u ova dva postupka provodi i kada se te isprave nalaze kod trećih lica.

2.1.1. Uvjerenja kao javne isprave u parničnom i upravnom postupku

Uvjerenje je po svojoj pravnoj prirodi konkretan pravni akt koji spada u dokumentarne isprave i predstavlja samo dokazno sredstvo kojim se potvrđuju ili navode određene činjenice onakve kakve jesu, odnosno kakve su utvrđene u trenutku izdavanja uvjerenja. Iako se uvjerenja primjenjuju kao dokazna sredstva u oba postupka, samo zakoni o upravnim postupcima u Bosni i Hercegovini predviđaju posebne odredbe o uvjerenjima koji predviđaju opći postupak za njihovo izdavanje i opće karakteristike uvjerenja kao dokaznih sredstava, bez obzira na to da li će se upotrijebiti za dokazivanje u upravnom ili parničnom postupku. Uvjerenje je dokumentarna isprava kojom se potvrđuju ili navode određene činjenice onakve kakve jesu u trenutku izdavanja uvjerenja. Uvjerenje ne može postati pravomoćno, kao što to može postati sudski ili upravni akt. Isprave kojima se službeno potvrđuju ili navode određene činjenice nazivaju se uvjerenjima. Taj naziv može propisima biti i drugačije određen, npr. potvrda, certifikat, svjedočanstvo, diploma, iskaznica i slično. Uvjerenja se strankama izdaju, po pravilu, na njihov lični zahtjev. Pisani zahtjev nije potreban za izdavanje uvjerenja o činjenicama o kojima se vodi službena evidencija, osim ako to nije određeno posebnim propisom. Uvjerenje o činjenicama o kojima se vodi propisana evidencija izdaje se strankama na neposredan usmeni zahtjev, po pravilu, istog dana kada je stranka tražila, a najkasnije u roku od pet dana, ako propisom nije drugačije uredeno. Uvjerenja o činjenicama o kojima se vodi propisana evidencija imaju dokaznu snagu javne isprave. Organi javne vlasti i institucije koje

imaju javna ovlaštenja, dužne su izdavati uvjerenja i u slučaju kada o određenim činjenicama ne vode propisane evidencije, a prema zakonu su to dužni činiti.⁵⁴ Izdato uvjerenje o činjenicama o kojima se vodi službena evidencija može se na zahtjev stranke izmijeniti, ako stranka potkrijepi odgovarajućim dokazima da potvrđene činjenice nisu saglasne s podacima iz službene evidencije. Neizdavanje stranci uvjerenja koje traži, predstavlja akt odbijanja njenog zahtjeva, te je time stranci osporeno da u parničnom i upravnom postupku ostvari svoja prava i obaveze. Takav odnos prema stranci predstavlja jednostran i autoritativen upravnopravni odnos. Ukoliko organ neće da izda stranci uvjerenje o činjenicama o kojima se vodi službena evidencija, ili ako uvjerenje ne izda u propisanom roku, ili ne donese rješenje o odbijanju zahtjeva za izdavanje uvjerenja, to onda predstavlja prekršaj za koji je zaprijećena novčana kazna.⁵⁵

2.2. Predmeti uviđaja u parničnom i upravnom postupku

Uviđaj je neposredno čulno opažanje suda ili službene osobe koja vodi upravni postupak o svojstvima i stanjima stvari ili lica. Uviđaj je najpouzdanoje dokazno sredstvo, jer njime sud utvrđuje, odnosno razjašnjava postojanje ili nepostojanje određene činjenice ličnim opažanjem, bez posrednika. Međutim, njegova je primjena ograničena činjenicom da se njime mogu dokazivati samo činjenice u sadašnjosti, koje su mnogo rjeđe sporne nego činjenice u prošlosti. Isto tako, evidentne stvari obično i nisu predmet dokazivanja, jer o njima nema spora, pa se uviđaj obično vrši radi pregleda stvari ili osoba koji su posredno relevantne za utvrđivanje važnih činjenica. Iako se uviđaj obično vrši razgledanjem određene stvari – dakle, uz upotrebu čula vida, može se preduzeti i kada se sporna okolnost može utvrditi upotrebom nekog drugog čula – sluha (npr. da li se čuje neko lupanje i buka), mirisa (npr. ima li određena proizvodnja neprijatan miris, kao što je slučaj s preduzećem “Prevent” u Visokom), okusa (npr. da li je prehrambeni proizvod uobičajenog okusa)

⁵⁴ Ako organ uprave nije vodio evidenciju o činjenicama o kojima je po zakonu bio dužan to činiti, to ga ne oslobađa od dužnosti da na zahtjev stranke izda uvjerenje. On treba da na drugi način utvrdi postojanje činjenica o kojima stranka traži da joj se izda uvjerenje (VSH, U-1461/71 od 9. 12. 1971.).

⁵⁵ Dr. Pero Krijan, Komentar Zakona o upravnom postupku Federacije BiH, Sarajevo, 2002., str. 291–293.

ili opipa (npr. kakve je kakvoće predmet uviđaja⁵⁶)⁵⁷.

Uvidajem sud obično utvrđuje sporne činjenice, ali se i neposredno obavještava o činjenicama koje nisu sporne među strankama, te je za pravnu ocjenu, u kojoj se stranke ne slažu, potrebno neposredno opažanje suda ili službenog lica koje vodi upravni postupak.

Uvidaj se vrši u sudu ili u prostorijama organa koji vodi postupak, ali ako se stvar koju treba razgledati ne može donijeti u prostorije, ili bi njen donošenje prouzrokovalo znatne troškove, što je najčešći slučaj, uvidaj se vrši izvan službenih prostorija, na licu mjesta.

Uvidaj se obično vrši pred parničnim sudom ili organom koji vodi postupak koji odlučuju u postupcima. Međutim, ako se stvar koju treba razgledati nalazi na teritoriji drugog suda ili organa koji vodi postupak, a nema uslova da uvidaj provede raspravni sud ili organ, uvidaj može obaviti zamoljeni sud ili organ.⁵⁸ Stranke, te njihovi punomoćnici i zastupnici, a u upravnom postupku i zajednički predstavnik, moraju biti obaviješteni o danu i satu vršenja uvidaja. Izostanak uredno obaviještene stranke s uvidaja ima iste posljedice kao i izostanak s bilo kojeg drugog ročišta za glavnu raspravu. Stranke moraju biti obaviještene o vremenu vršenja uvidaja i ako uvidaj vrši zamoljeni sud ili zamoljeni organ uprave, ali u tom slučaju stranke mogu, ali nisu dužne pristupiti na ročište. U upravnom postupku, prisustvo stranke uvidaju važno je kada se održava usmena rasprava na kojoj će se provesti uvidaj. Međutim, prisustvo stranke je važno i onda kada se uvidaj provodi i bez održavanja usmene rasprave, npr. kada službena osoba koja vodi postupak sama na licu mjesta provjerava određene podatke.⁵⁹ Ukoliko je u parničnom i upravnom postupku za izvođenje dokaza potrebno stručno znanje kojim sud ne raspolaže, sud može uvidaj provesti

⁵⁶ Ibidem, str. 232.

⁵⁷ Siniša Triva, Velimir Belajec i Mihajlo Dika, Građansko parnično procesno pravo, Zagreb, 1986. godina, str. 261.

⁵⁸ Član 95. Zakona o parničnom postupku BiH, član 128. Zakona o parničnom postupku FBiH, član 128. Zakona o parničnom postupku RS i član 241. Zakona o parničnom postupku BDBiH. član 95 ZPP BiH.; Član 187., a u vezi s članom 33. i 34. Zakona o upravnom postupku Bosne i Hercegovine; član 194., a u vezi s članom 40. i 41. Zakona o upravnom postupku Federacije BiH; član 184., a u vezi s članom 30. i 31. Zakona o opštem upravnom postupku Republike Srpske i član 181., a u vezi s članom 28. Zakona o upravnom postupku Brčko distrikta BiH.

⁵⁹ Dr. Pero Krijan, Komentar Zakona o upravnom postupku Federacije BiH, Sarajevo, 2002., str. 325.

i uz učešće vještaka. Vještak u takvom slučaju sudu ili organu pomaže i daje mu objašnjenja da bi bolje uočio i razumio dokazivanu činjenicu. Ako vještak sam utvrđuje i razjašnjava neke činjenice, radi se o izvođenju dokaza vještačenjem.

U primjeni važećih zakona o parničnim postupcima u BiH, postavilo se pitanje na koji način provesti uviđaj bez odlaganja, odnosno odgode ročišta za glavnu raspravu. U tom smislu bilo bi ispravno glavnu raspravu započeti provođenjem uviđaja, a zatim, nakon provedenog uviđaja, odrediti nastavak glavne rasprave, istog ili sljedećeg dana. Glavnu raspravu, međutim, često nije moguće nastaviti jer se u praksi naših sudova, prilikom vršenja uviđaja, najčešće vrši i vještačenje, pa je vještaku potrebno ostaviti određeni rok za izradu nalaza i mišljenja. U tom slučaju, odlaganje ročišta za glavnu raspravu nameće se kao neophodno, iako sam zakon ne predviđa ovaj razlog za odlaganje.⁶⁰

Postoji apsolutno bitna povreda odredaba parničnog i upravnog postupka ako je uviđaj, umjesto sudske pojedinca ili službenog lica koje vodi upravni postupak, izvršio stručni saradnik.⁶¹

Uviđaj se preduzima radi utvrđivanja neke činjenice ili razjašnjenja neke okolnosti. Ako je sudu ili organu, prilikom uviđaja, potrebna pomoć stručne osobe pozvat će vještaka, ali i tada sud vrši uviđaj, a u tome mu pomaže vještak⁶². U upravnom postupku, stranka ima pravo da na uviđaj dovede i svoga stručnog pomagača, koji će joj davati stručne savjete, što parnični postupak ne poznaje. Povodom ovlaštenja suda i organa uprave u pogledu uviđaja razlikujemo tri situacije:

- da je predmet uviđaja stvar koja se nalazi kod jedne od stranaka. Ova situacija podrazumijeva da se ne mogu primjenjivati prinudna sredstva u cilju razgledavanja stvari, koja se nalazi kod jedne od stranaka⁶³,
- da se stvar koju treba razgledati nalazi kod treće osobe, kada je moguće prinudno od treće osobe pribaviti stvar koja se nalazi kod nje,
- da se stvar koju treba razgledati nalazi kod organa vlasti ili kod pravnog lica kome je povjereno vršenje javnih ovlaštenja. Naime, tada postoji

⁶⁰ Kulenović, Mikulić, Milišić-Veličkovski, Stanišić i Vučina, Komentari Zakona o parničnom postupku u FBiH i RS, str. 244.

⁶¹ Vrhovni sud BiH, Rev. 637/88 od 16. 3. 1989. godine, objavljeno u Biltenu sudske prakse Vrhovnog suda BiH, broj: 2/89.

⁶² Enver Zečević, Komentar Zakona o parničnom postupku, LOGOS, Sarajevo, str. 133.

⁶³ Sanjin Omanović: Draft novog Zakona o parničnom postupku FBiH s komentarom, Magistrat, Sarajevo, 2003., str. 60.

dužnost ovih organa, odnosno lica, da sudu i organu uprave prezentiraju odgovarajuće dokaze (isprave, stvari, itd.).

Ni stranka ni druga osoba ne mogu se prisiliti da se na njima lično izvode dokazi uviđajem. Naime, sva četiri zakona o parničnim postupcima u BiH ne sadrže odredbe o dužnosti stranaka i trećih osoba da dopuste da se na njihovim tijelima obavlja ispitivanje (npr. ispitivanje krvi u paternitetskim parnicama, uzimanje otiska prstiju, tjelesni pregled), pa takvo obavljanje uviđaja nije moguće bez pristanka tih osoba⁶⁴. Suprotno, prema odredbama Zakona o krivičnim postupcima u BiH, moguće je i bez pristanka okrivljenog odnosno osobe koja se pregleda, obaviti tjelesni pregled, uzeti krv i obaviti druge liječničke radnje, ako je to nužno kako bi se utvrstile činjenice važne za krivični postupak. Svakako, ako zbog toga ne bi nastupila kakva štetna posljedica po zdravlje osobe koja se pregleda. Uvažavajući značaj paternitskih parnika, mišljenja sam da bi i u ovim postupcima trebalo primijeniti rješenje iz zakona o krivičnim postupcima u BiH.

2.3. Svjedoci u parničnom i upravnom postupku

Svjedok je lice koje sudu ili organu uprave daje iskaz o svojim opažanjima činjenica u prošlosti, koje bi mogle biti od značaja za utvrđivanje istinitosti navoda koji se dokazuju. Svjedok, za razliku od vještaka, sudu prenosi samo svoje čulno opažanje, bez iznošenja svoga mišljenja ili zaključaka⁶⁵. Svojstvo svjedoka, u oba postupka, ima i lice koje raspolaže stručnim znanjem potrebnim za razumijevanje opažene činjenice, tzv. svjedok-stručnjak⁶⁶. Za razliku od vještaka, koji obično daje svoje mišljenje na osnovu činjenica koje se mogu utvrditi u sadašnjosti, svjedok-stručnjak daje iskaz o svom čulnom opažanju činjenica iz prošlosti. Ipak, mišljenja sam da će u slučaju svjedočenja svjedoka-stručnjaka biti relativno teško potpuno eliminirati zaključke svjedoka o opaženome, jer se stručnost tog svjedoka ogleda upravo u mogućnosti da iz određenih pojava koje je opazio izvuče određene zaključke. Takvo bi bilo svjedočenje ljekara koji je stranku liječio u prošlosti, o određenim okolnostima u vezi njenog zdravstvenog stanja u to vrijeme.

⁶⁴ Opus citatum, Jozo Čizmić, Komentar Zakona o izvršnom postupku FBiH, str. 317.

⁶⁵ Opus citatum, Kulenović, Mikulić, Milišić-Veličkovski, Stanišić i Vučina, str. 255.

⁶⁶ Opus citatum, Poznić, Građansko procesno pravo, Beograd, 1989., str. 266.

U parničnom postupku, prijedlog za saslušanje stranaka podnose stranke u tužbi ili u odgovoru na tužbu, a mogu biti predloženi i na pripremnom ročištu, što znači da su dva određujuća načela u parničnom postupku, načelo dispozitivnosti i raspravno načelo, došli do punog izražaja.⁶⁷ U upravnom postupku, svjedoka predlaže stranka ili ga određuje osoba koja vodi postupak po službenoj dužnosti. Svjedok se može i sam prijaviti organu, kada se npr. postupak vodi u javnom interesu. Sud ili službena osoba koja vodi postupak, po slobodnoj ocjeni odlučuju hoće li se određene osobe saslušati kao svjedoci. Kada se upravni postupak vodi po službenoj dužnosti, osoba koji vodi postupak sama odlučuje treba li joj svjedok za utvrđivanje određenih činjenica, kao npr. osoba za vršenje inspekcijskog pregleda.⁶⁸ To zavisi od njihove ocjene u kojoj mjeri se iskazi svjedoka mogu koristiti kao dokazi u predmetnim postupcima o pravno relevantnim činjenicama.⁶⁹ Za razliku od parničnog postupka, za pokretanje upravnog postupka uvijek je nadležan organ uprave, bilo da se pokreće po službenoj dužnosti ili po zahtjevu stranke. To je u skladu sa službenom ili oficijelnom maksimom, koja vrijedi, kako za pokretanje postupka, tako i za njegovo dalje vođenje, a posebno se to odnosi na posebni ispitni postupak. Uvažavajući navedeno, mogu sa sigurnošću konstatovati da je ovu odredbu jedino ispravno utvrdio zakonodavac u Republici Srpskoj,⁷⁰ dok su sva tri ostala zakonodavca u BiH⁷¹ utvrdila da se upravni postupak pokreće po službenoj dužnosti ili po zahtjevu stranke, što je pogrešno, jer se ovaj postupak uvijek pokreće po službenoj dužnosti, pa i onda kada to zahtijeva stranka. Kada sud poziva svjedoka, navodi:

⁶⁷ Kulenović, Mikulić, Milišić-Veličkovski, Stanišić i Vučina, Komentari Zakona o parničnom postupku u FBiH i RS, str. 257.

⁶⁸ Član 115. Zakona o upravnom postupku Bosne i Hercegovine; član 122. Zakona o upravnom postupku Federacije BiH; član 112. Zakona o opštem upravnom postupku Republike Srpske i član 109. Zakona o upravnom postupku Brčko distrikta BiH.

⁶⁹ Dr. Pero Krijan, Komentar Zakona o upravnom postupku Federacije BiH, Sarajevo, 2002, str. 297.

⁷⁰ Član 111. Zakona o opštem upravnom postupku Republike Srpske glasi: "Postupak pokreće nadležni organ po službenoj dužnosti povodom zahtjeva stranke." U članu 112. istog zakona govori se o pokretanju upravnog postupka po službenoj dužnosti od strane organa uprave.

⁷¹ Zakoni o upravnim postupcima BiH, FBiH i BDBiH (članovi: 114., 121. i 108.) na isti način propisuju, da upravni postupak pokreće nadležni organ po službenoj dužnosti ili povodom zahtjeva stranke.

ime i prezime, ime jednog roditelja svjedoka, vrijeme i mjesto saslušanja, pravnu stvar o kojoj će biti saslušan, naznaku da se poziva kao svjedok, posljedice izostanka, te pravo na naknadu troškova. Službeno lice koje vodi upravni postupak, za razliku od suda u parničnom postupku, čini mi se potpuno opravdano, u svom pozivu ne navodi ime jednog roditelja, jer se od stranaka u oba postupka ne traži da u svojim prijedlozima za saslušanje svjedoka navodi ime jednog roditelja svjedoka. Postavlja se zatim logično pitanje kako će ovaj podatak onda biti poznat суду? Sva četiri zakona o parničnom postupku u BiH ne predviđaju mogućnost suočavanja svjedoka. Mišljenja sam da je ovu odredbu o suočavanju svjedoka trebalo zadržati i ostaviti sudu mogućnost suočenja svjedoka čiji se iskazi ne slažu. Zakoni o upravnim postupcima u BiH predviđaju mogućnost suočavanja svjedoka. Zakoni o parničnim postupcima su, u odnosu na zakone o upravnim postupcima u BiH, suzili mogućnost svjedoku da uskrati odgovor na pojedina pitanja, tako što svjedok može uskratiti svjedočenje samo u slučaju opasnosti od izlaganja krivičnoj odgovornosti sebe ili srodnika. U upravnim postupcima u BiH, svjedoci mogu uskratiti svjedočenje, ako bi odgovorima na pojedina pitanja izložili sebe ili srodnike teškoj sramoti, znatnoj imovinskoj šteti ili krivičnom gonjenju. Ni jedan zakon o parničnom postupku u BiH ne predviđa mogućnost zaklinjanja svjedoka, dok su zakoni o upravnim postupcima ostavili mogućnost službenom licu koje vodi postupak da svjedok položi zakletvu na svoj iskaz.

Kao svjedoci mogu se saslušati samo osobe koje su sposobne dati суду obavještenja o činjenicama koje se dokazuju. Međutim, kao svjedoci se mogu saslušati i maloljetne osobe kao i osobe s tjelesnim nedostacima pod uslovom da su sposobni za komunikaciju, te strani državlјani, izuzev onih koji uživaju status diplomatskog imuniteta.

Svakako, ne može se saslušati kao svjedok lice koje bi svojim iskazom povrijedilo dužnost čuvanja tajne (službene, državne ili vojne), sve dok ga nadležni organ ne osloboди te dužnosti, što je izričito propisano zakonskim odredbama u oba postupka. Osim uskraćivanja svjedočenja utvrđenih zakonima u oba postupka, svjedok u upravnom postupku se može oslobođiti dužnosti svjedočenja i o nekim drugim činjenicama, kad iznese razloge za to, a po potrebi je dužan te razloge učiniti i vjerovatnim. Ni u jednom, ni u drugom postupku ne postoji opće oslobođanje od dužnosti svjedočenja, nego samo od obaveze da svjedok odgovara na pojedina pitanja. Interesantne su i odredbe koje se odnose na uskraćivanje odgovora svjedoka na pojedina pitanja u parničnom postupku, a kada za

to postoje "važni razlozi"⁷². Primjetno je da su, u odnosu na dosadašnja pravila kojima je bilo regulisano pravo svjedoka na uskraćivanje odgovora na pojedina pitanja, učinjene određene izmjene u smislu izostavljanja nekih razloga zbog kojih se mogao uskratiti odgovor na pojedina pitanja, dok su po prvi put uvedeni neki razlozi koji daju pravo na uskraćivanje odgovora na pojedina pitanja.

Što se tiče "opravdanosti razloga za uskraćivanje svjedočenja ili odgovora na pojedina pitanja" opravdanost razloga za uskraćivanje svjedočenja ili odgovora na pojedina pitanja ocjenjuje sud pred kojim svjedok treba svjedočiti, nakon što se o tome izjasne stranke, a stranke nemaju pravo podnošenja žalbe. Kada je u pitanju slobodna ocjena iskaza svjedoka od strane suda i organa uprave, sve prednosti i nedostaci u primjeni načela slobodne ocjene dokaza dolaze do najjačeg izražaja kod svjedoka kao izvora saznanja. Svjedoci su dokazno sredstvo koje se najčešće koristi, a istovremeno je i jedno od najnepouzdanih izvora saznanja. Na sudu i organu uprave leži puna odgovornost za pravilno vrednovanje iskaza svjedoka kao dokazne činjenice. Vjerodostojnost iskaza svjedoka određena je nizom faktora i okolnosti. Jednu grupu tih faktora čine oni koji su svojstveni čovjeku kao biopsihološkoj jedinki. Oni se tiču sposobnosti opažanja (percepcije), pamćenja, reprodukovanja i dr. Ove sposobnosti su različito zastupljene u svakom čovjeku. Obično se dešava da neko dobro zapaža, slabo pamti, odnosno slabo reprodukuje upamćeno ili obrnuto. U drugu grupu spadaju one okolnosti koje su određene međusobnim odnosima ljudi kao društvenih jedinki: zainteresovanost za spor, subjektivni odnos prema činjenicama koje saopštava, ravnodušnost i dr. Pored svih ovih uslovljenosti koje se određuju svaka ponaosob i sve zajedno, kada je u pitanju vjerodostojnost iskaza svjedoka mora se voditi računa i o okolnostima u kojima je svjedok opažao činjenice, odnosno događaj povodom koga svjedok saopštava svoje saznanje: mjesto, vrijeme, vrste činjenica koje su bile predmet opažanja (*convictio intime*). Kada se imaju u vidu svi ovi faktori koji određuju vjerodostojnost iskaza svjedoka, te dosta ograničene mogućnosti suda i organa uprave da o njima uvijek vode računa, nije teško zaključiti da se u ocjeni iskaza svjedoka dosta često izvode pogrešni zaključci.

⁷² Član 140. st. 1. Zakona o parničnom postupku Federacije BiH.

2.4. Vještaci u parničnom i upravnom postupku

Vještačenje kao dokazno sredstvo sud ili organ uprave mogu odrediti na prijedlog stranke, onda kada je nužno stručno znanje pošto oni sami takvim znanjem ne raspolažu. Drugim riječima, cijenit će se da li da se dozvoli ekspertiza u situaciji kada to neka od stranaka predloži. Također, nova je odredba kojom se propisuje šta sve prijedlog za vještačenje treba da sadrži, o čemu se ima pravo izjasniti suprotna strana. Međutim, ako se stranke o tome ne usaglase, odluku će u parničnom postupku donijeti sud. U upravnom postupku, za određena vještačenja u stvarima u kojima nema stranke s protivnim interesima ili ako je propisima utvrđen postupak vještačenja kod specijaliziranih institucija, tada nema potrebe održavati usmenu raspravu. Takva su u upravnom postupku tehnička vještačenja, kao npr. geodetski premjeri, ispitivanje kvalitete proizvoda u inspekcijskom pregledu, ispitivanje tehničke ispravnosti aparata i sl.⁷³ Tehnička vještačenja, u upravnom postupku, vrše ustanove i druge institucije, a vještačenje, u pravilu, traži organ po službenoj dužnosti, npr. kod tržišne inspekcije ili finansijske policije. Vještačenje u upravnom postupku može biti i drugačije propisano u odnosu na zakone o upravnim postupcima u BiH, kao što su doneseni posebni propisi o utvrđivanju invalidnosti i radnoj sposobnosti.⁷⁴ Iako u zakonima o upravnim postupcima u BiH nema odredbe o tome da li se vještačenje iz parničnog postupka može upotrijebiti u upravnom postupku, mišljenja sam da bi trebalo dopustiti da se mogu u cijelosti ili djelimično koristiti vještačenja iz drugog postupka, ukoliko to odgovara stvari koja se vještači u predmetnom postupku. Zakonodavac je u parničnom postupku nastojao ograničiti upotrebu ovog dokaznog sredstva od strane suda, pa je naglasak stavljen na inicijativu stranaka kao i za ostale dokaze, a ujedno je vještačenje u jednoj oblasti ograničeno samo na jednog vještaka. U upravnom postupku, službena osoba koja vodi postupak određuje jednog ili više vještaka po službenoj dužnosti ili na prijedlog stranke. U većini slučajeva određuje se samo jedan vještač, ali zbog složenosti ili težine vještačenja, kao i u slučaju hitne potrebe, mogu se odrediti dva ili više vještaka.⁷⁵ U parničnom postupku, složenija vještačenja se, po pravilu, povjeravaju stručnim ustanovama i to

⁷³ Dr. Pero Krijan, Komentar Zakona o upravnom postupku Federacije BiH, Sarajevo, 2002, str. 317.

⁷⁴ Ibidem, str. 317–318.

⁷⁵ Ibidem, str. 312.

prioritetno. Radi se, naime, o racionalnijem i ekonomičnijem postupanju pri izvođenju dokaza vještačenjem u dokaznom postupku i reduciraju institucije tzv. nadvještačenja. Odredbe iz sva četiri zakona o parničnim postupcima u BiH, određuju, kao što je rečeno, da vještačenje obavlja samo jedan vještak. Ove odredbe su, po mom mišljenju, ograničavajuće za načelo slobodne ocjene dokaza, kao i za slobodu izbora dokaza, jer su za parnični postupak dva odlučujuća načela, a to su načelo dispozitivnosti i raspravno načelo. To znači da zakoni ne bi trebali da ograničavaju sud u pogledu dokaznih sredstava kojima se mogu utvrđivati određene činjenice.⁷⁶

Novelirane su odredbe zakona o parničnim postupcima u BiH⁷⁷ u pogledu načina na koji se angažuje vještak. Odredbe o dužnosti vještačenja po pozivu suda, te o mogućnosti oslobađanja od ove obaveze, preuzete su u cijelosti iz prethodnih entitetskih zakona, koji su stavljeni van snage. Također, dato je pravo na žalbu protiv rješenja kojim se usvaja zahtjev za izuzeće vještaka i to bez obzira na to da li je zahtjev za izuzeće usvojen ili odbijen, ali samo prilikom izjavljivanja žalbe protiv konačne odluke u oba postupka.

Do određivanja drugog vještaka u istom predmetu doći će kada vještak, koji je prвobитно određen, ne dostavi svoj nalaz i mišljenje u ostavljenom roku u oba postupka. Ovo isti važi i za nejasne, nepotpune ili kontradiktorne nalaze vještaka, jer će im biti vraćeni na popravku.

Sud dostavlja strankama pismeni nalaz i mišljenje vještaka najkasnije 8 dana prije ročišta za glavnu raspravu. Vještačenje se u upravnom postupku može obaviti i izvan usmene rasprave. Kada se radi o takvom vještačenju, organ koji vodi postupak treba, po mogućnosti, strankama dostaviti fotokopiju nalaza i mišljenja vještaka prije održavanja usmene rasprave. Ročište za glavnu raspravu će se održati i u slučaju kad vještak ne pristupi. Iznimno, sud može na prijedlog stranke odložiti raspravu i zakazati novo ročište na koje će ponovno pozvati vještaka, ako utvrdi da je njegovo prisustvo na raspravi neophodno radi razjašnjenja ili dopune nalaza i mišljenja. Ukoliko raspravi u upravnom postupku nije bila prisutna stranka, službena osoba koja vodi postupak treba odmah nakon završene rasprave obavijestiti tu stranku da može kod organa pregledati zapisnik s rasprave, odnosno nalaz i mišljenje vještaka, te eventualno staviti i svoje primjedbe. U ovom istom postupku, kada je obavljeno vještačenje, a

⁷⁶ Kulenović, Mikulić, Milišić-Veličkovski, Stanišić i Vučina, Komentari Zakona o parničnom postupku u FBiH i RS, str. 275.

⁷⁷ Član 150. ZPP-a FBiH, član 150. ZPP-a RS, član 263. ZPP-a BD i član 117. ZPP-a BiH.

usmene rasprave neće biti, dužnost je službene osobe da stranku upozna s nalazom i mišljenjem vještaka, jer organ ne može donijeti rješenje, prije nego što stranci da mogućnost da se o tome izjasni.⁷⁸ Vještak ima pravo na naknadu putnih troškova, troškova za prehranu i prenoćiše, troškova vještačenja i pravo na razumnu nagradu. Sud i službena osoba koja vodi upravni postupak nagradu za izvršeno vještačenje odmjeravaju polazeći od istaknutog zahtjeva vještaka, vodeći pri tom naročito računa o složenosti vještačenja, gubitku vremena i uvjetima rada vještaka.

Ukoliko odredbama zakona o parničnim i upravnim postupcima u BiH nije što drugačije određeno, na izvođenje dokaza vještačenjem na odgovarajući način se primjenjuju odredbe istih zakona koje se odnose na saslušanje svjedoka.

Vještačnjima rukovode organi koji su naredili vještačenja. Prije početka vještačenja pozvat će se vještak da predmet vještačenja pažljivo razmotri, da tačno navede sve što zapazi i utvrdi i da svoje mišljenje iznese nepristrasno i u skladu s pravilima nauke i vještine. Posebno će se upozoriti da je lažno vještačenje krivično djelo. Vještak može svjedočiti samo o činjenicama koje proizlaze iz njegovog neposrednog saznanja, osim ako se prilikom pripreme svog nalaza i mišljenja nije koristio informacijama na koje bi se opravdano oslanjali ostali stručnjaci iste struke.⁷⁹

Vještaku se mogu davati razjašnjenja, a može mu se dopustiti i da razmatra spise. Vještak može predložiti da se izvedu dokazi ili pribave predmeti i podaci koji su od važnosti za davanje njegovog nalaza i mišljenja. Ako prisustvuje uviđaju vještak može predložiti da se razjasne pojedine okolnosti ili da se osobi koja se saslušava postave pojedina pitanja⁸⁰. Vještaci pregledaju predmete vještačenja na mjestu gdje se oni nalaze osim ako su za vještačenje potrebna dugotrajna ispitivanja ili ako se ispitivanja vrše u ustanovi, odnosno organu ili ako to zahtijevaju razlozi morala. Ako je u okviru vještačenja potrebno izvršiti analizu neke materije, vještaku će se, ako je to moguće, staviti na raspolaganje samo dio te materije, a ostatak će se u potrebnoj količini sačuvati za slučaj

⁷⁸ Dr. Pero Krijan, Komentar Zakona o upravnom postupku Federacije BiH, Sarajevo, 2002., str. 318.

⁷⁹ Čalija Branko, Omanović Sanjin, Građansko procesno pravo, Sarajevo, Pravni fakultet, 2000., str 227.

⁸⁰ Član 113.ZKP-a FBiH, član 113. ZKP-a RS, član 271. ZPP-a BDBiH i član 125. ZPP-a BiH.

naknadnih analiza⁸¹. Sud i službeno lice koje vodi postupak će vještaku dopustiti da razmatra spise, kao i da postavlja pitanja strankama i drugim vještacima u vezi predmeta vještačenja.

Sud je dužan vještaka pozvati na raspravu da obrazloži svoj nalaz i mišljenje i izjasni se o primjedbama stranaka⁸². Propust suda da vještaka sasluša neposredno na raspravi može biti samo relativno bitna povreda odredaba parničnog postupka⁸³. Vještak mora uvjek obrazložiti svoje mišljenje⁸⁴.

Okolnost da vještak nije pozvan na raspravu radi usmenog iznošenja nalaza i mišljenja nije bitna povreda odredaba parničnog i upravnog postupka, kada stranke nisu imale primjedbi ni pitanja u vezi s nalazom i mišljenjem koji je on pismeno podnio⁸⁵.

U slučaju da vještak dostavi nalaz ili mišljenje koji su nejasni, nepotpuni ili protivrječni sami sebi ili izvedenim okolnostima, sud i organ uprave će pozvati vještaka da ih dopuni, odnosno ispravi i odrediti rok za ponovno dostavljanje nalaza i mišljenja. Ukoliko vještak ni po pozivu suda ne dostavi potpun i razumljiv nalaz i mišljenje, sud će, uz prethodno izjašnjenje stranaka/e, odrediti drugog vještaka⁸⁶.

Stranci je onemogućeno raspravljanje pred organom kad njegovi prigovori na nalaz i mišljenje vještaka nisu dostavljeni vještaku niti je on o njima saslušan na glavnoj raspravi.⁸⁷

Ročište za glavnu raspravu će se održati i ako vještak ne pristupi na glavnu raspravu. Izuzetno, u oba postupka, mogu se na prijedlog stranke odložiti rasprave i zakazati nova ročište na koje će se ponovo pozvati vještak, ako se utvrdi da je njegovo prisustvo na raspravi neophodno radi razjašnjenja ili dopune nalaza i mišljenja. Vijeće ne može zaključiti glavnu raspravu ako

⁸¹ Član 114. ZKP-a FBiH, član 114. ZKP-a RS, član 272. ZPP-a BDBiH i član 126. ZPP-a BiH.

⁸² Presuda Vrhovnog privrednog suda, br. Pž-5440776.

⁸³ Presuda Vrhovnog suda Hrvatske, br. Rev-2449/88 od 15. 12. 1988. god.

⁸⁴ Član 154. ZPP-a FBiH, član 154. ZPP-a RS, član 267. ZPP-a BDBiH i član 121. ZPP-a BiH.

⁸⁵ Presuda Vrhovnog suda Hrvatske, br. Rev-394/87 od 12. 3. 1983. god.

⁸⁶ Član 155. ZPP-a FBiH, član 155. ZPP-a RS, član 268. ZPP-a BDBiH i član 122. ZPP-a BiH.

⁸⁷ Presuda Vrhovnog suda Hrvatske, br. Rev-1614/85 od 13. 11. 1985. god.

treba pričekati nalaz i mišljenje vještaka⁸⁸.

Za vještaka se može imenovati lice koje je državljanin BiH, lice koje ima odgovarajuće iskustvo, školsku spremu i stručno znanje u određenom području, lice s dokazanim profesionalnim sposobnostima koje uživa glas pažljivog, nepristranog i ekspeditivnog stručnjaka u određenom području i koje se odlikuje integritetom i visokim moralnim kvalitetama⁸⁹. Također, resorna ministarstva i drugi organi uprave u BiH će objaviti javni poziv za imenovanje vještaka i na prijedlog jednog ili više organa, kada organi u svome radu uoče nedostatak vještaka za određenu oblast ili specijalnost⁹⁰. Imenovani vještak ima pečat koji se može upotrebljavati samo pri vršenju dužnosti vještaka. Tekst pečata je isписан na jednom od jezika i pisama koji su u službenoj upotrebi u BiH, i sadrži: ime i prezime vještaka, oznaku "vještak" s naznakom područja, skupine odnosno podskupine, uključujući užu specijalizaciju vještačenja za koju je vještak imenovan i mjesto prebivališta vještaka. Otisak pečata i vlastoručni potpis vještak pohranjuje u resornom ministarstvu ili drugom organu uprave.⁹¹

Postoji lista vještaka koja nije obavezujuća za sud ili drugi organ koji vodi postupak, odnosno druge sudionike u postupku, osim ako je drukčije predviđeno propisima kojim se uređuju pravila postupka. Tako, prema jednoj svojoj odluci, sud nije vezan za listu sudskeih vještaka, nego može po potrebi za vještaka odrediti i drugu osobu.⁹²

Stranke, odnosno punomoćnici stranaka, kao i strukovna udruženja i udruženje vještaka, mogu staviti primjedbe na rad vještaka. Primjedbe se stavljaju u pisanom obliku federalnom ministru pravde.

U parničnom postupku stranka koja predlaže vještačenje dužna je u prijedlogu naznačiti predmet i obim vještačenja, te predložiti osobu koja će obaviti vještačenje. Protivna stranka će se izjasniti o predloženom vještaku, kao i o predmetu i obimu vještačenja. Ako stranke ne postignu sporazum o osobi koja treba biti određena za vještaka i predmetu i obimu

⁸⁸ Presuda Vrhovnog suda Hrvatske, br. Rev- 400/1994 od 2. 3. 1994. god.

⁸⁹ Član 4. Zakona o vještačima FBiH.

⁹⁰ Član 17. Zakona o vještačima FBiH, ZV FBiH.

⁹¹ Član 17. Zakona o vještačima FBiH, ZV FBiH.

⁹² Vrhovni sud Hrvatske, Rev. 1849/80 od 17. 2. 1981. god.

vještačenja, odluku o tome će donijeti sud⁹³.

Okolnost da je vještačenje izvršeno bez prisustva stranke ne čini, sama za sebe, bitnu povredu odredaba parničnog postupka. Ako se stranka nije složila sa nalazom vještaka, može staviti primjedbe na nalaz. Sama izjava stranke da ne priznaje vještačenje nije dovoljan osnov da se odredi novo vještačenje.

Kod određivanja vještaka i naloga za vještačenje sud je dužan dati vještaku konkretan nalog, a ne paušalno rješenje o utvrđivanju štete, jer takva vrsta vještačenja ne predstavlja stručnu pomoć суду за rješavanje konkretnog spora.

Izvođenje dokaza vještačenjem određuje sud rješenjem koje sadrži: ime i prezime i zanimanje vještaka, predmet spora, obim i predmet vještačenja, te rok za podnošenje pismenog nalaza i mišljenja. Ako je sud i organ uprave propustio voditi vještačenje, a posebno ako je propustio odrediti vještaku predmet i smjer vještačenja, počinio je bitnu povredu odredaba parničnog i upravnog postupka⁹⁴. Prepis rješenja dostavlja se vještaku zajedno s pozivom na ročište za usmenu raspravu.

U slučaju da stranka koja izgubi spor, ne plati po nalogu suda ili organa uprave troškove vještaku, vještak na temelju odluke organa stječe pravo tražiti prisilnu naplatu prema toj stranci⁹⁵.

Sud ili službeno lice koje vodi postupak će vještaka na njegov zahtjev oslobođiti dužnosti vještačenja iz razloga iz kojih svjedok može uskratiti svjedočenje ili odgovor na pojedino pitanje, te može vještaka na njegov zahtjev oslobođiti dužnosti vještačenja i iz drugih opravdanih razloga.

2.5. Saslušanje stranaka u parničnom postupku i izjava-iskaz stranke u upravnom postupku

Zakonima o parničnim postupcima u BiH⁹⁶ propisano je da će na prijedlog stranke sud odrediti izvođenje dokaza saslušanjem stranaka. Time je definitivno napušteno pravilo o supsidijarnosti ovoga dokaznog

⁹³ Član 148. ZPP-a FBiH, član 148. ZPP-a RS, član 261. ZPP-a BDBiH i član 115. ZPP-a BiH.

⁹⁴ Vrhovni sud Hrvatske Gž-1822/77.

⁹⁵ Presuda Vrhovnog privrednog suda Srbije, br. P-2024/72.

⁹⁶ Član 163. ZPP-a FBiH, član ZPP-a RS, član 276. ZPP-a BD BiH i član 130. ZPP-a BiH.

sredstva, a koje se pravdalo zainteresiranošću stranaka za ishod spora⁹⁷. Sud će odlučiti da se sasluša samo jedna stranka ako druga stranka uskrati davanje iskaza ili se ne odazove pozivu suda⁹⁸. Za stranku koja nema parničnu sposobnost, saslušat će se njen zakonski zastupnik. Za pravno lice saslušat će se osoba koja je zakonom ili statutom ili pravilima određena da ga zastupa.

Poziv za ročište dostaviti će se punomoćniku stranke koji je dužan o tome stranku izvijestiti. U pozivu će se naznačiti:

- da će se na ročištu izvoditi dokaz saslušanjem stranaka i
- da će stranka koja dođe na ročište biti saslušana u odsutnosti druge stranke⁹⁹.

Ne mogu se primjenjivati nikakve prisilne mjere prema stranci koja se nije odazvala pozivu suda radi saslušanja, niti se stranka može prisiliti na davanje iskaza¹⁰⁰. U zakonima o parničnim postupcima isključene su prisilne mjere prema stranci u dokaznom postupku. Odredbe o izvođenju dokaza saslušanjem svjedoka primjenjivat će se i pri izvođenju dokaza saslušanjem stranaka, ako za saslušanje stranaka nije nešto drugo propisano¹⁰¹. Ova odredba, prije svega znači da se može saslušati samo stranka koja je sposobna sudu dati obavijest o činjenicama koje se dokazuju. Za razliku od parničnih postupaka u BiH, izjava ili iskaz stranaka u sva četiri zakona o upravnim postupcima¹⁰² je supsidijarno i najslabije dokazno sredstvo.¹⁰³ Upotreba ovog dokaznog sredstva u upravnom postupku je ograničena, pa službena lica koja vode ovaj postupak mogu ga upotrijebiti samo u određenim slučajevima, a to su:

- ako za utvrđivanje određene činjenice ne postoji neposredan dokaz,
- ako se neka činjenica ne može utvrditi na osnovu drugih dokaznih sredstava,
- u stvarima malog značaja (kada je stranka udaljena od sjedišta organa,

⁹⁷ Zečević, op. cit., str. 158.

⁹⁸ Član 164. ZPP-a FBiH i ZPP RS te čl. 277 ZPP BD i čl. 131 ZPP BiH.

⁹⁹ Član 166. ZPP-a FBiH, član 166. ZPP-a RS, član 279. ZPP-a BDBiH i član 133. ZPP-a BiH.

¹⁰⁰ Član 167. ZPP-a FBiH, član 167. ZPP-a RS, član 280. ZPP-a BDBiH i član 134. ZPP-a BiH.

¹⁰¹ Član 168. ZPP-a FBiH, član 168. ZPP-a RS, član 281. ZPP-a BDBiH i član 135. ZPP-a BiH.

¹⁰² Član 180. ZUP-a FBiH, član 170. ZUP RS, člana 167. ZUP BD i člana 173. ZUP-a BiH.

¹⁰³ Prof. dr. Sead Dedić, Upravno procesno pravo, Bihać/Sarajevo, 2001, str. 150.

tada izjava stranke zamjenjuje iskaz svjedoka) i

- ako bi uslijed pribavljanja drugih dokaza, bilo otežano ostvarivanje prava stranke i
- u drugim zakonima propisanim slučajevima.

Lažna izjava stranke povlači za sobom krivičnu i materijalnu odgovornost. Službeno lice koje vodi postupak, cjeni vjerodostojnost izjave stranke shodno načelu slobodne ocjene dokaza.¹⁰⁴

2.6. Tumači i prevodioci u parničnom i upravnom postupku

Prevoditelji i tumači u parničnom i upravnom postupku su fizička lica koja pomažu komuniciranju s učesnicima postupka koji ne znaju jezik na kojem se postupak vodi, odnosno s učesnicima koji su potpuno gluhi ili nijemi, pa se s njima ne može ni pismeno komunicirati. Zakoni o parničnim postupcima u BiH¹⁰⁵ ne prave razliku između tumača i prevodilaca, dok zakoni o upravnim postupcima u BiH¹⁰⁶ tu razliku prave. Mišljenja sam da bi u ovom pogledu trebalo podržati rješenje koje je utvrđeno u zakonima o upravnim postupcima. U prilog ovoj tvrdnji ističem razliku između tumača i prevodioca. Tumač je osoba koja zna jezik na kome se postupak vodi, ali zna i ono što prevodilac najčešće ne zna da se sporazumije s gluhim ili nijemim sudionikom postupka. Samo tumač može kazivanje takvog sudionika postupka vjerno prenijeti službenoj osobi ili sudu koji vodi postupak. Prevodilac je osoba koja poznaje jezik na kome se vodi postupak. Naravno, mišljenja sam da se ovo odnosi samo na strane jezike, a ne i na jezike i pisma u službenoj upotrebi u Bosni i Hercegovini. Zahvaljujući prevodiocima omogućeno je i usmeno komuniciranje sa sudionicima postupka na usmenim raspravama. Na tumače i prevoditelje se na odgovarajući način primjenjuju odredbe koje se odnose na vještakе u oba predmetna postupka. Razlika je u tome što je vještačenje dokazno sredstvo u postupcima, dok je prevođenje i tumačenje samo stručno pomaganje. Kada je u pitanju odgovornost, na tumače i prevodioce se primjenjuju odredbe koje po ovom pitanju važe za vještakе.¹⁰⁷

¹⁰⁴ Dr. Pero Krijan, Komentar Zakona o upravnom postupku Federacije BiH, Sarajevo, 2002., str. 308–309.

¹⁰⁵ Član 162. ZPP-a FBiH, član 162. ZPP-a RS, član 275. ZPP-a BDBiH i član 129. ZPP-a BiH.

¹⁰⁶ Član 191. ZUP-a FBiH, član 181. ZUP RS, člana 178. ZUP BD i člana 184. ZUP-a BiH.

¹⁰⁷ Dr. Pero Krijan, Komentar Zakona o upravnom postupku Federacije BiH, Sarajevo, 2002, str. 321–323.

3. Zaključna razmatranja

Sva četiri zakona o parničnim postupcima u Bosni i Hercegovini, u odnosu na zakone koji su važili do stupanja na snagu važećih zakona, unijela su značajne izmjene u materiju dokazivanja i dokaznih sredstava. Te izmjene su rezultat značajno drugačijeg pristupa u odnosu na inicijativu prikupljanja procesne građe. Naime, po pravilu, u parničnom postupku je napušteno istražno načelo traženja materijalne istine, što nije slučaj s upravnim postupkom. Za razliku od upravnog postupka, u parničnom postupku je obaveza prikupljanja dokaza i njihovog izvođenja, u potpunosti prešla na stranke. Zbog toga su sada dva suštinski određujuća načela parničnog postupka načelo dispozitivnosti i raspravno načelo. Dakle, u parničnom postupku sve dokaze i njihovo izvođenje predlažu stranke. Sud određuje izvođenje samo onih dokaza u slučajevima kada se radi o nedozvoljenom raspolaganju stranaka. U upravnom postupku, i dalje je svoju primjenu zadržalo istražno načelo. Naime, službena osoba koja vodi postupak nije ograničena samo na činjenice i dokaze koje iznose stranke. U ovom postupku, u službi načela materijalne istine, službena osoba može *ex officio* izvesti svaki dokaz, ako smatra da je to potrebno radi razjašnjenja stvari. U oba predmetna postupka, sva su dokazna sredstva izjednačena, s tim što jedna imaju primat u parničnom, a druga u upravnom postupku. Izjava-iskaz stranke je kao dokazno sredstvo u upravnom postupku ograničeno. Dokazivanje u parničnom i upravnom postupku vrši se onim dokaznim sredstvima koja su po obliku i sadržaju podobna za utvrđivanje stanja stvari, a što se utvrđuje u svakom pojedinačnom slučaju. Ni jedan od predmetnih postupaka ne stepenuje dokazna sredstva, već dokaznu snagu utvrđuju na osnovu slobodnog uvjerenja, koje se temelji na savjesnoj i brižljivoj ocjeni svakog dokaza posebno i svih dokaza zajedno. Ovisno od toga, sud i službeno lice koje vodi upravni postupak mogu neke dokaze smatrati "vrednjim" ili "jačim", a neke neće uopće uzeti u obzir. Po pravilu, iako ni jedan postupak ne stepenuje dokazna sredstva, moglo bi se ipak kazati da su sigurniji, a time i vredniji, neposredni dokazi, kao što su uviđaj, saslušanje stranaka, isprave i slično, nego posredni dokazi, kao npr. svjedoci. Istina, iako je u upravnom postupku izjava stranke, odnosno saslušanje stranaka dokazno sredstvo, ono je, za razliku od parničnog postupka, ograničeno na tačno određene situacije utvrđene zakonima o upravnim postupcima u BiH ili posebnim zakonima. Ipak, i u jednom i u drugom postupku, dokazuju se sve činjenice koje su važne za donošenje

odluke, a odluku o tome koji će se dokazi izvesti, donosi sud i službeno lice koje vodi upravni postupak. Poštujući ovo pravilo upravljanja u oba postupka, dozvoljeno je суду i službenom licu koje vodi postupak da dokazuju i priznate činjenice, ako stranke idu za tim da raspolažu zahtjevima kojima ne mogu raspolagati. Zbog svega navedenog, a poštujući sve sličnosti i razlike ovih postupaka, može se zaključiti da je upravni postupak u značajnoj mjeri oslonjen na parnični postupak, pa se zbog toga pri rješavanju upravnih stvari, nerijetko, supsidijarno primjenjuju odredbe i principi parničnog postupka.

Literatura

1. Čalija, Branko i Omanović, Sanjin. Građansko procesno pravo, Sarajevo, 2000.
2. Čalija, Branko. Građansko procesno pravo (prvi dio), Sarajevo, 1982.
3. Čizmić, Jozo. Komentar Zakona o parničnom postupku Federacije BiH, Sarajevo, 2009.
4. Dedić, Sead. Upravno procesno pravo, Bihać/Sarajevo, 2001.
5. Dika, Mihajlo i Čizmić, Jozo. Komentar zakona o parničnom postupku FBiH, Sarajevo, 2000.
6. Đuričin, Biljana. Utvrđivanje istine u parničnom postupku, Podgorica, 1998.
7. Kamarić, Mustafa i Festić, Ibrahim. Upravno pravo, Sarajevo, 2004.
8. Kamarić, Mustafa. Upravni postupak, Sarajevo, 1962.
9. Krijan, Pero. Komentar Zakona o upravnom postupku Federacije BiH, Sarajevo, 2002.
10. Kulenović, Zlatko, Mikulić, Stjepan, Milišić-Veličković, Svjetlana, Stanišić, Jadranka i Vučina, Dinka. Komentar Zakona o parničnom postupku u Federaciji Bosne i Hercegovine i Republici Srpskoj, Sarajevo, 2005.
11. Omanović, Sanjin. Draft novog Zakona o parničnom postupku FBiH s komentarom, Magistrat, Sarajevo, 2003.
12. Poznić, Borivoje. Građansko procesno pravo, Beograd, 1989.
13. Poznić, Borivoje i Rakić-Vodinelić, Vesna. Građansko procesno pravo, Beograd, 1999.
14. Rajović, Veroljub, Živanović, Milorad i Momčilović, Radoslav.

- Građansko procesno pravo, Banja Luka, 2001.
15. Ralčić-Tanasković. Zakon o parničnom postupku sa komentarom, sudskom praksom, obrascima i registrom pojmove, Beograd, 1980.
 16. Stanković, Gordana i Račić, Ranka. Parnično procesno pravo, Trebinje, 2008.
 17. Triva, Siniša, Belajec, Velimir, Dika, Mihajlo. Građansko parnično procesno pravo, Zagreb, 1986.
 18. Zečević, Enver. Komentar Zakona o parničnom postupku Federacije BiH, II dopunjeno izdanje, Sarajevo, 2009.

Zakoni

1. Zakon o parničnom postupku pred Sudom BiH (Službeni glasnik BiH, broj: 36/04) i Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku pred Sudom BiH (Službeni glasnik BiH, broj: 84/07).
2. Zakon o parničnom postupku Federacije BiH (Službene novine Federacije BiH, broj: 53/03) i Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku Federacije BiH (Službene novine Federacije BiH, broj: 73/05 i 19/06).
3. Zakon o parničnom postupku Republike Srpske (Službeni glasnik RS, broj: 58/03) i Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku RS (Službeni glasnik RS, broj: 85/03, 74/05 i 63/07).
4. Zakon o parničnom postupku Brčko distrikta BiH (Službeni glasnik BDBiH, broj: 08/09).
5. Zakon o upravnom postupku Bosne i Hercegovine (Službeni glasnik BiH, br. 29/02).
6. Zakon o upravnom postupku Federacije BiH (Službene novine FBiH, br. 2/98 i 48/99).
7. Zakon o opštem upravnom postupku Republike Srpske (Službeni glasnik RS, br. 13/02).
8. Zakon o upravnom postupku Brčko distrikta BiH (Službeni glasnik BDBiH, br. 3/00, 5/00, 9/02, 8/03, 8/04, 25/05, 8/07, 10/07, 19/07, 2/08 i 30/09).

Sudska praksa

1. Presuda Vrhovnog suda BiH, Rev. 637/88 od 16. 3. 1989. godine, objavljeno u Biltenu sudske prakse Vrhovnog suda BiH, broj: 2/89.
2. Presuda Vrhovnog privrednog suda, br. PŽ-5440776.
3. Presuda Vrhovnog suda Hrvatske, br. Rev-2449/88 od 15. 12. 1988.
4. Presuda Vrhovnog suda Hrvatske, br. Rev-394/87 od 12. 3. 1983.
5. Presuda Vrhovnog suda Hrvatske, br. Rev-1614/85 od 13. 11. 1985.
6. Presuda Vrhovnog suda Hrvatske, br. Rev- 400/1994 od 2. 3. 1994.
7. Presuda Vrhovnog suda Hrvatske, Rev. 1849/80 od 17. 2. 1981.
8. Presuda Vrhovnog suda Hrvatske Gž-1822/77.
9. Presuda Vrhovnog privrednog suda Srbije, br. P-2024/72.

Dr. sc. Stjepo Pranjić UDK 364.65-053.9:061.1EU
Sveučilište/Univerzitet "Vitez" Vitez
Fakultet pravnih nauka
e-mail: stjepo.pranjic@unvi.edu.ba or stjepo.pranjic@tel.net.ba
Pregledni naučni rad

USPOREDBA INSTITUCIONALIZIRANJA PRAVNOG REŽIMA TEMELJNE FUNKCIJE DRŽAVNIH MIROVINSKIH SUSTAVA

Sažetak

Demografski trendovi, te promjene obilježja stanovništva i ekonomске promjene u zemljama EU, izazvali su pravne promjene (dopune i izmjene) pravnog režima temeljne funkcije državnih mirovinskih sustava (MS) obveznog mirovinskog osiguranja (MO) etabriranog na kraju XIX i početkom XX st. U zemljama Evropske unije državni mirovinski sustavi obveznog mirovinskog osiguranja, s jednim oblikom pravnog režima temeljne funkcije generacijske solidarnosti, dopunjeni su drugim oblikom pravnog režima temeljne funkcije kapitaliziranog pokrića, u trećoj trećini XX i početkom XXI st. Stoga, u suvremenom usporednom pravu EU postoji državni MS obveznog MO s dva oblika pravnog režima temeljne funkcije: 1. generacijske solidarnosti (Pay-As-You-Go or PAYG PS); i, 2. kapitaliziranog pokrića (Fully Funded).

Prvi oblik pravnog režima temeljne funkcije državnog MS je rudiment obveznog MO u kojem se tekuće mirovine isplaćuju od tekućih uplata obveznika doprinosa (I stup MO). Drugi oblik pravnog režima temeljne funkcije državnog MS obveznog MO je onaj u kojem se prestacija pojedincima plaća iz depozita koji se deponira tijekom radnog vijeka + kamata, dividenda, renta... (II stup MO).

Pred kraj XX st., u zemljama EU institucionalizirani su i privatni MS dobrovoljnog MO. Riječ je o dobrovoljnoj štednji za starost uz državne potpore (III stup MO). Ovaj stup dobrovoljnog MO ne može se smatrati državnim MS obveznog MO, niti njegovim bilo kojim oblikom pravnog režima temeljne funkcije, već privatnim MS dobrovoljnog MO. No bez obzira na to, to ne znači da FBiH, jedina u Europi, može imati pravnu prazninu, jer nije zakonom institucionalizirala privatni MS dobrovoljnog MO.

U BiH postoje dva entitetska MS obveznog MO s jednim oblikom pravnog režima temeljne funkcije generacijske solidarnosti (I stup MO) koji se nužno moraju dopuniti recepcijom europskog, drugog oblika pravnog režima temeljne funkcije kapitaliziranog pokrića (II stup MO). Pravni režim temeljne funkcije entitetskih MS obveznog MO je disfunkcionalan i neefektivan. Ostvarivanje stečenog prava na mirovinu, zbog umanjene novčane razine isplaćivanja mirovina reducirano je na socijalnu pomoć (prosječna mirovina skoro pa je čak i nominalno, a realno jest, na crtici siromaštva). Tim više, pravni režim temeljne funkcije entitetskih MS obveznog MO nije usklađen s Konvencijom br. 102, o najnižim standardima socijalne sigurnosti ili Europskim zakonikom o socijalnoj sigurnosti.

Ključni pojmovi: pravni sustavi mirovinskog osiguranja; mirovinsko osiguranje; mirovinski staž; mirovina; umirovljenik i zapošljavanje

COMPARISON OF INSTITUTIONALIZATION OF THE LEGAL REGIME OF FUNDAMENTAL FUNCTION OF STATE PENSION SYSTEMS

Summary

Demographic trends as well as changes in population's characteristics and economic changes in the EU countries evoked legal changes (amendments) of the legal regimes of fundamental function of state pension systems (PS) of the obligatory PI established at the end of XIX and the beginning of XX century. In the EU countries, state PS of obligatory PI with one form of the legal regimes of fundamental function of generation solidarity have been supplemented with another form of the legal regimes of fundamental function of the capitalized coverage in the third part of XX and at the beginning of XXI century. Therefore, in the contemporary comparative law (EU) there is the state PS of the obligatory PI with two forms of the legal regimes of fundamental function: 1. Generation solidarity (Pay-As-You-Go or PAYG PS); and, 2. Capitalized coverage (Fully Funded).

First form of the legal regimes of the fundamental function of state PS is the rudiment of obligatory PI in which the current pensions are paid out of current by the obliged person from the revenues (I pillar of PI). Second form of legal regimes of fundamental function of state PS obligatory PI is the one

where obligation is paid out to individuals from deposited during working period + interests, dividends, rents... (II pillar of PI).

By the end of XX century, in the EU countries private PS voluntary PI have been established. It is about voluntary savings for the older along with state aid (III pillar of MO). This pillar of voluntary PI cannot be considered as the state PS obligatory, or any form of legal regimes of fundamental function regulation, but the private PS voluntary PI. Nevertheless, it does not mean that the Federation of BiH, as the only one in Europe, can have legal emptiness, because it has not legally regulated private PS voluntary PI.

In BiH, there are two entity PS of obligatory PI with one form of legal regimes of fundamental function, generation solidarity (I pillar of PI) necessary to be supplemented with reception of European as well as other form of legal regimes of fundamental function of capitalized coverage (II pillar of PI). The legal regime of fundamental function of entity PS of obligatory PI is dysfunctional and ineffective. Fulfilling an acquired right to pension, because of decreased financial level of pension payout has been reduced to social aid (average pension is almost, even nominally, as well as in reality, at the level of poverty). However, the legal regime of fundamental function of entity PS of obligatory PI do not harmonized with Convention N°102, on minimal standards of social aid or European Code of Social Security.

Key words: legal systems pension insurance; pension insurance/social security benefit insurance; pension coverage/social security benefit coverage; pension/social security benefit; pensioner and employment.

Uvod

Demografska kretanja, te promjene obilježja stanovništva i ekonomski promjene, u kauzalnoj su vezi s dopunama (pravnog oblika) i izmjenama normativnih rješenja pravnog režima temeljne funkcije državnih mirovinskih sustava (MS) obveznog mirovinskog osiguranja (MO), obveznih mirovinskih fondova (MF) zemalja Europske unije (EU). Odnosno, državni MS obveznog MO s jedinim oblikom pravnog režima temeljne funkcije generacijske solidarnosti su institucionalizirani u zemljama članicama EU na kraju XIX te početkom XX st. Cijelo jedno stoljeće društveno-ekonomski mijene nisu spriječile ili značajnije ugrozile pravni režim temeljne funkcije MS – stjecanje i ostvarivanje prava na mirovinu. Već u trećoj trećini XX st. pravni režim temeljne funkcije MS zemalja EU postaje disfunkcionalan, tj. otvara se pitanje finansijske održivosti MS.

Riječ je o demografskoj promjeni ili obilježju po kojem se prosječan ljudski vijek stalno produžava, npr. u Europi je oko 78 godina s tendencijom rasta (Tablica 1). U XIX st. ljudski vijek bio je znatno manji, npr. SAD 33 godine, Švicarskoj 35 godina, Francuskoj 38 godina i dr.

Tablica 1: Očekivano trajanje života

Zemlja	Oček. trajanje života na rođenju				Oček. trajanje života u 65 godini			
	2008.		2050.		2008.		2050.	
	Muškarci	Žene	Muškarci	Žene	Muškarci	Žene	Muškarci	Žene
Belgija	76,7	82,3	83,1	87,8	16,1	20,1	20,7	24,2
Danska	76,4	81,0	82,9	87,2	16,1	19,0	20,5	23,7
Njemačka	77,3	82,6	83,6	86,8	16,8	19,7	21,3	24,4
Irska	77,5	81,9	83,9	88,0	16,8	19,7	21,3	24,4
Španjolska	77,4	81,9	83,7	88,6	17,1	21,0	21,2	24,7
Luksemburg	76,3	81,2	83,2	87,8	16,5	19,9	20,8	24,1
Nizozemska	77,9	82,2	83,7	87,8	16,5	19,9	20,8	24,1
Portugal	75,8	82,4	82,7	87,7	16,3	19,9	20,7	23,9
Slovenija	74,7	81,9	82,2	87,6	15,7	19,6	20,4	24,0
Finska	76,1	83,0	83,0	88,2	16,6	20,7	20,9	24,5
Švedska	79,0	83,1	84,3	88,3	17,4	20,5	21,3	24,2
UK	77,4	81,5	83,8	87,7	16,9	19,5	21,2	24,1
Crna Gora	72,4	76,8	78,4	82,5	17,4	20,0	20,9	24,0

Izvori: Izvješće o starenju 2009, Europska komisija, Aktuarski model MRSS, UN

Produljenje životnog vijeka je u korelaciji s trendom produljenja korištenja prava na mirovinu i trendom sve većeg broja umirovljenika. Mijenja se odnos broja zaposlenika na jednog umirovljenika. Npr., na jednog njemačkog umirovljenika u 2009. godini, dolaze samo 1,6 zaposlenika, dok je prije 50 godina bilo šest ili prije jedne decenije bila su tri zaposlenika na jednog umirovljenika (Tablica 2). Krajem prošlog stoljeća udjel umirovljenika u aktivnoj populaciji bio je 23% dok se procjenjuju da će taj udjel, u 2020. godini biti veći od 33%.¹⁰⁸

Tablica 2: Temeljna demografska kretanja i promjene odnosa broja zaposlenika na jednog umirovljenika

Zemlja	% os. star. od 65 god. 2008.	% os. star. od 65 god. 2050. godine	Odnos zaposleni – umirovljenik u 2009. godini
--------	------------------------------	-------------------------------------	---

¹⁰⁸ Japan ima 14% stanovnika starijih od 65 godina, a očekuje se da će 2040. godine takvih biti 30%. Procjenjuje se da će se od ukupnog doprinosa u Japanu, već 2018. godine izdvajati 29,6% za državne mirovine.

Belgija	17,3	25,7	1,72
Danska	15,1	24,5	2,03
Njemačka	18,8	31,7	1,6
Irska	11,1	23,7	3,6
Španjolska	16,8	32,1	
Cipar	12,1	23,2	3,13
Luksemburg	14,2	23,0	2,3
Nizozemska	14,2	26,2	3,29
Portugal	16,9	30,1	1,3
Slovenija	15,6	32,5	1,64
Finska	15,9	26,8	1,75
Švedska	17,2	24,7	2,72
UK	16,1	23,0	2,49

Izvori: Izvješće o starenju 2009, Europska komisija

Promjene odnosa broja osiguranika na jednog umirovljenika uzrokuje manjak akumuliranog novca u MF iz tekućih uplata obveznika doprinosa. Zbog toga su u trećoj trećini XX i na početku XXI st. dopunjeni državni MS obveznog MO s jednim oblikom pravnog režima temeljne funkcije *generacijske solidarnosti*. Dopuna se odnosi na drugi oblik pravnog režima temeljne funkcije *kapitaliziranog pokrića*.

Produljenje životnog vijeka stanovništva otvara pitanje finansijske održivosti pravnog režima temeljne funkcije državnih MS, a niska (stopa nataliteta>fertiliteta) aktivnost na tržištu rada, učinila je od tog pitanja finansijski problem. Taj problem je produbljen dugoročnom gospodarskom krizom čiji je uzrok finansijska kriza koja je nastala uslijed velike nezaposlenosti tako da su prihodi MIO enormno smanjeni. Npr., na početku ljeta 2012. godine posao u eurozoni (17 zemalja EU) izgubilo je 123.000 osoba, što je 14. mjesec zaredom kako nezaposlenost raste. Stopa nezaposlenih u eurozoni u lipnju 2012. godine je porasla na 11,2%, a već u studenom je dosegnula 11,8% (v. Eurostat). Nezaposlenih u eurozoni ima 18,8 miliona (11,8%) ili u 27 zemalja EU 26 miliona (10,7%). Od travnja 2011. godine broj nezaposlenih u eurozoni povećan je za nekoliko miliona. Zemlje u tranziciji, u pravilu su fleksibilizirale (č. instrumentalizirale) pravni režim temeljne funkcije MS, tako što su smanjile starosnu granicu za stjecanje prava na mirovinu, ustanovile pravo na prijevremenu mirovinu i dokup staža. Praksa je pokazala da te izmjene i dopune, ne samo da nisu bile dovoljne za efektivniji pravni režim ostvarivanja prava na mirovinu državnih MS obveznog MO *generacijske solidarnosti*, već nisu niti imale tu svrhu. Svrha tih izmjena i dopuna pravnog režima bila je smanjenje nezaposlenosti.

Eksperti predviđaju paralizu pravnog režima temeljne funkcije državnih MS i drastično smanjivanje primanja najstarijih u narednim godinama, a najugroženiji su zaposleni koji imaju između 50 i 55 godina. Zbog toga se pravni režim temeljne funkcije MS zemalja EU, vrlo često mijenja i dopunjuje i radi očuvanja pravnih temelja kojima se osigurava efektivnost primjene međunarodnih standarda. Tako su zemlje EU institucionalizirale i privatni MS dobrovoljnog MO te otpočele s procesom izmjena odredbi kojima je određena starosna granica za stjecanja prava na mirovinu s 56 i 62 na 65 i 67 ili čak na 70 i 75 godina starosti (v. Zelena knjiga: ka adekvatnim, održivim i sigurnim europskim MS, Europska komisija, 2010).

Konsekventno demografskim trendovima u Europi, ali tim gore i početku ekonomске depresije, na kraju XX st. bh. društvo je ušlo u proces tranzicije ekonomije realnoga socijalizma k tržišnom gospodarstvu. Promjene u starosnoj strukturi stanovništva u BiH pokazuju trend brzog starenja stanovništva s kontinuiranim negativnim prirodnim prirastom.¹⁰⁹ Ukupan broj stanovnika u BiH u 2007. godini iznosio je 3.447.156, od čega 1.762.908 (51,1%) žena i 1.684.248 (48,9%) muškaraca.¹¹⁰ Iz istraživanja provedenog 2007. godine vidljivo je da u strukturi stanovništva dominiraju stanovnici starosne dobi 35–64, ukupno 40,3%. Procjene pokazuju da je ukupna populacija mladog stanovništva BiH 1.645.000 dok je ostatak oko 2.197.000 starije stanovništvo. To najbolje oslikava trend starenja stanovništva u BiH. Udjel radno sposobnog st. je rastao nesrazmjerne sporo, dok se udjel starijeg stanovništva utrostručio, od 4,7% u 1971. godini na 15% prema procjenama iz 2007. godine.¹¹¹

¹⁰⁹ Pod utjecajem društveno-ekonomskih promjena ispoljena je tendencija uravnoteženja među spolovima. Tako je 1991. godine odnos muškog i ženskog stanovništva bio gotovo podjednak (49,9% : 50,1%). Kao rezultat raznih negativnih čimbenika u BiH spolna struktura je bila drastično narušena. U posljednje vrijeme se uočava tendencija uravnoteženju, tako da je prema procjenama iz 2007. godine odnos spolova pri rođenju: 1.07 muškaraca na 1 ženu ispod 15 godina: 1.067 muškaraca na 1 ženu 15–64 godina: 1.017 muškaraca na 1 ženu; 65 godina i više: 0.698 muškaraca na 1 ženu i ukupno stanovništvo: 0.97 muškaraca na 1 ženu – Statistički podaci objavljeni u tematskom biltenu Demografija 2008. godine i tematskom biltenu Gender BiH 2005. i 2007. godine.

¹¹⁰ TB 03, Tematski bilten, ISSN 1840-104X (str. 9) www.bhas.ba

¹¹¹ Razlog tome nalazi se u socijalekonomskoj preobrazbi i smanjenju mortaliteta u razdoblju od 1991. godine do danas. Prije 12 godina je prosječna životna dob žena u BiH bila 69,2 godine, dok su muškarci u prosjeku umirali sa 63,3 godina. [BiH u brojevima (2010), Agencije za statistiku BiH]. Prema istraživanju UN u 2012 godini, prosječan životni vijek u BiH je 74,9 godina, muškaraca 72,2 godine, a žena 77,4 godine.]

Pad **stope aktivnosti** (odnos radne snage¹¹² i radno sposobnog stanovništva)¹¹³ označuje manji broj zaposlenih i povećanje stope nezaposlenosti (pad rasta stope osiguranika), što dovodi do više zahtjeva za stjecanje prava na mirovinu, a to onda ograničava ostvarivanje stečenih prava u vidu umanjenja visine mirovina. U Tablici 3 vidljiv je pad **stope zaposlenosti** ukupnog stanovništva u BiH u 2011. godini (31,9%) u odnosu na 2010. godinu (32,5%) uz istovremeni rast **stope nezaposlenosti** 2011. godine (27,6%) u odnosu na podatke iz 2010. godine (27,2%).

Tablica 3: Temeljne karakteristike stanovništva prema aktivnosti i spolu

Stopa / Udjel*	Ukupno / Total		Ženski / Females		Muški / Males	
	2010	2011	2010	2011	2010	2011
<i>Acitivity rate</i>	44,6	44,0	33,2	32,8	56,7	55,9
<i>Employment rate</i>	32,5	31,9	23,3	23,0	42,2	41,3
<i>Unemployment rate</i>	27,2	27,6	29,9	29,9	25,6	26,1
<i>Share of population under 15 age</i>	17,0	16,2	16,3	15,5	17,8	17,0
<i>Share of population 15 – 64 age</i>	67,1	67,5	66,2	66,1	68,1	68,9

Izvor: Anketa o radnoj snazi, 2011.

U BiH je u prvoj polovici 2012. godine bilo nešto manje od 690 tisuća zaposlenih osoba, dok je nezaposlenih više od 536. 000, a službena stopa nezaposlenosti iznosi gotovo 44%, uključujući i **osobe koje su zaposlene u neformalnom sektoru**. Početkom druge polovice 2012. godine prema podacima Federalnog zavoda MIO i Fonda PIO RS danas u bh. društву najbrojnija skupina su umirovljenici kojih trenutačno u BiH ima 614.679 (Tablica 4).

Tablica 4: Entitetski MS obveznog MIO

	RS	FBiH
1. Broj umirovljenika > pozitivan trend	235.164	379.515
2. Broj aktivnih osiguranika> negativan trend	277.185	438.022
3. Broj osoba 65+	224.700	328.532

¹¹² Anketa o radnoj snazi je redovito istraživanje koje provodi Agencija za statistiku BiH. Anketa se provodi jednom godišnje, s ciljem prikupljanja radno sposobnog stanovništva, na temelju kojih se vrši procjena ukupne radne snage u zemlji – TB 03, Tematski biltén, ISSN 1840-104X.

¹¹³ Stopa zaposlenosti predstavlja odnos zaposlenih i radno sposobnog stanovništva, a stopa nezaposlenosti predstavlja odnos nezaposlenih i radne snage – Ibid, str. 30.

4. Broj osoba starosne dobi 15–64 ¹	867.400	1.590.071
5. Pokrivenost MO (% populacije dobi 15–64) ²	23,6	27,54
Sustavna ovisnost		
6. Broj osiguranika/broj umirovljenika	1,17	1,15
Ekonomска оvisnost		
7. Odnos osoba 65+/osoba starosne dobi 15–64 (u %)	25,91	20,6
8. Broj osiguranika/broj osoba 15–64 (u %)	34	27,54
9. Broj osiguranika/broj osoba 65+ (u %)	131,24	133,3
10. Broj umirovljenika/broj osoba 65+ (u %)	88,51	-
11. Prihodi Zavoda MIO na temelju dopri-nosa (u mil. KM)	61,05	1.371.747.418
12. Potrošnja na mirovine (u mil. KM)	761,66	1.522.105.460
13. Prosječna mirovina	311,15	350,95
14. Prosječna neto plaća (u KM).	818	828,95
15. Odnos prosječne mirovine prema prosječnoj plaći (stopa zamjene u %)	37,80	42,33
16. Minimalna mirovina (u KM)	160,41	310,73
17. Potrošnja na mirovine (% BDP)	8,81	9,76

Izvor: Strategija reforme MS u RS i odnose se na 2008. godinu. Izvor podataka za FBiH je Federalni zavod MIO.

Broj umirovljenika u RS veći je od broja zaposlenih, dok je u FBiH taj omjer skoro izjednačen, tj. broj zaposlenih u FBiH na kraju 2012. godine veći je za svega 60 tisuća u odnosu na broj umirovljenika. Prema podacima Federalnog zavoda za statistiku na kraju 2012. godine je bilo 378 tisuća umirovljenika i 437 tisuća radnika, pri čemu je važno napomenuti da se broj umirovljenika kontinuirano povećava, dok broj zaposlenih pada. Broj umirovljenika u RS premašio je broj od 238 tisuća, dok je ukupan broj zaposlenika neznatno veći od 237 tisuća. U proteklih sedam godina broj umirovljenika u RS povećan je za više od 40 tisuća, dok je istodobno broj zaposlenika smanjen za oko 8 tisuća. Za proteklih 10 godina stalno se smanjuje odnos broja zaposlenih na jednog umirovljenika. Npr., 1990. godine bila su tri zaposlenika na jednog umirovljenika, a najniža mirovina je bila 512,70 KM. S druge strane, u 2010. godini taj omjer je 1,2 zaposlenika na jednog umirovljenika (1:1,20), a prosječna mirovina je 339 KM, dok je minimalna zagarantirana mirovina 296 KM. Entitetski MS obveznog MO, pokrivaju rizik starosti, invalidnosti, smrti i tjelesne

onesposobljenosti osiguranih osoba. Sva četiri rizika su financirana kroz plaćanje jedinstvenog doprinosa. Oko 60% ukupnih mirovinskih prestacija osigurava FBiH, a oko 40% RS. Razina potrošnje na mirovine je 9,26% BDP, što predstavlja veliko opterećenje za gospodarstvo.

Prosječna isplaćena mirovina iznosila je oko 155 €. U FBiH blizu polovica korisnika prava na mirovinu su primatelji najniže mirovine i 10,53% korisnika u RS. Uspoređujući razinu prosječne mirovine s pragom siromaštva, vidljivo je da su one u oba entiteta, čak i nominalno, vrlo blizu crte siromaštva, mjerenum kriterijima Svjetske banke. Npr., prosječne mirovine u 2004. godini su bile 184 KM, dok je prag siromaštva bio 185 KM. U 2009. godini prosječna mirovina je iznosila 336 KM u BiH (346 KM u FBiH; 320,2 u RS), dok je prag siromaštva iznosio 238 KM u 2007. godini (Umirovjenici: Strategija socijalnog uključivanja BiH, lipanj, 2010. str. 19).

Najniža (minimalna) ili socijalna mirovina je socijalna novčana naknada koja je u suvremenoj socijalnoj državi označena kao socijalna pomoć, a osigurana je za sve stanovnike u starosti koji su socijalno isključeni (npr. Slovenija: pravo na državnu mirovinu stječu državljeni Slovenije koji su stariji od 65 godina i koji nemaju drugih prihoda), bez obzira na staž osiguranja (v. Europski zakonik o socijalnoj sigurnosti). To znači da u BiH, realno, razina ostvarivanja stečenih prava na mirovinu ne ovisi od staža osiguranja.

Iako je reforma pravnog režima temeljne funkcije entetskih MS obveznog MO, tj., Zavoda MIO FBiH i Fonda PIO RS s jednim oblikom *generacijske solidarnosti* u BiH otpočela donošenjem Strategije reforme entetskih MS (FBIH, 2008 i RS, 2010), ista nije još polučila dopune pravnog režima temeljne funkcije entetskih MS obveznog MO s drugim oblikom pravnog režima temeljne funkcije *kapitaliziranog pokrića*, niti su izvršene izmjene relevantnih odredbi pravnog režima temeljne funkcije. Odredbe koje uređuju uvjete stjecanja prava na mirovinu nisu konzistentno niti potpuno usklađene s komparativnim rješenjima EU niti su usklađene efektivne odredbe koje inkorporiraju svjetske i europske (međunarodne) pravne standarde ostvarivanja stečenog prava na mirovinu, npr., usklađivanje mirovina i prosječnih plaća ili udjel prosječne mirovine u prosječnoj plaći ili visina prosječne mirovine i praga siromaštva i dr.

Cilj ovog rada je istražiti bitna i znanstveno fundirana saznanja o pravnom režimu temeljne funkcije državnih MS obveznog MO s jednim oblikom *generacijske solidarnosti* i oblikovati rezultate istraživanja. Svrha ovog

rada je predstaviti rezultate usporedbe pravnog režima temeljne funkcije entitetskih MS obveznog MO s jednim oblikom *generacijske solidarnosti* i onda ta usporediva rješenja usporediti s propitanim i sistematiziranim rješenjima pravnog režima temeljne funkcije zemalja EU kako bi se utvrdile temeljne razlike, a onda i ukazalo na potrebu izmjena i dopune bh. i eur. pravnog režima temeljne funkcije – stjecanja prava na starosnu mirovinu. U ovom radu glavna metoda istraživanja je usporedna metoda koja inkluđira pomoćne posebne pravne metode, dogmatsku i normativnu metodu.

1. Pojam i oblici pravnog režima temeljne funkcije državnog MS

Izraz “*pravni režim*” je jedan od nižih pojmova (utemeljenje, organizacija, pravni izvori, pravni subjekti, postupak, mirovinski sporovi, materijalno-financijska sredstva, upravljanje i sl.) koji obuhvaća obujam temeljnog pojma, a što se utvrđuje u postupku koji se naziva dijeljenje (engl. *division*) pojma. Skup tih nižih pojmova je predmet temeljnog ili višeg pojma “*državnog MS obveznog MO*,” u filozofsko-pravnom smislu riječi.

Osim toga, predmet ovog pojma može se izraziti i sociološki, kao dio društvenih odnosa koji se označuju kao socijalni odnosi između pravnih subjekata (fizičkih i pravnih osoba) MIO ili dogmatskopravno kao skup sistematiziranih normi koje se nalaze u pravnim izvorima podgrane socijalnog prava koja se naziva “*socijalno pravo MIO*”. Metodološki gledano, na sva tri pristupa mora se naslanjati metodološki koncept kako bi se diferencirale samostalne znanstvene discipline (npr. socijalno pravo) od znanstvenih područja (npr. radnog i socijalnog prava), odnosno da bi se utvrdili posebni instituti (npr. “*pravni režim temeljne funkcije državnog MS obveznog MO*”) ili podgrane tih disciplina (npr. „socijalno pravo MIO“) u znanstvenom i didaktičkom smislu izraza.

Konzistentno kazanom pod predmetom pojma “*državnog MS obveznog MO*” razumijevaju se oni socijalni odnosi koji nastaju između pravnih subjekata MIO, odnosno odvijanjem radnog i/ili životnog ciklusa ljudi u određenim godinama starosti ili/i invalidnosti ili/i smrti i pravnih osoba u pravilu javnih, a iznimno privatnih pravnih osoba (institucija ili organizacija kojima pravo priznaje posebna pravna ovlaštenja, različita od ovlaštenja članova organizacija), koji se zbog svoje konfliktne naravi pravom reguliraju i *per se* pravna regulativa te socijalne odnose pretvara u socijalnopravne odnose MIO ili u institucionalizirane statuse pravnih subjekata MIO. U

procesu uspostavljanja socijalnopravnih odnosa MIO dolazi do stjecanja, ostvarivanja, prestanka subjektivnih prava i vršenja ovlaštenja (pravna obveza + pravna ovlast = nadležnost = djelokrug ≥ kompetencija) pravnih subjekata MIO ili do institucionaliziranja “*pravnog režima temeljne funkcije državnog MS obveznog MO*”.

Jednako kazanom i niži pojam, “*pravnog režima*” temeljne funkcije državnog MS obveznog MO, ima svoj predmet. No bez obzira na to, odnosno s obzirom na to da se predmet nekog pojma može izučavati ili spoznavati interdisciplinarno, multidisciplinarno i transdisciplinarno (npr. politološki, pravno, ekonomski, demografski, statistički i sl.), onda je nužno utvrditi sadržaj pojma, ili skup svih njegovih bitnih oznaka u postupku koji se naziva definicija pojma. Slijedom toga, pod “*pravnim režimom temeljne funkcije državnog MS obveznog MO*” razumijeva se pravni institut “*državnog MS obveznog MO*” kojeg čine sva posebna normativna opća pravna pravila sadržajno raspoređena u niz manjih-većih međusobno vezanih posebnih cjelina (normi, članaka, stavaka ≥ alineja) tako da čine kompleksan, koherentan i jedinstven posebni pravni postupak (*lex specialis derogat legi generali*) stjecanja, ostvarivanja i prestanka prava na mirovinu te drugih subjektivnih prava iz MIO i vršenja ovlasti institucionaliziranih statusa pravnih subjekata MS. Iz ove pojmovne definicije proizlazi da će se ovaj znanstveni rad zasnivati na suradnji socijalnopravnih disciplina.

1.1. Pojam “državnog mirovinskog sustava”

Pozitivnopravne definicije “državnog MS obveznog MO” su prava rijetkost. Ipak, mjerodavne odredbe pozitivnih propisa impliciraju elemente za sastavljanje teoretske definicije pojma “državnog MS obveznog MO.” Odnosno ukupnost tih mirovinskopravnih normi (= mirovinskopravni sistem = mirovinskopravni poredak = objektivno mirovinsko pravo) implicira da se “državni mirovinski sustav (engl. legal system pension)” može definirati kao dio socijalnopravnog sustava države kojeg čine sva posebna pravna načela i opće pravne norme koje se nalaze u jedinstvenim materijalnopravnim i formalnopravnim, a iznimno u posebnim formalnopravnim izvorima “socijalnog prava MIO” sistematizirane ili sadržajno raspoređene u niz manjih-većih međusobno vezanih posebnih cjelina, tako da čine kompleksnu, koherentnu i jedinstvenu posebnu normativnu cjelinu ili podsustav unutar cjeline socijalnopravnog sustava čija je temeljna funkcija uspostavljanje pravnog

režima stjecanja, ostvarivanja i prestanka prava na mirovinu i drugih subjektivnih prava iz MS osiguranih (rizika) osoba, kako bi otklonile i/ili ublažile socijalni rizik ili zadovoljile stanje socijalne potrebe.

U subjektivnom smislu državni MS obveznog MO razumijeva ovlaštenje (osigurane) osobe da zahtjevom inicira pokretanje posebnog upravnog postupka pred nadležnim pravnim subjektom državnog MS obveznog MO radi stjecanja, ostvarivanja i prestanka prava na mirovinu i drugih subjektivnih prava iz MS obveznog MO, te pružanje organizirane pravne zaštite subjektima u posebnim postupcima stjecanja, ostvarivanja i prestanka subjektivnih prava za slučaj individualnih mirovinskopravnih sporova (koji mogu nastati zbog povrede pravila postupka i/ili zbog pogrešno i nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja i/ili zbog pogrešne primjene normi materijalnog socijalnog prava MIO), a koji se rješavaju primjenom propisane pravne sankcije za utvrđene sporove.

U stručnoj literaturi društvenih znanosti i međunarodnoj praksi, prihvaćene su dvije arhitekture MS:

1. Prema klasifikaciji Svjetske banke, govori se o trostupnom MS u kojem: I stup čini obvezni redistributivni MF; II stup čine obvezni MF koji posluju na načelu kapitalizacije i, u III stupu nalaze se dobrovoljni MF koji, također, prate načelo kapitalizacije, a učlanjenje u MF može biti individualno ili kolektivno;
2. Prema klasifikaciji EU, arhitektura državnih MS je, također trostupna, s tim što se u II stepu (kapitalizacijski MF) ubrajaju profesionalne sheme i MF kolektivnog osiguranja, dok se u III stepu nalaze samo dobrovoljni kapitalizacijski MF individualnog osiguranja.”

Navedene klasifikacije MS, najblaže rečeno nisu pravno konzistentne. I jedna i druga klasifikacija, a obje zajedno pogotovu, su konfuzne i nejasne. U najmanju ruku, potrebno ih je sistematizirati i pravno oblikovati. Rješavanje tog zadatka treba početi ključnim elementima koji su zajednički, odnosno zajedno različiti kod obje klasifikacije. Tako je zajedničko i jednoj i drugoj klasifikaciji to što u svom sadržaju inkluđiraju načelo dobrovoljnosti i načelo obveznosti uteviljenja MF, kao i to što se isplata mirovina iz obveznih MF vrši prema načelu solidarnosti (redistribucije) i načelu kapitalizacije. Iz prvog zajedničkog svojstva proizlazi zaključak da u suvremenoj praksi MO postoje dva MS, i to: **1. Državni MS uteviljen na načelu obveznosti MO; i, 2. Privatni MS uteviljen na dobrovolnjem načelu MO.** Drukčije, zapravo oneroidno mišljenje imao je profesor A. Ravnić (i niz drugih autora koji su se bavili ili se bave socijalnim

pravom i socijalnom politikom) koji u okviru razmatranja organizacije socijalnih sustava navodi da su socijalni sustavi i socijalna politika u osnovi državni, a nadopunjaju se privatnopravnim socijalnim sustavima. Organizacija može biti (a) državna, (b) paradržavna i (c) privatna, ali temeljne organizacijske pravne okvire kako organizacije tako i djelokruga pa i upravljanja određuje država, jer SO spada u javno dobro i oblik je javne službe (*po ovom stavu privatni sustav, tj. pojedini njegovi podsustavi bi bili više-manje državni, jer država određuje pravni okvir, npr. Zakon o gospodarskim društvima, i oni imaju značajnu dimenziju javnog dobra* – istaknuo S. P.). Postoji mogućnost da socijalnim sustavima upravljaju posebne ustanove, odnosno agencije, koje u skladu sa zakonom imaju veći ili manji stupanj autonomije. U pravilu, ovim ustanovama upravljaju odbori koji su često sastavljeni od predstavnika poslodavaca, radnika i vlade.

Suvremena praksa državnih MS poznaje upravljanje državnih tijela obveznim MO i autonomno upravljanja subjekata, npr. MF. Profesor Dedić, S., (Socijalno pravo, str.161 i 162), ističe: U teoriji socijalnog prava navodi se da u državama zapada postoje dva tipa PIO, i to: Europski – kontinentalni tip javnog MS i Anglosaksonski tip MO.

1) Europski – kontinentalni tip MS je tip MO koji je karakterističan kako po organizaciji koja je, u pravilu, odvojena od državne organizacije, tako i po većem-manjem stupnju autonomije glede unutarnjeg organiziranja i upravljanja. Bliže karakteristike ovog MS su: financira se doprinosom zaposlenih pa i poslodavaca i zajednički s njima upravljaju; kao tijela upravljanja javljaju se skupštine, razni odbori i dr.; organizacijske jedinice za provođenje MO su zavodi ili riznice na čelu s ravnateljem; MO se provodi za cijelu državnu teritoriju ili po područjima. 2) Anglosaksonski tip je specifičan MS MIO. On se javlja kao dio javne uprave, s tim što se različito organizira. Organizacijski može biti uspostavljen na središnjoj ili lokalnoj razini ili pak kao integralni dio jedinica središnje ili lokalne uprave. Kao posebna karakteristika ovog MS navodi se da MO upravljaju rukovodeći državni službenici. Mirovine su, u pravilu, niske i jednake, ali postoji mogućnost i dopunskih penzija.“

Europski – kontinentalni tip MS nije konzistentan u potpunosti uspostavljenim načelima čije poštivanje jamči finansijsku i socijalnu održivost MS. Riječ je o međunarodnom načelu po kojem se upravljanje SO/MO treba vršiti od strane državnih tijela, dok se autonomiji subjekata MO daje supsidijarno i ograničeno značenje.

Ova diskrepanca je u korelaciji s aktualnom finansijskom krizom MS zemalja EU čiji je ponder dosegao točku finansijskog problema.

Državni MS zemalja EU utemeljeni su na načelu obveznosti MO. S obzirom na to da se akumulirana novčana sredstava iz obveznih doprinosa članova MS u MF mogu isplaćivati za mirovine na načelu solidarnosti (redistribucije) i, na načelu kapitalizacije onda se, u osnovi, može govoriti o dva oblika pravnog režima temeljne funkcije državnog MS. To nije slučaj s privatnim MS dobrovoljnog MO, gdje je načelo solidarnosti isključeno.

Državni MS etabliran je (od kancelara Otta von Bizmarcka) s prihvaćenjem socijalnih zakona u Pruskoj osamdesetih godina, XIX st. Tim je zakonima, u početku samo za siromašnije kategorije radnika, uvedeno osiguranje za slučaj bolesti i nesreće na poslu, te MO. Doprinose u fondove SO plaćali su radnici i poslodavci, a država je zakonski regulirala obveze tih dvaju partnera. Fondovima nastalim doprinosima osiguranika upravljavali su predstavnici radnika, poslodavaca i države. Tako je nastalo načelo tripartizma u SO. SO za propisane je socijalne rizike u pravilu obvezno, ali može biti i dobrovoljno. S vremenom se SO proširilo na sve kategorije zaposlenih, a u nekim zemljama i na seljake, male poduzetnike i druge profesionalne skupine. Obuhvaća osiguranje od glavnih socijalnih rizika (bolest, nesreća na poslu, starost, nezaposlenost), a posljednji je uspostavljen sustav obveznoga osiguranja za slučaj nezaposlenosti.

Privatni MS etablirani su pred kraj XX st. a razvijaju se i dan-danas sa sve jačim socijalfinancijskim značenjem. U zemljama EU pojavljuju se dobrovoljno MO koje akumulira novčana sredstva sve više u privatne, a manje u državne MF. To je posebna imovina u izričitom vlasništvu članova MF koja nema status pravne osobe. Fond utemeljuje i njime upravlja, s pažnjom dobrog eksperta, "društvo za upravljanje MF." MF razvili su se iz posebnih mirovinskih shema koje su se organizirale u posebnim, privatno upravljenim institucijama. To su bile profesionalne sheme rudara, mornara, željezničara i nekih udruga poduzetnika.

Procvat kapitalizacijskih MF bilježi se 80 godina prošlog stoljeća u Južnoj Americi, a zatim 90-ih u zemljama Središnje i Istočne Europe, gdje su kapitalizacijski MF integrirani u državne MS bilo kao obvezni (dopunski obveznom redistributivnom – PAYG PS), bilo kao dobrovoljni MF (MF dodatnog MO).

Dobre europske prakse poznaju dvije vrste MF: 1. Privatni MF u velikim gospodarskim društvima za proizvodnju, trgovačkom i uslužnom sektoru

te u sindikalnim udrugama, i 2. Javni MF u javnim službama i državnim tijelima i organizacijama (npr. obrazovanje, policija, vojska, državna uprava, pravosuđe i sl). U svijetu doživljavaju brzi napredak i među najznačajnijim su institucijskim investitorima na finansijskim tržištima. Prvi MF utemeljen je u SAD 1875. godine na željeznici (*American Express Company*). Poslije II sv. rata naglo se razvijaju u svim razvijenim zemljama. Brže od državnih MF. MF u SAD imali su 2003. godini 5.900 milijardi \$ aktive, a od toga privatni 3.658 milijardi. U zemljama EU različito je značenje dobrovoljnih (privatnih) MF. Ukupno ih je bilo 2000. godine 6.479, s tim da im se broj po zemljama kreće od 45 u Švedskoj do 3.405 u Švicarskoj. Broj MF stalno raste, čemu pridonosi više činitelja: služe poduzećima za privlačenje obrazovanih radnika, ulozima u MF poduzeća plaćaju radnike izbjegavajući ograničenja visine nadnica, poreze i sl.

Njihov rast je potpomognut i time što član trajno zadržava pravo na deponirani novčani iznos, neovisno o tomu je li postao nezaposlena osoba, jer ima pravo to svoje pravo ustupiti drugoj osobi.

Pravni režim temeljne funkcije (pojedinačnog i kolektivnog) privatnih MS dobrovoljnih MF *kapitaliziranog pokrića* djeluje na sljedeći način. Dobrovoljni MF funkcioniraju po načelu kolektivnog investiranja i kapitalizacije sredstava uplaćenih na račune članova MF. To su institucijski investitori koji osiguravaju pojedincima sigurnost i stabilnost prihoda poslije završetka radnog vijeka, a strogo su nadzirani od države.

Uplatu sredstava u MF može se vršiti osobno ili putom poslodavaca, tj. učlanjenje putom mirovinskog plana, koji uključuje poslodavca kao organizatora tog plana i obveznika uplate doprinosa za svoje zaposlene. Prestanak uplate sredstava na osobni račun ne znači prestanak članstva u MF ili gubitak sredstava, već sredstva ostaju na računu člana i investiraju se i oplođuju u skladu s ostvarenim prinosom, te se iz MF mogu povući u trenutku stjecanja zakonom utvrđenih uvjeta.

Dobrovoljno MO ne može se smatrati institucijom (državnog MS obveznog MO, niti njegovim bilo kojim oblikom pravnog režima temeljne funkcije), već privatnim MS dobrovoljnog MO ili ekon. mirovinskim planom (*pension plans*) bezobziranato što država omogućava novčane i druge državne potpore.

Konačno, MO može se dragovoljno provoditi i kroz sustav premijskoga MO što se svrstava u osiguranje života i naziva se rentnim osiguranjem, a provode ga osiguratelji privatno mirovinsko ili rentno osiguranje oblik je pojedinačne brige za vlastitu starost. Renta ili mirovina u tom sustavu može biti izravna isplata, slijedi odmah nakon plaćanja premije u obliku

kapitalne uplate, ili odgođena, plaća se nakon završetka uplata premija ili nakon određenog datuma, a moguće su i druge kombinatorike, koje kod obveznog MO nisu moguće (npr. ako osiguranik uplaćuje premiju i umre prije početka primanja rente, dio uplata vraća se nasljednicima).

Državni MS u odnosu na privatne MS predstavljaju važan segment sustava socijalne zaštite (SZ) jer oko 96% umirovljenika ostvaruje stečena prava na mirovinu iz ovog sustava. Odnosno on predstavlja jedan od najznačajniji i, istovremeno najefektivniji oblik organizirane SZ zaposlenika i njihovih obitelji u okviru koje ostvaruje određene socijalne prestacije osiguranoga rizika više od jednog stoljeća.

Obvezno MO može obuhvaćati osiguranje od (dugo) trajnih rizika, starosti, smrti, invalidnosti, te tjelesne onesposobljenosti sve ili samo neke od navedenih. Kako obuhvaćaju i rizik invalidnosti, naziva se i mirovinsko-invalidsko osiguranja (MIO).

Temeljno pravo iz MS je pravo na starosnu i prijevremenu starosnu mirovinu za slučaj osiguranoga rizika starosti, a zatim i pravo na obiteljsku mirovinu, koja pripada članovima obitelji za slučaj osiguranoga rizika smrti na temelju zaposlenosti, a onda pravo za slučaj nastupanja osiguranog rizika invalidnosti, pravo na invalidsku mirovinu zbog trajnog smanjenja ili gubitka sposobnosti za rad i na kraju pravo osiguranika s promijenjenom radnom sposobnošću, tj., prava invalida II kategorije invalidnosti na profesionalnu rehabilitaciju, odnosno pravo na novčanu naknadu za tjelesnu onesposobljenosti. Za sve osigurane slučajevе u tom se sustavu osigurava isplata trajne, najčešće doživotne, mirovine, pri čemu je za njezino stjecanje potrebno zadovoljiti određene dodatne uvjete, među kojima je dob, mirovinski staž, srodstvo i sl.

Najvažniji ciljevi državnog MS u suvremenom sustavu socijalne sigurnosti su: raspoređivanje prihoda pojedinaca i obitelji tijekom cijelog životnog ciklusa; štednja (osobna i nacionalna) i održavanje socijalne kohezije ublažavanjem siromaštva za vrijeme starosti i radne neaktivnosti. Utemeljeno se ističe postulat da državni MS (ne)izravno utječe na i na zaposlenost, motivaciju zaposlenih, poslodavaca i drugih gospodarskih subjekata u postizanju veće produktivnosti rada te gospodarskog rasta i razvoja, kao životni standard stanovništva, na opću i zajedničku potrošnju i na cjelinu gospodarsko-socijalnih odnosa (v. Učur, M., 2000, Socijalno pravo, „Informator,” Zagreb, str. 133).

1.2. Oblici pravnog režima temeljne funkcije državnog mirovinskog sustava

U suvremenom usporednom pravu EU postoji državni MS obveznog MO s dva oblika pravnog režima temeljne funkcije: 1. *Generacijske solidarnosti (Pay-As-You-Go or PAYG PS u slobodnom prijevodu "tekuće financiranje")*; i 2. *Kapitaliziranog pokrića (Fully Funded PS)*.

Državni MS obveznog MO oblika pravnog režima temeljne funkcije *generacijske solidarnosti* je prvi najstariji pravni oblik obveznog MO koji je etabliран na kraju XIX i u prvoj polovici XX st. u zemljama EU. Iz samog posvojnog pridjeva "državni" proizlazi da brigu za starost pojedinca preuzima država, tj. zaposlenik nije odgovoran za budući umirovljenički status. U državnom MS obvezno osiguranje u pravilu čini cjelinu s invalidskim MO, koje osigurava prihode osobama koje više nemaju smanjenu radnu sposobnost. Obvezno MIO obuhvaća osiguranje radnika, osiguranje samostalnih profesija, poljoprivrednika, umjetnika i sl. Financira se na načelu uzajamnosti (visina mirovine vezana je za novčanu masu uplaćenih doprinosa) i generacijske solidarnosti. To znači da se tekuće mirovine isplaćuju umirovljenicima od tekućih uplata doprinosa obveznika osiguranja, tj., tekuća generacija obveznika uplate doprinosa financira tekuću generaciju umirovljenika a eventualni manjak novčanih sredstava se pokriva iz državnih proračuna pa ih onda često nazivaju i "mješovitim MS". Efikasnost i efektivnost, a onda i ekonomičnost („3E“) ovog oblika MS ovisi o odnosu između aktivnog (broja zaposlenih) i pasivnog stanovništva (umirovljenika). S padom stope nataliteta i produženjem ljudskog vijeka, povećanjem stope (ne)zaposlenosti dolazi do poremećaja odnosa aktivno vs. pasivno stanovništvo.

I stup MIO osigurava umirovljeniku pokrivanje samo egzistencijalnih potreba. Zato uz obveznu uplatu doprinosa obveznika osiguranja po načelu solidarnosti generacija zakonodavci, za neke kategorije zaposlenika, utemeljili su i obveznu uplatu doprinosa (II stup MO), koje zaposlenik uplaćuje na svoj račun koji se vodi kod "društva za upravljanje MF" individualizirane kapitalizirane štednje. U većini zemalja EU državni MS obveznog MO s jednim oblikom pravnog režima temeljne funkcije *generacijske solidarnosti* dopunjeni su drugim oblikom pravnog režima temeljne funkcije *kapitaliziranog pokrića*, krajem XX i početkom XXI st.

Pravni režim temeljne funkcije drugog pravnog oblika *kapitaliziranog pokrića* funkcioniра na sljedeći način. Novčana sredstva MF osiguravaju

uplatama doprinosa članova MS tijekom njihovog radnog vijeka. Tako uštedjena i oročena novčana sredstava, najčešće do nastupanja rizika starosti, zajedno s dobiti se redovito ulažu najviše u dionice poduzeća, korporacijske obveznice, državne, rjeđe u osigurane hipotekarne vrijednosnice, a drže i velike oročene depozite kod banaka. Jednako kao izvori (obveze uplata članarina po određenoj dinamici), i priljevi od otplata glavnica kao i ostali prinosi predvidivi su im u budućnosti pa lako održavaju likvidnost i ulažu u dugoročne instrumente tržišta kapitala. MF financijskom institucijom čini pasiva (mogućnost ulaganja i štednje) i aktiva. Veličinom i strukturom ulaganja MF postaju pojedinačno, uz banke, najvažnijim financijskim intermedijarima. Strukturom portfelja oni se pojavljuju kao vlasnici i financijeri gospodarstva i kreditori države. Osim toga, strukturiranje portfelja financijskih ulaganja postaje najvažniji dio poslovne politike. Ulagачi (članovi) očekuju da im MF do odlaska u mirovinu ne samo očuva realnu vrijednost uloga već i ostvari određenu dobit. Drugi pravni oblik državnog MS obveznog MO prestaciju pojedincima, članovima sustava plaća iz depozita koji se deponira tijekom radnog vijeka + kamata, dividenda, renta...

2. Entitetski MS obveznoga MO u Bosni i Hercegovini

2.1. Institucionaliziranje pravnog režima temeljne funkcije entitetskih MS obveznoga MO

Na kraju XX st. bh. društvo je zbog krize ušlo u proces tranzicije ekonomije realnoga socijalizma k tržišnom gospodarstvu (npr. vlasnički pluralizam) i ustavnopravnog političkog preustroja (npr. politički pluralizam, preustroj (kon)federalnog državnog uređenja i sl.). No, zbog nekompetentnosti subjekata državnog, a najprije političkog menadžmenta upravljanje tranzicijskim procesima odvelo je u rat.

Tako je ratom umjesto mirom izvršena disolucija onovremene složene države (SFRJ), na samostalne i međunarodno priznate države, među ostalim, i RBiH. Odnosno, na prostoru SRBiH u ratu (1991–1995) uspostavljena su tri efektivna sustava organizacije vlasti na dijelovima teritorije SRBiH, a to s obzirom na temu rada znači i tri odvojena MS obveznog MO oblika pravnog režima temeljne funkcije *generacijske solidarnosti*.

U tom procesu (prisilnog premještanja stanovništva) stjecanje prava na mirovinu je ograničeno, posebice za izbjegle i prognane osobe, osobe

koje pripadaju manjinskom etnikumu i nacionalnim manjinama u RS,

RBiH i HR HB. Također, ostvarivanje stečenog prava na mirovinu je ugroženo, odnosno mirovina je bila zapravo socijalna pomoć koja se u pravilu davala u živežnim namirnicama (npr. brašnu, šećeru, masti i sl.) i u simboličnim iznosima ili novčanim bonovima čija je realna vrijednost bila ispod crte siromaštva. Kada je zaustavljen rat (1995.) pod pritiskom međunarodne zajednice uspostavljen je mir. Na inicijativu i pod monitoringom međunarodne zajednice započeli su procesi modifikacije unutarnjeg ustavnopravnog političkog sustava RBiH [v. čl. 1. Ustav (F)BiH; i Ustav RS]

a time i ustavnopravnog političkog položaja entitetskih MS obveznoga MIO. To znači, najprije, da je se ta modifikacija mogla odvijati u pravnom okviru Ustava BiH.

Ustavnim okvirom BiH je uspostavljena veza između prava koja se jamče Ustavom BiH i ustavima entiteta međunarodnim standardima prava čovjeka i temeljnih sloboda. Međutim, postoje određeni problemi u ostvarivanju zajamčenih prava, posebice sa stajališta manjkavosti ustavnog okvira. Tako je Odbor o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima zabilježio kako ustavni okvir za BiH, koji je nametnuo Dejtonski mirovni sporazum, a koji dijeli državu članicu na dva entiteta, te na jedan distrikt (BDBiH), dao ograničenu odgovornost i ovlasti državnoj vladni, posebice u području ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava, te stvorio složenu administrativnu strukturu koja često rezultira nepostojanjem usklađenosti i implementacije zakona i politika koji se odnose na jednak uživanje ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava za stanovnike dvaju entiteta, županija u FBiH i općina istog ili različitih entiteta.

Na državnoj razini ne postoji jedinstvena organizacija MIO, već postoji Ministarstvo civilnih poslova BiH – Sektor za rad, zapošljavanje, SZ i mirovine – Odsjek za SZ i mirovine. Nadležnost ovog ministarstva je izvršavanje poslova i zadataka iz oblasti socijalne politike, tj. sklapanje međudržavnih ugovora u ime i za račun BiH s drugim državama u cilju reguliranja međusobnih prava i obveza MO, odnosno funkcija unutarnjih organizacijskih jedinica ovog ministarstva je koordinacija u izvršavanju poslova i zadataka iz oblasti socijalne politike i koordinacija s mjerodavnim entitetским regulatorima na izradi prijedloga nacrta ugovora o SO. Međudržavni ugovori o SO su dio pravnog poretku BiH a po pravnoj snazi su iznad entitetskih zakona o MIO te kaotakvi imaju prednost nad tim zakonima. To znači da predmetne obligacije prema odredbama domicilnih zakona

o MIO predstavljaju *lex superior*, mjerodavne domaće ustanove (regulator osiguranja) moraju ih izravno primjenjivati kada osobe podnesu neposredan zahtjev na koje se takav ugovor odnosi, odnosno mjerodavni domaći sudovi za slučaj spora.

Prema čl. III Ustava BiH, socijalna zaštita ne spada u izravnu nadležnost BiH, već u nadležnosti entiteta, pri čemu umirovljenici BDBiH imaju pravo izbora između entitetskih MF. Primjena ovog rješenja za posljedicu ima razlike u cijeni rada: dva zaposlenika koji su odabrali različite fondove, iako imaju istu neto plaću, predstavljaju različite cijene rada za poslodavca radi različitih metoda obračuna doprinosa i različitih stopa doprinosa u dva entitetska MS. Na primjer, stopa za MIO u FBiH je 23%, a u RS 18,5% na bruto plaću (obuhvaća neto plaću zaposlenika, pomnoženu s utvrđenim koeficijentom, plus doprinosi i porezi). Pri tomu doprinos iz plaće za MIO FBiH je 17% (plaća zaposlenik) a doprinos na plaću je 6% (plaća poslodavac), dok je za PIO RS stopa doprinosa iz plaće 18,5% a nema novčane obveze na plaću. Ukupni doprinosi iz plaće zaposlenika za SO u RS su 33% jer ne postoje doprinosi koje plaća poslodavac dok su u FBiH ukupni doprinosi 42,01% i to od toga doprinosi iz plaće 31,01% a doprinosi na plaću su 11%.

Isti problem pojavljuje se u svim institucijama na državnoj razini, kao kod Centralne banke BiH, ministarstava na državnoj razini, agencija, institucija i tako dalje.

Ustavima entiteta određeno je da oni uređuju i osiguravaju, među ostalim, sustav javnih službi, SO i druge oblike SZ. Odatle je MS i definiran kroz entitetske zakone o MIO pri čemu je stopa doprinosa za PIO regulirana Zakonom o doprinosima. Odnosno, socijalna politika je u isključivoj nadležnosti entiteta RS i FBiH, s tim što u FBiH, socijalna politika spada u podijeljenu nadležnost između FBiH i njenih županija, pa je sukladno tomu FBiH MS obveznog MO, *generacijske solidarnosti*, uredila Zakonom o MIO ("Sl. novine FBiH," br. 29/98, 49/00, 73/05, 59/06, 4/09 i 55/12). Ovaj zakon predstavlja početak reforme MIO u FBiH dok to u RS predstavlja Zakon o dobrovoljnim MF i mirovinskim planovima, "Sl. glasnik RS," br. 13/09 (III stup MIO). Kako niti do 31. 5. 1999 godine nisu ujedinjena dva MF u FBiH (Mostarski i Sarajevski), visoki predstavnik (VP) za BiH je to učinio svojom odlukom.

Time je nakon više godina došlo do institucijskog i organizacijskog sjedinjavanja dva MF u FBiH u jedan Fond MIO/PIO FBiH.

Pravni status jedinstvenog Fonda PIO RS ostao je nepromijenjen od 1994. godine kada je i utemeljen.

Odnosno, ovaj fond je utemeljitelj Mirovinskog rezervnog fonda RS (MREF). MREF se utemeljuje radi osiguranja financijske održivosti obveznog MO.

Pravni režim temeljne funkcije entitetskih MF etabliran je na razini entiteta zakonom osiguravajući stjecanje, ostvarivanje i prestanak prava na mirovinu. Ovo rješenje je dvojbeno s aspekta globalnog značenja socijalne sigurnosti i karaktera prava koja se jamče osobama na koja se konkretni zakoni odnose. Odnosno, prema svjetskim, a i europskim načelima MO postoji opća odgovornost države u provođenju MIO (č. BiH). Tim više upravljanje SO treba da se odvija putom državnih tijela, dok se autonomiji subjekata osiguranja daje supsidijarni i ograničeno značenje.

Sredstva potrebna za ostvarivanje prava i obveza iz MS osiguravaju od obveznika uplata doprinosa za MIO koja se akumuliraju u izvanproračunske fondove javnog financijskog sustava, proračuna FBiH ili proračuna RS i proračuna BiH, prihoda po osnovu dobrovoljnog osiguranja prihoda od imovine kojom raspolaže regulator osiguranja, sredstava od gotovinskog dijela privatizacije

u skladu sa zakonom koji regulira oblast privatizacije poduzeća, prihoda koje svojom djelatnošću ostvari regulatori MO i drugih prihoda. Za pokriće mirovina koje se ostvaruju pod povoljnijim uvjetima u odnosu na uvjete utvrđene Zakonom, osigurat će se sredstva u proračunu. Obveznika uplate, osnovicu, stopu doprinosa, način obračunavanja i uplate doprinosa za MIO i druga pitanja u vezi s plaćanjem ovih doprinosa uređuje se Zakonom o doprinosima.

Ostvarivanje prava na temelju uplaćenih doprinosa, tj. visina mirovine, određuje se na temelju propisane formule sukladno dužini radnog staža ili staža osiguranja i visine zarada, a ne ovisi od visine uplaćenih doprinosa. Efektivnost ovog rješenja je dvojbena, tj. visina mirovine (ne)ovisi od mirovinske osnovice koja se određuje na temelju (izračunate) visine plaće u razdoblju osiguranja i akumuliranih godišnjih obračunatih stopa. Razlike u mirovinama s obzirom na različita prava iz MIO su irrelevantne.

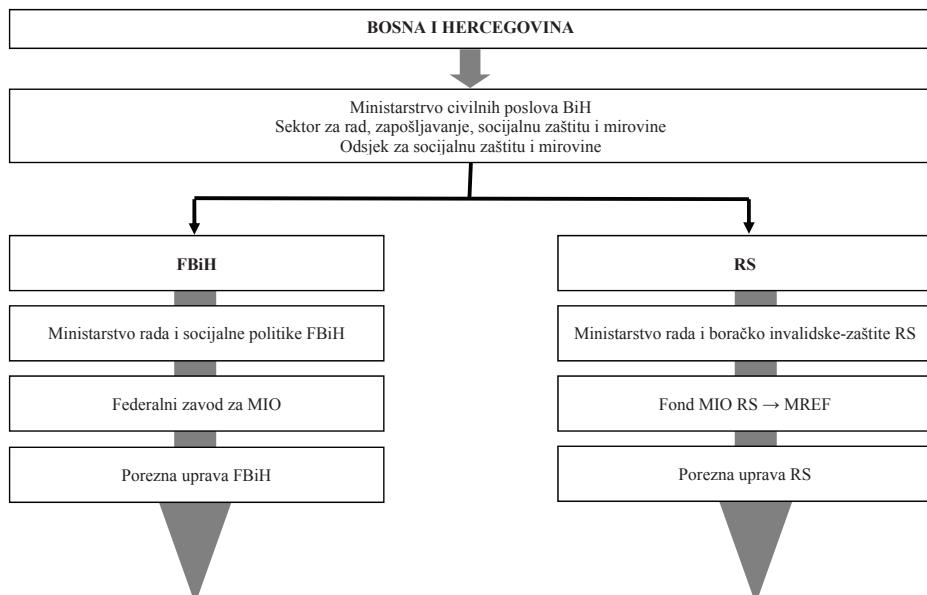
Korisnici prava na starosnu mirovinu imaju mirovine neznatno iznad 41%, a korisnici prava na obiteljske mirovine su neznatno niže od 40%.

Nedovoljna razina uplaćenih doprinosa predstavlja financijski problem, kojeg uzrokuju neadekvatna zakonska rješenja. Nesporno je da poslodavci krše ostvarivanje stečenog prava na mirovinu kao i državna tijela jer ne poduzimaju djelotvorne mjere da se doprinosi naplate i tako zaštite predmetna prava. Međunarodni standardi obvezuju državu članicu da se suzdrži od svih radnji koje za posljedicu imaju

kršenja prava čovjeka (pozitivna obveza države), ali jednako tako da poduzme mjere kako bi spriječila da drugi ne krše ta prava (negativna obveza države). Stope uplate obveznika doprinosa su previsoke, što za posljedicu ima izbjegavanja uplata uz istovremeno destimuliranje zapošljavanja kao i neprovodenje propisa o plaćanju doprinosa na plaću zbog velikog udjela neformalnog sektora, neprijavljanja punih iznosa plaća, oslanjanje na isplatu naknada i neformalne aranžmane zapošljavanja i u formalnom sektoru. Stanje anomije uzrokuju i određena neadekvatna zakonska rješenja, ali i usko tumačenje mjerodavnih osoba.

Državni MS BiH čine entitetski MS obveznog MO oblika pravnog režima temeljne funkcije *generacijske solidarnosti* (Grafikon 1).

Grafikon 1: Državni MS BiH ≥ Entitetski MS obveznog MO



Organizacija i funkcioniranje pravnog režima entitetskih MS obveznog MIO je identično (v. Grafikon 1). To je rezultat disolucije jedinstvenog MS obveznog MO ondašnje države kao i međunarodnih standarda i dobrih europskih praksi. Jedino što se usporednom metodom mogu utvrditi razlike u financiranju Federalnog zavoda MIO i Fonda PIO RS. Pored doprinosa, postoje i drugi izvori financiranja kao što su proračun (u 2008. godini transferi proračuna RS iznose 160 mil. KM ili 20,58% u strukturi

ukupnih prihoda MIO s trendom rasta¹¹⁴), te prihodi od pružanja usluga (pristojbe za izdavanje potvrda u FBiH) i prihodi od kamata na oročena sredstva. Pri tomu proračunske transferi za Fond PIO RS su stalni, dok su za Federalni zavod MIO *ad hoc*. Nastavno Fond PIO RS za razliku od Zavoda MIO FBiH u posjedu je kapitala i udjela u nekim poduzećima kao rezultat privatizacije u RS. Ovaj fond je utemeljitelj PREF koji unosi imovinu stečenu u skladu s propisima o privatizaciji državnog kapitala u poduzećima i sredstva stečena upravljanjem tom imovinom, kojima Fond PIO RS raspolaže na dan utemeljenja PREF kao utemeljiteljski ulog u PREF.¹¹⁵ Također su različite razine koeficijenata kod isplate mirovina što utječe na razlike u visini mirovina.

3. Usporedba pravnog režima temeljne funkcije entitetskih MS obveznog MO i pravnog režima temeljne funkcije javnih MS obveznog MO zemalja EU

U komparativnom pravu zemalja EU etabliran je državni MS obveznog MO s dva oblika pravnog režima temeljne funkcije;

1. *Generacijske solidarnosti (Pay-As-You-Go ili PAYG PS); i*
2. *Kapitaliziranog pokrića (Fully Funded).*

Prvi oblik pravnog režima temeljne funkcije državnog MS je najstariji oblik obveznog MO u kojem se tekuće mirovine isplaćuju od tekućih doprinosa (I stup MO). Drugi oblik pravnog režima temeljne funkcije je onaj u kojem se prestacija pojedincima plaća iz depozita koji se deponira tijekom radnog vijeka + kamata, dividenda, renta... (II stup MO).

U BiH postoje dva entitetska MS obveznoga MO s jednim oblikom pravnog režima temeljne funkcije, *generacijske solidarnosti*, koji se nužno moraju dopuniti, recepcijom europskog usporedivog, drugog oblika pravnog režima temeljne funkcije, *kapitaliziranog pokrića* kao što je to učinjeno u devet od jedanaest novih članica EU (sve osim Češke i Slovenije).¹¹⁶ Pravni

¹¹⁴ Ministarstvo rada i boračko-invalidske zaštite RS (2010), Strategija reforme penzijskog sustava u RS.

¹¹⁵ Čl. 2, 3, 4 i 5. Zakon o penzijskom rezervnom Fondu RS.

¹¹⁶ Ovaj pristup, dopune oblika temeljne funkcije MS, razlikuje se od pristupa prihvaćenog u latinoameričkim zemljama koje su ukinule državne MS obveznoga MO>MF s jednim oblikom pravnog režima temeljne funkcije, generacijske solidarnosti, tj. u potpunosti ih zamijenili privatnim MS – privatnim pojedinačnim štednim mirovinskim računima (npr. Čile, Paragvaj, Urugvaj i dr.).

režim temeljne funkcije ovog pravnog oblika entitetskih MS državnog MO bi se temeljilo na preraspodjeli postojećeg obveznog mirovinskog doprinosa na osobne račune osiguranika.

Osim navedenog pred kraj XX st, u zemljama EU postupno sazrijeva svijest i težište se promovira na privatni sektor u domeni MO, s jedne strane te odgovornosti pojedinaca za svoju sigurniju budućnost, s druge strane. Riječ je o privatnim MS dobrovoljnog MO s oblikom pravnog režima temeljne funkcije, pojedinačnog (uplata sredstava vrši se osobno na posebne račine – štednja za starost) ili kolektivnog *kapitaliziranog pokrića* (uplatu sredstava vrši se putom poslodavaca, tj. kolektivno učlanjenje u MF putom mirovinskog plana). Iako se III stup MO ne može smatrati oblikom pravnog režima temeljne funkcije državnog MS obveznog MO već privatnim MS dobrovoljnog MO ili oblikom dugoročne štедnje za starost (*pension plans*), jedina koja u Europi nema uređeno zakonom, dobrovoljno MO je FBiH. Odnosno, bez obzira na to što u oba entiteta postoji izgrađena normativna i institucionalna osnovica finansijskog tržišta, uvođenje dobrovoljnog osiguranja predviđeno je Zakonom o dobrovoljnim PF i penzionim planovima, samo u RS te su doneseni i podzakonski akti nužni za funkcioniranje ove vrste PF.¹¹⁷ Izmjenama Zakona o porezu na dohodak RS je utvrđeno umanjenje porezne osnovice za iznos uplaćenog mirovinskog doprinosa za dobrovoljno MO.

Posebno je pitanje normativnih rješenja valorizacije mirovina. Osim nepredvidivosti u kretanju plaća i inflacije, postoje i dvojbe glede kvaliteta podataka o plaćama, na temelju kojih se vrši valorizacija. Na finansijsku održivost MS, kratkoročno, kao na njegovu (ne)predvidivost određen utjecaj ima uskladjivanje razine mirovina. Iz navedenih razloga, a u skladu s vladajućom praksom u EU, potrebno je mirovine “vezati” za inflaciju, budući da bi se na taj način održao životni standard umirovljenika i osigurala adekvatnost mirovina. Ukoliko se promatraju normativna rješenja zemalja u regionu i EU, primjena “švicarskog” normativnog rješenja na način kako

¹¹⁷ Zakon o dobrovoljnim PF i penzijskim planovima, „Sl. glasnik RS“ br. 13/09. Ovim zakonom se prvi put u RS, a i u BiH, uspostavlja pravni okvir koji omogućava utemeljenje MF kao novih institucija kolektivne štednje i investiranja, a koji na dobrovoljnoj osnovi prikupljaju dugoročnu štednju s namjenom isplate mirovina po umirovljenju. Mirovinski planovi su dodatak obveznom MO. Omogućavaju članovima da po umirovljenju, osim mirovine iz obveznog MO, primaju i mirovinu iz dobr. MO.

se primjenjuje u BiH je prava rijetkost.¹¹⁸ Valorizacija mirovina u EU može se svesti na tri temeljna normativna rješenja: valorizacija inflacijom, valorizacija inflacijom i razinom plaća i odluka vlade na temelju rasta/pada prihoda države. Ipak vladajuće rješenje je valorizacija inflacijom jer je ustanovljeno u deset zemalja EU: Italija, Belgija, Francuska, Grčka, Španjolska, Irska, Luksemburg, Poljska, Portugal, Rumunjska, pri čemu je u pojedinim zemljama usklađivanje uvjetovano visinom stope inflacije, npr. ukoliko prijeđe 2% ili 5%. Neusporedivo bh. rješenjem reguliranja valorizacije mirovina ugrožava imovinski karakter prava na mirovinu. Postojeći pravni režim temeljne funkcije entitetski MS obveznog MO ne osigurava usklađenosti mirovina i prosječnih plaća kako je to određeno

¹¹⁸ Pravo na valoriziranje mirovina koje se vrši početkom kalendarske godine za cijelu prethodnu godinu je ograničeno raspoloživim sredstvima Federalnog zavoda MIO, s tim što je predviđeno samo mjesечно usklađivanje (čl. 45, čl. 50 i čl. 51. Zakona MIO). Starosna mirovina u godini u kojoj osiguranik stječe pravo na mirovinu prethodno se usklađuje od 1. siječnja, a prema kretanju plaća u prosincu prethodne godine u odnosu na cijelu tu godinu. U godinama u kojima nije izvršeno usklađivanje mirovina s punim rastom plaća usklađivanje se vrši % koji se dobije kada se prosječna mirovina iz prosinca prethodne godine stavi u odnos s prosječnom mirovinom iz cijele prethodne godine. Starosna mirovina za mjesec za koji se isplaćuje, ne može biti veća od iznosa četiri prosječne mirovine isplaćene u prosincu 2007. godine i usklađene s isplatnim koeficijentom za taj mjesec. U RS vrijednost općeg boda iz čl. 48. Zakona PIO usklađuje se od 1. siječnja svake godine, počevši od 2013. godine, prema % promjene prosječne neto plaće u RS u prethodnoj godini (čl. 82). Mirovine ostvarene do 31. prosinca prethodne godine usklađuju se od 1. siječnja svake godine, počevši od 2013. godine, prema % koji predstavlja polovicu zbroja % promjene prosječne neto plaće i % promjene potrošačkih cijena na godišnjoj razini u RS u prethodnoj godini (čl. 83). Uusklađenu vrijednost općeg boda za tekuću godinu i % usklađivanja mirovina za tekuću godinu objavljuje Fond na temelju podataka Republičkog zavoda za statistiku objavljenih u "Sl. glasniku RS."

najnižim međunarodnim standardima.¹¹⁹ U Konvenciji br.102, o najnižim standardima socijalne sigurnosti preporučuje se najniža visina od 45% i

¹¹⁹ Izraz “social security” se prevodi kao “socijalna sigurnost” ili kao “SO,” ovisno o materiji na koju se odnosi, a primjenjuje se kao opći izraz (naslovi, kategorije, i sl.). Izraz za SO u engl. jeziku je “social insurance,” ali on se vrlo rijetko koristi, a gotovo nikada u naslovima ili za označavanje općih kategorija sustava. “Social security” se prevodi kao “SO” kad se odnosi na sustave financirane doprinosima osiguranika, koji su ostvarili pravo na osiguraničko svojstvo na temelju radnog odnosa ili samostalne djelatnosti. “Social security” se prevodi kao “socijalna sigurnost” kad se radi o sustavima koji obuhvaćaju sve državljane (strance i radnike migrante pod određenim uvjetima) bez obzira na to jesu li u radnom odnosu, a financiraju se iz državnog proračuna isključivo putem poreza. “Social security” se prevodi kao “SO” i onda kad se radi o tzv. “mješovitim sustavima” koji se financiraju djelomično iz sredstava doprinosa a djelomično iz državnog proračuna. U većini mješovitih sustava preteže načelo osiguranja kao temelj sustava, pa ih u nekoj općenitijoj podjeli može se smatrati sustavima osiguranja. Npr. u BiH mirovinski i zdravstveni sustav je sustav osiguranja (bez obzira na to što se zapravo radi o mješovitim sustavima) jer su utemeljeni na doprinosima osiguranika, dok je za razliku od toga sustav doplatka za djecu je utemeljen isključivo na načelu socijalne sigurnosti – financira se putem poreza iz državnog proračuna, ostvaruje se prema načelu državljanstva (uz određene iznimke), te podlježe cenzusu prihoda. Kada se radi o prijevodu naslova “European Code of Social Security” u BiH se koristi izraz “socijalna sigurnost” ili “socijalno obezbjedenje” jer se taj instrument VE odnosi istodobno na sve tipove (pod)sustava, na one koji su uspostavljeni na načelu osiguranja, kao i na one uspostavljene na načelu sigurnosti. Socijalna sigurnost veoma je bitan segment za razvoj društva, zbog čega je u međusobni odnos značajno staviti međunarodnim standardima utvrđena prava u oblasti socijalne sigurnosti s institucijskim mehanizmom za osiguranje uživanja socijalnih prava u jednoj državi. Kad je riječ o socijalnim pravima, potrebno je poći od temeljnog načela zajedničkog za sve UN standarde ljudskih prava, a to je da uživanje socijalnih prava u jednoj državi mora biti osigurano bez diskriminacije. Pravo na SZ je utvrđeno sljedećim dokumentima: Europski zakonik o socijalnoj sigurnosti; Konvencija MOR br. 102 o najnižim standardima socijalne sigurnosti i; Europska konvencija za zaštitu prava čovjeka i temeljnih sloboda, izmijenjena i dopunjena protokolima, br. 3, 5, i 8, i dopunjena Protokolom, br. 2, te protokolima, br. 1, 4, 6, 7, 9, 10 i 11; Konvencija o ukidanju svih oblika diskriminacije žena (CEDAW); Konvencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije (CERD); Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (ICCPR); Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (ICESCR); Opća deklaracija o ljudskim pravima (UDHR); Europska socijalna povelja (revidirana); i Europska konvencija za prevenciju torture i nehumanog ili degradirajućeg tretmana ili kažnjavanja. Umirovljenici BIH i druge osobe koje imaju pravni interes mogu se pozivati na ove dokumente, s obzirom na to da su oni: (1) pravno obvezujući i (2) tražiti sudsku zaštitu prava na mirovinu i drugih socijalnih prava. Za slučaju da više međunarodnih dokumenata definira ili štiti ista prava, pojedinac ima pravo na zaštitu prema: (1) svim postojećim (usvojenim) instrumentima i (2) odredbama ugovora koje je štite na najbolji način, tj. prema onome što osigurava najveći stupanj zaštite – V. Gorjanc – T. Prelević, Pravo na suđenje u razumnom roku, Centar za ljudska prava Univerziteta u Sarajevu: “Zbirka izabranih presuda Europskog suda za ljudska prava u slučajevima protiv BiH , RH, Makedonije, Slovenije i Srbije,” Sarajevo, 2009.

66% europski kod socijalnog osiguranja/sigurnosti.¹²⁰ Osim toga BiH je potpisala i Revidiranu Europsku socijalnu povelju u kojoj postoji blanketna odredba u čl. 12. st. 2. koja se poziva na najniže standarde socijalne sigurnosti propisane Europskim zakonom o socijalnoj sigurnosti s Protokolom (1964) revidiranim 1990. godine. To znači da država BiH krši i najniže europske standarde, jer je entitet kojemu međunarodno pravo priznaje, samim nastankom – automatski, status subjekta međunarodnog prava, odnosno navedeni instrumenti “... nisu instrumenti standardizacije već minimalne harmonizacije, te zahtijevaju od država ugovornica uspostavljanje najnižeg stupnja socijalne sigurnosti, a uređivanje višeg stupnja od najnižeg prepuštaju državama ugovornicama, ovisno o njihovim mogućnostima.”¹²¹ Ukoliko se promatra iznose mirovina u BiH u 2010. godini, može se primjetiti da je stopa zamjene (odnos mirovine i neto plaće) veća u Makedoniji, Italiji, Portugalu i Francuskoj (Tablica 5).

Tablica 5: Usporedba prosječne neto zarade i prosječne mirovine

Zemlja	Sij.-ožujak-2010	Neto plaća	Stopa zamjene	Države	Stopa zamjene
BiH	171	403.9	42.3%	Belgija	45,7
Bugarska	145	316	45.9%	Češka	28,1

¹²⁰ Vidi temeljni instrument Vijeća Europe kojim su uređeni najniži standardi socijalne sigurnosti u Europi (instrument najniže harmonizacije), Europski zakonik o socijalnoj sigurnosti, 1964. To je multilateralni ugovor ponuđen državama članicama Vijeća Europe na potpisivanje, a ostalim državama na pristupanje. Stupio je na snagu u ožujku 1968. godine nakon obavijesti o ratifikaciji od strane treće države koja ga je potpisala. Primjenjuje ga 20 država članica Vijeća Europe. Odnosi se na sljedeće grane SO: ZO i ZZ, MO – uključujući nesreće na poslu i profesionalne bolesti, obiteljske prestacije (doplatak za djecu), te na prestacije za nezaposlenost. Europskim zakonom određeni su najmanji standardi u odnosu na materijalnopravni i osobni obuhvat, uvjeti za ostvarivanje prava na prestaciju, oblik prestacije, način određivanja i visina obročne novčane prestacije, razdoblje i dan početka korištenja prestacije. Protokol uz Europski zakonik o socijalnoj sigurnosti, 1964. godine povećava razinu najnižih standarda određenih Europskim zakonom, a primjenjuje ga sedam država. Svaka država koja primjenjuje navedene instrumente dužna je dostavljati opsežna i detaljna izvješća o njihovoj primjeni u nacionalnom zakonodavstvu o SO. Europski kodeks zakona revidiran je 1990 godine. BiH iako je članica Vijeće Europe nije potpisnica Europskog zakonika o socijalnoj sigurnosti. Treba li i može li BiH potpisati i ratificirati predmetni Zakonik Vijeća Europe treba biti predmetom posebne analize?

¹²¹ Vanda Crnjac Pauković, Europski zakonik o socijalnoj sigurnosti i najniži standardi mirovinskog osiguranja: Hrvatski zavod za mirovinsko osiguranje, 2005. str. 66.

Rumu-nija	177	368	48.1%	Danska	33,4
RH	297.2	730.9	40.7%	Luksem-burg	52,0
Crna Gora	254	466	54.5%	Austrija	52,0
Makedonija	164.85	330.7	49.8%	Portugal	54,0
Estonija	285	529.5	53.8%	Švedska	46,2
Letonija	258	496.6	52.0%	Italija	71,2
Litvanija	220	432.9	50.8%	Fran-cuska	62,3
Srbija	210	318.2	66.0%		

Izvori: Statistički zavodi zemalja i Izvješće o starenju 2009, Europska komisija

Republika Hrvatska je konzistentno ekonomskim promjenama i demografskim trendovima, a radi očuvanja funkcionalnosti MS obveznog MO, provela mirovinsku reformu državnog MS obveznoga MO s jednim oblikom pravnog režima temeljne funkcije, *generacijske solidarnosti* (HZMO). Postojeći HZMO je dopunjeno drugim oblikom pravnog režima temeljne funkcije, *kapitaliziranog pokrića*.¹²² Tim više RH je, sukladno europskim komparativnim rješenjima i zakonski uredila dobrovoljno MO na temelju osobne dugoročne štednje (III stup MO). Način prikupljanja

¹²² Mirovinska reforma u RH otpočela je sa Zakonom o MO, "Nar. novine RH," br. 102/98. II i III stup MO se uvodi postupno od 2002. godine. Vidi i Zakon o obveznim i dobrovoljnim MF, "Nar. novine RH," br. 49/99, 63/2000; Zakon o MO društвima i isplati mirovina na temelju individualne kapitalizirane štednje, "Nar. novine RH," br. 106/99, 63/2000). Svrha novih zakonskih rješenja je: 1. usporavanje priljeva novih korisnika mirovine – pooštreni su kriteriji odlaska u mirovinu prije svega postupnim podizanjem dobi umirovljenja za muškarce na 65 godina, za žene na 60 godina; smanjivanje tereta financiranja MO, i usklađivanje MO s novim tržišnim uvjetima u gospodarstvu. Postojeći MS, zbog sve većeg broja osiguranika postao preskup i neodrživ. Npr. omjer broja osiguranika koji uplaćuju doprinose i broja umirovljenika u zadnjih dvadesetak godina smanjio se s 3:1 na gotovo 1:1, što za posljedicu ima smanjenje mirovina i socijalnu isključenost umirovljenika.

sredstava je isti za I stup MO¹²³ dok je za II¹²⁴ i III stup MO ustanovljena osobna štednja za starost.¹²⁵ Štednja u I i II stupu MO je obvezna, a u III stupu MO dobrovoljna (Grafikon 2). Pravni režim MS osigurava

¹²³ Svi zaposleni osiguranici, ipso iure, izdvajaju 15% bruto plaće za HZMO. Ta sredstva koriste se za isplatu tekućih mirovina. Ove mirovine ne mogu se prenijeti na drugu osobu, niti se može naslijediti. Visina te mirovine usklađuje se svakih šest mjeseci s polovicom zbroja rasta troškova života i plaća. Vlada, a ne tržište određuje visinu vrijednosti mirovine za čiju isplatu jamči država. Manjak novca za ostvarenje dosega ostvarenog prava namiruje se iz državnog proračuna.

¹²⁴ Drugi stup čini obvezno MO za starost, na temelju individualne kapitalizirane štednje. Obvezno je za sve osiguranike mlađe od 40 godina. Iz bruto plaće svakog osiguranika uplaćuje se 5% doprinosa u obvezni MF koji je osiguranik sam odabrao. Izbor obveznog MF obavlja se isključivo na šalteru Središnjeg registra osiguranika – REGOS, u poslovnicama FINA. MF prikupljeni novac ulažu na financijskim tržištima i ostvaruju dobit koja uvećava mirovinsku štednju na osobnim mirovinskim računima članova MF. Ovaj pravni oblik MS je potpuno transparentan jer osiguranik u svakom trenutku zna koliko ušteđenih i oplođenih sredstava ima na svom osobnom mirovinskom računu u obveznom MF. Osiguranik u svakom trenutku, ukoliko je nezadovoljan uslugom, može promijeniti obvezni MF. U prve tri godine zaračunava se propisana izlazna naknada iz MF, a nakon tri godine članstva prelazak je besplatan. Kada stekne uvjete za mirovinu, osiguranik odabire MO društvo i u njega prenosi svoj kapital iz MF čiji je do tada bio član. S odabranim MO društвom osiguranik sklapa ugovor o isplati mirovine u jednom od dva moguća oblika: pojedinačna ili zajednička mirovina od kojih svaka može biti doživotna ili sa zajamčenim razdobljem isplate. Ako član obveznog MF umre nego je počeo koristiti mirovinu, sredstva ušteđena na njegovom osobnom mirovinskom računu su naslijedna i pripast će zakonskim nasljednicima. Nadzor nad poslovanjem MF i MO društava provodi državna agencija za nadzor MF i osiguranja – Hagena. U slučaju propasti MF članovi svoju imovinu namiruju iz temeljnog kapitala i jamstvenog pologa obveznog mirovinskog društva.

¹²⁵ III stup MO čini dobrovoljno MO, na temelju osobne dugoročne štednje. Visinu mirovine određuje visina mjesecnih uloga koji će se uplaćivati na poseban račun u dobrovoljnim MF. Taj kumulirani novac MF ulaže na tržištu i ostvaruje dobit koja se dodaje novcu koji je uštedio osiguranik. Država svakom osiguraniku daje poticaj. On iznosi 25% iznosa godišnje uštede do najviše 5.000 kuna. Najviši državni poticaj može iznositi 1.250 kuna. Kapital na računu III stupa MO može se povući i prije stjecanja zakonskih uvjeta za mirovinu. Pod kojim uvjetima, ovisi o konkretnom mirovinskom programu. Kada stekne uvjete za mirovinu, osiguranik odabire MO društvo i u njega prenosi svoj kapital iz MF čiji je do tada bio član. S odabranim MO sklapa ugovor o isplati mirovine u jednom od nekoliko mogućih oblika: doživotna starosna (prijevremena) mirovina, promjenjiva mirovina, djelomična jednokratna isplata i drugi oblici mirovinskih isplata koje MO društvo nudi u svom portfelju financijskih usluga. Isplatu dijela ili cijele mirovine moguće je prenijeti na druge osobe. Ako član fonda umre, ukupno kapitalizirana sredstva na njegovom računu nasljeđuju zakonski nasljednici.

ostvarivanje stečenog prava na mirovinu iz tri nezavisna finansijska izvora, i to: pripadajućih novčanih prestacija ostvarenog prava na mirovinu iz HZMO; pripadajućih novčanih prestacija ostvarenog prava na mirovinu iz odabranog MO društva II stup MO i pripadajućih novčanih prestacija ostvarenog prava na mirovinu koje isplaćuje odabrano MO društvo III stup MO. Time se sprečava redukcija stečenog prava na punu starosnu mirovinu na socijalnu pomoć. Visina prosječne isplaćene mirovine je iznad praga siromaštva.¹²⁶

Grafikon 2: Način prikupljanja sredstva za MO

Doprinosi za MO ³		
I stup obveznog MIO	II stup obveznog MO	III stup dobrovoljnog MO
15% bruto plaće ide u HZMO	5% bruto plaće ide u obvezni MF po Vašem izboru	dobrovoljna štednja u dobrovoljnem MF
(ref. "stari" MS drž. MF gen. solid. i prer. u korist onih s nižim primanjima)	(os. kapitalizirana štednja - Vaši doprinosi uvećavaju se za prinos izabranog MF)	(dopr. os. Kapitalizirana štednja uz drž. poticaje od 25% - najviše 1.250 kuna godišnje; porezna olakšica)
mirovini isplaćuje HZMO	mirovini isplaćuje odabrano MO društvo	mirovini isplaćuje odabrano MO društvo
MIROVINA		

3.1. Povećanje starosne granice za stjecanje prava na mirovinu

Austrija je suočena sa sve većim brojem umirovljenika, što predstavlja veliki teret za državni proračun. Više ih je za gotovo 30.000 a da pri tom ljudi sve rjeđe idu u prijevremenu ili invalidsku mirovinu. S obzirom na to da je austrijsko stanovništvo sve starije, zemlja će se naći u situaciji, najkasnije do 2030. godine, u kojoj će se izjednačiti broj zaposlenih i broj umirovljenika. U Austriji, koja ima oko osam miliona stanovnika, muškarci mogu u mirovinu kada napune 65 godina, a žene sa 60 godina. Međutim, kod žena se starosna granica od 1. siječnja 2024 godine počela povećavati i to svake godine za šest mjeseci, a sve do 2033. godine kada će i žene morati da napune 65 godina starosti da bi ostvarile pravo na mirovinu. Zbog ekonomske krize ljudi u radnom dobu potpuno su nesigurni šta im je raditi, jer MF ulaze novac u dionice, koje neprestano gube vrijednost. Iz straha da u budućnosti država više neće moći da isplaćuje mirovine, mnogi Austrijanci su proteklih godina odlučili da sklapaju ugovore s privatnim MF.

¹²⁶ Izvor: Limun.hr

Francuzi će raditi dulje. Francuski zastupnici usvojili su reformu MS koja od 2018. godine pomjera odlazak u mirovinu na 60 do 62 godine starosti. U starosnu mirovinu bez obzira na godine radnog staža ići će se od 65/67. godine života. Braneći projekat reformi MS, vlada je istakla da Francuzi treba da rade dulje, poput žitelja susjednih država, da bi se pokrili troškovi mirovinskih riznica koji do 2030. godine treba da dostignu 70 milijardi €. Vlada ubrzava mirovinsku reformu i pomjera njen završetak na 2017. godinu – godinu dana prije roka. To znači da će generacije rođene između 1952. i 1956. godine raditi nekoliko mjeseci dulje nego što je predviđeno. Razlog je provođenje novog plana uštede 7 milijardi €. To je jedini način da se izbjegne slom MS Francuske. Vlada tvrdi da sav teret reforme ne može da prebaci na poduzeća naplaćujući ionako visoke poreze, pa zato mora da uključi i mirovine u projekat štednje. Kritičari iz opozicije ukazuju da najbogatiji Francuzi izbjegavaju da plaćaju porez i da je okretanje ka umirovljenicima samo ilustracija politike koja križe želi da prebrodi na račun najsiromašnijih slojeva društva. Najnoviji plan ubrzavanje mirovinske reforme omogućio bi smanjenje deficit-a u riznicama MO za 4,4 milijardi € i to u razdoblju od 2012. do 2016. godine.

Umirovljenje u Luksemburgu može se okarakterizirati veoma povoljnim. Gospodarski napredak u posljednjih 10 godina, porast zaposlenja i *per se* broja obveznika plaćanja doprinosa kao i nešto sporiji razvoj broja umirovljenika. Međutim ako je situacija povoljna za kraće razdoblje, velika je mogućnost da ona ne bude takva kroz duži niz godina. Zapravo, trenutni prilivi (veliki dohodak) predstavljaju rizik sutrašnjice gdje će biti veliki broj umirovljenika. Broj umirovljenika bi se mogao utrostručiti do 2060. godine. Ako se sustav MO ne prilagodi, on bi bio deficitaran već oko 2020. godine i MF bi bio iscrpljen do 2035. godine. Visina doprinosa bi premašila 40% (u odnosu na aktualnih 23%) do 2045. godine. Istovremeno se Luksemburg kao većina ostalih zemalja suočava sa starenjem populacije. Smatra se da će se duljina životnog vijeka povećati za jednu godinu na deset, što bi produljilo vrijeme u kojem će korisnici primati mirovinu. Razvitak na području radnog iskustva je također pretrpio izmjenu imajući u vidu da je duljina trajanja studija uticala na smanjenje godina radnog iskustva. Dakle, razvitak i evolucija kako poslovnog tako i obiteljskog života, posebno u slučajevima gdje je radni staž prekidan ili je ostvaren djelomično, kao i povećanje broja mirovina otvaraju pitanje efektivnosti

pravnog režima temeljne funkcije MS obveznog MO.¹²⁷

Švicarska Konfederacija (uprkos imenu, Švicarska je faktički federacija, a ne konfederacija) je zemlja Europe koja se dobro nosi s reformama. I stup MO čini to osiguranje obveznim za sve stanovnike i čiji je cilj da svima osigura nužna sredstava za život kad budu u mirovini. II stup MO čine kotizacije koje obvezno uplaćuju svi zaposleni koji zarađuju više od 20.520 franaka godišnje. Ovaj stup MO financiraju svojim uplatama kako zaposleni, tako i poslodavci. Kad odu u mirovinu, oni koji su uplaćivali u riznicu II stupa MO raspolažu mirovinom u obliku mjesečne rente. Ukoliko im to više odgovara, imaju mogućnost da povuku čitavu sumu koju su uplaćivali tijekom radnog vijeka. III stup MO predstavlja privatno MO koje nije obvezno. Građani mogu da uplaćuju MO u bankama ili osiguravajućim društвima i za taj novac imaju porezne olakšice. I i II stup MO trebalo bi da jamče mirovinu čija visina neće biti niža od 60% posljednje bruto plaće. Danas švicarska federalna vlada radi na projektu čiji bi krajnji rezultat trebalo da bude smanjenje mirovina, navodeći da kapital iz riznice II stupa MO ne donosi dovoljno sredstva. Potpredsjednica vladinog Ureda za SO izjavila je nedavno da iznosi iz II stupa MO – kotizacija, prilikom pretvaranja u mirovine, moraju što prije biti sniženi, kako bi mirovine ipak ostale na istoj razini. Predviđa se povećanje uplata u riznicu II stupa MO i sniženje plaća. Na taj način bi se uvećao kapital u riznici MF čime bi se nadoknadio novac izgubljen sniženom obračunskom stopom mirovina, pa iznos primanja umirovljenika ne bi bio niži već ranije.

Njemačka ima više umirovljenika nego ikad. U 2010. godini ih je bilo preko 24 miliona, ali oni ni približno nemaju onaj status “kao prije pada zida”. Demografski trendovi pokazuju da je životni vijek značajno produžen zahvaljujući medicinskom napretku i zdravijim životnim navikama. Nijemci su danas vitalniji nego ikad i prosječan umirovljenički staž je 18 godina, samo što ta mirovina nije dovoljna da se plati kirija, lijekovi i da se živi lagodno kao nekad. Danas na jednog njemačkog umirovljenika

¹²⁷ Po švicarskoj parlamentarnoj proceduri, prijedlog članova Bundesrata (vlada – izvršnu vlast ima savjetnički kabinet od sedam kojemu je na čelu predsjednik (Konfederacije), mora da usvoji Nacionalno vijeće, a zatim vijeća država kantona, poslije čega narod može da organizira referendum. U ožujku 2010. godine Švicarci su na referendumu odbacili ovakav projekat. Da je prošao, umirovljenik koji raspolaže kapitalom od 100.000 franaka kotizacije, imao bi godišnju rentu od 6.400 umjesto 6.800 franaka. Vlada opet otvara to pitanje – Réformes des pensions: ce qui change pour chaque catégorie de ... o. c.

dolaze samo 1,6 zaposlena, dok je prije 50 godina bilo šest radnika na jednog umirovljenika. Jedini izlaz iz tog demografskog vrzinog kola je da zaposleni moraju da rade dulje, kako bi uopšte mogle da se financiraju mirovine. Njemački radnici su se jedva pomirili sa zakonom po kojem se odlazak u mirovinu do 2029. godine pomjera sa 65 na 67 godina.¹²⁸ Iako, npr. u većini europskih zemalja zakon predviđa 65 godina, prosječan EU građanin je umirovljenik već sa 61,4 godine. Svaki zaposleni u Njemačkoj dobija jednom godišnje informaciju od njemačkog MO koliko će iznositi njegova mirovina ukoliko ostvari puni radni staž. Malo tko od radnika u proizvodnji, čak i poslovično vrijednih Nijemaca, žudi da ode u mirovinu sa 67 godina, ali je to, po svemu sudeći, nužnost. Pošto redovne mirovine nisu dovoljne da osiguraju bezbrižnu starost, većina njemačkih umirovljenika se odlučuje za život van domovine. Prema zvaničnim podacima više od 1,6 miliona umirovljenika uživa pod vrelim španjolskim, grčkim ili turskim nebom, što je duplo više nego prije 20 godina. U hladu maslinu umirovljenički život je mnogo jeftiniji i jednostavniji nego u Njemačkoj.¹²⁹

Italija je jedna od zemalja koja je najžešće pogodjena ekonomskom krizom. U prosincu prošle godine, Montijeva vlada je usvojila reformu MS kojom je povećana starosna granica za odlazak u mirovinu. Sindikati se protive odluci talijanske vlade o povećanju starosne granice za odlazak u mirovinu. Zbog reforme MS mnogi Talijani su ostali bez plaća, pošto su pred odlazak u mirovinu otpušteni, uz prethodni ugovor prema kojem je trebalo da primaju redovne mjesečne dohotke dok ne steknu pravo na mirovinu. Pošto je u međuvremenu starosna granica za odlazak u mirovinu povećana, oni su ostali bez primanja. Montijeva vlada je odgovorila da je protest sindikata neopravдан, pošto je do njihovog odlaska u mirovinu za 65.000 ljudi koji su potpisali sporne ugovore, novac već osiguran.¹³⁰

Da su MS većine zemalja ozbiljno ugroženi zna se odavno. Nitko, međutim, nije mogao niti pretpostaviti da ih je kriza u tolikoj mjeri ruinirala da čak i Frederik Rajnfelt, premijer Švedske, koja je oduvijek

¹²⁸ Prijedlog privrednih eksperata da se starosna granica za odlazak u mirovinu poveća uznemirio je duhove u zemlji, jer snovi o uživanju u zasluženoj mirovini su sve dalji, a sve je izvjesnija realnost rintanja do sudnjeg dana. Međutim, to će biti teško sprovesti u praksi, jer zakonska granica za odlazak u mirovinu često ne odražava stvarno stanje u praksi.

¹²⁹ Evropska unija EU Životni vek Radnici Zaposleni Penzioneri Penzija Nemačka

¹³⁰ Preuzeto 2012. godine s web stranice: www.blic.rs/.../U-Rimu-demonstracije-zbog-reforme-penzionog-siste.

bila paradigma zemlje blagostanja, zvanično predložio da se granica za odlazak u mirovinu "iscrta" na 75 godina života. Pri tomu on se pozvao i na istraživanja provedena u Njemačkoj, koja su pokazala da uvećanje prosječnog životnog vijeka Europljana dopušta da se mirovinski prag pomjeri na 72 godine. On je naglasio i da bi to pomjeranje povećalo šanse da se zaposle ljudi stari između 50 i 60 godina. Zvaničan prijedlog švedskog premijera da se u mirovinu ide sa 75 godina podržale su sve skandinavske i baltičke zemlje, kao i Velika Britanija.¹³¹ S druge strane, i Europska komisija preporučila je kasniji odlazak u mirovinu u svim zemljama EU. Između toga da im mirovine budu manje ili da uplaćuju veće mirovinske doprinose, Europljani su izabrali da dulje i više rade.

Na razini EU razmišlja se o malo razumnijih 70 godina, a ništa bolje nije ni "preko bare" jer je posljednje istraživanje pokazalo da četvrtina Amerikanaca očekuje da će se umiroviti sa 70 ili više godina, dok 14% smatra da se nikada neće umiroviti i da će raditi do kraja života. U SAD starosna granica za odlazak u mirovinu je 67 godina, a ne 65 godina kako je bilo ranije.¹³²

Mnogobrojni zagovornici duljeg radnog vijeka u EU svoje stavove obrazlažu činjenicom da stanovništvo Starog kontinenta naglo stari, dok istovremeno rastu troškovi za zdravstvenu zaštitu i mirovine. U mnogim zemljama EU u tijeku su reforme MS, a u Francuskoj i Italiji zbog toga su organizirani i masovni prosvjedi.

¹³¹ U Republici Srbiji stanje reforme MS može da se načelno sagleda kroz izjavu bivše ministricе za socijalna pitanja Matković Gordane. Ona "...kaže da mi ne možemo u potpunosti da se poredim sa zemljama kao što su Švedska i Amerika, već moramo da povedemo računa koliki je u Srbiji životni vijek, odnosno koliko dugo penzioneri primaju penziju. Zato se moraju tražiti balansi između toga koliko se dugo uplaćuje penzija i koliko se dugo penzija prima. Struktura poslova koji dominiraju u jednoj zemlji takođe je vrlo važna da bi se odredila starosna granica. U državama u kojima dominiraju poslovi koji iziskuju fizički napor sigurno je ta granica niža nego tamo gdje dominira automatizacija. Generacije koje sada ulaze na tržiste rada živeće dulje nego što se živi danas i sigurno će morati i da rade dulje. Ceo taj proces ići će polako kako ne bi izazvao velike potrese. Ljudima sva ovakva racionalna objašnjenja nisu dovoljna. Oni vide da im je odlazak u penziju blizu, a onda se razočaraju jer moraju još da rade" – Preuzeto 2012. godine s web-stranice: www.naslovi.net/2012-02-20/b92/radicemo-sve.../3200890

¹³² Američki i europski stručnjaci najavljuju da će se pomjeriti starosna granica za odlazak u mirovinu na 70 ili 75 godina.

Tek što su se Nijemci pomirili s tim da će od 2029. godine u mirovinu odlaziti sa 67 godina života, sada im se priprema scenarij da na radnom mjestu ostaju i godinu-dvije dulje.

Milioni ljudi ne štede dovoljno za pristojnu mirovinu koju očekuju u svojoj starosti. Životno vijek u UK se povećao, a istovremeno se ne odvaja dovoljno za MF. Počevši od listopada 2012. godine poslodavci će automatski učlaniti svoje radnike u MF ako zadovolje određene kriterije. To će pomoći u rješavanju problema koji otežavaju uštedu za mirovinu.¹³³ U studenom 2011. godine Vlada je objavila da će se starosna granica za odlazak u mirovinu biti 67 godina počevši od 2028. godine. Ti prijedlozi su razumijevali da će ljudi rođeni nakon 5. travnja 1961. godine i prije 6. travnja 1969. godine imati uvjete za odlazak u mirovinu sa 67 godina, dok će ljudi koji su rođeni poslije 5. travnja 1960. godine, ali prije 6. travnja 1961. godine steći uvjete u 66. ili 67. godini. Vlada također potvrđuje da će automatska registracija početi od kolovoza 2012. godine. Malim tvrtkama će biti ostavljeno dodatno vrijeme za pripremu pridruživanju procesu registracije. Zakon o mirovinama je dobio kraljevsku suglasnost na dan 3. studenog 2011. godine. U zakon se uvode izmjene o starosnoj granici za umirovljenje. Od travnja 2016. godine starosna granica za žene će se uvećavati više nego što je predviđeno dok se ne izjednači sa starosnom granicom od 65 godina i to do studenoga 2018. godine. U razdoblju od prosinca 2018. i listopada 2020. godine starosna granica za mirovinu će porasti sa 65 na 66 godina. Zakonska dob za umirovljenje prema postojećem zakonu, starosna granica će se povećavati na 67 godina života u vremenskom razdoblju od 2034. do 2036. godine i na 68 godina između 2044. i 2046. godine. Ova odluka još nije pravomoćna. Cilj vlade je da pojednostavi državni MS obveznog MO i podrži privatnu štednju. S uvodenjem automatskog upisa u 2012. godini pojedinci će moći odlučiti da li da ostanu ili odustanu od mirovinske štednje. Jednostavniji sustav će omogućiti pojedincu da donese na temelju uvida bolju odluku koliko je potrebno da izdvoji za osobnu štednju. To će im olakšati planiranje mirovine. S tim u vezi je u travnju 2011. godine objavljen anketni listić kojim se razmatraju dva potencijalna rješenja za pojednostavljenje mirovinske

¹³³ Automatska registracija – dostupna brošura s ključnim činjenicama od 9. veljače 2012. godine. Ova brošura se objavljuje s ključnim činjenicama o automatskom priključivanju procesu štednje za mirovinu. Ona omogućava izravan uvid u sustav štednje s ciljem podrške poslodavcima i njihovim zaposlenicima. U njoj se može naći sve što je u vezi s promjenama od listopada 2012. godine – Work place pension toolkit.

štednje. Objavljen je i uvid u konzultacije u srpnju 2011. godine.¹³⁴

Zemlje EU su, dakle, izmjenama mjerodavnih odredbi zakona, povećavale starosnu granicu za stjecanja prava na mirovinu počevši od 2001. do 2009. godine (Tablica 6).¹³⁵

Tablica 6: Pregled zemalja koje su nastavile da pomjeraju starosne granice za odlazak u mirovinu

Zemlja	Prosječna starost izlaska s tržišta rada 2001.	Prosječna st. izlaska s tržišta rada 2008.	Zakonska starosna gr. za umir. u 2009.	Nadalje pov. star. gr. za odl. u mir.
Belgija	56,8	61,6	65/65	65/65
Danska	61,6	61,3	65/65	67+/67+ (ovisno od oček. traj. života)
Njemačka	60,6	61,7	65/65	67/67
Irska	63,2	64,1	65/65	68/68
Španjolska	60,3	62,6	65/65	65/65
Cipar	62,3	63,5	65/65	65/65
Luksemburg	56,8	-	65/65	65/65
Nizozemska	60,9	63,2	65/65	67/67
Portugal	61,9	62,6	65/65	65/65
Slovenija	56,6	59,8	63/61	65/65
Finska	61,4	61,6	65/65, 63-68 (63 je min. st. gr.um.)	65/65, 63-68
Švedska	62,1	63,8	61-67 (61 je min. star. gr. za umir.)	61-67
UK	62,0	63,1	65/60	68/68
Crna Gora	57,0	58,7	63,5/58,5	67/67

Bosna i Hercegovina je još “daleke” 1965. godine promijenila odredbu pravnog režima bh. MS obveznoga MO s jedinim oblikom pravnog

¹³⁴ Preuzeto 2012. godine s web-stranice: www.dwp.gov.uk/workplacepension

¹³⁵ Izvor: Zelena knjiga: Ka adekvatnim, održivim i sigurnim europskim MS, Europska komisija, 2010. Zelene knjige su dokumenti o specifičnim područjima pojedinih politika. Sadrže opis određenog pitanja i moguća zakonska rješenja. Upućuju se zainteresiranim stranama, organizacijama i pojedincima, koji se pozivaju da sudjeluju u procesu konzultacija i diskusija. Bijele knjige su dokumenti koji sadrže prijedloge budućih aktivnosti Zajednice u pojedinim područjima. Ponekad slijede objavljanje zelene knjige radi iniciranja procesa konzultacija o nekom pitanju na razinu EU. Sadrže zvaničan set prijedloga u određenom području politike i služe kao pokretačka snaga za njihovo razvijanje, npr. Bijela knjiga EC: Priprema pridruženih država Središnje i Istočne Europe za integraciju u unutarnje tržište Unije, COM (95) 163 final, 3.5. 1995. I COM (95) 163 final ½, 10. svibanj 1995.

režima temeljne funkcije, *generacijske solidarnosti*.¹³⁶ Riječ je o promjeni (sadržaja reguliranja) mjerodavne odredbe po kojoj je starosna granica za stjecanje prava na mirovinu podignuta za 5 godina (v. Breznik D., 1980, Demografija: demografski proces starenja i trajanja radnog vijeka, str. 309 i 331). Aktualni proces u BiH, u odnosu na zemlje EU, uvjetovan je i potrebom da se nezaposlenim starijim osobama omogući da rade i ostvare pravo na primanje mirovina, što je posebno značajno imajući u vidu udjel dugoročno nezaposlenih osoba u ukupnom broju nezaposlenih osoba.

Prema entitetskim zakonima o MIO, osiguranik stječe pravo na starosnu mirovinu kad navrši 65 godina života i najmanje 20 godina mirovinskog staža ili kad navrši 40 godina radnog staža bez obzira na godine života u FBiH (puna starosna mirovina), odnosno 15 godina u RS ili 65 godina života ili osiguranik koji nema navršenih 65 godina života ima pravo na starosnu mirovinu kada navrši 60 godina života i 40 godina mirovinskog staža, odnosno osiguranik žena koja nema navršenih 65 godina života ima pravo na starosnu mirovinu kada navrši 58 godina života i 35 godina staža osiguranja.¹³⁷ Razdoblja osiguranja za starosnu mirovinu od najmanje 20 godina mirovinskog staža u FBiH je izravno kršenje čl. 29. Konvencije br. 102, i Europskog zakonika koji propisuju da ovo razdoblje ne smije prelaziti 15 godina.

¹³⁶ Državni MS obveznog PIO>PF s jednim oblikom pravnog režima temeljne funkcije generacijske solidarnosti bio je reguliran s dva zakona: Zakon o osnovnim pravima iz MIO, "Sl. list SFRJ," br. 23/82, 77/82, 15/85, 8/87, 65/87, 75/88, 74/89, 87/89, 44/90, i 84/90. Zakon je preuzet i kao takav primjenjivao se kao Zakon RBiH, "Sl. list RBiH" br. 2/92, i 6/94, i Zakon o PIO, "Sl. list SRBIH" br. 38/90, i 22/91, i "Sl. list RBiH" br. 24/92. Ovi zakoni primjenjivali su se za vrijeme ratnog stanja ili u slučaju izravne ratne opasnosti na temelju Zakona o PIO za vrijeme ratnog stanja ili u slučaju neizravne ratne opasnosti, "Sl. list RBiH" br. 16/92, ako ovim zakonom nije drukčije određeno. Za pojedine skupine osiguranih osoba vrijede posebni zakoni koji više-manje odstupaju od sustava uređenog navedenim zakonima (npr. ratni osiguranici, službenici unutarnjih poslova, i sl.).

¹³⁷ Čl. 30. Zakona o mirovinskom i invalidskom osiguranju, "Sl. novine FBiH" br. 29/98, 49/00, 32/01, 73/05, 59/06, 4/09) i čl. 41i čl. 42. Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju, "Sl. glasnik RS" br. 134/11.

3.1.1. Povećanje starosne granice za stjecanje prava na prijevremenu starosnu mirovinu

U komparativnim zakonskim rješenjima reguliranja temeljne funkcije MS zemalja EU odredba kojom je određena starosna granica za stjecanje prava na prijevremenu (ranu) starosnu mirovinu je izmijenjena na 60. godinu života sa 58. godine, te na 40 godina efektivnog radnog staža s aktualnih 38 godina radnog staža. Ta odredba za zaposlenike u radnom odnosu bit će važeća tek od 2015. godine, a za nove zaposlenike primjena je počela od 2012. godine. Starosna granica stjecanja prava na mirovinu za poduzeća s otežanim poslovanjem, podignuta je s 50 i 52 na 55 godina i to od 2018. godine. Također, za poduzeća u restrukturiranju i likvidaciji utemeljeno je rješenje od 55 godina starosti koje će se primjenjivati od 2013. godine. Rana mirovina u tranzicijskom razdoblju je ukinuta od 2012. godine.

U BiH također je došlo do pooštravanja uvjeta za ostvarivanje prava na prijevremenu starosnu mirovinu "temporalno". Tim lošije stjecanje prava na prijevremenu mirovinu u tranzicijskom razdoblju nije ukinuto kao što je to u europskim pravu. Ne postoji fleksibilna (posebna) rješenja konzistentna europskim, za odlazak u ovu mirovinu zaposlenika koji su zaposleni u poduzećima s otežanim poslovanjem. Iako je bh. nekompetentna politika upravljanja, tj., dok nije potrošila materijalne resurse "generirala likvidaciju umjesto restrukturiranje," poduzeća s otežanim poslovanjem.

Prema mjerodavnim zakonskim odredbama Federacije, osiguranik stječe pravo na prijevremenu starosnu mirovinu kad navrši 60 godina života i najmanje 35 godina mirovinskog staža – muškarci, odnosno 55 godina života i 30 godina mirovinskog staža – žene, ali samo do 31. prosinca 2015. godine.¹³⁸ U RS, izuzetno pravo na starosnu mirovinu iz čl. 41. Zakona, osiguranik žena s najmanje 15 godina staža osiguranja stječe pravo na starosnu mirovinu kad navrši u: 2012. godini 60 godina i

¹³⁸ Čl. 137. st. 2. Zakona o mirovinskom i invalidskom osiguranju, "Sl. novine FBiH" br. 29/98, 49/00, 32/01, 73/05, 59/06, 4/09 i čl. 41. Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju, "Sl. glasnik RS" br. 134/11.

četiri mjeseca života; (...)¹³⁹ i 2024. godini 57 godina i osam mjeseci života. Godine života su, dakle, prvi temeljni uvjet za stjecanje prava na punu starosnu mirovinu. Međutim, to implicira i na određenu diskriminaciju, npr. penalizira se kategorija zaposlenika koji su počeli raditi od 18 godine (ljudi koji rade na traci, zidari i ostali niskoproračunski poslovi) i koji s 40 godina rada još nemaju 65 godina života da odu u mirovinu. Osim toga, postoje zaposlenici koji su počeli raditi s 50 godina i koji do 65 godine ostvare 15 godina radnog staža. Njih se nagrađuje ako ostanu raditi nakon 65 godine starosti. Važeći staž osiguranja koji vrijedi do 2015. godine za stjecanje prava na prijevremenu mirovinu u zemljama EU je aproksimativan, što se vidi iz podataka navedenih u Tablici 7.

Tablica 7: Najniži staž osiguranja za prijevremeno stjecanje prava na mirovinu

Zemlja	Najniži staž osiguranja	Napomene
Slovenija	15 godina	
Slovačka	10 godina	Rano umirovljenje 10 godina staža osiguranja
Poljska	25/20	Rano umirovljenje 30 godina staža osiguranja
Mađarska	20 godina	Rano umirovljenje 38 godina staža osiguranja
Njemačka	15 godina	Od 2012. puna mirovina će biti isplaćena samo osobama koje imaju 45 godina osiguranja
Estonija	15 godina	
Češka	25 godina	
Republika Hrvatska	15 godina	
Bugarska	15 godina	

Izvor: Eurostat

¹³⁹ U 2013. godini 61 godinu; 2014. godini 61 godina i osam mjeseci; 2015. godini 62 godine i četiri mjeseca; 2016. godini 63 godine; 2017. godini 63 godine i osam mjeseci i 2018. godini 64 godine i četiri mjeseca života. Izuzetno od čl. 42. st. 1. Zakona, osiguranik s 40 godina mirovinskog staža ima pravo na starosnu mirovinu kad navrši u: 2012. godini bez obzira na godine života; 2013. godini 56 godina; 2014. godini 56 godina i četiri mjeseca; 2015. godini 56 godina i osam mjeseci; 2016. godini 57 godina; 2017. godini 57 godina i četiri mjeseca; 2018. godini 57 godina i osam mjeseci; 2019. godini 58 godina života; 2020. godini 58 godina i četiri mjeseca; 2021. godini 58 godina i osam mjeseci; 2022. godini 59 godina; 2023. godini 59 godina i četiri mjeseca i 2024. godini 59 godina i osam mjeseci života. Izuzetno od čl. 42. st. 2. Zakona, osiguranik žena s 35 godina staža osiguranja ima pravo na starosnu mirovinu kad navrši u: 2012. godini bez obzira na godine života; 2013. godini 54 godine; 2014. godini 54 godine i četiri mjeseca; 2015. godini 54 godine i osam mjeseci; 2016. godini 55 godina; 2017. godini 55 godina i četiri mjeseca; 2018. godini 55 godina i osam mjeseci; 2019. godini 56 godina; 2020. godini 56 godina i četiri mjeseca; 2021. godini 56 godina i osam mjeseci; 2022. godini 57 godina; 2023. godini 57 godina i četiri mjeseca; i 2024. godini 57 godina i osam mjeseci života – Čl. 177/178 Zakona PIO RS.

Posebni propisi zemalja EU vrijede za umirovljenje posebnih kategorija zaposlenika (npr. sveučilišni profesori, suci, vojnici i sl.) kao i u BiH. Međutim bh. rješenja, uglavnom, nisu usporediva.¹⁴⁰ Izuzetak, uglavnom, predstavljaju mirovine pod povoljnijim uvjetima koje u načelu ne bi trebale ni biti s obzirom na načelo solidarnosti. Odnosno, zbog toga danas u BiH svega 15% umirovljenika u FBiH ima puni radni staž, a u RS njih je 17%.

U slučaju racionalizacije i smanjenja brojnog stanja oružanih snaga (OS), vojni osiguranik iz čl. 44 Zakona stječe pravo na prijevremenu starosnu mirovinu kada navrši 45 godina života i najmanje 20 godina mirovinskog staža, na prijedlog Ministarstva obrane BiH.¹⁴¹ Ova odredba i nije veliko odstupanje od usporednih rješenja da nije mjerodavne odredbe zakona¹⁴² po kojoj se ova i ostale mirovine stećene po povoljnijim uvjetima financiraju iz tekućih doprinosa za MIO. Stoga je nužno izmijeniti odredbe Zakona FBiH (u komparativnom pravu EU i RS ne postoje) po kojima se ostvareno pravo na mirovinu po povoljnijim uvjetima financira iz tekućih doprinosa za MIO. Vlada FBiH iz proračuna financira mirovine za određeni broj pripadnika OS pod izuzetno povolnjim uvjetima. U FBiH broj ovih osiguranika u 2010. godini je 24.978 s tendencijom rasta. Od tog broja osiguranika 21.509 je u skupini onih kojima su mirovine smanjene za 10%, što je

¹⁴⁰ Réformes des pensions: ce qui change pour chaque catégorie de ... Preuzeto 2012. godine s web-stranica: www.rtb.be/.../detail_reformes-des-pensions-ce-qui-change-pour-ch.

¹⁴¹ Čl. 44, čl. 46 i čl. 47. Zakon o službi u oružanim snagama BiH, "Sl. glasnik BiH" br. 88/05.

¹⁴² 1) Izuzetno, na prijedlog Ministarstva obrane BiH, osoba stječe uvjete za prijevremenu starosnu mirovinu, prema odluci Predsjedništva, ako ima najmanje 20 godina mirovinskog staža i čin brigadira, bez obzira na godine starosti; 2) Izuzetno, na prijedlog Ministarstva obrane BiH, osoba stječe uvjete za starosnu mirovinu, prema odluci Predsjedništva, ako ima čin generala, bez obzira na godine starosti i godine mirovinskog staža 3) Izuzetno, na prijedlog Ministarstva obrane BiH, osoba stječe uvjete za starosnu mirovinu, prema odluci Predsjedništva, ako je u vrijeme rata obavljalo funkciju zapovjednika brigade-puka ili funkciju zapovjednika višeg ranga najmanje 12 mjeseci – čl. 48. Zakona.

izvršavanje obveze iz Zakona o načinu ostvarivanja ušteda u FBiH.¹⁴³

U RS najznačajnije privilegije se odnose na pripadnike OS od prve do sedme kategorije kao i sudionike Narodnooslobodilačkog rata (NOR). Privilegije se odnose na izračun posebnog staža u dvostrukom trajanju, zajamčenim mirovinskim osnovicama i povećanju mirovine.

Postoji značajan broj osoba iznad 65 godina starosti koje ne ostvaruju prava iz MIO i bez dodanih su primanja i prihoda. Rezultati LSMS istraživanja (Anketa o mjerenu životnog standarda) upućuje da samo oko 30% populacije starosne dobi preko 65 godina starosti ostvaruje pravo na starosnu mirovinu. Međutim, ne postoje podatci o strukturi osoba starijih od 65 godina koje se mogu kvalificirati za socijalnu mirovinu uslijed nedostatka popisa stanovništva i nepotpunih baza podataka socijalnih službi.

U europskom usporednom pravu za državne službenike kao i prosvjetne djelatnike, izračun mirovine se vrši na mirovinskoj osnovici koja se dobije uzimajući 10 posljednjih godina za razliku od 5 dotadašnjih godina staža osiguranja, dok je u BiH ova kategorija kao i suci i sveučilišni profesori u općem pravnom režimu.

U pravosuđu postoje zakonska rješenja koja npr. omogućavaju sucima pristupiti prijevremenoj mirovini u 55 godini života ili nakon 15 godina mirovinskog staža. U BiH starosna dob za obvezan odlazak u mirovinu za suce i tužitelje imenovane od strane Vijeća je navršenih sedamdeset godina

¹⁴³ Vlada FBiH je preuzela obvezu uplaćivanja sredstava za vojne mirovine, prema informacijama iz Udruženja umirovljenika, to se izvršava samo u iznosu od 50% od ukupnih potreba za isplate vojnih penzija, tako da se povećavaju obveze Vlade FBiH prema Fondu MIO po osnovu ove stavke. Dakle, i dalje se vojne mirovine isplaćuju u 50% iznosu iz sredstava koji se dobiju kroz uplate doprinosa. Ovako postupanje Vlade FBiH je pravno utemeljeno na uredbama prema kojima se predviđa da se za isplatu vojnih mirovina novac osigurava u proračunu za 50% od ukupno potrebnog iznosa za ovu namjenu, a da se preostalih 50% potrebnih sredstava uzima iz sredstava doprinosa. Obrazloženje za postupanje je da su i korisnici mirovina također bili obveznici doprinosa, tako da po tom osnovu polažu prava na isplatu dijela mirovina iz sredstava doprinosa, iako se nikada nije sačinila stvarna analiza stupnja uplate doprinosa vojnih umirovljenika kao osiguranika ukoliko su imali taj status – Specijalni izvještaj o pravu na penziju u BiH, o. c, str. 43.

života.¹⁴⁴ Ovo rješenje implicira da ova kategorija može koristiti, ako to želi, i opći režim za stjecanje prava na (prijevremenu) starosnu mirovinu.

U BiH sveučilišni profesor koji je ispunio uvjete za prestanak radnog odnosa zbog navršenih 65 godina života, bez obzira na godine staža osiguranja, ima pravo, ukoliko mu to omogućava odluka o izboru, ostati u radnom odnosu do isteka studijske godine u kojoj navršava 65 godina života. Članu akademskog osoblja koji navršava 65 godina života u tijeku studijske godine, a kojem nije istekao izborni period, visokoškolska ustanova je obvezna ponuditi sklapanje novog ugovora o radu i to do isteka te studijske godine. Pri tomu član akademskog osoblja ostaje u radnom odnosu na visokoškolskoj ustanovi do navršene 70. godine života, ukoliko nakon provedene konkursne procedure na to mjesto nije izabran drugi nastavnik i ukoliko mu to omogućava odluka o izboru u zvanje. Član akademskog osoblja koji navrši 65 godina života ne može na temelju konkursa biti biran u isto ili više zvanje. Nastavnik je o svojoj namjeri da ostane angažiran nakon završetka studijske godine obvezan pismeno upoznati rukovoditelja organizacijske jedinice najkasnije šest mjeseci prije navršenih 65 godina života. Završetkom studijske godine u kojoj navršava 70 godina života nastavniku prestaje mogućnost nastavničkog angažmana po bilo kojem osnovu, uz izuzetak profesora emeritusa.¹⁴⁵ U RS nastavniku prestaje radni odnos na visokoškolskoj ustanovi na kraju školske godine u kojoj je navršio 68 godina života, kao i mogućnost nastavničkog angažiranja po bilo kom osnovu, uz izuzetak profesora emeritusa.¹⁴⁶

Pomorski radnici mogu u mirovinu u 60. godini života i mogu vrednovati svoju karijeru već nakon 14 godina plovidbe. Reforma razumijeva da oni moraju raditi 45 godina da bi uživali punu mirovinu.

U civilnom zrakoplovstvu međunarodni propisi, koji su u pravilu inkorporirani u nacionalnu pravnu regulativu, omogućavaju ovoj populaciji odlazak u mirovinu u 55. godini života a propituje se rješenje nakon 30 godina staža. Odnosno, ova rješenja su determinirana ograničenjima prava imatelja dozvola koji su navršili 60 godina života ili više (v. Dodatak

¹⁴⁴ Čl. 90. Zakona o visokom sudskom i tužiteljskom vijeću BiH, "Sl. glasnik BiH" br. 25/04, 93/05, 48/07 i 15/08.

¹⁴⁵ Čl. 116. Zakon o visokom obrazovanju (pročišćeni tekst), "Sl. novine Kantona Sarajevo" br. 22/10.

¹⁴⁶ Čl. 100. Zakon o visokom obrazovanju, "Sl. glasnik RS" br.: 73/10 i 104/11.

1 JAR-FCL 1.060).¹⁴⁷ Tako npr. imatelj pilotske dozvole koji je navršio 60 godina života ne smije da leti kao pilot zrakoplova u komercijalnom zračnom prometu, izuzev: kao član višečlane pilotske posade i pod uvjetom da je takav imatelj jedini pilot u letačkoj posadi koji je navršio 60 godina života. Imatelj pilotske dozvole koji je navršio 65 godina života ne smije da leti kao pilot zrakoplova koji je angažiran u komercijalnom zračnom prometu. Nacionalne varijante navedenih uvjeta date su u Dodatku 1 JAR-FCL 1.060, tj. umanjenja prava imatelja dozvola koji imaju 60 i više godina JAR-FCL 1.060 su unesene u JAA:

- a) U skladu sa ICAO Annex 1 standardima, imatelj pilotske dozvole koji je navršio 60 godina ne može biti u ulozi vođe zrakoplova u komercijalnom zračnom prometu u zračnom prostoru Francuske, i ne može biti u ulozi pilota zrakoplova u komercijalnom zračnom prometu pod nadležnošću francuskih nacionalnih zrakoplovnih vlasti (*French National Aviation*);
- b) Imatelj pilotske dozvole koji je navršio 60 godina ne može biti u ulozi pilota zrakoplova u komercijalnom zračnom prometu u Italiji;
- c) Imatelj pilotske dozvole koji je navršio 60 godina ne može biti u ulozi pilota zrakoplova u komercijalnom zračnom prometu u Portugalu; i,
- d) Imatelj pilotske dozvole koji je navršio 60 godina života ne može biti u ulozi pilota zrakoplova u komercijalnom zračnom prometu u Mađarskoj, izuzev: kao član višečlane pilotske posade i pod uvjetom da je takav imatelj jedini pilot u letačkoj posadi koji je navršio 60 godina. Osoba koja je navršila 62 godine života ne može biti u ulozi pilota zrakoplova u komercijalnom zračnom prometu.

¹⁴⁷ Direkcija za civilno zrakoplovstvo BiH (BHDCA) kao tijelo nadležno i odgovorno za obavljanje funkcije regulatora i nadzora u oblasti civilnog zrakoplovstva i kontroli letenja, utemeljena je 1997. godine s ciljem da odgovori obvezama BiH kao države članice International Civil Aviation Organization (ICAO) i potpisnice Čikaške konvencije. Odsjek za licence zrakoplovno-letačkog osoblja ovlašten za izdavanje, produženje i oduzimanje dozvola zrakoplovno-letačkom osoblju zrakoplova (JAR FCL 1) i helikoptera (JAR FCL 2) – V. čl. 2. Pravilnika o uvjetima i načinu stjecanja, izdavanja, obnavljanja i produžavanja dozvola i ovlaštenja zrakoplovnom osoblju – pilotima zrakoplova, "Sl. glasnik BiH" br. 51/04 i Zakon o zrakoplovstvu BiH, "Sl. glasnik BiH" br. 2/04.

Rudari u jami trebaju imati status koji omogućava odlazak u mirovinu u 55. godini ili u 60. godini starosti za rudare na površini nakon 25 godina radnog staža.¹⁴⁸

Zaključci

1. Otkrivanje nužnih i dovoljnih uvjeta znanstvenog objašnjenja nastanka i izgradnje financijski održive socijalne funkcionalnosti pravnog režima temeljne funkcije MS zemalja EU i BiH mora se vršiti tek pošto se utvrdi da državni menadžment upravlja efikasno, efektivno i ekonomično (“3E”) društveno-ekonomskim prepostavkama naznačenim u uvodu ovog rada. To znači da bez obzira na to što broj zahtjeva za mjerama mirovinske politike raste (*i što “klepetuše novog bh. liberalizma” s vremenom na vrijeme, brbljaju o napuštanju prvog rudimentarnog oblika pravnog režima temeljne funkcije državnog MS generacijske solidarnosti ili načela uzajamnosti i solidarnosti*) i dosegao je točku kada se automatski aktivira mirovinska reforma, bez “3E” upravljanja društveno-ekonomskim prepostavkama i opsegu a i dosegu, te u obliku učinka ispunjenosti nužnih fundiranih uvjeta, ponajprije postizanje socijalekonomske prihvatljive razine stope zaposlenosti (npr. do 10%), ta reforma je apriori osuđena na neuspjeh. Naravno tomu prethodi postojanje održive i funkcionalne socijalne države, tj., jačanje socijalne države. Jačanje socijalne države je nužnost održavanja malih političkih država u procesima globalnih integracija. Odnosno, *pro future* sa stajališta metodologije pravne ontologije postojanje male političke države je zapravo postojanje jake socijalne države.

2. Povećanje starosne granice za stjecanje prava na starosnu mirovinu je prvi od nužnih, ali ne i dovoljnih uvjeta održivog pravnog režima temeljne funkcije MS. U zemljama EU i BiH MS obveznog MO s oblikom pravnog režima temeljne funkcije *generacijske solidarnosti* funkciju upravljanja

¹⁴⁸ Cijevi reforme nisu samo usmjereni na održivost finansijskog sustava već i na održivost socijalnog i političkog sustava države. Sustav ne bi bio prihvaćen kada bi se tražila prevvelika žrtvovanja radno aktivne populacije i kada bi se sve manje vjerovalo u to da će im sustav osigurati adekvatnu mirovinu. Cilj reforme je da buduće generacije ne budu opterećene ekscesivnim izdacima. Iako fondovi mogućavaju realizaciju reforme nastojanja Vlade su da se to finalizira u što skorijoj budućnosti tako da radno aktivno stanovništvo bude informirano o promjenama u budućnosti – URL:http://www.gouvernement.lu/dossiers/social_emploi/reforme-systeme-pension/index.html

obveznim MO treba povjeriti državnim tijelima uprave (anglosaksonski model; npr. posebno Ministarstvo za socijalno osiguranje i socijalno skrbništvo/starateljstvo BiH ili Ministarstvo rada i socijalne skrbi FBiH / RS) a odredbe o utemeljenju obveznih MF ukinuti, tj. autonomiju subjekata upravljanja i provođenja MO. Utemeljenost ovog rješenja proizlazi iz premise predmetne obrade po kojoj su MS obveznog MO s jedinom oblikom pravnog režima temeljne funkcije *generacijske solidarnosti* u EU i BiH disfunkcionalni. Ovaj oblik pravnog režima temeljne funkcije državnih MS (I stup MO) ima za svrhu ispuniti najniže standarde umirovljeničke populacije kao što su; hrana, odjeća, troškovi usluga od općeg ekonomskog interesa i javni prijevoz te time očuvati socijalni karakter pravnog režima temeljne funkcije državnih MS. Postojeći obvezni MF mogu se preustrojiti (ponovno strukturirati ili ekon. restrukturirati) u II stup MO javne uprave. Time bi oba entitetska MF postali dio javnog finansijskog, ali ne i trezorskog sustava što bi bio slučaj s I stup MO. To znači da se za obvezno MO utemelje obvezni MF za privatni sektor.

2.1. Pravni režim temeljne funkcije entitetskih MS u BiH je disfunkcionalan, ali finansijski *ad hoc* održiv. *Ad hoc* održivost je osigurana na način što je zakonom o MIO uspostavljena neuobičajena veza između isplate mirovina i raspoloživih sredstava. To rješenje je reduciralo ostvarivanje prava na mirovinu na socijalnu pomoć, odnosno dokinulo je (načelo uzajamnosti) imovinski karaktera prava na starosnu mirovinu. No, imajući u vidu ekonomsku depresiju (npr. nezaposlenost, kasnu dob zapošljavanja) i demografske trendove i promjene obilježja stanovništva (npr. produljenje životnog vijeka, pad nataliteta i sl.), te Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju između EZ i njihovih država članica, s jedne strane i BiH, s druge strane, *ad hoc* rješenje je neodrživo. Zbog toga je nužno da BiH, odnosno njeni entiteti recepcijom rješenja komparativnog prava zemalja članica EU dopune pravni režim temeljne funkcije entitetskog MS obveznog MO s drugim oblikom pravnog režima temeljne funkcije *kapitaliziranog pokrića* (II stup MO). Tim efektivnije postojeći entitetski MF mogli bi se preustrojiti u II stup MO, ali samo u područje javne uprave s obzirom na to da djelotvornost MF kapitaliziranog pokrića *per se* razumijeva poslovanje na tržišnim principima kao što je, npr., princip slobodne tržišne konkurenциje. Osim toga, FBiH treba, sukladno europskim komparativnim rješenjima, zakonski institucionalizirati dobrovoljno MO u obliku individualizirane *kapitalizirane štednje* (III stup MO).

3. Odredbe pravnog režima temeljne funkcije kako zemalja EU tako i entitetskih MS u BiH koje uređuju starosnu granicu stjecanja prava na mirovinu učiniti fleksibilnijim s donjom (65 godina) i gornjom granicom (75 godina) bez ikakvih rješenja temporalne naravi. Primjerice, starosna granica od 65 godina mogla bi biti prvi temeljni uvjet za stjecanje prava na (ranu) mirovinu rudara u jami, policajaca na cesti, kirurga s rezačem u ruci i sl, dok bi starosna granica od 75 godina bila prvi temeljni uvjet za stjecanje prava na mirovinu, znanstvenika u laboratorijima, sudaca i tužitelja u sudnici, javnih službenika u uredima, sveučilišnih profesora u učionicama i sl. Odnosno Europski zakonik okvirno određuje da bi starosna mirovina trebala biti osigurana najkasnije s navršenih 65 godina života. Spomenutu dob moguće je povećati samo ako država ugovornica može dokazati da radno aktivnih stanovnika u toj ili starijoj dobi ima više od 10% u odnosu na ukupno stanovništvo starije od 15 godina. Na primjer, dob za starosnu mirovinu moguće bi bilo povećati na 70 godina ako bi ukupan broj radno aktivnih stanovnika u dobi od 70 godina bio veći od 10% u odnosu na broj stanovnika u dobi od 15 do 69 godina. U BiH normativno je izjednačena starosna granica odlaska u mirovinu u oba entiteta, a to je 65 godina za oba spola. Protokol (povećava razinu najnižih standarda određenih Europskim zakonikom, a primjenjuje ga sedam država) uz Europski zakonik ograničava dob za starosnu mirovinu u svim slučajevima na najviše 65 godina života. To znači da je u BiH stjecanje prava na mirovinu harmonizirano s europskim najnižim standardima. No, zbog stupanja na snagu ovog rješenja tek 2015. godine, ono je još uvijek deklaratorne naravi.

3.1. Svjetskim najnižim standardima smatraju se oni propisani Konvencijom br. 102, koji su potvrđeni Europskim zakonikom. No, europskim najnižim standardima smatraju se tek standardi propisani Protokolom uz Europski zakonik. Standardi propisani revidiranim Europskim zakonikom su apstraktni standardi jer se ne primjenjuju iz razloga što su previsoko postavljeni, čak i za razvijene države. Zbog toga nema dovoljno potpisa i ratifikacija za pravomoćnost. Minimalna harmonizacija razumijeva da država ugovornica uskladi svoj unutarnji pravni sustav socijalne sigurnosti s propisanim načelima. Potpuna harmonizacija jeste standardizacija, jer misli na jednake prestacije u jednakim uvjetima u svim državama ugovornicama.

3.2. Strategija Europske komisije o promjenama odredbi pravnog režima temeljne funkcije državnih MS u zemljama EU po pitanju starosne

granice je također temporalne naravi tzv. shema, te je *per se* otvorila pitanje diskriminacije i derogacije svrhe rješenja zemalja EU. Po toj strategiji zaposlenici imaju mogućnost izbora između više varijacija u smislu ispunjavanja uvjeta za odlazak u (prijevremenu) starosnu mirovinu, jer dok jedni žele raditi puno radno vrijeme do stjecanja prava na starosnu mirovinu (npr. suci), drugi to ne žele (npr. rudari u jami). S obzirom na to da je prosječna starosna dob za zapošljavanje 30 godina, mnogi zaposlenici ne mogu steći pravo na mirovinu u propisanoj starosnoj granici. S godišnjom stopom od 1.9% za one koji su zaposleni poslije 1. svibnja 2004. godine potrebno je 36.8 godina radnog staža da ostvare pravo na punu starosnu mirovinu od 70%. Zbog toga oni se odlučuju nastaviti raditi do 65/67 godine starosti. Uzimajući u obzir potrebu za zapošljavanjem nove radne snage iz novih zemalja članica do 2004. godine je etablirano umirovljenje bez umanjenja stečenih prava (shema). Maksimalan broj zaposlenika koji su stekli prava na mirovinu prema ovoj shemi u prethodnoj godini je fiksiran na 10% od broja svih zaposlenika i oni mogu ostvariti stečeno pravo na mirovinu bez poreza. Minimalna starosna granica za stjecanje prava na ranu starosnu mirovinu je 55 godina starosti. Javni službenici koji su stupili u radni odnos poslije 1. svibnja 2004. godine starosna granica za umirovljenje je 63 godine. Oni koji su bili u radnom odnosu već prije 1. svibnja 2004. godine za njih važe odredbe prema kojima godine za umirovljenje variraju od 60. do 63. godine. Porez od 3,5% na svaku godinu se uzima kada zaposlenik odluči koristiti ostvarivanje prava na prijevremenu starosnu mirovinu za koju je uvjet navršenih 55 godina, što znatno umanjuje visinu mirovine.

Uzimajući u obzir demografske promjene, Komisija je predložila da starosna dob od 1. svibnja 2013. godine bude 65 godina (Tablica 8). Kao što je to bilo učinjeno 2004. godine slična pravila će biti primijenjena u tranzicijskom razdoblju gdje će dob za zaposlenike prije 1. svibnja 2013. godine varirati od 60 do 65 godina starosti. Europska komisija tvrdi da bi to za većinu zaposlenika značilo godinu dana duljeg rada možda i više, mogućnost rada do 67. godine u posebnim slučajevima te da će sustav biti više otvoren prema starijim osobama i potrebama javne službe. Donja granica za umirovljenje, bez umanjenja stečene mirovine, porasla bi sa sadašnjih 55 na 58 godina starosti. Unatoč zahtjevima Vijeća i podacima o neefektivnosti sheme zemalja EU, Komisija ne predlaže ukidanje sheme plana za rano umirovljenje. U skladu s ostalim prijedlozima, minimalna starosna dob za umirovljenje pri kojem se neće umanjiti stečena prava

umirovljenika, porast će s 55 na 58 godina starosti. Nakon prve faze implementacije Komisija smatra da treba ograničiti dalji pristup ovom planu reducirajući s 10 na 5% odlazaka u mirovinu godišnje za sve institucije. Godišnji % može varirati od 4 do 6% ovisno od proračuna. Mogućnost rada s pola radnog vremena i 60% naknade i punim pravom na mirovinu ostvarenu u posljednjim godinama staža će se zadržati s tim što će razdoblje takvog rada biti ograničeno od 3 do 5 godina (www.renouveau-democratie.eu/.../reforme-2013-pensions-propositio...).

Tablica 8: Transitional arrangements for staff already working in the Institutions: the table shows the new retirement age dependent on your age on 1 May 2013.

Age on 1 May 2013	Pensionable age	Age on 1 May 2013	Pensionable age
59 years and above	60 years 0 months	44 years	62 years 8 months
58 years	60 years 2 months	43 years	62 years 11 months
57 years	60 years 4 months	42 years	63 years 1 months
56 years	60 years 6 months	41 years	63 years 3 months
55 years	60 years 8 months	40 years	63 years 5 months
54 years	60 years 10 months	39 years	63 years 7 months
53 years	61 years 0 months	38 years	64 years 0 months
52 years	61 years 2 months	37 years	64 years 1 months
51 years	61 years 4 months	36 years	64 years 2 months
50 years	61 years 6 months	35 years	64 years 3 months
49 years	61 years 9 months	34 years	64 years 4 months
48 years	62 years 0 months	33 years	64 years 5 months
47 years	62 years 2 months	32 years	64 years 6 months
46 years	62 years 4 months	31 years	64 years 7 months
45 years	62 years 6 months	30 years	64 years 8 months

4. Neuobičajeno niska stopa naplate doprinosa sprečava i ograničava ostvarivanje stečenog prava na punu mirovinu. U pravilu, u privatnom sektoru uplaćuju se doprinosi na minimalnu plaću ili na pola radnog vremena, što izravno umanjuje ostvarivanje prava na mirovinu. Stoga je potrebno propitati mjerodavne odredbe zakona, te u skladu s istaknutim problemom osigurati djelotvornu naplatu obračuna i uplate doprinosa. U skladu s rezultatima propitivanja predmetnih odredbi potrebno je inicirati izmjene i dopune mjerodavnih zakona, posebice odredaba Zakona o doprinosima koje se odnose na definiranje izraza "isplaćena plaća". Osim toga, sve je više izražena pojava sive ekonomije što smanjuje obuhvat broja osiguranika. Tim više treba se proširiti obuhvat broja osiguranika

i povećanjem aktivnosti osiguranika s atipičnim zanimanjima (radnici sa sezonskim karakterom zanimanja i radnici na projektnim zadacima, osobe zaposlene manje od punog radnog vremena, kao i osobe koje žele ostvariti balans između poslovnog i privatnog života kroz druge oblike zanimanja. Također zakonom odrediti nadzor nad tim pravnim poslovima; osobe koje obavljaju privremene i povremene poslove preko zadruga mladeži, osobe koje su utemeljitelji gospodarskih društava bez obzira na to da li su u radnom odnosu ili samo članovi društva, te osobe koje nisu osigurane po drugom osnovu, a obavljaju poslove na temelju ugovora o djelu, autorskih ugovora i drugih ugovora na osnovu čega ostvaruju naknadu; članovi tijela u gospodarskim društvima, javnim poduzećima i ustanovama na temelju čega primaju naknadu; športaši i osobe koje se bave poljoprivrednom djelatnošću.

4.1. Pored proširenja obveznog MO, može se ustanoviti i produženo MO kao oblik dobrovoljnog MO>MF što omogućava kontinuitet MO za osobe na neplaćenom odsustvu, mirovanju radnog odnosa, educiranja, nezaposlenosti, nakon prestanka ugovora o radu, privremenog ili sezonskog prekida obavljanja djelatnosti i sl. Osim proširenja opsega osiguranika, ovim normativnim rješenjem učinila bi se destimulaciju poslodavaca da sklapanjem ugovora o radu izbjegavaju uplaćivanje doprinosa.

4.2. Nužno je izmijeniti odredbe Zakona FBiH (u RS ne postoje) po kojima se stečeno pravo na izuzetnu mirovinu ili mirovinu stečenu po povoljnijim uvjetima ostvaruje iz tekućih uplata obveznika doprinosa za MIO.

BIBLIOGRAFIJA

1. Knjige i članci

- 1.1. Analiza mirovinskog sustava – Zbornik radova s okruglih stolova održanih tijekom 2011. godine, Zagreb: Institut za javne financije, 2011.
- 1.2. Breznik, D., Demografija: analiza metode i modeli, Naučna knjiga, Beograd, 1980.
- 1.3. Bender, B., Rechtsstaat und Sozialstaat, Berlin; München, 1966.
- 1.4. Gorjanc, V., Prelević, T., Pravo na suđenje u razumnom roku, Centar za ljudska prava Univerziteta u Sarajevu: Zbirka izabranih presuda Europskog suda za ljudska prava u slučajevima protiv BiH , RH, Makedonije, Slovenije i Srbije, Sarajevo, 2009.
- 1.6. Dedić, S., Socijalno pravo, Pravni fakultet univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2010.
- 1.7. Nozick, R., Anarchy, State und Utopija, Oxford: Blackwell, 1974.
- 1.8. Pranjić, S., Sredstva za rješavanje kolektivnih radnih sporova, Centar za edukaciju i pružanje intelektualnih usluga "Logos", Sarajevo, 2001.
- 1.9. Pranjić, S., Kolektivni ugovori u pravu Bosne i Hercegovine: doktorska radnja, Univerzitet u Sarajevu, Pravni fakultet, Sarajevo, 2007.
- 1.10. Pranjić, S., Rješavanje kolektivnih radnih sporova u Bosni i Hercegovini, Pravna misao, br. 5-6. Sarajevo, 2001.
- 1.11. Pranjić, S., Utjemljivanje sredstava za rješavanje kolektivnih radnih sporova u središnjoj i istočnoj Europi, Pravna misao, br. 9-10. Sarajevo, 2001.
- 1.12. Pranjić, S., Ogled o normativnoj konkretizaciji načela pravne države na case study, Zbornik radova Fakulteta pravnih nauka, br. 2, Sveučilište "Vitez" Travnik, 2011.
- 1.13. Pranjić, S., Pojam i temeljni oblici novog državnog menadžmenta, Zbornik radova Fakulteta pravnih nauka, br. 3, Sveučilište "Vitez" Travnik, 2012.
- 1.14. Ravnić, A., Osnove radnog prava: domaćeg, usporednog i

- međunarodnog, Zagreb, Pravni fakultet u Zagrebu, 2004.
- 1.15. Rawls, J., A Theory of Justice, The Belknap Press of Harvard University Press, 1971.
- 1.16. Učur, Đ. M., Socijalno pravo, Informator, Zagreb, 2000.
- 1.17. Crnjac Pauković, V., Europski zakonik o socijalnoj sigurnosti i najniži standardi mirovinskog osiguranja: Hrvatski zavod za mirovinsko osiguranje, 2005.
- 1.18. Zelena knjiga: ka adekvatnim, održivim i sigurnim europskim mirovinskim sustavima, Europska komisija, 2010.

2. Propisi

2.1. Međunarodni

- 2.1.1. Europska konvencija za zaštitu prava čovjeka i temeljnih sloboda, 1950, izmijenjena i dopunjena protokolima, br. 3, 5, i 8, i dopunjena Protokolom, br. 2, te protokolima, br.: 1, 4, 6, 7, 9, 10 i 11. "Sl. list RBiH, Međunarodni ugovori" br. 5/96.
- 2.1.2. Europska konvencija za prevenciju torture i nehumanog ili degradirajućeg tretmana ili kažnjavanja, 1987.
- 2.1.3. Europski zakonik o socijalnoj sigurnosti, 1964.
- 2.1.4. Protokol uz Europski zakonik o socijalnoj sigurnosti, 1964.
- 2.1.5. Europski zakonik o socijalnoj sigurnosti (revidirani), 1990.
- 2.1.6. Konvencija o ukidanju svih oblika diskriminacije žena, 1979.
- 2.1.7. Konvencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije, 1966.
- 2.1.8. Konvencija MOR, 1952, br. 102 o najnižim standardima socijalne sigurnosti.
- 2.1.9. Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, 1966.
- 2.1.10. Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, 1966.
- 2.1.11. Opća deklaracija o ljudskim pravima, 10. 12. 1948.

- 2.1.12. Opća povelja o ljudskim pravima u islamu, 19. 09. 1981.
- 2.1.13. Odluka o ratificiranju Revidirane Europske socijalne povelje, 1961, "Sl. glasnik BiH, Međunarodni ugovori" br. 08/08.
- 2.1.14. Povelja o ljudskim i građanskim pravima Nacionalne skupštine Francuske, 26. 8. 1789.
- 2.1.15. Povelja UN, 1945, "Narodne novine, Međunarodni ugovori," br. 15/1993.

2.2. Bosna i Hercegovina

2.2.1. Dejtonski sporazum, USAID.

- 2.2.2. Odluka o ratificiranju Ugovora između BiH i Republike Austrije o socijalnom osiguranju s Protokolom o provedbi ugovora o socijalnom osiguranju između BiH i Republike Austrije, "Sl. glasnik BiH, Međunarodni ugovori" br. 02/01.
- 2.2.3. Odluka o ratificiranju Ugovora o socijalnom osiguranju između BiH i RH s administrativnim Ugovorom o provedbi ugovora o socijalnom osiguranju između BiH i RH: "Sl. glasnik BiH, Međunarodni ugovori" br. 06/01.
- 2.2.4. Odluka o ratificiranju Ugovora između BiH i Savezne Republike Jugoslavije o socijalnom osiguranju, "Sl. glasnik BiH, Međunarodni ugovori" br. 16/03.
- 2.2.5. Odluka o ratificiranju Ugovora između BiH i Republike Turske o socijalnom osiguranju, "Sl. glasnik BiH, Međunarodni ugovori" br. 16/03.
- 2.2.6. Odluka o ratificiranju administrativnog Ugovora za provedbu Ugovora između BiH i Republike Makedonije o SO, "Sl. glasnik BiH, Međunarodni ugovori" br. 01/06.
- 2.2.7. Odluka o ratificiranju Ugovora o socijalnom osiguranju između BiH i Republike Slovenije, "Sl. glasnik BiH, Međunarodni ugovori" br. 08/07.
- 2.2.8. Odluka o ratificiranju Ugovora o socijalnom osiguranju između BiH i Kraljevine Belgije, "Sl. glasnik BiH, Međunarodni ugovori" br. 10/07.

- 2.2.9. Odluka o ratificiranju administrativnog Ugovora za provedbi Ugovora između BiH i R Mađarske o SO i socijalnoj sigurnosti, "Sl. glasnik BiH, Međunarodni ugovori" br. 12/08.
- 2.2.10. Odluka o ratificiranju Ugovora između BiH i Velikog Vojvodstva Luksemburg o socijalnom osiguranju s administrativnim Ugovorom načinu primjene Ugovora između BiH i Velikog Vojvodstva Luksemburg o SO, "Sl. glasnik BiH, Međunarodni ugovori" br. 07/11.
- 2.2.11. Pravilnika o uvjetima i načinu stjecanja, izdavanja, obnavljanja i produžavanja dozvola i ovlaštenja zrakoplovnom osoblju: pilotima zrakoplova, "Sl. glasnik BiH" br. 51/04.
- 2.2.12. Pravilnik o uvjetima, načinu obavlještavanja, obračunavanja i uplate doprinosa, "Sl. glasnik RS" br. 19/11.
- 2.2.13. Statut Fonda za penzijsko i invalidsko osiguranje RS, "Sl. glasnik RS" br. 37/12.
- 2.2.14. Statut Federalnog zavoda za MIO, "Sl. novine FBiH" br. 38/03.
- 2.2.15. Ustav BiH (Prijevod koji je utvrdio OHR – *Office of the High Representative*).
- 2.2.16. Ustav FBiH, "Sl. novine" br. 1/94.
- 2.2.17. Ustav RS, "Sl. glasnik" br. 21/96.
- 2.2.18. Zakon organizaciji MIO FBiH, "Sl. novine FBiH" br. 32/01 i 18/05.
- 2.2.19. Zakon o MIO, "Sl. novine FBiH" br. 29/98, 49/00, 32/01, 73/05, 59/06, 4/09 i 55/12.
- 2.2.20. Zakon o doprinosima, "Sl. novine FBiH" br. 35/98, 16/01, 37/01, 1/02, 17/06 i 14/08.
- 2.2.21. Zakon o potvrđivanju prava na prijevremenu starosnu mirovinu ostvarenu pod povoljnijim uvjetima, "Sl. novine FBiH" br. 42/11 i 37/12.
- 2.2.22. Zakon o posredovanju u zapošljavanju i socijalnoj sigurnosti nezaposlenih osoba, "Sl. novine FBiH" br. 55/00, 41/01, 22/05, 9/08.
- 2.2.23. Zakon o zdravstvenom osiguranju, "Sl. novine FBiH" br. 30/97, 7/02, 70/08 i 48/11.

- 2.2.24. Zakon o načinu ostvarivanja ušteda u FBiH, "Sl. novine FBiH" br. 50/09.
- 2.2.25. Zakon o matičnoj evidenciji o osiguranicima i korisnicima prava iz MIO, "Sl. novine FBiH" br. 42/04.
- 2.2.26. Zakon o jedinstvenom sustavu registracije, kontrole i naplate doprinosa, "Sl. novine FBiH" br. 42/09.
- 2.2.27. Zakon o poreznoj upravi FBiH, "Sl. novine FBiH" br. 33/02 i 28/04.
- 2.2.28. Zakon o načinu ostvarivanja ušteda u FBiH, "Sl. novine FBiH" br. 50/09.
- 2.2.29. Zakon o zapošljavanju i pravima za vrijeme nezaposlenosti, "Sl. glasnik BDBiH" br. 33/04, 19/07, 25/08.
- 2.2.30. Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju, "Sl. glasnik RS" br. 134/11.
- 2.2.31. Zakon o doprinosima, "Sl. glasnik RS" br. 116/12.
- 2.2.32. Zakon o penzijskom rezervnom Fondu RS, "Sl. glasnik RS" br. 73/08 i 50/10.
- 2.2.33. Zakon o posredovanju u zapošljavanju i pravima za vrijeme nezaposlenosti, "Sl. glasnik RS" br. 30/10.
- 2.2.34. Zakon o dobrovoljnim PF i penzijskim planovima, "Sl. glasnik RS" br. 13/09.
- 2.2.35. Zakon o socijalnoj zaštiti, "Sl. glasnik RS" br. 37/12.
- 2.2.36. Zakon o visokom obrazovanju, "Sl. glasnik RS" br. 73/10 i 104/11.
- 2.2.37. Zakon o visokom sudsakom i tužiteljskom vijeću BiH, "Sl. glasnik BiH" br. 25/04, 93/05, 48/07 i 15/08.
- 2.2.38. Zakon o službi u oružanim snagama BiH, "Sl. glasnik BiH" br. 88/05.
- 2.2.39. Zakon o zrakoplovstvu BiH, "Sl. glasnik BiH" br. 2/04
- 2.2.40. Zakon o visokom obrazovanju (pročišćeni tekst), "Sl. novine Kantona Sarajevo" br. 22/10.

2.2.41. Zakon o ombudsmenu za prava čovjeka BiH, "Sl. glasnik BiH" br. 32/00, 19/02, 35/04 i 32/06.

2.3. Republika Hrvatska

2.3.1. Zakon o mirovinskom osiguranju, "Narodne novine RH" br. 102/98.

2.3.2. Zakon o obaveznim i dobrovoljnim MF, "Narodne novine RH" br. 49/99, 63/2000.

2.3.3. Zakon o mirovinskim osiguravajućim društvima i isplati mirovina na temelju individualne kapitalizirane štednje, "Narodne novine RH" br. l06/99, 63/2000.

3. Empirijska građa

3.1. Međunarodna

3.1.1. Izvješće o starenju 2009, Europska komisija, Aktuarski model MRSS, UN

3.1.2. Zbirka odluka Europske komisije za ljudska prava, tomovi 1–46, 1960–1974, Vijeće Europe i Odluke i izvješća Europske komisije za ljudska prava (DR), tomovi 1–, 1975 – Vijeća Europe. Europski sud za ljudska prava: Serija A: Presude i odluke, tomovi 1–338, 1961–1995; Serija B: Molbe, usmene rasprave i dokumenti, tomovi 1–104, 1961–1995 i Izvješća o presudama i odlukama, 1996; Car Heymanns Verlag, Cologne.

3.2. Bosna i Hercegovina

3.2.1. Agencija za statistiku BiH (2009), Anketa o radnoj snazi u BiH.

3.2.2. BiH u brojevima 2010 godine, Agencije za statistiku BiH.

3.2.3. Federalni zavod za statistiku BiH 2009, Procjena ukupnog broja prisutnih stanovnika po starosnoj i spolnoj strukturi.

3.2.4. Izvor za RS je (model MS RS i neovisna projekcija stanovništva RS na temelju MortPak-lite demografskog softvera).

3.2.5. Ministarstvo rada i boračko-invalidske zaštite RS, Strategija reforme

penzijskog sustava u RS, 2010.

3.2.6. Međunarodna organizacija rada, Izvješće o mirovinskim reformama u BiH, 2009.

3.2.7 Međunarodna organizacija rada, Pregled mirovinskog sustava u BiH, 2009.

3.2.8. Statistički podaci objavljeni u tematskom biltenu Demografija 2008, tematskom biltenu Gender BiH 2005. i 2007. godine.

3.2.9. Strategija Socijalnog uključivanja BiH, lipanj, 2010.

3.2.10. Specijalni izvještaj o pravu na penziju u BiH, Institucija ombudsmena za ljudska prava BiH, 2010.

3.2.11. TB 03, Tematski bilten, ISSN 1840-104X.

3.2.12. Zaključak o usvajanju Strategije razvoja BiH i Strategije socijalne uključenosti BiH i usvajanje akcionalih planova ministarstva i institucija FBiH, "Sl. novine FBiH" br. 62.

4. Korištene www. stranice

4.1. <http://www.Eurostat>

4.2. http://www.gouvernement.lu/dossiers/social_emploi/reforme-systeme-pension/index.html

4.3. <http://www.Limun.hr>

4.5. Mirovinsko osiguranje - Wikipedija hr.wikipedia.org/wiki/Mirovinsko_osiguranje

4.6. http://hr.wikipedia.org/wiki/Bosanskohercegova%C4%8Dki_Hrvati_nakon_Daytonskog_sporazuma

4.7. Réformes des pensions: ce qui change pour chaque catégorie de ... Preuzeto 2012, s web stranica: www.rtbf.be/.../detail_reformes-des-pensions-ce-qui-change-pour-ch.

4.8. http://www.gouvernement.lu/dossiers/social_emploi/reforme-systeme-pension/index.html

4.9. www.dwp.gov.uk/workplacepension

(Footnotes)

- 1 Agencija za statistiku BiH (2009), Anketa o radnoj snazi u BiH.
- 2 Međunarodna organizacija rada (2009), Pregled mirovinskog sustava u BiH.
- 3 Mirovinsko osiguranje - Wikipedija hr.wikipedia.org/wiki/Mirovinsko_osiguranje

Emir Kajmaković, magistar prava

UDK 323.28:343:340.5

Državna agencija za istrage i zaštitu

E-mail: emir.kajmakovic@gmail.com

Pregledni naučni rad

KRIVIČNO DJELO TERORIZMA – UPOREDNOPRAVNI ASPEKTI

Sažetak

Adekvatno krivičnopravno reagovanje na terorizam ima esencijalni značaj za efikasno suprotstavljanje ovom vidu kriminaliteta na nacionalnom i međunarodnom planu. Osnovna sredstva koja bi se trebala primjenjivati u borbi protiv terorizma jesu zakonske odredbe unutar pravnih poredaka država. Međunarodna zajednica je shvatila da je za efikasnu borbu protiv terorizma potrebno uskladiti nacionalna zakonodavstva tako da se na istovjetan način definira terorizam kao i njim povezani oblici krivičnih djela. Međutim, zakonski okviri postaju tijesni za sve zahtjeve svjetske zajednice i međunarodnih organizacija koje su se uhvatile borbe protiv terorizma. S tim u vezi, definiranje terorizma kao i pravni i institucionalni okvir za borbu protiv terorizma dobiva novu formu i varira od države do države. Cilj ovog rada je analizirati materijalni aspekt krivičnopravne zaštite od terorizma u nacionalnim jurisdikcijama i sagledati konkretnе inkriminacije terorizma i srodnih krivičnih djela, te iznijeti određene sugestije i prijedloge.

Ključne riječi: krivično djelo, terorizam, krivični zakon, suzbijanje, represija, uporedno pravo

CRIMINAL OFFENCE OF TERRORISM COMPARATIVE LAW ASPECTS

Summary

An effective legal response to terrorism is fundamental in effectively opposing this type of criminality, on both the national and international levels. The

basic tools that should be used in the fight against terrorism are found in key legal provisions, which form part of the states legal framework. The international community understands the need to align national legislation in a way that ensure terrorism and its associated criminal acts are consistently defined. However legal frameworks have become too narrow to meet the needs of the global community and the international organizations that are fighting terrorism. As a result, defining terrorism as well as the institutional framework for fight against terrorism has taken a new form. takes a new form and now varies from state to state. The goal of this paper is to analyze the material aspects of legal protection within national jurisdictions and to look at terrorism and related criminal acts, and to present certain suggestions and proposals.

Key words: criminal offense, terrorism, the penal code, suppression, repression, comparative law

1. Uvod

U pogledu legislativnog suprotstavljanja terorizmu na nacionalnom planu, jedan broj zemalja je krajem prošlog i početkom ovog vijeka pribjegao značajnijim izmjenama u materijalnom krivičnom pravu. Istovremeno je u glavno krivično zakonodavstvo mnogih zemalja uvedeno novo krivično djelo pod nazivom "terorizam", kojim se inkriminiše unutrašnji terorizam u opštem vidu. Pregledom najnovijih krivičnopravnih odredbi u oblasti suzbijanja terorizma dolazimo do nekoliko zaključaka. Pojedine države obogaćuju svoje krivične zakone novim odredbama kao rezultat usaglašavanja s najznačajnijim međunarodnim izvorima, a neke ostaju na tradicionalnim stanovištima smatrajući da je njihovo postojeće represivno zakonodavstvo prilagođeno borbi protiv terorizma. Pojedine zemlje, koje su u drugoj polovini prošlog vijeka bile najugroženije terorizmom, donijele su i posebne zakonske propise kojima se inkriminiše teroristička djelatnost u cijelosti. Tako su u pojedinim zemljama nakon 1976. godine doneseni posebni zakoni protiv terorizma (Njemačka, Francuska, Velika Britanija, Italija, Ruska Federacija itd.).¹⁴⁹ Takođe veliki broj zemalja sva krivična djela terorizma uređuje u okviru iste glave krivičnog zakona, dok jedan broj, među kojima je i naša država, krivična djela terorizma svrstava u

¹⁴⁹ Milošević, M. Procesni i materijalni aspekti krivičnopravne zaštite od terorizma, Zbornik radova, (Banja Luka), 2002, str. 214.

nekoliko grupa. Međunarodni izvori (konvencije) s međunarodnopravnog aspekta, prilično su detaljno i sadržajno izvršili inkriminaciju pojedinih akata međunarodnog terorizma. Pored toga, konvencije su ustanovile i obavezu država ugovornica da inkriminisana djela uvrste u svoja nacionalna zakonodavstva, ili ih predvide u njima. Zbog toga ključno mjesto zauzimaju nacionalni pravni sistemi, koji predstavljaju srce ovog problema, pošto se u okviru nacionalnog krivičnog zakonodavstva teroristi na kraju procesuiraju.

1. Terorizam u uporednom krivičnom pravu

Prepostavka efikasnog suprotstavljanja terorizmu, posebno na međunarodnom planu, jest postizanje konsenzusa o sadržaju i biti pojave. Međunarodna se zajednica protiv terorizma borila puno prije ove nove globalizacije tog problema. U Konvenciji za sprječavanje i kažnjavanje terorizma Lige naroda iz 1937. godine, koja nikada nije stupila na snagu, terorizam su "sva krivična djela usmjerena protiv neke države i počinjena s namjerom da se stvori strah kod određenih osoba, skupine osoba ili javnosti u cjelini"¹⁵⁰. Te početne napore Lige naroda nastavili su Ujedinjeni narodi, međutim, do danas još nije izglasana jedinstvena konvencija glede borbe protiv terorizma. Razlozi za to su mnogi, od problema pri definiranju pojma terorizma, teškog pronalaženja granice između terorizma i zakonite borbe za nacionalno osamostaljenje i borbe protiv strane okupacije. Danas imamo trinaest konvencija koje rješavaju pitanje borbe protiv terorizma i, s međunarodnopravnog aspekta, prilično detaljno i sadržajno vrše inkriminaciju pojedinih akata međunarodnog terorizma.

U velikom broju međunarodnih izvora od posebnog značaja za reformu našeg krivičnog zakonodavstva kao i krivičnih zakonodavstava drugih zemalja, izdvaja se Okvirna odluka Vijeća Evropske unije o suzbijanju terorizma od 13. juna 2002. godine¹⁵¹, s izmjenama i dopunama iz 2008.

¹⁵⁰ Derenčinović, D. Novi antiterorizam na razmeđu depolitizacije, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, (Zagreb), 2002, str. 5.

¹⁵¹ Okvirna odluka Vijeća Evrope o suzbijanju terorizma od 13. juna 2002. (2002/475/JHA), Official Journal of the European Communities, L 164/3 od 22. juna 2002.

godine¹⁵². Vijeće Evropske unije je vrlo brzo nakon napada na SAD, 11. septembra 2001. godine usvojilo Plan aktivnosti, a koji je između ostalog predvidio usvajanje Okvirne odluke o suzbijanju terorizma. Države članice Evropske unije uočile su kako je potrebno uskladiti nacionalna zakonodavstva država članica tako da se na istovjetan način definira terorizam kao i s njim povezani oblici krivičnih djela. Definicija, osim osnovnog pojma, definira i razne druge pojavnne oblike, poput: vođenja terorističkih grupa, pomaganja, sudjelovanja, te pokušaja izvođenja terorističkog akta.

Krivično djelo: terorizam (odnosno teroristički akt) definira se kao akt koji, s obzirom na svoju prirodu i kontekst, može ozbiljno naštetići državi ili međunarodnoj organizaciji, te koji je počinjen s namjerom ozbiljnog zastrašivanja stanovništva, ili nezakonitog iznuđivanja (prisiljavanja) vlade ili međunarodne organizacije da nešto čine ili da se suzdrže od nekog čina, ili ozbiljnog destabiliziranja ili uništavanja temeljne političke, ustavne ili finansijske strukture zemlje ili međunarodne organizacije. Sam teroristički akt ostvaruje se izvršenjem nekog od uobičajenih krivičnih djela propisanih krivičnim zakonom (KZ-om) svake pojedinačne države, kojima upravo ta specifična namjera, odnosno cilj koji se želi postići daje mogućnost za kvalifikaciju kao krivično djela terorizma.

U tom smislu, krivično djelo terorizma može se ostvariti: napadima na život ili tjelesni integritet osobe; otmicom ili uzimanjem talaca; uzrokovanjem velikih razaranja vladinih ili javnih građevina, transportnog sistema, infrastrukture, uključujući i informacione sisteme, fiksnih platformi smještenih na kontinentalnom pojasu, javnih mjesta ili privatne imovine s vjerovatnoćom ugrožavanja ljudskih života ili uzrokovanja ekonomskih gubitaka; otmicom aviona, broda ili drugog sredstva javnog transporta ili transporta robe; proizvodnjom, posjedovanjem, sticanjem, prevozom, snabdijevanjem ili korištenjem oružja, eksploziva ili nuklearnog, biološkog ili hemijskog oružja, kao i istraživanjem i razvojem biološkog i hemijskog oružja; ispuštanjem opasnih materija ili izazivanjem požara, poplava ili eksplozija koje imaju za posljedicu ugrožavanje ljudskih života; ometanjem snabdijevanja vodom, strujom ili drugim osnovnim prirodnim resursima, koje ima za posljedicu ugrožavanje ljudskih života; prijetnjama

¹⁵² Okvirna odluka Vijeća Evrope o suzbijanju terorizma od 13. juna 2002. (2002/475/JHA), dopunjena Okvirnom odlukom Vijeća Evrope od 28. novembra 2008. (2008/919/JHA), Official Journal of the European Communities, L 330/21 od 9. decembra 2008.

da će se učiniti neko od spomenutih djela (član 1. Okvirne odluke). Prema tome, sam teroristički akt ostvaruje se ustvari izvršenjem običnog krivičnog djela, kojem upravo namjera daje terorističku kvalifikaciju.¹⁵³ Ta odredba je 2008. godine dopunjena, tako da, pored spomenutih krivičnih djela, kao djela povezanih s terorizmom smatraju se još i: javna provokacija da se izvrše teroristički akti, regrutovanje za terorizam i obuka za terorizam.

I pored nastojanja međunarodnih instrumenata da unifikuju tretiranje fenomena terorizma, pojedina rješenja variraju od države do države s obzirom na to da je većina zemalja u svojim krivičnim zakonodavstvima tretirala problem terorizma prije stupanja na snagu međunarodnih ugovora. S tim u vezi analizirat ćemo posljedice stupanja na snagu Okvirne odluke o suzbijanju terorizma na nacionalna krivična zakonodavstva, uzimajući u obzir trenutne napore koji se preduzimaju u oblasti borbe protiv terorizma. Takođe, uporedit ćemo nacionalno krivično zakonodavstvo u oblasti borbe protiv terorizma s rješenjima pojedinih evropskih zemalja (Italija, Francuska, Velika Britanija i Njemačka), koje su svoja krivična zakonodavstva prilagođavala u prošlosti kao i sadašnjosti i koja mogu snažno uticati na krivično zakonodavstvo Bosne i Hercegovine, kao i s odredbama zastupljenim u krivičnom zakonodavstvu pojedinih zemalja s prostora bivše SFRJ (Crna Gora, Hrvatska, Slovenija i Srbija).

2.1 Krivični zakon Italije

Krivična djela koja se odnose na borbu protiv terorizma svrstana su u drugu knjigu od ukupno tri knjige italijanskog Krivičnog zakona, u grupu krivičnih djela pod nazivom "Krivična djela protiv međunarodnog subjektiviteta države" (članovi 270-bis, 270-ter, 270-quarter, 270-quinquies, 270-sexies)¹⁵⁴. U materijalnom krivičnom zakonodavstvu Italije polazna tačka za definiciju "terorizma" sadržana je u Zakonu broj 15 iz 1980. godine (član 270-bis) koji nosi naziv "Udruživanje u svrhu terorizma, uključujući internacionalnog terorizma, ili u svrhu ugrožavanja ili uništenja demokratskog poretka" i odnosi se na onog ko u državi promoviše, osniva, organizuje i vodi udruženja usmjerena ka tome da upotrebom nasilja

¹⁵³ Turkalj, K. Borba protiv terorizma na razini Evropske unije. Hrvatska pravna revija, (Zagreb), 2002/10, str. 13.

¹⁵⁴ Beltrani, S. Corso di Diritto Penale – Parte generale e parte speciale. Padova: Wolters Kluwer Italia, 2008, str. 537.

uspovjedne diktaturu jedne društvene klase nad drugom, ili da podrivate ekonomski ili društveni red primjenom nasilja, ili da nasilno suzbijaju politički i pravni sistem države.¹⁵⁵ Ove radnje, kojima je cilj da ugroze ili unište vjeru stanovništva u postojeći poredak i njegovu strukturu, nisu usmjerene protiv stanovništva, nego protiv onog šta to stanovništvo predstavlja.¹⁵⁶ Kroz izmjene i dopune, predstavljene u Zakonu broj 438 od 15. decembra 2001. godine, član 270-bis proširen je i uključuje strane vlade, njihove institucije ili međunarodne organizacije kao ciljeve terorističkih aktivnosti. Zakonom broj 155 od 31. jula 2005. godine, na osnovu Okvirne odluke Vijeća Evropske unije o borbi protiv terorizma po prvi put je u Krivičnom zakonu Italije eksplicitno definisan pojam terorizma (član 270-sexies), gdje je kao i takav isključivo usmjeren na terorističke namjere (subjektivna strana terorizma) i ne uključuje drugi dio Okvirne odluke o suzbijanju terorizma, koji se odnosi na objektivnu listu tačno definisanih aktivnosti. Član 270-sexies daje definiciju terorističkog akta koji uključuje nasilne aktivnosti koje bi, prema svojoj prirodi i kontekstu, mogle nanijeti veliku štetu zemlji ili međunarodnoj organizaciji i koje se vrše s namjerom zastrašivanja stanovništva ili sprečavanja državnih vlasti ili međunarodne organizacije da sprovodi bilo kakve aktivnosti, ili s ciljem destabilizovanja ili uništavanja osnovnih političkih, ustavnih, ekonomskih ili socijalnih struktura zemlje ili međunarodne organizacije.

2.2 Krivični zakon Francuske

U materijalnom krivičnom zakonodavstvu Francuske definicija terorizma prvi put se pojavljuje u Zakonu o borbi protiv terorizma broj 86-1020, kojem je prethodio Zakon iz 1970. godine koji je nosio naziv “protivrazbijjački” (Loi anti-casseurs). Izmjenama i dopunama Zakona

¹⁵⁵ Slično kao u Krivičnom zakonu Njemačke, ovaj zakon eksplicitno ne definiše terorizam, nego tu opciju ostavlja otvorenom italijanskim pravosudnim organima, koji su postavili temelj za definiciju na osnovu odluke iz 1987. godine. U skladu s presudom iz 1987. godine, svrha i cilj terorizma je da unese teror u stanovništvo kroz inkriminirajuće aktivnosti.

¹⁵⁶ Montauti, M. and B. Vettori , Italian contribution to the NCTB counterterrorism project, WODC: Workdocument No. 3, 2006, str. 4.

o borbi protiv terorizma "u određenim intervalima"¹⁵⁷, pojam terorizma nikada nije značajnije mijenjan, pošto koristi objektivne i subjektivne metode za određivanje pojma terorizma, navodeći 39 glavnih i povezanih djela (objektivni element), koja se mogu, uzimajući u obzir namjeru terorista (subjektivni element), smatrati terorističkim aktivnostima.¹⁵⁸ U krivičnom zakonodavstvu Francuske, pored Zakona o borbi protiv terorizma i Krivični zakon Francuske predstavlja važno oružje u borbi protiv terorizma. Prema Krivičnom zakonu Francuske definicija terorizma sadržana je u dva elementa. U prvom elementu sadržana su krivična djela ili manje kažnjiva djela propisana u članu 421-1 Krivičnog zakona Francuske, u koja spadaju: napad na život; napad na fizički integritet ili slobodu drugog; otmica ili uzimanje talaca; otmica zrakoplova, broda ili drugog sredstva prevoza; krađa, ucjena, nanošenje velike štete imovini; kompjuterski kriminal; krivična djela počinjena od strane borbene grupe ili pokreta; krivična djela koja se odnose na vatreno oružje, eksploziv ili nuklearne materijale; rukovanje vatrenim oružjem, eksplozivom ili nuklearnim materijalom; pranje novca; ugrožavanje ljudskih života ispuštanjem opasnih materija u zrak, zemlju, vodu, životne namirnice ili prehrambene proizvode. U drugom elementu navode se krivična djela terorizma koja su posebno kažnjiva u Krivičnom zakonu Francuske, a to su: zavjera da se počini krivično djelo terorizma (članovi 421-2-1 i 421-1); finansiranje terorističkih aktivnosti (član 421-2-2); rukovođenje i organiziranje kriminalne grupe u svrhu pripremanja terorističkog akta (član 421-5 stav 2.); javno podsticanje i opravdavanje terorističkog akta (član 24 Zakona od 29. jula 1881. godine); prikrivanje izvršilaca terorističkog akta (član 434-6). Prema Krivičnom zakonu Francuske samo ona krivična djela koja su počinjena s umišljajem u namjeri da se ozbiljno naruši javni red

¹⁵⁷ Četiri najznačajnije izmjene i dopune Zakona o borbi protiv terorizma, koje su do danu ojačale krivično zakonodavstvo Francuske predstavljaju: Zakon broj 96-647 od 22. jula 1996. godine, Zakon broj 2001-1062 od 15. novembra 2001. godine, Zakon broj 2003-239 od 18. marta 2003. godine i Zakon broj 2006-64 od 23. januara 2006. godine.

¹⁵⁸ Bigo D. and C. Camus, Overview of the French anti-terrorism strategy, WODC: Workdocument No. 2, 2006, str. 72.

i mir kroz zastrašivanje ili teror, mogu se smatrati terorističkim aktom.¹⁵⁹

2.3 Krivični zakon Velike Britanije

Prvi korak u zakonodavstvu Velike Britanije u borbi protiv terorizma nastao je 1968. godine, kao posljedica sukoba sa Irskom republikanskim armijom (IRA). U periodu od 1974. godine do 1989. godine, zakoni o sprečavanju terorizma bili su u cijelosti posvećeni problemu u Irskoj, prema kojima terorizam (član 9) predstavlja upotrebu nasilja u političke svrhe i podrazumijeva upotrebu nasilja u cilju zastrašivanja stanovništva.¹⁶⁰ Uzimajući u obzir novonastalu situaciju s problemom terorizma na teritoriji Velike Britanije, nastala je potreba za revizijom antiterorističke legislative kao i izmjenom postojeće definicije terorizma, što je kulminiralo donošenjem nove definicije terorizma u Zakonu o terorizmu iz 2000. godine (TA 2000). Prema novoj definiciji, terorizam predstavlja sljedeće radnje izvršenja ili prijetnju njihovim izvršenjem i to: nasilje nad osobom, nanošenje velike štete imovini, ugrožavanje života osobe, ugrožavanje ljudskog zdravlja ili sigurnosti i ometanje ili zaustavljanje snabdijevanja električnom energijom. Radnje izvršenja ili prijetnja njihovim izvršenjem moraju biti osmišljene s ciljem ostvarivanja pritiska na organe vlasti, međunarodne organizacije ili zastrašivanja stanovništva, zatim ostvarivanja političkih, religioznih ili ideoloških ciljeva. S obzirom na veliki značaj pitanja terorizma u Velikoj Britaniji 2006. godine na snagu je stupio novi Zakon o terorizmu (TA 2006), koji je sadržavao nova krivična djela i to: podsticanje na terorističke aktivnosti (član 1), distribucija terorističkih publikacija (član 2), pripremanje terorističkog akta (član 5), obuka za izvođenje terorističkog akta (član 6) i posjećivanje mjesta za obuku terorista (član 8).

¹⁵⁹ Francuska vlada je 2006. godine u dokumentu Bijeli papir (*Livre blanc du Gouvernement sur la sécurité intérieure face au terrorisme*), dala definiciju terorizma, prema kojoj svaki čin koji ima namjeru da prouzrokuje smrt ili tešku povredu fizičkog integriteta stanovništva ili neborbenog osoblja, kada je svrha takvog čina, po njegovoj prirodi ili sadržaju, da zastraši stanovništvo ili prisili vladu ili međunarodnu organizaciju da što učini ili ne izvrši.

¹⁶⁰ Carlile of Berriew, Q. C. The Definition of Terrorism, Home Department, Cm7052, 2007, str. 3.

2.4 Krivični zakon Njemačke

Stara definicija terorizma u Krivičnom zakonu Njemačke (član 129a), razlikuje četiri vrste terorističkih aktivnosti i to: osnivanje terorističke grupe, pripadanje terorističkoj grupi, podržavanje terorističke grupe i propagiranje za terorističku grupu. Član 129 koji definiše terorizam u Krivičnom zakonu Njemačke bio je dio zakonskog paketa protiv terorizma koji je stupio na snagu 1976. godine i bio je eksplicitno usmjeren protiv unutrašnjeg terorizma.¹⁶¹ Sve do usklađivanja s Okvirnom odlukom Vijeća Evropske unije o suzbijanju terorizma, član 129a nikada nije značajnije mijenjan od strane zakonodavca. Iako i dalje nosi naziv "Formiranje terorističke grupe", član 129a sada sadrži nove stavke koje se odnose na tačno određene terorističke akte počinjene od strane člana terorističke grupe. Od tada, iako je Krivični zakon Njemačke sadržavao objektivne elemente definicije terorizma, subjektivni element koji je sadržan u okviru odluke Vijeća Evrope o borbi protiv terorizma takođe je implementiran u okviru nove formulacije terorizma (član 129). Prema novoj verziji sada je jasno izražena namjera da se stanovništvo opasno zastraši, ili da se vlada ili međunarodna organizacija silom ili prijetnjom upotrebe sile prinudi da nešto učini ili ne učini, ili da se politička, ustavna, privredna ili ekomska struktura države ili međunarodne organizacije uništi ili ugrozi, ili da se načinom izvršenja ili posljedicama djela može znatno naškoditi državi ili međunarodnoj organizaciji. Takođe novinu u Krivičnom zakonu Njemačke predstavlja i član 129b koji nosi naziv "Zločinačka i teroristička udruženja u inostranstvu", u kojem se isteće da se odredbe člana 129a primjenjuju i na terorističke grupe u inostranstvu.

2.5 Krivični zakon Crne Gore

Prilikom izmjena i dopuna Krivičnog zakona Crne Gore¹⁶² akcentirano je usaglašavanje s međunarodnim standardima u oblasti borbe protiv terorizma, a posebno putem kompleksnih izmjena definicije ovog krivičnog djela. Naime, krivična djela međunarodnog terorizma i terorizma objedinjena su u jedinstveno krivično djelo terorizam, bez obzira na to prema kome je upravljeno, Crna Gora, strana država ili

¹⁶¹ Albrecht, Hans-Jörg, Country Report on Germany, Workdocument No. 1, 2006, str. 24.

¹⁶² Službeni list RCG, br. 70/03 i 47/06 i Službeni list CG, br. 40/08.

međunarodna organizacija. Osnovno krivično djelo terorizma predviđeno je u članu 447. s mnogobrojnim oblicima radnje izvršenja. Ovaj član je usaglašen i s međunarodnim preporukama, da bude inkriminisan bilo koji akt zastrašivanja ili prisiljavanja stanovništva ili institucija sistema, čime se definitivno uspostavljaju mehanizmi za onemogućavanje propagande ili podsticanja na terorizam na bilo koji način. To krivično djelo i nova krivična djela terorizma kao što su javno pozivanje na izvršenje terorističkih krivičnih djela (član 447a) i vrbovanje i obučavanje za vršenje terorističkih djela (član 447b) unijeti su u Krivični zakon Crne Gore (ZID KZ iz 2010. godine)¹⁶³. Kod ovih krivičnih djela riječ je o pripremnim radnjama podignutim na rang radnje izvršenja i koje predstavljaju samostalno krivično djelo. To je posljedica potrebe da se krivičnopravna zaštita od akata terorizma učini potpunijom i adekvatnijom imajući u vidu oblike koje savremeni terorizam poprima (Stojanović, 2010: 868).¹⁶⁴

Takođe, učinjene izmjene i dopune rezultat su usklađivanja s velikim brojem međunarodnih pravnih instrumenata, i to, prije svega, Konvencijom Vijeća Evrope o suzbijanju terorizma, koju je Crna Gora ratifikovala 2008. godine¹⁶⁵ i Okvirnom odlukom Vijeća Evropske unije iz 2002. godine s amandmanima iz 2008. godine. Prilikom propisivanja osnovnog krivičnog djela terorizma kao uzor je poslužila odredba člana 1. Okvirne odluke Vijeća Evropske unije o suzbijanju terorizma. Radnja izvršenja je propisana na kazuistički način. U osam tačaka je propisan veći broj radnji izvršenja.

2.6 Krivični zakon Hrvatske

Cilj Republike Hrvatske je članstvo u Evropskoj uniji, a to je podrazumijevalo usklađivanje zakonodavstva u svim segmentima, pa tako i u krivičnom pravu. Izmjenama i dopunama Krivičnog zakona iz 2004. godine Republika Hrvatska uskladila je član 169. Krivičnog zakona s tekstrom Okvirne odluke Vijeća Evrope o borbi protiv terorizma iz

¹⁶³ Službeni list CG, br. 25/10.

¹⁶⁴ Stojanović, Z. Komentar Krivičnog zakonika. (Podgorica): Misija OSCE u Crnoj Gori, 2010, str. 869.

¹⁶⁵ Službeni list CG, br. 5/08.

2002. godine.¹⁶⁶ Važeći Krivični zakon Republike Hrvatske¹⁶⁷ stupio je na snagu 1. januara 1998. godine i od tada je u više navrata noveliran. Posljednje izmjene i dopune (ZID KZ RH iz 2008. godine)¹⁶⁸ rezultat su usklađivanja s međunarodnim izvorima i evropskom pravnom tekvinom, što je rezultiralo objedinjavanjem dva krivična djela iz ovog područja, protudržavni terorizam (član 143) i međunarodni terorizam (član 169) u jedinstveno djelo terorizma (član 169). Specifičnost je tog krivičnog djela što izvršilac mora imati kao cilj izazivanje ozbiljne zastrašenosti građana ili prisiljavanja Republike Hrvatske, strane države ili međunarodne organizacije da nešto učine ili ne učine ili ozbiljnog ugrožavanja ili uništenja temeljnih ustavnih vrijednosti, političkih i društvenih vrijednosti, ustavnog uređenja i pravnih lica s javnim ovlaštenjima Republike Hrvatske, strane države ili međunarodne organizacije.

Slično kao u Krivičnom zakonu Crne Gore, osnovno krivično djelo terorizma propisano je u skladu s odredbom člana 1. Okvirne odluke Vijeća Evropske unije o suzbijanju terorizma. U osam tačaka propisan je veći broj radnji izvršenja. Te radnje izvršenja moraju dovesti do osjećaja lične nesigurnosti kod građana. Taj osjećaj mora doista nastati i mora zahvatiti širi krug građana. Dakle, taj psihički učinak razlikuje terorizam od sličnih krivičnih djela.¹⁶⁹ Takođe, kao posljedica usklađivanja nacionalnog zakonodavstva s međunarodnim izvorima, uvedena su dva nova krivična djela i to: javno podsticanje na terorizam (član 169a) i novačenje i obuka za terorizam (član 169b).

¹⁶⁶ Marković, S. Terorizam i druga krizna stanja suvremenog društva i njihov utjecaj na ograničavanje ljudskih prava i demokraciju, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol. 16, broj 1/2009, str. 221.

¹⁶⁷ Narodne novine RH, br. 110/97, 27/98, 50/00, 129/00, 51/01, 111/03, 190/03, 105/04, 84/05, 71/06, 110/07, 152/08 i 57/11.

¹⁶⁸ Narodne novine RH, br. 110/97, 27/98 i 50/00 – Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske, 129/00, 51/01, 111/03 i 190/03 – Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske, 105/04, 84/05, 71/06, 110/07 i 152/08.

¹⁶⁹ Marković, S. Terorizam i druga krizna stanja suvremenog društva i njihov utjecaj na ograničavanje ljudskih prava i demokraciju, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol. 16, broj 1/2009, str. 223.

2.7 Krivični zakon Slovenije

Svoje krivično zakonodavstvo s relevantnim međunarodnim dokumentima u oblasti borbe protiv terorizma uskladila je i Republika Slovenija. Međutim, sve do donošenja potpuno novog Krivičnog zakona, koji je stupio na snagu 1. novembra 2008. godine¹⁷⁰, Republika Slovenija se nije intenzivno odazvala međunarodnim zahtjevima o usklađivanju definicije terorizma sa zahtjevima Evropske unije vezanim uz Okvirnu odluku Vijeća Evrope o borbi protiv terorizma. Naime, u Krivičnom zakonu R Slovenije u ovom području postojala su dva krivična djela: unutrašnji i vanjski terorizam u dvije glave i postojala su sva ona djela obuhvaćena općim odredbama koja su nabrojena u članu 1. Okvirne odluke. Uvedena je samo jedna nova inkriminacija, finansiranje terorističke djelatnosti, u novom članu 388a, gdje su, što je zanimljiva zakonodavna tehnika, nabrojana sva krivična djela koja bi mogla biti izvršena s terorističkom namjerom, jedini znak terorizma je namjera, po svemu drugome to su obična krivična djela.¹⁷¹

Odredbom člana 355. Krivičnog zakona R Slovenije, koji je bio na snazi od 1995. do 2008. godine, krivično djelo terorizma bilo je predviđeno u grupi djela protiv bezbjednosti Republike Slovenije i njenog ustavnog poretku (unutrašnji terorizam). Stupanjem na snagu novog Krivičnog zakona R Slovenije, krivično djelo terorizma (član 108), prošireno je u skladu s evropskom pravnom tekvinom (*acquis communautaire*). Krivično djelo vrši svako ko u namjeri da uništi ili ozbiljno ošteti ustavne, ekonomski, socijalne ili političke temelje Republike Slovenije ili druge zemlje ili međunarodne organizacije ozbiljno zastraši stanovništvo ili prisili Vladu Republike Slovenije ili druge države ili međunarodne organizacije da nešto urade ili ne urade preduzimanjem jedne od radnji izvršenja preuzete iz člana 1. Okvirne odluke Vijeća Evrope o suzbijanju terorizma. Takođe, uvedena su i nova krivična djela: podsticanje i javna glorifikacija terorističkih akata (član 110) i regrutovanje i obuka za terorizam (član 111).

¹⁷⁰ Uradni list RS, br. 44/04, 37/05, 17/06, 55/08, 66/08-ispr., 89/08, 5/09 i 39/09.

¹⁷¹ Bonačić, M. Interkatedarski susret katedri za kazneno pravo i kazneno procesno pravo pravnih fakulteta u Zagrebu i Ljubljani, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol. 14, broj 1/2007, str. 352.

2.8 Krivični zakon Republike Srbije

U pogledu zaštitnog objekta i usmjerenosti namjere kao subjektivnog elementa bića krivičnog djela, u Krivičnom zakonu Republike Srbije pravi se razlika između terorizma i međunarodnog terorizma. U glavi XXVIII Krivičnog zakona Republike Srbije od 1. januara 2006. godine¹⁷² propisana su krivična djela usmjerena protiv ustavnog uređenja i bezbjednosti Republike Srbije u koja spada i krivično djelo terorizam. Krivično djelo terorizma (član 312) postoji kada učinilac s namjerom ugrožavanja ustavnog uređenja ili bezbjednosti Republike Srbije izazove eksploziju ili požar ili preduzme neku drugu opšteopasnu radnju ili izvrši otmicu, uzimanje talaca ili samovoljno lišavanje slobode nekog lica ili drugi akt nasilja ili prijeti preduzimanjem kakve opšteopasne radnje ili upotrebom nuklearnog, hemijskog, bakteriološkog ili drugog opšteopasnog sredstva i time izazove osjećanje straha ili nesigurnosti kod građana. Glava trideset četvrta Krivičnog zakona odnosi se na krivična djela protiv čovječnosti i drugih dobara zaštićenih međunarodnim pravom u koja spada i međunarodni terorizam (čl. 391). Međunarodni terorizam vrši lice koje, s namjerom da naškodi stranoj državi ili međunarodnoj organizaciji, izvrši otmicu nekog lica ili neko drugo nasilje, izazove eksploziju ili požar ili preduzme druge opšteopasne radnje ili prijeti upotrebom nuklearnog, hemijskog, bakteriološkog ili drugog sličnog sredstva.

Dalje, kada je u pitanju krivično djelo terorizma, Krivični zakon predviđa da je kažnjivo njegovo pripremanje. Prema koncepciji koju zastupa Krivični zakon R Srbije, pripremanje krivičnog djela više nije opšti institut.¹⁷³ Pripremanje krivičnog djela terorizma, kao i ostalih krivičnih djela protiv ustavnog uređenja i bezbjednosti, može se sastojati u nabavljanju ili osposobljavanju sredstava za izvršenje krivičnog djela, u otklanjanju prepreka za izvršenje krivičnog djela, u dogovaranju, planiranju ili organizovanju s drugim izvršenja krivičnog djela ili u drugim radnjama kojima se stvaraju uslovi za neposredno izvršenje krivičnog djela (član 320, stav 2).

Kada je u pitanju međunarodni terorizam, izmjenama i dopunama Krivičnog zakona R Srbije iz septembra 2009. godine, unijeta je odredba

¹⁷² Službeni glasnik Republike Srbije, br. 85/2005, 88/2005-ispr., 107/2005-ispr., 72/2009. i 111/2009.

¹⁷³ Stojanović, Z. Krivično pravo: opšti deo. (Beograd): Pravna knjiga, 2005, str. 201.

po kojoj se pripremanje međunarodnog terorizma kažnjava (član 391, stav 4). Zakonodavac precizira u čemu se to pripremanje sastoji na isti način kao i kod člana 320, stava 2. Krivičnog zakona R. Srbije (član 391, stav 5).

2.9 Terorizam u krivičnom pravu Bosne i Hercegovine

Materijalno krivično zakonodavstvo, pripalo je zakonodavnoj koncepciji entiteta, a u Federaciji BiH, čak i kantonima (krivična djela kojima se štite dobra kantonalnog značaja). Međutim, Bosna i Hercegovina je dobila Krivični zakon koji je objavljen 10. februara 2003. godine, a stupio je na snagu 1. marta 2003. godine¹⁷⁴. Reformom krivičnog zakonodavstva (2003. god.) na državnoj razini u glavi XVII Krivičnog zakona BiH koja se odnosi na krivična djela protiv čovječnosti i vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom inkriminisano je krivično djelo terorizma (član 201). Analizom inkriminacije vidljivo je da se ista zasniva na Evropskoj konvenciji o suzbijanju terorizma, koju su potpisale države članice Vijeća Evrope 27. 1. 1977. godine u Strazburu, kao i na Protokolu, koji dopunjuje navedenu konvenciju, odnosno na Okvirnoj odluci Vijeća Evropske unije o suzbijanju terorizma.¹⁷⁵ Zakonodavac se pri određivanju samog pojma terorističkog akta i nabranja njegovih oblika ne poziva direktno na međunarodne dokumente, nego pojedine oblike terorističkih akata određuje njihovim radnjama izvršenja i u nekim slučajevima, njihovim posljedicama. Krivičnim djelom terorizma (član 201) naš zakonodavac smatra namjerne akte, koji zbog svoje prirode i konteksta mogu ozbiljno oštetiti državu ili međunarodnu organizaciju (član 201 stav 5), kada su počinjeni s tačno naznačenim ciljem (član 201 stav 1).¹⁷⁶

U cilju daljnog usaglašavanja Krivičnog zakona BiH s međunarodnim instrumentima i standardima kojima je Bosna i Hercegovina pristupila nakon 2003. godine, u Krivični zakon BiH su uvedena nova krivična djela i to: javno podsticanje na terorističke aktivnosti (član 202a), vrbovanje

¹⁷⁴ Službene novine Bosne i Hercegovine, broj 3/03, 32/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07 i 08/10.

¹⁷⁵ Babić, M., Filipović, Lj., Marković, I., Rajić, Z., Komentari krivičnih/kaznenih zakona u Bosni i Hercegovini, Savjet/Vijeće Evrope i Evropska komisija, (Sarajevo), 2005, str. 660.

¹⁷⁶ Tomić, Z., Krivično pravo II, posebni dio, Pravni fakultet Univerziteta Sarajevu, (Sarajevo), 2007, str. 474.

radi terorističkih aktivnosti (član 202b) i obuka za izvođenje terorističkih aktivnosti (član 202c). S obzirom na veliku vrijednost zaštićenog objekta, zakonodavac se poslužio krivičnim pravom radi postizanja svrhe, tj. da interveniše već u fazi pripremanja krivičnog djela terorizma pomoći novih krivičnih djela. Javno podsticanje na terorističke aktivnosti (član 202a), sastoji se u javnom, putem sredstava informiranja, distribuiranju ili upućivanju poruke javnosti na bilo koji drugi način koji ima za cilj podsticanje druge osobe na izvršenje krivičnog djela terorizma ili drugih terorističkih aktivnosti, dok se vrbovanje radi terorističkih aktivnosti (član 202b) sastoji u vrbovanju ili navođenju drugog lica da počini ili učestvuje ili pomaže u izvršenju ili da se pridruži terorističkoj grupi radi izvršenja nekog od krivičnih djela terorizma. Obuka za izvođenje terorističkih aktivnosti (član 202c) podrazumijeva, osposobljavanje drugog lica za izradu ili korištenje eksploziva, vatre nog oružja, ili drugog oružja ili štetnih ili opasnih materija ili eksplozivnih naprava ili podučavanju o drugim konkretnim metodama, tehnikama ili vještinama u svrhu izvršenja nekog od krivičnih djela terorizma.

Takođe, prema izmjenama i dopunama Krivičnog zakona iz 2010. godine predviđeno je da pripremanje krivičnog djela i organiziranje terorističke grupe ne predstavlja institut utvrđen opštim odredbama. Formalno, tu zapravo nije riječ o pripremnim radnjama, jer ih je zakon podigao na rang izvršenja. Ukipanje opšte odredbe o pripremnim radnjama znači da zakonodavac ne može više da propisuje pripremanje nekog krivičnog djela kao kažnjivo bez navođenja u čemu se to pripremanje sastoji. Pripremanje krivičnog djela terorizma (stav 4. člana 201.) može se sastojati u nabavci ili pripremi sredstva ili uklanjanju zapreke ili preuzimanju neke druge radnje kojom se stvaraju uslovi za izvršenje krivičnog djela terorizma, dok organiziranje terorističke grupe (član 202d) predstavlja organiziranje ili na drugi način udruživanje najmanje tri osobe radi izvršenja krivičnog djela terorizma ili nekog drugog terorističkog akta. S obzirom na veliku vrijednost zaštićenog objekta, nova krivična djela nalaze svoje opravdanje upravo u pravnim dobrima koja su ugrožena. Učinilac omogućava da se već u ranom stadiju, iz načina njegovog ponašanja, raspozna da će on potvrditi i/ili podržati povredu pravnog dobra.¹⁷⁷

¹⁷⁷ Bader, M. Das Geset zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten. Neue Juristische Wochenschrift, 2009, str. 2855.

4. Zaključak

Kao posljedica stupanja na snagu Okvirne odluke Vijeća Evropske unije o suzbijanju terorizma, analizom izmjena i dopuna nacionalnih krivičnih zakonodavstava može se zaključiti da su Italija i Velika Britanija odlučile da ne uključe drugi dio definicije, koju čini lista radnji izvršenja koje se smatraju terorističkim aktima (objektivni element), dok je subjektivni element koji se odnosi na namjeru počinjoca terorističkog akta prisutan u svim definicijama, gdje to u prošlosti nije bio slučaj u krivičnom zakonodavstvu Njemačke. S druge strane, sve posmatrane zemlje Evropske unije uključile su, stranu vladu i/ili međunarodnu organizaciju kao moguću metu terorista.

U kontekstu usklađivanja nacionalnog krivičnog zakonodavstva pojedinih zemalja s prostora bivše SFRJ (Slovenija, Hrvatska, Bosna i Hercegovina, Srbija i Crna Gora) s međunarodnim izvorima, sve zemlje osim Srbije mijenjaju ili dopunjuju tekst krivičnog zakona kada je u pitanju krivično djelo terorizam. Najveći uticaj se ogleda u promjeni naziva krivičnog djela iz međunarodnog terorizma u terorizam i promjeni njegovog bića radi potpune usklađenosti s definicijom terorizma iz međunarodni dokumenata, koji polaze od koncepta po kojem se u okviru jednog krivičnog djela propisuje terorizam usmjeren protiv domaće ili strane države. Kao posljedica toga napušta se dualitet terorističkih inkriminacija s obzirom na objekat zaštite (unutrašnji i vanjski terorizam), što je u skladu s međunarodnim izvorima. Izuzetak predstavlja Krivični zakon Srbije, koji ne posmatra krivično djelo terorizma jedinstveno bez obzira na cilj i svrhu terorističkog akta.

Usaglašavanje nacionalnih krivičnih zakona s međunarodnim izvorima imalo je za posljedicu uvođenje novih odredbi koje obogaćuju represivno zakonodavstvo s novim krivičnim djelima i to: javno podsticanje, regrutovanje i obuka za terorizam. S obzirom na djelokrug i proširenje krivičnopravne represije, nameće se pitanje da li ovo omogućava ugrožavanje osnovnih ljudskih prava, odnosno remećenje legitimnih političkih protesta, a time i potencijalno hapšenje, zadržavanje i procesuiranje političkih aktivista. S druge strane, blag zakonski pristup tretiranju problema terorizma, može predstavljati rizik za bezbjednost društva. Razliku između terorizma i drugih oblika političkog nasilja možda je teško odrediti u zavisnosti od posmatrača, konkretne situacije ili nivoa upotrijebljenog nasilja, međutim, biće krivičnog djela terorizma

“dvostruka viktimizacija” ili “psihološki element”, predstavlja snažno oružje za razlikovanje terorizma u okviru ove kategorije. Potencijalna opasnost od počinjenja terorističkog akta opravdava ekspanziju inkriminacija i kažnjavanje određenih ponašanja već u fazi pripremanja krivičnog djela. U cilju razumijevanja šta je to terorizam, odnosno pronalaženja mjere između kažnjivih pripremnih radnji i osnovnih prava građana, najveći izazov je na jasnoći krivičnopravni odredbi, koje moraju biti precizne, objektivne i jasno određene.

Literatura

1. Albrecht, Hans-Jörg, Country Report on Germany, Workdocument No. 1, 2006.
2. Babić, M., Filipović, Lj., Marković, I., Rajić, Z., Komentari krivičnih/kaznenih zakona u Bosni i Hercegovini, Savjet/Vijeće Evrope i Evropska komisija, (Sarajevo), 2005.
3. Bader, M. Das Gesetz zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten. Neue Juristische Wochenschrift, 2009.
4. Beltrani, S. Corso di Diritto Penale – Parte generale e parte speciale. Padova: Wolters Kluwer Italia, 2008.
5. Bigo D. and C. Camus, Overview of the French anti-terrorism strategy, WODC: Workdocument No. 2, 2006.
6. Bonačić, M. Interkatedarski susret katedri za kazneno pravo i kazneno procesno pravo pravnih fakulteta u Zagrebu i Ljubljani, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol. 14, broj 1/2007.
7. Carlile of Berriew, Q. C. The Definition of Terrorism, Home Department, Cm7052, 2007.
8. Derenčinović, D. Novi antiterorizam na razmeđu depolitizacije, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, (Zagreb), 2002.
9. Marković, S. Terorizam i druga krizna stanja suvremenog društva i njihov utjecaj na ograničavanje ljudskih prava i demokraciju, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol. 16, broj 1/2009.
10. Milošević, M. Procesni i materijalni aspekti krivičnopravne zaštite od terorizma, Zbornik radova, (Banja Luka), 2002.

11. Montauti, M. and B. Vettori, Italian contribution to the NCTB counterterrorism project, WODC: Workdocument No. 3, 2006.
12. Stojanović, Z. Krivično pravo: opšti deo. (Beograd): Pravna knjiga, 2005.
13. Stojanović, Z. Komentar Krivičnog zakonika. (Podgorica): Misija OSCE u Crnoj Gori, 2010.
14. Tomić, Z., Krivično pravo II, posebni dio, Pravni fakultet Univerziteta Sarajevu, (Sarajevo), 2007.
15. Turkalj, K. Borba protiv terorizma na razini Evropske unije. Hrvatska pravna revija, (Zagreb), 2002/10.

Doc. dr. sc. Goran Šimić^{178*}

Dipl. iur. Hasan Pleh^{179*}

Stručni članak

UDK 34.021:341.322.5(497.6)

RETROAKTIVNA PRIMJENA KAZNENOG ZAKONA BOSNE I HERCEGOVINE U PREDMETIMA RATNIH ZLOČINA – ARGUMENTI “ZA” I “PROTIV”?

Sažetak

Kako bi se procesuirali svi počinitelji ratnih zločina u Bosni i Hercegovini, i kako bi se odredbe kaznenih zakona u Bosni i Hercegovini koje reguliraju ovu oblast uskladile sa svjetskim standardima, Bosna i Hercegovina je nakon uspostave mira 1995. godine donijela čitav niz kaznenih zakona. Usljed razloga unutarnje organizacije kao i fragmentiranih nadležnosti za procesuiranje ovih kaznenih djela, ovim mjerama nisu postignuti očekivani rezultati. Sve do 2003. godine i usvajanja Kaznenog zakona BiH, ova kaznena djela su procesuirana u skladu s različitim zakonima koji su vrijedili na teritoriju BiH. Namjera Kaznenog zakona Bosne i Hercegovine iz 2003. godine bila je ukloniti tu fragmentiranost i usvojiti dostignute standarde razvoja kaznenog prava u svijetu. Sam zakon nije izazvao nikakve kontroverze. Ali njegove kasnije izmjene jesu. Oslanjajući se na opće principe međunarodnog prava, zakonodavac u BiH je dopustio retroaktivnu primjenu ovoga zakona na događaje iz razdoblja od 1992. do 1995. godine. Štoviše, broj predmeta iz toga razdoblja kao i ograničeni kapaciteti Ureda glavnog tužitelja BiH i Suda BiH onemogućit će ih da procesuiraju sve predmete, te će neki predmeti biti proslijedjeni drugim sudovima koji primjenjuju “stare” zakone. Imajući to u vidu, pitanje

¹⁷⁸ *Stručnjak u oblasti kaznenog prava i tranzicijske pravde; goran.simic@lol.ba, www.goransimic.ba

¹⁷⁹ *Pravni pomoćnik rezidentnog pravnog savjetnika pri Ambasadi Sjedinjenih Američkih Država u Bosni i Hercegovini; hasanpleh@bih.net.ba
Stavovi autora Hasana Pleha su njegovi lični stavovi i ne izražavaju stavove i mišljenja Ambasade Sjedinjenih Američkih Država u Bosni i Hercegovini, niti Ureda rezidentnog pravnog savjetnika pri Ambasadi Sjedinjenih Američkih Država u Bosni i Hercegovini.

primjenjivog kaznenog zakona u ovim predmetima, postaje još značajnije.

Ključne riječi: Kazneni zakon BiH, Sud BiH, ratni zločini

RETROACTIVE APPLICATION OF THE CRIMINAL CODE OF BOSNIA AND HERZEGOVINA IN THE CASES OF WAR CRIMES – ARGUMENTS “FOR” AND “AGAINST”?

Summary

In order to prosecute all the perpetrators of the war crimes committed on the territory of Bosnia and Herzegovina, and to bring into line provisions of its legislation with the world standards when it comes to the prosecution of those heaviest of crimes, Bosnia and Herzegovina has passed, after restoring the peace in 1995, a number of criminal codes. Due to the characteristic organisation of government, and fragmented competencies in prosecuting these crimes, this politics had not produced expected results. Right until 2003 and the adoption of the Criminal Code of Bosnia and Herzegovina, these crimes were prosecuted in accordance with various codes that were in force on the territory of Bosnia and Herzegovina. The intention of the Criminal Code of Bosnia and Herzegovina from 2003 was to avoid such fragmentation and bring into line the provisions of the criminal code with the attained level of development of the criminal law in the world. The Code itself did not cause any controversies. However, the later changes done to the Code have. Relying on the general principles of the international law, the legislator in Bosnia and Herzegovina set down that this Code may have a retroactive effect with regard to the events that took place in the period from 1992 to 1995. Moreover, given the number of cases and limited capacities, the Office of the Prosecutor and the Court of Bosnia and Herzegovina, may not be able to prosecute all the cases, and some are to be transferred to the other courts which are still applying “old” laws. With this, the matter of the applicable criminal code in such cases becomes ever more important.

Key words: Criminal Code of Bosnia and Herzegovina, Court of BiH, war crimes

1. Uvod

Nema sumnje da je pitanje počinjenih ratnih zločina jedno od vitalnih pitanja koje treba riješiti Bosna i Hercegovina na svome putu ka uspostavljanju uvjeta koji će omogućiti da ona postane zemlja u kojoj će svi njezini građani živjeti u miru i s pogledom u spokojnu budućnost. Na žalost, BiH je i 16 godina nakon završetka rata, u kojem su ti zločini počinjeni, premalo učinila da se pitanje zločina riješi, da se u pravednim i zakonitim sudskim procesima utvrdi "sudska istina" i dokumentiraju zločini, a njihovi počinitelji pravedno kazne. Više je razloga za to. Jedan od njih je, svakako, i nedovoljno dobra organiziranost kapaciteta organa koji provode ta suđenja, koju karakterizira nedostatak odgovarajućih kapaciteta i stručnosti, ali vrlo često i nedostatak opće društvene potpore za njihov rad.

Kako bi procesuirala počinitelje ratnih zločina na području Bosne i Hercegovine, i uskladila odredbe svoga zakonodavstva sa standardima u procesuiranju počinitelja ovih najtežih kaznenih djela u svijetu, Bosna i Hercegovina je, nakon uspostavljanja mira 1995. godine, donijela niz kaznenih zakona. Zbog specifičnog državnog ustroja, te rascjepkane nadležnosti u procesuiranju ovih kaznenih djela, ovakva politika nije donijela očekivane rezultate. Sve do 2003. godine i donošenja Kaznenog zakona Bosne i Hercegovine, ova kaznena djela su se procesuirala prema različitim zakonima koji su vrijedili na teritoriju Bosne i Hercegovine. Kaznenim zakonom Bosne i Hercegovine iz 2003. godine, namjeravalo se izbjegći takvu podijeljenost, te uskladiti odredbe kaznenog zakona s dostignutim razvojem kaznenog prava u svijetu. Sam zakon nije izazvao nikakve kontroverze. Ali kasnije izmjene zakona jesu. Oslanjajući se na opća načela međunarodnog prava, zakonodavac u Bosni i Hercegovini je propisao kako se ovaj zakon može primjenjivati i na događaje koji su se dogodili u razdoblju od 1992.–1995. godine.

Pitanje se dodatno zakomplificiralo činjenicom kako neki sudovi primjenjuju taj zakon, a drugi sudovi u BiH neke druge zakone koje smatraju primjenjivim.

Potpuno je jasno kako Bosna i Hercegovina ovo pitanje mora riješiti, prije nego li procesира još stotine i tisuće predmeta koji još čekaju, jer ono predstavlja elementarno pitanje, prethodno, moglo bi se reći, od kojega u mnogome ovisi i karakter suđenja koja će se provesti.

Ovim radom se želi, kroz prikaz i analizu ovih suprotstavljenih stavova, dati doprinos rješavanju ovog značajnog pitanja za procesuiranje predmeta ratnih zločina u Bosni i Hercegovini, nudeći i moguće rješenje ovoga pitanja.

1. Retroaktivnost ili povratno djelovanje pravnih normi – argumenti “za”

Retroaktivnost ili povratno dejstvo pravnih normi možemo posmatrati s dva aspekta. Prvi bi se odnosio na zabranjeno ponašanje – radnju, a drugi na krivičnopravnu sankciju. Aspekt zabranjene radnje vezuje se za pitanje da li se u određenim slučajevima i pod određenim uslovima može primijeniti neki krivični zakon na ono ponašanje – radnju koja nije bila zabranjena sve do donošenja zakona koji je takvu radnju inkriminisao? Za razliku od prvog aspekta, koji se bavi pitanjem radnje, drugi aspekt tiče se krivičnopravne sankcije, odnosno primjene blažeg zakona, naravno, pod uslovom da je zakon mijenjan i dopunjavan od vremena izvršenja krivičnog djela.

Imajući u vidu dva osnovna načela krivičnog prava, princip *nullum crimen sine lege* i princip *nulla poena sine lege*, u odnosu na mogućnost primjene povratnog dejstva pravnih normi po osnovu ovih načела, da se zaključiti da bi povratno dejstvo bilo apsolutno nemoguće. Ipak, možemo li biti apsolutisti i ovaj princip uvijek poštovati, a pogotovo u onim situacijama gdje je kvantum zločinačke volje i svijesti toliko ispoljen u radnjama izvršenja krivičnog djela, i gdje takve radnje nisu bile predviđene kao zabranjene domaćim krivičnim zakonodavstvom? Dakle, pitanje je da li treba, zbog toga što takva radnja, kao i krivično pravna sankcija, nije bila zabranjena i propisana domaćim krivičnim zakonodavstvom, određena (ne)ljudska ponašanja ostaviti nekažnjena, ili treba posegnuti za obavezama koje države preuzimaju tokom pristupanja multilateralnim sporazumima, odnosno izvorima međunarodnog krivičnog prava, te elemente učinjenja krivičnog djela tražiti u konvencijama i običajnom pravu, odnosno vršiti analizu presuđenih predmeta i prakse suda koji je postupao i donio odluku u tim predmetima?

Prije nego što se dadne adekvatan odgovor na ovo složeno pravno pitanje trebalo bi pogledati međunarodne pravne izvore iz oblasti humanitarnog prava, poput načela međunarodnog prava usvojenih Nirnberškim statutom

i presudom, jer značaj tih načela je s aspekta povratnog dejstva pravnih normi bitan, zbog toga što iz njih proizlazi nadmoćnost međunarodnog prava nad nacionalnim pravom. Iako potvrđeni principi predstavljaju solidnu osnovu za povratno dejstvo pravnih normi, na njima se ne treba zaustaviti, nego, štaviše, treba analizirati i druge dokumente kojima se štite najviše ljudske vrijednosti i prava, a to su Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima, Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, praksa Europskog suda za ljudska prava, praksa Međunarodnog suda za područje bivše Jugoslavije, kao i praksa Suda Bosne i Hercegovine.

Još 1948. godine međunarodna zajednica zauzela je stav u pogledu povratnog dejstva pravnih normi.¹⁸⁰ Već u stavu 2. člana 11. Deklaracije napravljen je izuzetak u odnosu na zabranu povratnog dejstva pravnih normi, ukoliko su ta djela ili propuštanja predstavljala krivično djelo po međunarodnom pravu. Praveći usporedbu sa nürnbergskim principima, može se primijetiti da, član 11. stav 2 nastavlja s afirmacijom principa potvrđenih rezolucijom Ujedinjenih nacija od 11. decembra 1946. godine. To dalje znači da, ukoliko određena država nije prilagodila svoje zakonodavstvo preuzetim obavezama iz potpisanih konvencija, ne znači da radnje učinioča koje su utvrđene u međunarodnim krivičnopravnim dokumentima, ili su određenom konvencijom zabranjene, a nisu obuhvaćene unutrašnjim krivičnim zakonodavstvom, ne mogu biti predmetom osude i kažnjavanja u skladu s međunarodnim pravom.

Zemlje bivše Jugoslavije su izuzetan primjer za primjenu prve rečenice stava 2. člana 11. Deklaracije. Krivično djelo zločina protiv čovječnosti uopšte nije bilo propisano kao krivično djelo, niti je za isto djelo bila propisana krivična sankcija Krivičnim zakonom Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije (SFRJ). Reformom krivičnog zakonodavstva iz 2003. godine, ovo krivično djelo, kao i krivičnopravna sankcija za njega, obuhvaćeni su Krivičnim zakonom Bosne i Hercegovine.

Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda¹⁸¹ nije ništa više do suhog dokumenta kome pravnu snagu daje praksa Evropskog

¹⁸⁰ Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima (Deklaracija). Dostupna na web-adresi: www.sostelefon.org.rs/.../12.%20Univerzalna%20deklaracija%20o%20ljudskim%20pravima.pdf

¹⁸¹ Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda (Konvencija). Dostupna na web-adresi: www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/8E8F1266.../0/CRO_CONV.pdf

suda za ljudska prava /Sud/ u svojim odlukama. To znači da, tumačenje teksta pravnih normi Konvencije mora uzeti u obzir razmatranja i stavove koji su izraženi kroz odluke Suda.

Analizirajući Konvenciju u pogledu povratnog dejstva pravnih normi, da se primijetiti da član 7. stav 1. Konvencije, u jednom dijelu rečenice, uspostavlja opšti princip da se krivično djelo i krivična sankcija mogu samo zakonom definisati i propisati, te istovremeno pruža zaštitu pojedincu od kažnjavanja za one radnje koje nisu bile propisane kao zabranjene u nacionalnom krivičnom zakonodavstvu ili međunarodnom pravu. Dakle, član 7. stav 1. ne zabranjuje samo povratno dejstvo pravnih normi, osim ukoliko takva radnja nije predstavljala krivično djelo prema međunarodnom pravu, nego ne dozvoljava ni proizvoljno krivično gonjenje, suđenje i kažnjavanje.

Konvencija i Deklaracija na skoro identičan način uspostavljaju režim zabrane povratnog dejstva pravnih normi, ali i na isti način dopuštaju njihovo povratno dejstvo, ukoliko su takve radnje predstavljale krivično djelo po međunarodnom pravu.

Stavlјajući tekst Konvencije naspram povratnog dejstva pravnih normi, mogu se postaviti tri pitanja: imamo li uopšte povratno dejstvo pravne/ih normi ukoliko je određena radnja predstavljala krivično djelo prema međunarodnom pravu, koja su to krivična djela uspostavljena međunarodnim pravom, i koja je to radnja izvršenja koja bi predstavljala krivično djelo prema opštim pravnim načelima priznatim kod civiliziranih naroda?

Gledajući iz ugla današnjice teško da možemo govoriti o povratnom dejstvu pravnih normi. Iza nas se nalaze statuti međunarodnih vojnih tribunala, potvrđena načela međunarodnog prava usvojena Statutom i presudom suda u Nurnbergu, i mnoge konvencije, kojima, počevši od onih kojima se inkriminiše najteže krivično djelo protiv čovječnosti, genocid, pa do onih krivičnih djela koja su usmjerena protiv sistema elektronske obrade podataka ili tzv. kibernetičkog kriminala. To znači da eventualne pravne praznine koje bi se mogle pronaći u određenom nacionalnom krivičnom zakonodavstvu, a koje se mogu podvesti pod radnje suprotne opštim pravnim načelima, mogle bi se tretirati kao krivična djela uspostavljena međunarodnim pravom, ili predstavljati krivično djelo prema opštim pravnim načelima priznatim kod civiliziranih naroda.

Radi boljeg razumijevanja gore spomenutog, uzećemo kao primjer predmete koje je razmatrao Sud, a odnose se na povratno dejstvo normi u odnosu na krivično djelo i krivičnopravnu sankciju.

Sud je u dva odvojena predmeta *S. W. protiv Velike Britanije*¹⁸² i *C. R. protiv Velike Britanije*¹⁸³ došao do istog zaključka s istim jezičkim tekstrom, naravno, u odvojenim stavovima svojih odluka, da odluka nacionalnih sudova da ukinu imunitet podnosioca aplikacije od krivičnog gonjenja za silovanje svoje supruge predstavlja "razumno predvidljiv razvoj zakona". Sud zauzima stanovište kako slijedi: "sta više, napuštanje neprihvatljive ideje da suprug ima imunitet od krivičnog gonjenja za silovanje supruge je u skladu, ne samo s civiliziranim konceptom braka, ali također, i iznad svega, s osnovnim ciljevima Konvencije, odnosno njene same biti, a to je poštivanje ljudskog dostojanstva i ljudske slobode". Na kraju, Sud u oba slučaja zaključuje da nema povreda apelantovih prava sadržanih u članu 7. Konvencije, te da se apelanti ne mogu pozivati na imunitet od krivičnog gonjenja kako bi izbjegli osudu i kaznu za silovanje svojih supruga.

Pored dva spomenuta predmeta koji se odnose na kažnjavanje po osnovu predvidljivosti radnje, ali i postupanju koje je protivno ljudskom dostojanstvu i slobodama, Sud u još jednom predmetu koji se odnosi na primjenu blažeg zakona zauzima svoj stav analizirajući zakone koji su bili na snazi u vrijeme izvršenja krivičnog djela, te izmjene i dopune krivičnog zakona kako bi utvrdio koji bi zakon bio povoljan za podnosioca aplikacije.

Naime, Sud u predmetu *Hishama Ibrahim Karmo protiv Bugarske*¹⁸⁴ razmatra primjenu blažeg zakona, odnosno podnositelj aplikacije Ibrahim Karmo se žali da mu je povrijeđeno pravo garantovano članom 7. Konvencije, u smislu da su mu domaći sudovi izrekli kaznu doživotnog zatvora, a takva kazna nije bila predviđena domaćim krivičnim zakonodavstvom u vrijeme

¹⁸² S. W. protiv Velike Britanije, presuda Evropskog suda za ljudska prava od 22. novembra 1995. godine, podnositelj je optužen za silovanje supruge. Žalio se da je bio osuđen u vezi s postupanjem koje u vrijeme izvršenja nije bilo krivično djelo. Smatrao je da je opšte pravilo precedentnog prava da suprug ne može biti proglašen krivim za silovanje supruge još uvek bilo na snazi u vrijeme kad je on izvršio djelo koje je dovelo do toga da bude krivično gonjen za silovanje.

¹⁸³ C. R. protiv Velike Britanije, presuda Evropskog suda za ljudska prava od 22. novembra 1995. godine, stav 42.

¹⁸⁴ Ibrahim Karmo protiv Bugarske, djelimična odluka o prihvatljivosti Evropskog suda za ljudska prava od 9. februara 2006. godine.

kada je krivično djelo izvršeno, te, shodno tome, smatra da nije trebao biti kažnjen kaznom zatvora u trajanju dužem od 20 godina zatvora.

Razmatrajući navode podnosioca apelacije, Sud zauzima stanovište da primjena kazne doživotnog zatvora predstavlja blažu krivičnopravnu sankciju u odnosu na smrtnu kaznu koja se mogla utvrditi i izreći prema osuđenom Ibrahimu Karmi. Sud zapaža da su u ovom predmetu domaći sudovi, raspravljavajući o tome da bi optuženi trebao biti osuđen na smrtnu kaznu, izrekli jedinstvenu kaznu "doživotnog zatvora" kao kaznu za koju su smatrali da je povoljnija, odnosno blaža, od smrтne kazne. Prema tome, izmjena i dopuna oblika kazni predviđenih krivičnim zakonom za najteža djela, a za koje je optuženi oglašen krivim, išle su u korist optuženog, te je optuženom odmjerena blaža kazna po vrsti od one koja je u vrijeme izvršenja djela bila propisana.

Interesantan je stav Suda i u predmetu *Naletilić protiv Hrvatske*¹⁸⁵, a tiče se primjene blažeg zakona. Naime, Naletilića je optužilo Tužilaštvo MKSJ za ratne zločine počinjene u Bosni Hercegovini. U svojoj apelaciji Sudu, Naletelić smatra da domaći, odnosno Krivični zakon Hrvatske, propisuje blažu krivičnu sankciju nego Statut MKSJ, te navodi da bi u tom slučaju došlo do povrede njegovih prava zagarantovanih članom 7. Konvencije. Razmatrajući Naletilićevu apelaciju u smislu člana 7. Konvencije, Sud u svojoj presudi navodi: "U pogledu apelantovih navoda da ga ICTY može osuditi na težu kaznu nego domaći sudovi, ukoliko bi im bilo omogućeno da vrše svoju nadležnost i okončaju postupak protiv njega, Sud primjećuje da, čak i pod pretpostavkom da je član 7. primjenjiv u konkretnom slučaju, specifična odredba koja bi se mogla primijeniti bi bila odredba stava 2. prije nego stava 1. člana 7. Konvencije. To znači da druga rečenica člana 7. stav 1. Konvencije, na koju se pozvao apelant, ne može biti primjenjena. Slijedi da je apelacija očigledno neosnovana u skladu sa članom 35. stav 3. Konvencije i zbog toga mora biti odbačena u skladu sa članom 35. stav 4."

Krivično zakonodavstvo u Bosni i Hercegovini imalo je identičan način kažnjavanja kao Bugarska sve do reforme krivičnog zakonodavstva iz 1998. godine, odnosno 2003. godine. U vrijeme izvršenja krivičnih djela ratnog zločina u Bosni i Hercegovini važio je preuzeti Krivični zakon SFRJ

¹⁸⁵ Predmet Naletilić vs Croatia, ECHR 51891/99 od 4. maja 2000. godine. Dostupno na web-adresi: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbk&action=html&highlight=CROATIA%20%7C%20naletilic&sessionid=71651470&skin=human&doc-en>.

koji je propisivao smrtnu kaznu. Polazeći od pravila vremenskog važenja krivičnog zakona, a uzimajući u obzir da je krivično pravo zakonsko pravo, u svim konkretnim slučajevima ratnih zločina postojala je mogućnost da se utvrdi smrtna kazna. U duhu analize gore spomenutog predmeta Karmo protiv Bugarske, a u pogledu primjene blažeg zakona u predmetima ratnih zločina, nesumnjivo je da je svaki zakon koji ne propisuje smrtnu kaznu blaži od onoga koji je propisuje. Takav slučaj je i sa Krivičnim zakonom BiH koji ne propisuje smrtnu kaznu za krivična djela ratnih zločina. Naime, posljednjom reformom krivičnog zakonodavstva smrtna kazna nije ukinuta, nego je, iz krivičnih zakona, uklonjena kao krivična sankcija. Ilustracije radi, lice A. izvrši krivično djelo ratnog zločina 1992. godine, odnosno kada je na snazi bio Krivični zakon SFRJ. Pravilo vremenskog važenja krivičnog zakona upućuje da će se na učinioca primijeniti zakon koji je bio na snazi u vrijeme izvršenja krivičnog djela. Na snazi je bio Krivični zakon SFRJ, koji je propisivao smrtnu kaznu, kaznu zatvora u trajanju do 15 godina, ili kaznu zatvora od 20 godina za ona krivična djela za koja je propisana smrtna kazna.¹⁸⁶ Ovakvim rješenjem smrtna kazna nije se mogla zamijeniti kaznom zatvora od 20 godina, nego, naprotiv, ona i dalje stoji kao glavna kazna, ali se ostavljala mogućnost sudu da izrekne kaznu u trajanju od 20 godina kad, imajući u vidu svrhu kažnjavanja, utvrdi da izricanje smrtne kazne s obzirom na okolnost krivičnog djela i svojstva učinioца nije adekvatno, ali takođe ne bi bilo opravdano ni da se učiniocu izrekne kazna od 15 godina.

Ono što zbunjuje jeste da je do donošenja novog Krivičnog zakona SFRJ na snazi bila pravna norma starog Krivičnog zakonika FNRJ, prema kojoj je sud iz opravdanih razloga mogao zamijeniti smrtnu kaznu kaznom strogog zatvora u trajanju od 20 godina. Priroda tog instituta nije bila jasna, odnosno ne zna se da li se radilo o nekoj vrsti sudskega pomilovanja ili o opštem ovlaštenju suda na odmjeravanje kazne, što je dovelo do različitog shvatanja te pravne norme u sudskej praksi.¹⁸⁷

Zločini kakve ne pamti čovječanstvo od završetka Drugog svjetskog rata, barem na prostoru evropskog kontinenta, primorali su međunarodnu zajednicu, odnosno Ujedinjene nacije, da osnuje Međunarodni krivični

¹⁸⁶ Čl. 38, st. 2, Krivičnog zakona SFRJ. Za krivična djela za koja je propisana smrtna kazna sud može izreći i zatvor od dvadeset godina.

¹⁸⁷ Za više vidjeti: N. Srzentić, A. Stajić, Lj. Lazarević, Krivično pravo SFRJ – Opšti deo, Beograd 1988, s. 182.

sud za bivšu Jugoslaviju (MKSJ).

Uspostavljanje MKSJ tražilo je i odgovore na pitanja poput nadležnosti Tribunala, odnosno *ratione temporis, ratione materiae i ratione personae*, ali i pitanje kažnjavanja. U pogledu pitanja *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*, Tribunal se osvrnuo na izvještaj Generalnog sekretara UN, u kojem on navodi “princip *nullum crimen sine lege* zahtijeva da međunarodni tribunal u svom radu treba primjenjivati norme međunarodnog humanitarnog prava, koje su van svake sumnje dio običajnog prava, tako da pitanje pristupanja nekih država, ali ne i drugih, određenoj konvenciji se ne postavlja. Ovo ima posebno značenje u kontekstu suđenja osobama koje su odgovorne za teške povrede međunarodnog humanitarnog prava.”¹⁸⁸

U svojoj privremenoj odluci o nadležnosti u predmetu protiv Duška Tadića¹⁸⁹ žalbeno vijeće Tribunala navodi: “Treba ponovo naglasiti da je jedini razlog, koji stoji iza izložene namjere podnosioca prijedloga da Međunarodni sud primjenjuje običajno međunarodno pravo, bio da se izbegne kršenje principa *nullum crimen sine lege* u slučaju da jedna od strana u sukobu nije prihvatile određeni sporazum (Izveštaj Generalnog sekretara, paragraf 34.). Slijedi da je Međunarodni sud ovlašten da, pored običajnog međunarodnog prava, primjenjuje bilo koji sporazum koji: (i) je nesumnjivo bio obavezujući za strane u vrijeme izvršenja navodnog krivičnog djela; i (ii) nije bio u suprotnosti sa ili izuzet od čvrstih normi međunarodnog prava, kao što je slučaj sa većinom običajnih pravila međunarodnog humanitarnog prava”.

Očigledno da je MKSJ na vrlo jednostavan način dao odgovor na pitanje povratnog dejstva pravnih normi pozivajući se na stav Generalnog sekretara Ujedinjenih nacija iznesenog u njegovom izvještaju „princip *nullum crimen sine lege* zahtijeva da međunarodni tribunal u svom radu treba primjenjivati norme međunarodnog humanitarnog prava koji su van svake sumnje dio običajnog prava”.

Drugo pitanje na koje je MKSJ trebao dati odgovor jeste *nulla poena sine lege*. Naime, članom 24. stavom 1. Statuta MKSJ je predviđeno:

¹⁸⁸ Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993), U.N. Doc. S/25704, 3. maj 1993. (“Izveštaj Generalnog sekretara Ujedinjenih nacija”), para. 34, 35, 54.

¹⁸⁹ Predmet ICTY (IT-94-1) protiv Duška Tadića, Odluka o interlokutornoj žalbi odbrane na nенадлеžност суда, stav 143.

“Krivične sankcije koje izriče pretresno vijeće ograničene su na kaznu zatvora. Prilikom određivanja kazne zatvora pretresno vijeće imaće u vidu opštu praksu izricanja zatvorskih kazni na sudovima bivše Jugoslavije.”

Statut MKSJ nije propisao krivične sankcije, a to znači, barem prema Statutu MKSJ, da sistem kazni koji se primjenjuje u MKSJ je apsolutno neodređen. Štaviše, član 24. Statuta MKSJ upućuje na to da se prilikom određivanja kazne zatvora uzme u obzir opšta praksa sudova bivše Jugoslavije.

Ovakvo rješenje nametnulo je pred oba vijeća, pretresno i žalbeno, pitanje primjene povoljnijeg zakona, kao jednog opštег postulata krivičnog prava koji dopušta povratno dejstvo normi, ali samo u korist optuženog.

U predmetima Krajišnik, Stakić, Nikolić, Erdemović, te predmetu Čelebići iz stavova prvostepenog i žalbenog vijeća MKSJ u pogledu određivanja krivičnopravne sankcije može se izvući zaključak da dužina kazne prevashodno ovisi o težini krivičnog djela, obliku i stepenu učešća optuženog u zločinu, te da prilikom odmjeravanja primjerene kazne uzme u obzir opštu praksu izricanja zatvorskih kazni na sudovima bivše Jugoslavije. “To ne znači da je Vijeće obavezno da se pridržava te prakse. Međunarodni sud može da izrekne težu kaznu od one koja je bila predviđena relevantnim zakonskim odredbama u bivšoj Jugoslaviji, a Žalbeno vijeće je u dosadašnjoj praksi bilo mišljenja da se tom praksom odmjeravanja kazni ne narušava načelo *nulla poena sine lege* zato što je optuženi trebao biti svjestan činjenice da zločini za koje je protiv njega podignuta Optužnica predstavljuju teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava koja se kažnjavaju najtežim kaznama. Štaviše, Vijeće može odstupiti od prakse izricanja zatvorskih kazni u bivšoj Jugoslaviji ako je ta praksa neprimjerena u svjetlu međunarodnog prava. Izricanje sudskih kazni u Bosni i Hercegovini 1991. i 1992. godine bilo je uređeno Krivičnim zakonom SFRJ, koji je savezna Skupština usvojila 28. septembra 1976. i koji je stupio na snagu 1. jula 1977. (dalje u tekstu: Krivični zakon SFRJ), te Krivičnim zakonom Socijalističke Republike Bosne i Hercegovine od 10. juna 1977. (dalje u tekstu: Krivični zakon Bosne i Hercegovine). Krivičnim zakonom SFRJ bili su uređeni opšti aspekti krivičnog prava i neka konkretna krivična djela, kao što su krivična djela protiv bezbjednosti SFRJ, genocid i ratni zločini, dok su Krivičnim zakonom Bosne i Hercegovine prevashodno regulisana konkretna krivična djela, kao i neka opšta pitanja koja nisu bila obrađena Krivičnim zakonom SFRJ. Oba krivična zakona su ostala na snazi nakon

što je 1992. godine Bosna i Hercegovina proglašila nezavisnost. Optuženi je proglašen kriminom za progon, istrebljenje, ubistvo, deportaciju i nehumano djelo prisilnog premještanja, što su sve zločini protiv čovječnosti. Glava 16 Krivičnog zakona SFRJ nosi naslov Krivična djela protiv čovječnosti i međunarodnog prava i odnosi se na zločine počinjene tokom oružanog sukoba. Međutim, u njoj nisu kodificirani zločini protiv čovječnosti i njihovi specifični uslovi u pogledu *actus reus*¹⁹⁰ i *mens rea*¹⁹¹. Kazna predviđena za konkretna krivična djela koja ne zahtijevaju dokazivanje tih specifičnih elemenata ne održava težinu zločina protiv čovječnosti. Stoga to nije odgovarajuća osnova za odmjeravanje kazne koju treba izreći za ovu kategoriju zločina. Opšte odredbe Krivičnog zakona SFRJ koje se odnose na kazne predviđaju da najduža kazna zatvora iznosi 15 godina, ali da se za najteža krivična djela može izreći smrtna kazna ili, umjesto smrtna kazna, zatvorska kazna u trajanju od 20 godina. Žalbeno vijeće je dosad potvrđivalo kazne duže od dvadeset godina koje su izricala pretresna vijeća na ovom Međunarodnom sudu, smatrajući da time nije narušeno načelo *nulla poena sine lege*¹⁹².

Ovakav stav vijeća je sasvim razumljiv zbog toga što sudovi u bivšoj Jugoslaviji nisu imali izgrađenu praksu u predmetima ratnih zločina, osim par predmeta¹⁹³ u kojima je suđeno nakon završetka Drugog svjetskog rata, pa do toga da su Krivični zakon SFRJ, odnosno Krivični zakon Republike Bosne i Hercegovine, za djela ratnih zločina propisivali smrtnu kaznu.

¹⁹⁰ Actus reus je pojam radnje u krivičnom zakonu. Doslovno prevedeno s latinskog jezika znači loše djelo. Radi se o konstitutivnom elementu krivičnog djela kojeg tužilac mora dokazati da bi se optuženi mogao oglasiti krivično odgovornim. Dakle, actus reus je radnja inkriminisana, zabranjena radnja, krivičnim ili nekim drugim zakonom.

¹⁹¹ Mens rea predstavlja psihičku komponentu krivičnog djela. Doslovno prevedeno s latinskog jezika znači "krivnja svijesti". Anglosaksonsko krivično pravo, kao i naše krivično pravo, pravi razliku između posljedice koja je rezultat svijesti i htjenja da se djelo izvrši, kao i one posljedice koja je rezultirala nehatnim odnosom.

¹⁹² Predmet ICTY (IT-00-39-T) protiv Momčila Krajišnika, presuda pretresnog vijeća, stav 1170-1174.

¹⁹³ Suđenje generalu Aleksandru fon Leru pred Vojnim sudom u Beogradu. Fon Ler je proglašen kriminom za ratne zločine i strijeljan 26. februara 1947. godine u Beogradu. Suđenje Draži Mihajloviću i još osmorici najviših četničkih oficira koji su osuđeni na smrtnu kaznu zbog ratnih zločina i streljani 17. jula 1946. godine. Suđenje Stevanu Moljeviću koji je osuđen na kaznu zatvora u trajanju od 20 godina.

S druge strane, entitetski sudovi u Bosni i Hercegovini, koji su procesuirali nekoliko predmeta ratnih zločina, nisu sudovi bivše Jugoslavije, te se njihova praksa izricanja kazni nije ni mogla uzeti u obzir.

Do uspostavljanja Suda BiH, predmeti ratnih zločina, za koje se i veže problematika povratnog dejstva pravnih normi, bili su procesuirani pred kantonalnim, okružnim i osnovnim sudovima u Bosni i Hercegovini (BiH), dok su vrhovni sudovi entiteta, te Apelacioni sud Brčko distrikta, zauzimali stanovišta u pogledu određenih pravnih pitanja i izgrađivali sudsku praksu u pogledu primjene zakona i ujednačenog kažnjavanja za djela ratnih zločina koji su počinjeni u Bosni i Hercegovini u periodu od 1992. do 1995. godine.

Dana 1. marta 2003. na snagu je stupio Krivični zakon Bosne i Hercegovine. Njegovim usvajanjem došlo je do izmjene krivičnog zakonodavstva u cijeloj BiH, a pogotovo u pogledu procesuiranja ratnih zločina. Iz entitetskih krivičnih zakona i krivičnog zakona Brčko distrikta prenesena je nadležnost procesuiranja predmeta ratnih zločina na Sud BiH. Štaviše, izmjenama i dopunama Krivičnog zakona BiH omogućeno je suđenje i kažnjavanje onih lica čija su činjenja ili nečinjenja predstavljala krivično djelo u skladu s opštim načelima međunarodnog prava.

Uvođenjem pravne norme kojim se omogućava procesuiranje i kažnjavanje u skladu s opštim načelima međunarodnog prava, krivično zakonodavstvo Bosne i Hercegovine ne samo da je omogućilo krivično gonjenje, procesuiranje i kažnjavanje za krivično djelo zločina protiv čovječnosti, nego je ono otišlo i korak naprijed tako što je svoje krivično zakonodavstvo uskladilo s međunarodnim dokumentima i multilateralnim sporazumima, te ponudilo rješenje na pitanje povratnog dejstva pravnih normi u skladu s međunarodnim pravom, a koje rješenje su prihvatali svi civilizirani narodi, i potvrdila Generalna skupština Ujedinjenih nacija kroz prihvatanje nirnberških principa.

1. Retroaktivnost ili povratno djelovanje pravnih normi - argumenti "protiv"

Kako bi procesuirala počinitelje ratnih zločina na području Bosne i Hercegovine, i uskladila odredbe svoga zakonodavstva sa standardima u procesuiranju počinitelja ovih najtežih kaznenih djela koji su dosegnuti

u svijetu, Bosna i Hercegovina je, nakon uspostavljanja mira 1995. godine, donijela niz kaznenih zakona. Zbog specifičnog državnog ustroja, te rascjepkane nadležnosti u procesuiranju ovih kaznenih djela, ovakva politika nije donijela očekivane rezultate. Sve do 2003. godine i donošenja Kaznenog zakona Bosne i Hercegovine, kojim se nadležnost za procesuiranje ovih kaznenih djela prenijela na Sud i Tužiteljstvo Bosne i Hercegovine, ova kaznena djela su se procesuirala prema različitim kaznenim zakonima koji su vrijedili u teritorijalnim cjelinama Bosne i Hercegovine, a koji su bili u manjoj ili većoj mjeri različiti. Kaznenim zakonom Bosne i Hercegovine iz 2003. godine, namjeravalo se izbjegći takvu podijeljenost, te uskladiti odredbe kaznenog zakona s dostignutim razvojem kaznenog prava u svijetu. Sam zakon nije izazvao nikakve kontroverze. Ali kasnije izmjene zakona jesu. Oslanjajući se na opća načela međunarodnog prava, zakonodavac u Bosni i Hercegovini je propisao kako se ovaj zakon može primjenjivati i na događaje koji su se dogodili u razdoblju od 1992.–1995. godine. Dodatnu komplikaciju ovakvog stanja predstavlja činjenica da Tužiteljstvo i Sud Bosne i Hercegovine neće preuzeti sve predmete od tužiteljstava i sudova niže razine, već će oni predmete, u kojima je optužnica stupila na snagu, procesuirati prema propisima koji su u to vrijeme bili na snazi. Osim toga, zbog količine predmeta i vlastitih ograničenih kapaciteta, Tužiteljstvo i Sud Bosne i Hercegovine neće moći procesuirati sve predmete, već će neki od njih biti ustupljeni nižim razinama, što dodatno zamućuje sliku procesuiranja ratnih zločina u Bosni i Hercegovini.

Sve do reforme iz 1976. godine na teritoriju bivše Jugoslavije primjenjivan je jedinstveni Krivični zakon. Reformom kaznenog zakona iz 1976. godine, došlo je do podjele nadležnosti između savezne države i republika i pokrajina, te su tako savezna država, kao i svaka od republika i pokrajina u sastavu države, donijele svoje krivične zakone.¹⁹⁴ Značajno je napomenuti kako su kaznena djela ratnih zločina i drugih kaznenih djela počinjenih u ratu ili u vezi sa ratom ostala u nadležnosti savezne države, što ukazuje na značaj kaznenog progona počinitelja ovih kaznenih djela.

U vrijeme osamostaljivanja Bosne i Hercegovine kao suverene države 1992. godine, između ostalih, u pravni sustav Bosne i Hercegovine

¹⁹⁴ Krivični zakon SFRJ donijet je 28. rujna 1976. godine, a objavljen je u službenom glasilu Sl. list SFRJ 44/76 od 8. listopada 1976. godine. Krivični zakon SR Bosne i Hercegovine objavljen je u službenom glasilu Sl. list SR BiH 16/77 od 10. lipnja 1977. godine. Oba zakona stupila su na snagu 1. srpnja 1977. godine.

preuzete su i odredbe Krivičnog zakona SFRJ iz 1976. godine (sa svim njegovim izmjenama i dopunama), a među njima i one koje se odnose na kaznena djela ratnih zločina, i drugih kaznenih djela počinjenih u ratu ili u vezi s ratom.¹⁹⁵ No, podjele koje su uslijedile u BiH kao posljedica krvavog rata koji je bjesnio u Bosni i Hercegovini od 1992. do 1995. godine, dovele su do vrlo složene situacije u BiH glede mogućnosti procesuiranja ratnih zločina.

Kazneni zakoni koji su doneseni u entitetima Bosne i Hercegovine i Brčko distriktu BiH 1998. i 2000. godine, nastali su kao plod napora da se sustigne razvoj kaznenog prava u svijetu. Ne samo da se ovaj zaostatak ogledao u formulacijama kaznenih djela, ili njihovom nepostojanju u posebnom dijelu ovih zakona, već je zbog društveno-pravnog poretka bivše Jugoslavije i prilagođenosti izričaja zakona tom i takvom poretku, zakone valjalo promijeniti i prilagoditi novonastalim okolnostima.

Konačnu stepenicu u razvoju materijalno-pravnih odredbi za kazneni progon osoba koje su počinile ova teška kaznena djela u Bosni i Hercegovini predstavlja Kazneni zakon Bosne i Hercegovine iz 2003. godine,¹⁹⁶ koji je nadležnost za progon počinitelja ovih kaznenih djela sa entitetske (i razine Brčko distrikta Bosne i Hercegovine) prenio u nadležnost države Bosne i Hercegovine i Suda Bosne i Hercegovine.¹⁹⁷

Bosna i Hercegovina je tako nakon uspostave mira 1995. godine (osobito Kaznenim zakonom iz 2003. god.), u nomotehničkom smislu uskladila svoje kazneno zakonodavstvo s relevantnim izvorima međunarodnog kaznenog prava. Ipak, izgledalo je kako će zbog općeprihvaćenog načela zakonitosti u kaznenom pravu, to usklađivanje biti tek ulaganje u budućnost, a da će primjenom istog načela, ta rješenja ostati neprimjenjiva na kaznena djela počinjena u ratnom razdoblju od 1992.–1995. godine, te da će jedinu iznimku od te odredbe biti moguće napraviti samo ako se zakon promijenio jednom ili više puta nakon počinjenog kaznenog

¹⁹⁵ Uredbom je u pravni sustav preuzet Krivični zakon SFRJ, Sl. list SFRJ 44/76, 36/77, 34/84, 74/87, 57/89, 3/90, 38/90 i 45/90, objavljen i u Sl. list RBiH 2/92 od 11. travnja 1992. godine.

¹⁹⁶ Kazneni zakon Bosne i Hercegovine, Sl. gl. BiH 3/03, 32/03, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07 i 8/10.

¹⁹⁷ Zakon o Sudu Bosne i Hercegovine, Službeni glasnik BiH 29/00, 16/02, 24/02, 03/03, 37/03, 42/03, 04/04, 09/04, 35/04, 61/04, 32/07, 97/09 i 74/09.

djela na način da će se u tom slučaju na počinitelja primijeniti zakon koji je za njega blaži. Ova odredba onemogućava retroaktivnu primjenu novog zakona na djela koja su se dogodila u prošlosti, pa makar ona bila na manjkav način definirana u kaznenom zakonu koji se primjenjivao u vrijeme počinjenja kaznenog djela, ili ih čak nije ni bilo u inkriminacijama zakona. Cilj ove odredbe je uspostavljanje pravne sigurnosti građana na način da svatko mora u trenutku poduzimanja određene radnje znati s kakvim posljedicama može računati.¹⁹⁸ Kako bi otklonila ova ograničenja, Bosna i Hercegovina je ovo pitanje odlučila riješiti na drugačiji način.¹⁹⁹

Da bi se stekao potpuni uvid u problem primjene Kaznenog zakona Bosne i Hercegovine iz 2003. godine u predmetima ratnih zločina, u dijelu koji omogućava njegovu "retroaktivnu" primjenu, potrebno je problem sagledati i iz perspektive osoba koje se procesuiraju sukladno njegovim odredbama, a koje su svoja prava pokušale ostvariti štrajkom glađu i apelacijama Ustavnog suda Bosne i Hercegovine.

Jedna od njih, Abduladhim Maktouf, podnio je 19. lipnja 2006. godine apelaciju Ustavnog suda Bosne i Hercegovine.²⁰⁰ Maktouf je u svojoj apelaciji Ustavnog suda Bosne i Hercegovine naveo da su postupanjem Suda BiH u osporenoj presudi povrijeđeni čl. II/3. d) Ustava Bosne i Hercegovine, koji garantira pravo na osobnu slobodu i sigurnost, i čl. II/3. e) Ustava Bosne i Hercegovine, koji garantira pravo na pravično saslušanje u kaznenim i građanskim stvarima i druga prava vezana za kazneni postupak. Pored toga, Maktouf navodi i povrede čl. II/4. Ustava Bosne i Hercegovine, kao i čl. 7. i 14. Europske konvencije o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda. Svoje navode o povredama navedenih ustavnih prava obrazlaže činjenicom da je primijenjen Kazneni zakon BiH iz 2003. godine, a ne, prema njegovom mišljenju, za njega povoljniji Kazneni zakon bivše SFRJ, koji je važio u vrijeme počinjenja kaznenog djela, te ukazuje na nejednaka zakonska rješenja i praktičnu primjenu materijalnog kaznenog prava na teritoriju Bosne i Hercegovine. Osim ovih, Maktouf ističe i navode koji se tiču načina na koji je Sud BiH, u konkretnom slučaju, utvrdio činjenice i primijenio materijalno pravo.

¹⁹⁸ Ž. Horvatić, P. Novoselec, Kazneno pravo, opći dio, Zagreb 1999, s. 112.

¹⁹⁹ Zakon o izmjenama i dopunama Kaznenog zakona Bosne i Hercegovine (Sl. gl. BiH 61/04 od 29. prosinca 2004. godine).

²⁰⁰ Predmet Ustavnog suda BiH broj: AP 1785/06. Odluka o dopustivosti i meritumu je dostupna na web-adresi: www.ccbh.ba.

Ustavni sud BiH je ustvrdio da u konkretnom slučaju nema povrede prava na pravično sudskeđenje, a u svezi s primjenom principa *in dubio pro reo* kada sud izvede sve dokaze, a samo nekim pokloni povjerenje i koristi ih kao temelj osuđujuće presude. Osim toga, Ustavni sud BiH je zaključio da nema povrede čl. 7. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, jer stavak 2. toga članka dopušta izuzetke kada se radi o predmetima koji se tiču ratnih zločina i zločina kršenja odredbi humanitarnog prava koje su prihvatali "civilizirani narodi", a predmetni slučaj predstavlja izuzetak od pravila iz stavka 1. čl. 7. Europske konvencije. Konačno, Ustavni sud BiH je utvrdio da apelant nema pravnih argumenata pozivati se na navodnu diskriminaciju kada se, u konkretnom postupku, ne utvrdi povreda bilo kojeg ustavnog prava, niti povreda prava iz Europske konvencije. Ipak, Ustavni sud BiH je ukazao na činjenicu da kazneni zakoni Federacije BiH i Republike Srpske ne sadrže odredbe koje se tiču "kaznenih djela protiv čovječnosti i vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom" (a koje sadrži Kazneni zakon BiH iz 2003. godine), niti imaju ugrađenu odredbu ekvivalentnu čl. 4.a Kaznenog zakona BiH, tj. nemaju ugrađen čl. 7. Europske konvencije u svojim odredbama. S druge strane, činjenica je da će za ova kaznena djela, propisana državnim zakonom, suditi i sudovi entiteta, što znači da moraju primijeniti i principe i garancije međunarodnog kaznenog prava koje su ugrađene u Zakon o kaznenom postupku BiH, a posebno imajući u vidu obvezu da direktno primjenjuju Europsku konvenciju.²⁰¹ Zbog svega navedenog, Ustavni sud BiH smatra da "nedostatak" entitetskih zakona u Bosni i Hercegovini, u smislu nepropisivanja ovih kaznenih djela i garancija, nameće dodatnu obvezu entitetskim sudovima u BiH da, kada sude za kaznena djela ratnih zločina, moraju primijeniti Kazneni zakon Bosne i Hercegovine, i druge relevantne zakone i međunarodne dokumente primjenjive u Bosni i Hercegovini. Iz navedenog proizlazi i obveza entitetskih sudova u BiH da, smatra Ustavni sud BiH, slijede i sudsku praksu Suda BiH, kao državnog suda, jer bi u suprotnom sudovi u entitetima Bosne i Hercegovine kršili princip pravne sigurnosti i vladavine prava.

²⁰¹ Sukladno Pravilniku o pregledu predmeta ratnih zločina u Posebnom odjelu za ratne zločine Tužiteljstva BiH od 28. prosinca 2004. godine, tužitelji će nakon pregleda predmeta, pod određenim uvjetima, moći prosljeđivati predmete kantonalnim (u Federaciji BiH) odnosno okružnim sudovima (u Republici Srpskoj), na postupanje. U predmetima u kojima je optužnica potvrđena prije 1. ožujka 2003. godine, predmet ostaje u nadležnosti kantonalnog odnosno okružnog suda koji postupak vodi do kraja, uz mogućnost da Sud BiH preuzeme predmet na daljnje postupanje.

Posebnu zanimljivost ove odluke čini izdvojeno mišljenje suca Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, Mate Tadića, koje je u nekim dijelovima bilo suprotno odluci Ustavnog suda BiH u ovom predmetu. Prema njegovom mišljenju, blaži zakon izakon kojije trebalo primijeniti u konkretnom slučaju je bio Kazneni zakon bivše SFRJ, jer je primjena smrte kazne zaprijećene u tome zakonu za navedena kaznena djela prestala sa primjenom još 1994. godine, što je i potvrđeno Ustavom Bosne i Hercegovine iz 1995. godine. Prema tome, smatra sudac Tadić, Sud BiH treba uvijek primjenjivati lakšu kaznu kad god postoji razlika u dužini kazne između stare i nove kaznene odredbe, budući da je jasno da se primjena kaznenog zakona odnosi samo na kaznu, a ne i na ostale elemente ovog članka Konvencije. U odnosu na diskriminaciju sudac Tadić se slaže s navodima da je većina osoba u Bosni i Hercegovini procesuirana za ista kaznena djela, počinjena u isto vrijeme, po blažem zakonu iz 1992. godine, te da ne postoji objektivno i razumno opravdanje za različit tretman. Osim toga, prema sucu Tadiću, to je neproporcionalno cilju koji se želi postići.

1. Zaključna razmatranja

Dva su puta kojim trenutačno ide procesuiranje ratnih zločina u Bosni i Hercegovini. Sud Bosne i Hercegovine retroaktivno primjenjuje odredbe predviđene Kaznenim zakonom BiH iz 2003. godine, dok se većina ostalih sudova, uključujući entitetske vrhovne sudove, zalaže za primjenu kaznenih odredbi Krivičnog zakona SFRJ, s obzirom na to da su one bile na snazi u vrijeme kada su djela počinjena.

No, kod razmatranja članka 4a. Kaznenog zakona Bosne i Hercegovine, potrebno je promatranje razlučiti na dva dijela. Prije svega, potrebno je na ovaj članak gledati kao na pragmatički pokušaj olakšavanja procesuiranja počinitelja teških kaznenih djela počinjenih u sukobu u Bosni i Hercegovini. S druge strane, članak je potrebno promotriti s teoretsko-praktične strane u svjetlu najvećih dostignuća i teorije i prakse kaznenog prava.

Promatraljući ga čisto s pragmatične strane ne može se argumentirano tvrditi da je Krivični zakon SFRJ "bolji" od Kaznenog zakona BiH iz 2003. godine. Jasno je da je gotovo trideset godina kasnije, Kazneni zakon BiH u sebi apsorbirao dostignuća suvremene teorije i prakse kaznenog prava, osobito u dijelu koji se odnosi na streljoviti razvoj međunarodnog kaznenog prava. Ovaj zakon je i na mnogo jednostavniji i "čistiji" način

definirao kaznena djela koja se tiču ratnih zločina, kao i druge odredbe kao što su definicije pojmove povezanih s tim kaznenim djelima i dr. Osim toga, ovaj zakon je usvojio i dostignuća koja se tiču zaštite ljudskih prava u kaznenom postupanju, kao i druga dostignuća, u korelaciji sa Zakonom o kaznenom postupku BiH, vezana osobito za prava optuženih osoba. Stoga, čisto pragmatično, sve bi upućivalo na njegovu primjenu u procesuiranju predmeta ratnih zločina pred sudovima u Bosni i Hercegovini.

No, promatrajući ga iz svjetla dostignuća kaznenog prava, situacija nije niti približno jasna, kao kada se ta norma promatra iz pragmatične ravni. Prije svega, odredba članka 4a. predstavlja (odnosno omogućava) odstupanje od odredbi članka 3. i 4. Kaznenog zakona Bosne i Hercegovine, koji propisuje da se kaznena djela i za njih kaznenopravne sankcije propisuju samo zakonom, da se nikome ne može izreći kazna ili druga kaznenopravna sankcija za djelo koje prije nego što je bilo počinjeno nije bilo zakonom ili međunarodnim pravom propisano kaznenim djelom i za koje zakonom nije bila propisana kazna, da sa na počinitelja kaznenog djela primjenjuje zakon koji je bio na snazi u vrijeme kada je kazneno djelo počinjeno, kao i to da će se, ako se poslije počinjenja kaznenog djela zakon izmijeni jednom ili više puta, na počinitelja primjenjivati zakon koji je blaži za njega. Dakle, odstupanje. Odstupanje koje se opravdava općom podrškom međunarodne zajednice izražene kroz, kako to zakonodavac u Bosni i Hercegovini navodi, opća načela međunarodnog prava. Nešto što bi se opravdano moglo nazvati općim tekovinama suvremenog kaznenog prava.

Ali, što bi to zapravo trebalo biti?

Tradicionalna klasifikacija dijeli pravne izvore u četiri skupine:

- a) Formalni izvori – Međunarodne konvencije, bilateralni međunarodni ugovori i multilateralni međunarodni ugovori, kojima je država pristupila, ili ih je ratificirala, čime postaju dijelom unutarnjeg pravnog poretkta,
- b) Međunarodni običaji, kao dokaz opće prakse, prihvaćeni od subjekata općeg prava,
- c) Opći principi prava priznati od civiliziranih naroda (*pacta sunt servanda, nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*), pravilo o poštivanju stečenih prava, pravilo *res judicata*, poštivanje temeljnih prava i sloboda,

d) Međunarodna judikatura i doktrina, kao pomoćni izvor koji prvenstveno omogućava sagledavanje pozitivnog međunarodnog prava u njegovom razvitku.²⁰²

Važno je još napomenuti da nacionalna prava, dijelom samostalno, a dijelom na temelju preuzetih obveza, reguliraju kaznena djela s međunarodnopravnim obilježjem.

Da bi neki običaj postao izvorom međunarodnog prava potrebno je da se ispunji nekoliko uvjeta. Potrebno je postojanje općeg i konstantnog običaja koji se primjenjuje u određenom vremenskom razdoblju i prostoru. Osim ovih uvjeta, potrebno je i postojanje uvjerenja o obligatornosti običaja i prihvaćanju tog obveznog karaktera od subjekata međunarodnog prava (*opinio juris sine necessitatibus*).²⁰³

To bi onda značilo da postoje općeprihvачene norme i standardi u suvremenom kaznenom i osobito međunarodnom kaznenom pravu. Implicitralo bi to da su nacionalni zakonodavci obvezni pridržavati ih se prilikom kreiranja svojih kaznenih zakona i rješenja u njima, jer su to "općeprihvaci" standardi i norme.

Prema tome, supsidijarno, netko bi mogao kazneno odgovarati i za djela koja nisu propisana u domaćem zakonodavstvu, ukoliko bi ta djela bila dio tih "općeprihvaci" standarda, oslanjajući takav stav na odredbe određenih međunarodnih dokumenata kao što su Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima, Europska konvencija o ljudskim pravima i temeljnim slobodama (čl. 7 (2)) i Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (čl. 14 (1)). Osim ovih dokumenata, implicitralo bi to i primjenu sudske prakse (koja je općeprihvacena) sudova kao što je onaj u Nirnbergu, a osobito Haškog tribunala, jer su upravo ti (i neki drugi sudovi) kroz svoju praksu zauzimali određene stavove i formirali tumačenja odredbi međunarodnog prava. No, je li ona zbog toga "općeprihvacena" i je li ona "opće načelo međunarodnog prava"? Sud Bosne i Hercegovine, sve do 2009. godine, nije imao nikakvih dvojbi da je to tako, kada je u jednoj svojoj presudi zauzeo drugačije stajalište.

²⁰² F. F. Martin, R. J. Wilson, *The Rights International Companion to Criminal Law & Procedure*, Hague 1999, s. 4.-7.

²⁰³ B. Zlatarić, *Međunarodno krivično pravo*, Zagreb 1979.

Razumljivo je, dakle, da osnovu za postupanje i legitimitet postupanja međunarodnih sudova predstavljaju i trebaju predstavljati samo ona pravila međunarodnog prava koja imaju status običajnog prava. S druge strane, uspostavom Međunarodnog kaznenog suda i prihvaćanjem njegovog Statuta, pojavile su se određene poteškoće, koje državama, kao što je Bosna i Hercegovina (koja je i sama jedna od utemeljiteljica toga suda), nisu olakšale opredjeljenja za određene principe koji bi se ugradili u kazneno zakonodavstvo. Štoviše, Statut Međunarodnog kaznenog suda²⁰⁴ je otvorio ozbiljno pitanje: "Što je to primjenjivo pravo?" Na žalost, Bosna i Hercegovina se nije opredijelila za konzistentan i jasan odgovor na ovo pitanje. S jedne strane, potpisujući sporazum i preuzimajući ulogu utemeljitelja suda, preuzeala je i obveze da u svoje kazneno zakonodavstvo ugradi odredbe iz Statuta Međunarodnog kaznenog suda kao očiglednu međunarodno priznatu normu, a, s druge strane, je u svome kaznenom zakonodavstvu primijenila odredbe iz Statuta Haškog tribunala. Time je u potpunosti otvoreno pitanje o tome što je to, a što nije primjenjivo međunarodno pravo, odnosno, kako to Kazneni zakon Bosne i Hercegovine naziva: općim načelima međunarodnog prava, a Europska konvencija o ljudskim pravima dodaje i: priznatim od civiliziranih naroda (čl. 7. Konvencije). No, što su to opća načela kaznenog prava? Statut Međunarodnog kaznenog suda tu nema nikakve dvojbe. Treći dio Statuta nosi upravo naziv: Opća načela kaznenog prava, te definira da su to ova načela: a) *Nullum crimen sine lege*, b) *Nulla poena sine lege*, c) Zabranu povratnog djelovanja Statuta, d) Osobna kaznena odgovornost, e) Isključenje nadležnosti za osobe mlađe od osamnaest godina, f) Nevažnost svojstva službene osobe, g) Odgovornost zapovjednika i ostalih nadređenih osoba, h) Nezastarijevanje kaznenog progona, i) Krivnja, j) Osnove isključenja kaznene odgovornosti, k) Stvarna zabluda i pravna zabluda i l) Zakonite zapovijedi (naredbe) nadređenih. Dosljedno tome, pravednost kaznenog postupanja podrazumijeva afirmaciju vrhunskih kaznenopravnih načela, kao što su načelo zakonitosti, načelo krivnje, načelo individualizacije i druga, u kaznenom postupanju koja se odnose na sve učesnike u postupku, pa tako i na, kako se vrlo često zaboravlja, počinitelja kaznenog djela.²⁰⁵ O istom zahtjevu govori i Europska konvencija o ljudskim pravima kada u čl. 6. kaže: "... osnovanosti bilo kakve krivične optužbe protiv njega, svatko

²⁰⁴ I. Josipović, D. Krapac, P. Novoselec, Stalni međunarodni kazneni sud, Zagreb 2001, s. 365.-422.

²⁰⁵ Ž. Horvatić, L. Cvitanović, P. Novoselec, Rječnik kaznenog prava, Zagreb 2002.

ima pravo na pravičnu i javnu raspravu u razumnom roku pred neovisnim i nepristranim, zakonom ustanovljenim sudom". U pravnom smislu bi ovo konzervativno značilo da zakonodavac mora postaviti odredbe kaznenog postupanja tako da, ne samo budu praktične kako bi se ostvarila svrha kaznenog postupanja tj. progona počinitelja kaznenih djela, već i tako da prava upravo tih počinitelja u najvećoj mogućoj mjeri budu poštovana, kako bi se postupak, i prema mjerilima međunarodnih konvencija, mogao nazvati "pravičnim".

Niti sama međunarodna praksa, niti teorija, nisu složne u tumačenju nepovratnog djelovanja kaznenog zakona. Kako to navode neki strani autori: "U pogledu nepoštovanja načela zakonitosti u statutima međunarodnih krivičnih tribunala, postoje tvrdnje da statuti odražavaju samo ono što već dugo postoji na međunarodnom nivou. Oni kodikuju samo opšta načela prava i međunarodnih običaja koja su znatno prethodila odnosnim delima. To može i ne mora da bude tačno. Na pitanje se ne može odgovoriti *in abstracto*, već jedino analizom svake odredbe koja određuje krivična dela i oblike krivične odgovornosti od predmeta do predmeta".²⁰⁶ Ako je tome tako, po čemu je onda opravdano da Bosna i Hercegovina gotovo doslovno prepriše sva rješenja iz Statuta Haškog tribunalja, i tako ih se tvrdoglavu i doslovno i drži u predmetima koji se procesuiraju pred Sudom BiH?

Ako se k tome još uzme u obzir da se niti zemlje kao što su Hrvatska ili Srbija (koje su u svoje kaznene zakone uvele nova rješenja, kao što je primjerice zapovjedna kaznena odgovornost, ali ne i mogućnost njihove primjene na kaznena djela počinjena prije stupanja na snagu tih izmjena kaznenih zakona), koje su u vrlo sličnoj poziciji kao što je Bosna i Hercegovina kada je u pitanju progona počinitelja ratnih zločina, nisu odlučile za ovakav pristup, vrlo je nesiguran put kojim se odlučila kročiti Bosna i Hercegovina. U suprotnom, takva bi obaveza postojala onda i na strani drugih zemalja bivše Jugoslavije koje su jednako kao i Bosna i Hercegovina potpisale i prihvatile navedene međunarodne dokumente, ali očigledno nisu na jednak način "shvatile" da ih trebaju primjenjivati na način kako je to učinila BiH. Implementirajući još uvijek u međunarodnom pravu dvojocene korake, koji se čak niti ne primjenjuju na cijelom teritoriju BiH, niti od svih sudova u BiH, samo je nepotrebno dovedena u pitanje pravednost postupanja sudova u BiH u predmetima ratnih zločina.

²⁰⁶ Dž. Džouns, S. Pauls, Međunarodna krivična praksa, Beograd 2005, s. 406.

No, nije najvažnije pitanje na koje je potrebno pronaći odgovor je li novi tekst zakona bolji od starog ili nije, pitanje je sasvim druge prirode i ono je suštinskog karaktera, bez obzira na njegov sadržaj i domete. Pitanje je: "Može li se taj zakon primjenjivati ili ne?" Osobito ako se ima u vidu da su tim zakonom omogućeni neki od načina inkriminacije i odgovaranja koji nisu bili poznati zakonu koji je vrijedio za počinitelje kaznenih djela počinjenih u Bosni i Hercegovini u razdoblju između 1992. i 1995. godine, odnosno da takve uvjete nisu prihvatile, niti primjenjuju, druge zemlje bivše Jugoslavije, iako su oni "opća načela međunarodnog prava".

S druge strane, vrlo važno je uočiti praktični aspekt odgovora na postavljano pitanje. Naime, ako se pogleda dosadašnja praksa Suda Bosne i Hercegovine uviđa se da se ovaj sud obilato koristi upravo jednim od instituta koji su uvedeni Kaznenim zakonom BiH iz 2003. godine, i to, da još bude zanimljivije, čija je primjena omogućena odredbom koja nije sadržana u početnom tekstu zakona, nego je ona u zakon unijeta tek njegovim kasnijim izmjenama, gotovo dvije godine nakon stupanja na snagu ovog zakona. Nesumnjivo, to ukazuje da u pozadini stoji praktičnost primjene, a ne i "opća načela međunarodnog prava", jer su u izradi i jednog i drugog teksta učestvovali praktično isti pravni stručnjaci pod budnim okom predstavnika međunarodne zajednice u Bosni i Hercegovini i njihovih pravnih stručnjaka.

Povratno dejstvo pravnih normi došlo je pod lupu nakon što su sudovi u Bosni i Hercegovini počeli suditi ratne zločine. S obzirom na to da na prostoru bivše Jugoslavije ne postoji izgrađena praksa po pitanju ratnih zločina²⁰⁷, javila su se i određena pravna pitanja koja se odnose na vremensko važenje krivičnog zakona i primjenu blažeg zakona. Ovo pitanje se dodatno iskomplikovalo time što se krivično zakonodavstvo u Bosni i Hercegovini mijenjalo više puta,²⁰⁸ a zadnje bitne izmjene napravljene su u 2003. godini donošenjem Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine, čime

²⁰⁷ Istina, bilo je nekih suđenja za ratne zločine tokom rata i nakon rata na kantonalm, odnosno entitetskom nivou, uglavnom u Federaciji Bosne i Hercegovine. Međutim, u pogledu primjene zakona, može se vidjeti da postoji nekonistentnost koja je trebala biti prekinuta donošenjem Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine.

²⁰⁸ Izmjena krivičnog zakonodavstva u Bosni i Hercegovine pratila je njenu administrativnu uređenost. Prve izmjene donijela je Federacija Bosne i Hercegovine 1998. godine, dok je Republika Srpska to učinila u 2000. godini. Donoseći svoje krivične zakone prestalo je da važi krivično zakonodavstvo Republike Bosne i Hercegovine, odnosno Krivični zakon SFRJ.

je došlo do usklađivanja krivičnog zakonodavstva Bosne i Hercegovine s međunarodnim konvencijama koje predstavljaju izvore međunarodnog krivičnog prava.

Analizirajući relevantne međunarodne dokumente kojima se promovišu, ali i štite, ljudska prava primjećuje se da je napravljen jedan izuzetak u kojem međunarodno pravo dopušta povratnu snagu pravnim normama, što smatram sasvim ispravnim, zbog toga što društveni odnosi, ali i shvatanja društva prema određenim pojavama, doživljavaju svoju evoluciju. Štaviše, evolutivni karakter ne samo društva nego i krivičnog prava u pogledu krivičnog gonjenja, procesuiranja i kažnjavanja za činjenja koja nisu bila inkriminisana krivičnim zakonom, jasno pokazuje u kojem se pravcu kreće savremeno društvo i moderni trendovi krivičnog prava. Podrška tim savremenim trendovima jasno je izražena i potkrijepljena odlukama Europskog suda za ljudska prava koje se odnose na povratno dejstvo pravnih normi, kako u pogledu činjenja ili nečinjenja, koje nije predstavljalo krivično djelo u vrijeme izvršenja prema nacionalnom ili međunarodnom pravu, te isto tako u pogledu izrečene kazne koja neće biti teža od one koja se primjenjivala u vrijeme izvršenja krivičnog djela.

No, problem u praksi nije tako jednostavan. O koliko se ozbiljnom problemu radi govori i sama praksa Suda Bosne i Hercegovine. Iako je u nizu svojih presuda, presudio da se u predmetima koji se procesuiraju pred njime ima primjenjivati jedino Kazneni zakon Bosne i Hercegovine iz 2003. godine, Sud BiH je 2009. godine donio presudu u kojoj se primjenjuje Krivični zakon SFRJ.²⁰⁹

Naime, Apelaciono vijeće Suda BiH je pri izricanju jedne presude primijenilo Krivični zakon Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije, koji je bio na snazi u vrijeme rata od 1992. do 1995. godine, umjesto Kaznenog zakona BiH. Ne treba izgubiti izvida da je Ustavni sud BiH, u svojoj presudi u predmetu Maktouf, podržao primjenu Kaznenog zakona BiH iz 2003. godine, kao jedinog primjenjivog zakona u predmetima ratnih zločina na teritoriju cijele Bosne i Hercegovine. Iako je Sud BiH u svim svojim prethodnim predmetima tako i postupao, konačna presuda u predmetu Kurtović, otvara u potpunosti pitanje primjenjivog zakona kada su u pitanju predmeti ratnih zločina, jer sući i drugi stručnjaci koji rade u Sudu i Tužiteljstvu BiH zagovaraju primjenu Kaznenog zakona

²⁰⁹ Predmet Suda BiH broj: X-KRŽ-06/299 protiv optuženog Zijada Kurtovića.

BiH kao jedinog primjenjivog zakona na procesuiranje ratnih zločina i na svim sudovima svih razina u Bosni i Hercegovini (ili se barem tako činilo do drugostupanske presude u predmetu Kurtović). Štoviše, to je opredjeljenje pretočeno i u Strategiju za procesuiranje ratnih zločina u Bosni i Hercegovini.

Sada je već opravdano upitati se, bez dovođenja u pitanje na bilo koji način odredbe o slobodi suda u odlučivanju, radi li se ovdje o nedosljednosti suda, različitim shvaćanjima, pogrešnoj interpretaciji istih normi, ili nečemu sasvim petom. Kako god bilo, odgovor je potrebno naći što prije, jer ako je sud do sada pogrešno tumačio zakon, onda se opravdano postavlja pitanje što je sa svim onim osuđenim osobama koje su na taj način osuđene, i zašto inzistirati na Kaznenom zakonu BiH, a ne na Krivičnom zakonu SFRJ koji primjenjuju sudovi u Federaciji BiH, Republici Srpskoj i Brčko distriktu BiH? Ima li mjesta za neki treći put, koji bi podrazumijevao primjenu svih zakona ovisno o konkretnom slučaju, što bi bilo najkompliciranije rješenje, ali možda i najsmislenije i najbliže pravedno?

Iako je rješenje o primjeni svih zakona od Krivičnog zakona SFRJ do Kaznenog zakona BiH bilo očigledno najkompliciranije, nameće se potreba da se razmotri ta mogućnost, jer je očigledno da je isključiva primjena prvog zakona (Krivični zakon SFRJ) i zadnjeg zakona (Kazneni zakon BiH) puna manjkavosti i nedosljednosti, čak i na Sudu BiH na kojem to ne bi smjelo biti ni u kojem slučaju.

Ako se pogleda presuda Ustavnog suda BiH u predmetu Maktouf, osim što je taj sud preporučio primjenu Kaznenog zakona BiH na svim sudovima u Bosni i Hercegovini u predmetima ratnih zločina, ponajprije u cilju osiguranja pravne sigurnosti, sud je ostavio mogućnost i za neki drugi pristup. U paragrafu 84. presude kaže se: "Ipak različita primjena zakona u sličnim predmetima dozvoljava se ako iza nje stoji razuman i opravdan razlog". No, što to zapravo znači?

Čini se da je pravi put jedino onaj koji ide negdje kroz sredinu i jednog i drugog pristupa. S jedne strane, potrebno je osigurati sva ona prava u kaznenom postupku optuženiku koja su mu zagarantirana, iz više razloga, ali ponajprije jer se radi o ljudskom biću, čak i onda kada je počinilo monstruozna djela i zločine, s druge strane, ništa manje ne može biti osigurano niti žrtvama zločina koje imaju jednako pravo da, prema

hegelovskom načinu razmišljanja, zahtijevaju negiranja nanesene nepravde kako bi se ponovno uspostavila ravnoteža pravednosti. Prečesto je na žalost greška koju zvanični organi, ponajprije sudovi u Bosni i Hercegovini, čine, upravo očigledan nedostatak koji teško može pomiriti ove potpuno oprečne zahtjeve iz kaznenih postupaka u predmetima ratnih zločina. Naime, sudovi prečesto inzistiraju na potpuno pogrešnim premisama, koje onda niti ne mogu dovesti do zadovoljenja obiju oprečnih potreba. S jedne strane, optužene se prečesto tretira kao krivce kojima je još samo potrebno provesti postupak kako bi se stavili iza rešetaka, a u postupku samo odredilo koliko će tamo dugo vremena provesti. S druge strane, glas žrtava gotovo da se u kaznenim postupcima ni ne čuje, a o utvrđivanju istine, koja je njima puno vrjednija od nekoliko desetaka ili stotina osoba iza rešetaka, ne može biti niti govora u zemlji koja je tu kategoriju obaveze suda eksplicitno "izbacila" iz zakona o kaznenim postupcima. Sigurno je da se žrtve ne bi tako lako pomirile niti sa pregovaranjem o krivnji sa ratnim zločincima, kada bi naš zakon o kaznenom postupku uopće imao odredbu koja predviđa njihovo izjašnjavanje o tome. Teško da se onda na takav način može osigurati sve ono što se proklamira svrhom kažnjavanja u suvremenim društvima.

Taj novi put bi zahtijevao procjenu svih ovih složenih varijabli u svakom konkretnom slučaju i omogućio primjenu najadekvatnijeg zakona od svih koji bi mogli doći u obzir.

Literatura i izvori

Knjige i članci

- Džouns, Dž., Pauls, S. *Međunarodna krivična praksa*, Beograd 2005.
- Horvatić, Ž., Cvitanović, L., Novoselec, P. *Rječnik kaznenog prava*, Zagreb 2002.
- Horvatić, Ž., Novoselec, P. *Kazneno pravo, opći dio*, Zagreb 1999.
- Josipović, I., Krapac, D., Novoselec, P. *Stalni međunarodni kazneni sud*, Zagreb 2001.
- Martin, F. F., Wilson, R. J. *The Rights International Companion to Criminal Law & Procedure*, Hague 1999.
- Srzentić, N., Stajić, A., Lazarević, Lj. *Krivično pravo SFRJ – Opšti deo*, Beograd 1988.
- Zlatarić, B. *Međunarodno krivično pravo*, Zagreb 1979.

Zakoni

Kazneni zakon Bosne i Hercegovine, Sl. gl. BiH 3/03, 32/03, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07 i 8/10.

Zakon o Sudu Bosne i Hercegovine, Sl. gl. BiH 29/00, 16/02, 24/02, 03/03, 37/03, 42/03, 04/04, 09/04, 35/04, 61/04, 32/07, 97/09 i 74/09.

Sudski predmeti

Predmet suda za ljudska prava u Strazburu S. W. protiv Velike Britanije

Predmet suda za ljudska prava u Strazburu C. R. protiv Velike Britanije

Predmet suda za ljudska prava u Strazburu Ibrahim Karmo protiv Bugarske

Predmet suda za ljudska prava u Strazburu Naletilić protiv Hrvatske

Predmet ICTY (IT-94-1) protiv Duška Tomića

Predmet ICTY (IT-00-39-T) protiv Momčila Krajišnika

Predmet Suda BiH (X-KRŽ-06/299) protiv Zijada Kurtovića

Predmet Ustavnog suda BiH (AP 1785/06)

Ostali izvori

Europska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda.

Dostupna na web-adresi: http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/8E8F1266-6754-4880-80DDBA9D2677D9C/0/CRO_CONV.pdf

Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993), U.N. Doc. S/25704.

Dostupan na web-adresi: http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_re808_1993_en.pdf

Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima.

Dostupna na web-adresi: <http://www.sostelefon.org.rs/zakoni/12.%20Univerzalna%20deklaracija%20o%20ljudskim%20pravima.pdf>

Prof. dr. Ljubo Pejanović²¹⁰

UDK 502.14:343(497.11)

Fakultet za pravne i poslovne studije dr Lazar Vrkatić, Novi Sad
349.6(497.11)

E-mail: pejanovicljubo@gmail.com

Stručni članak

EKOLOŠKI KRIMINALITET KAO KRIVIČNO DELO I PROBLEM NJEGOVOG SPREČAVANJA I SUZBIJANJA U REPUBLICI SRBIJI

Sažetak

Ekološki kriminalitet jedan je od novijih fenomena savremenog sveta, koji predstavlja veliku opasnost po bezbednost ljudi, drugih živih bića i ekološkog bogatstva sa kojim raspolaže planeta Zemlja. Problemi sprečavanja i suzbijanja ekološkog kriminaliteta u Republici Srbiji postoje i traju u veoma dugom vremenskom periodu. Ovaj oblik kriminalnog nasilja tj. krivičnih dela u novijoj istoriji postao je jedan od najopasnijih oblika kriminaliteta koji se širi i povećava iz dana u dan. Međutim, ovaj oblik krivičnog dela ugrožava i zagađuje životnu sredine preko različitih oblika krivičnih dela. Zakonska normativa i regulativa nije ispunila očekivane rezultate, jer u potpunosti nije rešila ovaj fenomen, a time i bezbednosni organi nisu u potpunosti aktivni. Pored pravne nerešenosti, problem se pojavljuje i nepoštovanjem postojeće zakonske regulative, a sudski i bezbednosni organi nemaju adekvatne mehanizme za sprečavanje i suzbijanje ovog fenomena.

Ključne reči: kriminalitet, sprečavanje, suzbijanje, ekologija, zagađenje, zakoni.

²¹⁰ Fakultet za pravne i poslovne studije, dr. Lazar Vrkatić, Novi Sad.

ENVIRONMENTAL CRIME AS A CRIMINAL OFFENCE AND ITS PREVENTION AND CONTROL IN THE REPUBLIC OF SERBIA

Abstract

Environmental crime is a relatively recent phenomenon in the contemporary world and it is a great danger to safety of people, other living beings and environmental resources that the planet Earth disposes of. The problems of prevention and control of environmental crime in the Republic of Serbia have existed and lasted for a very long period of time. This form of the criminal violence i.e. criminal offences in the recent history has become one of the most dangerous ever increasing and spreading forms of crime. However, this form of crime puts at risk and pollutes the environment through various forms of criminal offences. Legislation and legal regulations have not met the expected results since they have not completely stipulated this phenomenon, and hence the security authorities are not fully active. Besides being legally unsolved, this problem also occurs since the existing legislation is not observed, and the judicial and security authorities do not dispose of adequate mechanisms for prevention and control of this phenomenon.

Key words: *crime, prevention, control, environmental protection, pollution, legislation.*

Umesto uvoda

Jedan od najvećih problema u sprečavanju i suzbijanju ekološkog kriminaliteta je veoma nizak nivo u svesti i odnosa prema ekologiji i postojanju ekološkog kriminaliteta kod predstavnika vlasti i dela stanovništva. Ekološki kriminalitet kao fenomen savremenog doba postao je redovna i opasna pojava kojom se ugrožava život na planeti Zemlji sve više, bez naznaka za njegovim smanjenjem. Ekološkim kriminalitetom se zagađuje životna sredina u kojoj je opasnost po život ljudi i drugih živih bića velika. Ekološkim kriminalitetom se povećavaju misije gasova i zagađenja koje doprinose klimatskim promenama, što dovodi do nastanka prirodnih nepogoda, a time i nesreća. Namerno i nenamerno prisipanje opasnih materija u urbanim i ruralnim sredinama je zabrinjavajuće, a za

koje još niko nije ozbiljno sankcionisan niti je odgovarao. Česte su pojave da se u transportnim sredstvima ilegalno prevozi radijacioni i ozračujući materijala, a za koji se u čestim slučajevima ne zna vlasnik, nalogodavac, pa čak i prevoznik.²¹¹

Zakonska regulativa i normativa, a koja je u vezi sa ovim problemom, u suštini je dovoljno zastupljena, ali se ista ne poštuje i u velikoj meri ne primenjuje. Bezbednosni, istražni i sudski organi postali su nemoćni i kad je u pitanju sprečavanje i suzbijanje ove veoma opasne pojave, jer za to nemaju ni podršku vladajućih struktura kako u našoj tako i drugim državama, kao ni dovoljno stručnih lica i organa za ovu delatnost. Iz navedenih razloga neke zemlje ne prihvataju ni međunarodne konvencije i rezolucije koje se odnose na ovaj problem i u vezi sa time ne poštuju zakonsku normativu. Upravo ekonomski razvijene države su najveći ugroživači životne sredine, dok je organizovani ekološki kriminalitet rasprostranjen skoro u svim državama u svetu, pa i Republici Srbiji.

1.1. Ekološko pravo i primena prava

“Svako ljudsko društvo, koristeći prirodne resurse, preuređujući prirodu da bi se razvijalo za novo doba. Vremenom je društvo uočilo da u tim procesima se moraju poštovati određena pravila prirode. Istovremeno je uočeno, da zbog toga se moraju bitno uređivati preciznija društvena pravila ponašanja prema prirodi. I sve to da bi se ovi procesi nesmetano odvijali, a priroda sačuvala. U takvoj situaciji pravnici su počeli da ozbiljnije razmišljaju o tome, naročito, kad se govori o: proizvodnji energije, korišćenju vode i vodotoka, šuma ili obradivog zemljišta, iste procese valja što preciznije regulisati.”²¹² Sagledavajući sve navedene aspekte, upravo da bismo što efikasnije reagovali na rastuće probleme ugrožavanja i povrede životne sredine i ekologije, neophodno nam je i potrebno reagovanje i pravnim sredstvima.²¹³ Ekološko pravo kao integralni deo

²¹¹ Pre oko tri do četiri godine u prostoru Prijepolje-Bijelo Polje pronađen je vagon sa opasnim radijacionim otpadom i do danas se nije otkrilo čiji su vagon i materijal.

²¹² Vladan Joldžić, Ekološko pravo u tranziciji – primer Srbije, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, 2007., str. 27.

²¹³ Isto, str. 9.

pravne nauke, zaslužuje ozbiljnija istraživanja i nastavno izučavanje, a samim tim formiranje predmetne celine o ovom problemu. Ekologiju kao multidisciplinarnu nauku ne izučava samo pravna nauka, već i sociologija kao humanu nauku, medicina i nauka bezbednosti. Pojedini pravnici u pravnoj nauci (ecos), shvataju je isključivo kao životnu sredinu u njenom užem značenju. Ako analiziramo "ekos" kao pojam koji označava životnu sredinu sa kojim bismo označili njegovu definiciju za ekologiju kao naučnu disciplinu, u tom bismo postigli određeni pomak. Ta definicija bi bila usmerena na neki lokalitet, kao uži deo ekologije. Ekologija je nauka koja obuhvata celokupnu atmosferu u smislu zdrave sredine, stoga zaslužuje jednu pravilniju i kompletnejšu definiciju koja bi opravdala njenu celovitost. Reč ecos (*oicos*) na starogrčkom jeziku u prevodu označava kuću, stanište. Stoga se može postaviti pitanje da li ekologija podrazumeva samo kuću ili nečije stanište, tj. ograničeni prostor. Prema tome ekologiju kao nauku moramo posmatrati u više naučnih disciplina i ista zaslužuje ozbiljnija istraživanja i poštovanja njenih prirodnih pravila. S tim u vezi nas ekološko pravo obavezuje i od nas očekuje adekvatnu zaštitu životne sredine i ekologije, da bi nam isto poslužilo i za pravo na zdravu okolinu.

1.1. Ustavni osnovi u zaštiti životne sredine

Prethodni ustavi SFRJ, SRJ i Republike Srbije u sadržajnim osnovama su imali uređenu zaštitu životne sredine. U Ustavu bivše Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije članom 97 regulisano je pitanje prava na zaštitu životne sredine. "Pomenutim Ustavom radni ljudi, građani, organizacije udruženog rada i političke organizacije, imale su pravo i dužnost da obezbeđuju uslove za očuvanje i razvoj prirodnih i radom stvorenih vrednosti čovekove sredine, kao i da sprečavaju i otklanjaju štetne posledice koje zagađivanjem vazduha, tla, vode, vodotoka ili dovode u opasnost život i zdravlje ljudi." Ustavom Republike Srbije iz 2006. godine u čl. 74 takođe je regulisano pravo na zdravu životnu sredinu i na blagovremeno potpuno obaveštavanje o njenom stanju. Svako, a posebno autonomne pokrajine (Kosovo i Metohija i Vojvodina), odgovara za zaštitu životne sredine, te je dužan da čuva i poboljšava životnu sredinu. Iako su Ustavom zagarantovana prava, slobode, integritet, suverenitet, bezbednost i drugo, NATO pakt i neke države su povredile Ustav Republike Srbije, protivpravnim bombardovanjem iz vazduha 1999. godine, čime je ugrožena šira teritorija Republike Srbije, kao i Republike Srpske 1993.

godine, kao i odbacivanjem drugih otpada opasnih po ekologiju, a time su učinili nedozvoljeno delo i doprineli razvoju ekološkog kriminaliteta.

1.1. Krivični zakonik i zaštita životne sredine

Krivičnim zakonikom Republike Srbije uređena su sva krivična dela kojima se ugrožavaju ljudski životi i životna sredina između čega su:

Neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet opojnih droga kojima se ugrožava zdravlje ljudi i životna sredina u kojoj se proizvode, prerađuju i stavljuju u promet navedene supstance. Svako ko učini ovu radnju čini krivično delo i snosi svaku zakonsku odgovornost.

Nepostupanje po zdravstvenim propisima za vreme epidemije i prenošenje zaraznih bolesti, bilo namerno ili nehatom, je takođe krivično delo kojim se ugrožavaju ljudski životi i materijalne vrednosti. Neadekvatno, nestručno i neodgovorno lečenje ljudi.²¹⁴

Proizvodnja, skladištenje i stavljanje u promet škodljivih proizvoda hrane, tečnosti, i drugih škodljivih namirnica od kojih se stiču oboljenja, bolesti, zarazne bolesti i pretnje po ljudski život. Zagađenje vode za piće i šиру upotrebu, takođe predstavlja pretnju za nastanak oboljenja i zaraze.

Ugrožavanja životne sredine uopšte je krivično delo kojim se stvara pretnja po bezbednost živog i biljnog sveta, zagađenjem vazduha, zemljišta, vode i vodenih tokova, kosmosa i slično. Zatim se čini krivično delo nepreduzimanjem adekvatnih mera zaštite životne sredine u privatnom imanju i sektoru, kao i odgovorno lice u društvenim delatnostima.

Izgradnja i stavljanje u pogon objekata u kojima bi se proizvodile opasne i zagađujuće materije čime bi se ugrožavala zdrava životna sredina. Kao oštećenje objekata i sredstava kojima bi se oštećivala životna sredina, takođe je krivično i nedozvoljeno delo.

Uvoz i unošenje opasnih i zagađujućih materija, stvari i sredstava, kao i bacanje istih u prirodnu sredinu, kao što su to medicinski otpadi,

²¹⁴ U SAD zbog lekarskih greški umrlo je 98.000 ljudi, u Nemačkoj 8.000, u Hrvatskoj 160, a u Republici Srbiji takođe postoje slučajevi sa smrtnim posledicama (u Pančevu, Zaječaru, Beogradu, Klinika Decedra i sl.), ali niko ne vodi statistiku o ovom problemu. TV-1 17. 7. 2007. godine.

nuklearni otpadi, zastareli lekovi sa isteklim rokom trajanja, zarazni mesni proizvodi, prehrambeni proizvodi, zaražena stoka i slično.

Izbacivanje otpadnih i opasnih materija u kanalizaciju, a tim u vodene tokove, takođe je krivično delo kojim se ugrožavaju vodenii tokovi i voda za piće. Velike seče i pustošenje šuma od čijih posledica nestaju i izvori vode su takođe nedozvoljena krivična dela.

Neobezbeđenjem adekvatnih mera bezbednosti zdravlja na radu (zaštita na radu) od strane odgovornih i ovlašćenih lica.

Uvoz i unošenje otpadnog nuklearnog materijala, čime se stvara pretnja zagađenja okoline i nastanak zaraznih i teških oboljenja kod ljudi i životinjskog sveta, kao i oboljenje i uništenje biljnog sveta.

Svaki nedozvoljeni i protivzakoniti akt kojim se stvara pretnja po bezbednost živog i biljnog sveta zagađenjem životne sredine, zaslužuje osudu i prestavlja krivično delo po bezbednost prirodne atmosfere. Protiv ovih akata mora se boriti svim raspoloživim sredstvima.²¹⁵

Sve navedene radnje i aktivnosti čine krivična dela, kojim se ugrožavaju prirodni resursi, voda, vazduh, zemljište, ishrana, životinjski i biljni svet, a time i egistencija ljudi.

1.1.1. Metodika otkrivanja i razjašnjavanja ekološkog kriminaliteta

Da bismo raspravljali o metodama otkrivanja ekološkog kriminaliteta, neophodno je ukazati na njegovo pojmovno određenje. "Ekološki kriminalitet je savremeni oblik kriminaliteta i, bez obzira na njegove specifičnosti, u definisanju njegovog pojma. Stoga se mora poći od svih elemenata koji čine suštinu kriminaliteta, sa tim što se isto odnosi na jednu posebnu oblast u domenu zaštite životne sredine."²¹⁶ Efikasnost suzbijanja ekološkog kriminaliteta podrazumeva odgovarajuću stručnost kadrova, odnosno raspolaganje sa odgovarajućim nivoom znanja iz ekološke problematike. U cilju suzbijanja ekološkog kriminaliteta, nužno je uzeti u

²¹⁵ Krivični Zakonik Republike Srbije, Službeni glasnik br. 85/2005.

²¹⁶ Mićo Bošković, Metode otkrivanja i razjašnjenja ekološkog kriminaliteta, MUP RS, Beograd, 1993. str. 51.

obzir neophodne činioce koji su prisutni u ekološkom kriminalitetu, kao i uticaj u rešavanju ekološkog problema:

1. Politika bezbednosti je neodgovarajuća u odnosu na zaštitu životne sredine, a time i ekološkog kriminaliteta;
2. Ekonomski sistem nije potpuno adekvatan i nema izgrađen ekonomski kriterijum po pitanju sprečavanja i suzbijanja ekološkog kriminaliteta;
3. Svest kod predstavnika vlasti i dela građana nije u potpunosti usmerena u odnosu na ovaj fenomen;
4. Nije organizovan posebno stručan, obučen i opremljen organ za sprečavanje i suzbijanje ovog fenomena, već to čini više organa koji nisu povezani, koordinirani i usaglašeni;
5. Neprekidno kašnjenje i zaostajanje u odnosu na druge, izrada i donošenje prostornog planiranja kad je u pitanju ekologija i životna sredina;
6. Nepoštovanje u potpunosti pravne regulative koja reguliše ovu materiju;
7. Inspekcijske preventivne aktivnosti su nedovoljne;
8. Nekoordinirane inspekcijske aktivnosti;
9. Represivna delatnost inspekcijskih, policijskih i istražnih organa je na niskom nivou;
10. Kaznena politika je veoma blaga, čime se podstiču izvršioci na nedozvoljene radnje i drugo.

1. Tabela izvršenih krivičnih dela i mere suprotstavljanja MUP-a Republike Srbije

Tabela 1 Period 1. 1–30. 9.20	Član	Mesto	Mesto	Broj	
Neka od izvršenih krivičnih dela ekološkog kriminaliteta					
Građanin je pokušao preko granice preneti 64 kom. gmizavaca	265	Pirot	Iz R. Srbije	64	

Građanin je pokušao preneti preko granice zaštićene ptice	265	Pirot	Iz R. Srbije	39	
Građanin je nedozvoljeno sekao zaštićenu šumu	275	Sremska Mitrovica	U R. Srbiji	1	
Građanin je nedozvoljeno sekao zimzeleno drveće	275	Prijepolje	U R. Srbiji	1	
Građanin je u korito za napajanje domaće stoke ubacio bočicu otrova	273	Užice	U R. Srbiji	1	
Dvojica građana su nedozvoljeno lovili ribu na reci Tisi u mrestilištu	277	Kikinda	U R. Srbiji	2 Ukupno 7 kri. dela	

Tabela 2		Član	Mesto	Mesto	Broj
Period 1. 1–30. 9.20					
Neki od procesuiranih krivičnih dela od strane policije Republike Srbije					
Sredstvo	Shodno navedenom članu policija je podnela krivičnu prijavu	265	U Republici Srbiji	Iz R. Srbije	6
	Shodno navedenom članu policija je podnela krivičnu prijavu	269	U Republici Srbiji	Iz R. Srbije	56
	Shodno navedenom članu policija je podnela krivičnu prijavu	273	U Republici Srbiji	U R. Srbiji	1
	Shodno navedenom članu policija je podnela krivičnu prijavu	274	U Republici Srbiji	U R. Srbiji	6

Meta	Shodno navedenom članu policija je podnela krivičnu prijavu	275	U Republici Srbiji	U R. Srbiji	352	
	Shodno navedenom članu policija je podnela krivičnu prijavu	276	U Republici Srbiji	U R. Srbiji	47	
	Shodno navedenom članu policija je podnela krivičnu prijavu	277	U Republici Srbiji	U R. Srbiji	16	
	UKUPNO				484	

Tabela 3		Član	Mesto	Mesto	Broj
Period 1. 1–30. 9. 20					
Neki od procesuiranih krivičnih dela od strane policije Republike Srbije					
Sredstvo	Shodno navedenom članu policija je podnela krivičnu prijavu	269	U Beogradu	Iz R. Srbije	10
	Shodno navedenom članu policija je podnela krivičnu prijavu	275	U Beogradu	Iz R. Srbije	40
	Shodno navedenom članu policija je podnela krivičnu prijavu	276	U Beogradu	U R. Srbiji	1
	Shodno navedenom članu policija je podnela krivičnu prijavu	277	U Beogradu	U R. Srbiji	3
Meta	UKUPNO		U Beogradu	U R. Srbiji	54

1.1. Protokol iz Kjota

Prihvatanje i ratifikacija Protokola prema obrazloženju na Skupštini predstavlja dokument od političkog, ekonomskog i pravnog značaja za Republiku Srbiju. Njegov je veliki značaj zaštite životne sredine i čistih tehnologija u oblasti zaštite životne sredine. Usvajanjem zakona na osnovu Protokola i preduzimanjem adekvatnih mera koje su predviđene, postiglo bi se smanjenje količine izduvnih gasova od saobraćaja u urbanim naseljima.

Protokolom se ukazuje na utvrđene obaveze industrijski razvijenih zemalja o smanjenju emisije štetnih gasova sa efektom staklene bašte, dok se za zemlje u razvoju, među kojima je i Republika Srbija, Protokolom ne uvode nove obaveze. Okvirna Konvencija Ujedinjenih nacija o promeni klime (Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change), je dodatak međunarodnom sporazumu o klimatskim promenama, potpisanim s ciljem smanjenja emisije ugljen dioksida i drugih gasova koji izazivaju efekat staklene bašte. Protokol je potpisalo 170 država decembra 2006. godine. Protokolom se smanjuje ispuštanje šest gasova koji izazivaju efekte staklene bašte, kao što su: ugljen dioksid, metan, azot, dioksid, fluorougljovodonik, perfluorougljovodonik i heskafluorid.

Sve je to uslovjavalo u zadnje vreme povećanje navedenih gasova u atmosferi zbog korišćenja fosilnih goriva u industriji, saobraćaju itd., te je doprinelo globalnom zagrevanju i klimatskim promenama. SAD i neke manje su odbile ratifikovanje Protokola iz Kjota, što potvrđuje da će iste i dalje izbegavati primenu propisa kao i prethodnih. Ekonomski razvijene države su te koje su ugrozile životnu sredinu i atmosferu uopšte, zbog čega je došlo do probijanja sunčevog omotača i pretnji po bezbednost zdravlja živog i uništenja dela biljnog sveta.²¹⁷

1.1. Zakon o osnovama zaštite životne sredine

Ovim zakonom uređeni su principi, kriterijumi i mere kojima se obezbeđuje zdrava životna sredina u Republici Srbiji. U ostvarenju zaštite životne sredine učestvuju građani, preduzeća, ustanove, državni organi i druga pravna lica. Zaštita životne sredine podrazumeva niz mera radi

²¹⁷ file/ F /23.01.2008/ Kjoto %201.htm

sprečavanja ugrožavanja životne sredine, očuvanja prirodne ravnoteže i racionalnog korišćenja prirodnih bogatstava. Prirodne vrednosti ili bogatstva podrazumevaju vazduh, vodu, more, zemljište, šume i biodiverzitet.

Zagađivanje ekologije i životne sredine podrazumeva unošenje, ostavljanje i proizvodnju zagađujućih materija kojima se ugrožava životna sredina. Zagađenje se ostvaruje ljudskim delatnostima (proizvodnja, otpad, isparavanja, i kvarovi na postrojenjima) i prirodnim procesima (vulkani, zemljotresi, vetrovi, oluje, poplave, velike padavine i sl.), koji nanose posledice po živi i biljni svet.

Zagađujuće materije podrazumevaju sadržaje čija ispuštanja u atmosferu remete njen prirodni sastav, osobine ili integritet. Misiju koncentracije zagađujućih materija u životnu sredinu sačinjavaju povećana količina zagađujućih gasova, para, otrovnih prašina, prljavih tehnologija iz industrijskih objekata, prevoznih sredstava zagađenog bilja, vode, vazduha i prirode od velike količine prljavštine i ostavljenog, a nezaštićenog otpada.

Sve su to oblici i uzročnici zagađenja životne okoline, usled čega dolazi do zaraznih bolesti, oboljenja, povreda i trovanja živog sveta, a i oštećenja i uništenja biljnog sveta.²¹⁸

1. Pojam i definicija ekologije i ekološkog kriminaliteta

Reč ekologija potiče od grčke reči koja znači i podrazumeva nauku o odnosu organizma (biljaka i životinja) prema okolini, o njegovom smeštaju i pojavljivanju u prostoru ili nauko o načinu života životnih zajednica i o odnosima koji vladaju između živih bića.²¹⁹ Dok vojno, ekologija se shvata kao uništavanje i zagađivanje prirode i životne sredine i ljudi.²²⁰ Međutim, kriminologija ekologiju podrazumeva kao poseban vid kriminaliteta koji ima za posledicu zagađivanje vode, vazduha i zemljišta u većem obimu i

²¹⁸ Zakon o osnovama zaštite životne sredine Republike Srbije.

²¹⁹ Ljubo Mićunović, Savremeni rečnik stranih reči, Književna zajednica, Novi Sad, 1988. str. 157.

²²⁰ Vojni leksikon, Vojnoizdavački zavod, Beograd, 1981. str. 124.

na širem području.²²¹ Pod životnom sredinom se podrazumevaju svi živi i neživi delovi planete – litosfera, biosfere, atmosfere i stratosfere. Termin životna sredina odnosi se na fizičke i biološke sisteme i veze između njih, različite od političkih, ekonomskih i drugih socijalnih sistema. Takođe se odnosi i na pitanja ostvarivanja povratnog uticaja ovih sistema na ljudske živote. Uništene unutrašnje životne sredine (oštećene ozonskim omotačem, klimatske promene, uništavanje šuma i životinjskih vrsta, zagađenje vode itd.) postale su krajem XX veka globalni problem bezbednosti. Problem životne sredine po nekim autorima predstavlja jednu od tri najvažnije oblasti globalizacije. Prvenstveno se odnosi na ekološke probleme koji prelaze nacionalne granice i mogu se svrstati u dve grupe: problem koji se javlja kao posledica određenih prirodnih procesa i fenomen nezavisno od delovanja čoveka i ekološki problem koji je posledica delovanja različitih društvenih, političkih i ekonomskih dinamika u svetu. Većina istraživača posebno izdvaja pojavu ozonskih rupa kao posledicu globalnog zagrevanja, kisele kiše, smanjenje obradivog zemljišta, siromašenje vitalnih resursa (nafta, drvo i dr.).²²² Nepoštovanjem zakonskih propisa čini se protivzakonito nasilje, a time se čine i krivična dela i kriminalitet koji drastično utiče na zagrevanje i ekologiju uopšte. Pojmovno određenje i definicija ekološkog kriminaliteta podrazumeva *činjenje krivičnih dela putem uništavanja, zagađenja i prisvajanja prirodnih resursa, čime se ugrožava i bezbednost ljudi i imovine.*

1.1. Globalne opasnosti ekološkog kriminaliteta i problemi suzbijanja

Čovek i sve generacije su od prirode privremeno posudile planetu da bi je eksplatisale, na njoj živele, radile i čuvale je. Društvo se u celini ne pridržava svojih obaveza u smislu čuvanja prirodnog bogatstva koje mu je povereno, kako moralno tako i zakonski, već ga ugrožava sa svim mogućim i raspoloživim sredstvima. Primitivno doba uz

²²¹ Živojin Aleksić, Milan Škulić, Milan Žarković, Leksikon kriminalistike, Beograd, 2004. str. 70.

²²² Mladen Bajagić, Osnovi bezbednosti, Kriminalističko-policijска akademija, Beograd, 2007. str. 142.

težak život proteklo je sa najmanje ugrožavajućim oblikom oštećenja i uništavanja prirode i prirodnih bogatstava. Srednji vek doživeo je uspon i napredak kako u tehnologiji tako i razvoju industrije i time se povećava i ugrožavanje prirodnih bogatstava i života na planeti. Novi i savremeni svet je u trci unapređenja tehnologije, industrije i sredstava za bolji život, doneo nove probleme – pretnje i opasnosti po opstanak prirode, prirodnih bogatstava i života uopšte. Razvojem industrije, naglim povećanjem proizvodnje različitih materija, postignut je i ubrzan doprinos pretnji i ugrožavanju, kako prirodnih nesreća, tako i tehnoloških udesa i svih oblika rizika koje nameće čovek.

Globalne opasnosti u vidu ekološkog kriminaliteta su jedna od najopasnijih pretnji i rizika po bezbednost nacionalnih država. Te opasnosti u najčešćim slučajevima dolaze iz ekonomski razvijenih država koje raspolažu sa svim mogućim opasnim materijama. Zbog proizvodnje oružja za masovno uništavanje, javlja se potreba za nabavkom opasnih materija od kojih se izrađuju ta oružja. U mnogobrojne vrste opasnih materija ubrajaju se i osiromašeni uranijum, nuklearni otpad, plutonijum, hemijski, biološki, radiološki i drugi otrovi i otpad. U nedostatku navedenih sredstava vrši se protivzakonita trgovina tim materijama koje nabavljaju, prenose, transportuju i prodaju kriminalne grupe koje međusobno trguju, a često za državne potrebe.

Pored ilegalne trgovine opasne materije se upotrebljavaju i u ratnim sukobima, vojnim intervencijama, agresijom i sličnim pretnjama kojima pribegavaju oružane snage i terorističke grupacije.²²³

Analizirajući navedene pretnje i rizike i načine na koji oni nastaju, nacionalne države između kojih je i Republika Srbija, ne raspolažu sa mogućnostima da se suprotstave ovim opasnostima, naročito kad je u pitanju agresija iz vazdušnog prostora. Ekološkom kriminalitetu koji se odnosi na trgovinu između organizovanih grupa, delimično se suprotstavlja, no to je nemoguće u potpunosti, jer se radi o veoma organizovanim i opasnim grupama koje iznalaze načine za ovu vrstu trgovine i uspevaju u tome.

Da bi se ekonomski nerazvijene i siromašne države mogle adekvatno suprotstaviti ovom obliku kriminaliteta, one moraju imati sredstva,

²²³ Opasne materije su upotrebile oružane snage NATO na Republiku Srpsku, Republiku Srbiju, Irak, Libiju, Afganistan i druge. Na ove prostore izbačene su ogromne količine osiromašenog uranijuma, plutonijuma i drugih opasnih sredstava.

stručni kadar, saradnju i podršku, a upravo zato što nemaju, suočavaju se sa ovim pojavama.

Zagađenje ekološkim kriminalitetom

“Ekološki kriminalitet ima za posledicu zagađenje voda, vazduha i zemljišta u većem obimu i količinama ili na širem području. Time se dovodi u opasnost život i zdravlje ljudi, ili prouzrokuje uništenje biljnog ili životinjskog svata većih razmera. Fenomen ekološkog kriminaliteta je postao posebno aktuelan u vezi sa razvojem nauke i tehnike, uvođenjem novih tehnologija, korišćenjem novih i moćnih izvora energije, izgradnjom ogromnog broja industrijskih postrojenja i razvojem velikih urbanih sredina. Za razliku od klasičnog kriminaliteta, čije otkrivanje pripada isključivoj nadležnosti organa unutrašnjih poslova, koncepcijске osnove borbe protiv krivičnih dela u vezi sa zagađenjem životne sredine su postavljeni znatno šire”²²⁴. Ekološki kriminalitet je pojava novijeg vremena i predstavlja savremeni oblik kriminaliteta u čijem sadržaju je obuhvaćen veći broj krivičnih dela, kojima se ugrožava i oštećuje životna okolina i zdravlje živog sveta. Ovaj međunarodni savremeni fenomen obuhvata sve osobenosti koje karakterišu novi i organizovani kriminalitet, kao što je masovnost, organizovanost, međunarodna kooperativnost i efikasnost. Ekološki kriminalitet dostigao je visoki stepen razvoja sa sve većim elementima inostranosti, sve više predstavlja pretnju zagađenju čovekove okoline, a tozagađenje se ne može zaustaviti administrativnim granicama niti administrativnim državnim merama jedne države. Na to da je kriminalitet sveobuhvatan ukazuju primeri trgovine nuklearnim otpadima koji služe za proizvodnju nuklearnog oružja za kojim teže i terorističke i kriminalne grupacije u svetu. U proizvodnji nuklearnih materija, nepropisnim i nekontrolisanim skladištenjem nuklearnih otpada dolazi do isparenja i isticanja otrovnih, zaraznih i zagađujućih para i materija u vazduh, čime se stvaraju pogodni uslovi za zagađenje okoline velikog prostora, a tima i opasnosti po bezbednost zdravlja. Zagađenje iz vazdušnog prostora u najčešćim slučajevima nastaje pojavom ugljenmonoksida (CO), sumpora dioksida (SO₂), azotdioksida (NO₂), olova, nikla, cinka, osiromašenog uranijuma, plutonijuma i mnogih drugih materija. Prema tome, ekološki kriminalitet predstavlja pretnju po bezbednost zdravlja ljudi, drugih živih bića i ekosistema u celosti.

²²⁴ Živojin Aleksić, Milan Škulić, Milan Žarković, Leksikon kriminalistike, Beograd, 2004. str. 70.

Umesto zaključka

Ekološki kriminalitet kao fenomen savremenog sveta predstavlja svakodnevnu pojavu u najvećem broju država međunarodne zajednice. Ekološki kriminalitet kao pojava predstavlja najveću pretnju po planetu Zemlju i život na istoj, zbog prometa najopasnijih materija sa kojima raspolaže savremeno društvo tj. ekonomski razvijene države.

S obzirom na to da neke države ne raspolažu sa opasnim oružjima za masovno uništavanje, a žele da ga poseduju, imaju potrebu za ovim sredstvima i pribegavaju ilegalnoj nabavci istih. U nekim državama se pojavio problem siromaštva, jer deo stanovništva nema sredstva za život, te se isto pribegava trgovini ovim opasnim sredstvima pri čemu se ilegalno stiču velike količine finansijskih sredstava. Sa ovim problemom suočila se bivša država SSSR, a prilikom njenog raspada više pokušaja trgovine je osuđeno i sprečeno. Najveću opasnost bi prestavljala eventualna trgovina opasnim materijama za potrebe terorističkih organizacija, koje žele izraditi oružje za masovno uništavanje.

Ukoliko međunarodna zajednica i vlasti ekonomski razvijenih država pod hitno ne preduzmu mere za smanjenje i iskorenjivanje ugroživača životne sredine, opstanak na planeti Zemlji je vremenski ograničen, a život na istoj veoma kratak.

Istraživanja pokazuju da ovaj oblik kriminaliteta predstavlja opasnost po bezbednost života i životne okoline u najvećoj meri delovanjem ljudskog faktora.

Literatura

1. Ljubo Mićunović, Savremeni rečnik stranih reči, Književna zajednica, Novi Sad, 1988.
2. Franjo Vančina, Čovekova okolina, Zagreb, 1998.
3. Marković Slobodan, Ljubo Pejanović, Životna sredina, Fakultet za pravne i poslovne studije dr Lazar Vrktić, Novi Sad, 2012.
4. Mićo Bošković, Metode otkrivanja i razjašnjenja ekološkog kriminaliteta, MUP RS, Beograd, 1993.

5. Mile Rakić, Milijana Đorđević, Prevencija ugrožavanja životne sredine u funkciji razvoja društva, Institut za političke studije, Beograd, 2007.
6. Mladen Bajagić, Osnovi bezbednosti, Kriminalističko-polička akademija, Beograd, 2007.
7. Vladan Joldžić, Ekološko pravo u tranziciji - primer Srbije, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, 2007.
8. Živojin Aleksić, Milan Škulić, Milan Žarković, Leksikon kriminalistike, Beograd, 2004.
9. Vojni leksikon, Vojnoizdavački zavod, Beograd, 1981.

Zakoni:

10. Krivični Zakonik Republike Srbije, Službeni glasnik br. 85/2005.
11. Protokol iz Kjota.
12. Zakon o osnovama zaštite životne sredine Republike Srbije.
13. File/ F /23.01.2008/ Kjoto %201.htm

Sadmir Karović, magistar prava
Državna agencija za istrage i zaštitu
E-mail: karovic.s@hotmail.com
Stručni članak

UDK 343.132:351.74/.75

TUŽILAČKI KONCEPT ISTRAGE U KRIVIČNOM PROCESNOM ZAKONODAVSTVU BIH

Sažetak

U ovom radu naglašen je značaj i suština tužilačkog koncepta istrage koji je prisutan u krivičnom procesnom zakonodavstvu BiH kao i država iz neposrednog okruženja, s osvrtom na ulogu tužioca i policije kao i na njihov međusobni odnos u smislu komunikacije i saradnje prilikom neposrednog postupanja. Navedeni odnos na relaciji tužilac – policija podrazumijeva proaktivnu ulogu tužioca i ovlašćenih službenih lica u cilju zadovoljenja efikasnosti sproveđenja istrage od čega neposredno zavisi podizanje optužnice i njeno zastupanje na glavnom pretresu. Bosna i Hercegovina je prva država s prostora bivše Jugoslavije koja je prihvatile tužilački koncept istrage koji je zamijenio koncept sudske istrage. Reformom krivičnog procesnog zakonodavstva tužilački koncept istrage otvorio je i brojna pitanja koja se odnose na sami postupak istrage, njenu suštinu, prava i obaveze, odnose subjekata i druga bitna krivičnoprocesna pitanja.

Ključne riječi: Zakon o krivičnom postupku, tužilac, policija, istraga, tužilački koncept istrage.

PROSECUTORIAL CONCEPT OF INVESTIGATION IN CRIMINAL PROCEEDINGS LAW BIH

Summary:

The paper emphasized the importance and essence of the concept of prosecutorial investigation that is present in the criminal procedure legislation of BiH as a state and the immediate environment, with emphasis on the role of prosecutors and police as well as their relationship in terms of communication and cooperation in the immediate treatment. The above relationship between the plaintiff-police prosecutor implies proactive and authorized officials to meet the efficiency of investigation of which directly depends on the indictment and its representation at trial. Bosnia and Herzegovina was the first country from the former Yugoslavia that has embraced the concept of the investigation that the plaintiff was replaced by the concept of judicial investigation. The reform of the criminal procedural law concept of prosecutorial investigation was opened and a number of questions relating to themselves an investigation into its origin, the rights and obligations related entities and other important criminal procedural questions.

Key words: *Code of Criminal Procedure, the prosecutor, police, investigation, prosecution*

concept investigation.

UVOD

U proteklom periodu, posebno u zadnjoj deceniji, evidentne su promjene kontinentalnoevropskog krivičnog postupka, pod snažnim uticajem određenih krivičnoprocесnih rješenja angloameričkog pravnog sistema. U procesu reformi krivičnog procesnog zakonodavstva na prostoru bivše Jugoslavije u sklopu tranzicijskih promjena, prihvaćena su nova procesna rješenja svojstvena za angloamerički koncept krivičnog postupka. Jednu od važnih karakteristika krivičnih postupaka predstavlja zaštita osnovnih ljudskih prava i sloboda svakom pojedincu na temelju mnogobrojnih međunarodnopravnih dokumenata koji se odnose na ovu

oblast.²²⁵ Pojavom novih specifičnih oblika kriminaliteta, svojstvenih upravo za države u tranziciji, pojavila se realna potreba pronalaženja efikasnih i srazmjernih odgovora i reakcije na planu energične borbe protiv najsloženijih oblika kriminaliteta, a posebno organizovanog kriminaliteta kao pojave savremenog doba. Kreiranje novog evropskog procesnog zakonodavstva potpomognuto je od strane naddržavnih organizacija UN-a i Vijeća Evrope. "Nastojanjima međunarodnih organizacija stvoren su modeli uređenja mnogih kaznenopostupovnih odnosa, utvrđeni kriteriji pravila prema kojima se ravnaju nacionalni sustavi kaznenih postupaka, prije svega u području zaštite ljudskih prava i sloboda."²²⁶ U talasu ukupnih reformi u Bosni i Hercegovini značajna uloga je upravo međunarodne zajednice koja je putem svojih predstavnika uticala i na reforme u krivičnom zakonodavstvu. Pozitivna karakteristika djelovanja visokog predstavnika u BiH kao konačnog autoriteta u zemlji u pogledu tumačenja Sporazuma o sprovođenju civilnog dijela Mirovnog ugovora kako bi pomogao u iznalaženju rješenja za probleme, predstavlja ubrzan proces reforme krivičnog zakonodavstva. S druge strane, negativna karakteristika predstavlja nemogućnost zajedničkog, odnosno jedinstvenog djelovanja i usaglašavanja autoriteta u zemlji na nacionalnom nivou, tako da se djelovanje visokog predstavnika može protumačiti ili okarakterisati kao nametanje zakona.

I. Tužilački koncept istrage

Dosadašnje reforme krivičnog postupka imale su za cilj postizanje većeg stepena efikasnosti suzbijanja kriminaliteta s obzirom na to da je potpuno iskorjenjivanje ove složene društvene pojave kao takve nemoguće. "Za BiH kao tranzicijsku zemlju je razumljivo da okolnosti ponekad nalažu donošenje kratkotrajnih rješenja za vrlo složene probleme. Međutim, ozbiljni i brojni razlozi zahtijevaju da reforma krivičnog pravosuđa i krivičnog zakonodavstva bude zasnovana ne na kratkotrajnim rješenjima,

²²⁵ U novom krivičnoprocesnom zakonodavstvu potrebno je posebno naglasiti zagarantovana prava osumnjičenog odnosno optuženog, postupanje policije prilikom lišenja slobode i zadržavanja osoba koja su usaglašena s međunarodnim standardima za zaštitu ljudskih prava i sloboda.

²²⁶ B. Pavišić, Novi hrvatski Zakon o kaznenom postupku, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol. 15, broj 2/2008, str. 492.

već na pravnim principima.”²²⁷ Reforma krivičnog zakonodavstva iz 2003. godine ima za cilj efikasno suzbijanje kriminaliteta, posebno organizovanog kriminaliteta kao pojave savremenog doba, pri čemu se naglašava zaštita ljudskih prava i sloboda svakog pojedinca kao imperativ.²²⁸ Tako se u članu 1. Zakona o Tužilaštvu Bosne i Hercegovine navodi “da bi se osiguralo efikasno ostvarivanje nadležnosti države Bosne i Hercegovine i poštovanje ljudskih prava i zakonitosti na njenoj teritoriji, ovim zakonom osniva se Tužilaštvo Bosne i Hercegovine”²²⁹ Tužilački koncept istrage, koji je najnovijim izmjenama zamijenio sudske koncepte istrage prisutan u ranijem krivičnom postupku, u tom kontekstu treba da obezbijedi efikasnost same istrage kao i krivičnog postupka u cjelini. Uvažavajući nova krivičnoprocesna rješenja u novim zakonima o krivičnom postupku²³⁰, evidentno je da je došlo do izmjene uloga subjekata krivičnog postupka. Suštinu tužilačkog koncepta istrage čini prenošenje nadležnosti istražnog sudije propisane u ranijem zakonu o krivičnom postupku upravo na tužioca. “Ako se ovaj trend posmatra sa aspekta država koje su nastale na prostoru bivše Jugoslavije onda se može konstatovati da njihova krivičnoprocesna zakonodavstva uglavnom slede ovaj trend.”²³¹ Bosna i Hercegovina je reformom krivičnog procesnog zakonodavstva, prva država na prostoru bivše Jugoslavije koja je prihvatile tužilački koncept istrage, koji je i danas prisutan. “Opšta karakteristika novih postupaka je nestanak sudske istrage

²²⁷ H. Sijerčić-Čolić: Rasprava o reformi u krivičnom pravosuđu i krivičnom zakonodavstvu BiH, s posebnim osvrtom na novo krivično procesno pravo, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol. 10, broj 1/2003, str. 184.

²²⁸ U čl. 10 Zakona o krivičnom postupku BiH koji se odnosi na zakonitost dokaza navodi se: (1) Zabranjeno je od osumnjičenog, optuženog ili bilo koje druge osobe koja učestvuje u postupku iznuditi priznanje ili kakvu drugu izjavu. (2) Sud ne može zasnovati svoju odluku na dokazima pribavljenim povredama ljudskih prava i sloboda propisanih ustavom i međunarodnim ugovorima koje je Bosna i Hercegovina ratifikovala, niti na dokazima koji su pribavljeni bitnim povredama ovog zakona. (3) Sud ne može zasnovati svoju odluku na dokazima koji su dobijeni na temelju dokaza iz stava 2. ovog člana.

²²⁹ Službeni glasnik BiH broj 24/03.

²³⁰ Ovdje se navodi “novi zakoni o krivičnom postupku”, isključivo zbog lakše i jednostavnije diferencijacije i komparativne analize u odnosu na zakone koji su do tada bili na snazi.

²³¹ S. Bejatović, Krivičnoprocesni instrumenti adekvatnosti kaznene politike, Zbornik radova, Kaznena politika (raskol između zakona i njegove primjene), Istočno Sarajevo, 2012. str. 27.

i transformisanje tužioca u operativno telo nadređeno drugim organima otkrivanja krivičnih dela”²³²

U ranijem periodu ovaj koncept istrage bio je prisutan u krivičnoprocesnim zakonodavstvima država u anglosaksonskom pravnom sistemu, ali je danas sve više prisutan u svijetu. S druge strane, sudski koncept istrage je bio karakterističan za krivičnoprocesna zakonodavstva država evropskog kontinentalnog pravnog sistema. “Čak šta više i u krivičnom procesnom zakonodavstvu zemalja koje važe za kolevke sudskog koncepta istrage on je sve više prisutan kroz preuzimanje ne malog broja rešenja svojstvenih tužilačko-policijskom konceptu istrage”.²³³ Navedenim izmjenama i usvajanjem, odnosno propisivanjem procesnih normi kojima se prenose ovlašćenja na tužioca, tužilački koncept istrage daje aktivniju i odgovorniju ulogu tužioca u istrazi. “U čisto optužnom ili akuzatorском postupku teret dokazivanja leži na tužitelju (lat. *actore incubit probatio*)”.²³⁴ Proaktivno djelovanje tužioca omogućava efikasnije sproveđenje istrage, a samim tim neposredno utiče i na efikasnost krivičnog postupka u cjelini. Status i pozicioniranje tužioca s prije svega rukovodećom ulogom u istrazi predstavlja značajnu promjenu u odnosu na raniju ulogu tužioca koja je bila pasivna. “Iskustvo i statistička analiza jasno pokazuju da javni tužilac rutinski prihvata skoro svaku krivičnu prijavu podnetu od strane policije, i praktično, njen sadržaj samo ‘pretače’ u svoj optužni akt, a zatim, što je poseban pokazatelj neefikasnosti sudske istrage, istražni sudija prihvata skoro svaki zahtev javnog tužioca za sproveđenje istrage.”²³⁵ Tužilac aktivno učestvuje u sačinjavanju izvještaja o počinjenom krivičnom djelu, čime se usklađuje krivičnoprocesni položaj tužioca (vodećom ulogom) s njegovom osnovnom funkcijom, a to je provođenje istrage za krivična djela te za krivično gonjenje izvršilaca u skladu sa Zakonom o krivičnom

²³² S. Davidov, Velika rekonstrukcija evropskog krivičnog postupka, Glasnik, Novi Sad, broj 12, 2011, str. 623.

²³³ S. Bejatović, Tužilački koncept istrage kao jedno od obeležja savremenog krivičnog procesnog zakonodavstva u zemljama bivše SFRJ i u Srbiji, Zbornik radova Pravo zemalja u regionu, Beograd, str. 245.

²³⁴ Sijerčić-Čolić, H.: Krivično procesno pravo, Knjiga I, Krivičnoprocesni subjekti i krivičnoprocesne radnje, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2005., str. 263

²³⁵ M. Škulić, Istraga-sudska, tužilačka, stranačka ili...?, Pravni fakultet Beograd, Pravni portal, dostupno na <http://www.pravniportal.rs/index.php?cat=253&id=1310>

postupku Bosne i Hercegovine i drugim primjenjivim zakonima.²³⁶ Tužilački koncept istrage podrazumijeva neposredno učešće tužioca, uvažavajući zakonska ovlašćenja.²³⁷

I. Pokretanje i sprovođenje istrage

Stupanjem na snagu novog Zakona o krivičnom postupku došlo je do odgovarajućih izmjena koje se odnose na ovlašćenja subjekata u krivičnom postupku. Ključnu ulogu u istrazi ima tužilac čija su ovlašćenja stupanjem na snagu novog Zakona o krivičnom postupku znatno proširena u odnosu na raniji Zakon o krivičnom postupku, ali su se paralelno s proširenjem ovlašćenja povećale i obaveze.

²³⁶ Krivična nadležnost Tužilaštva BiH propisana je u čl. 12. Zakona o Tužilaštvu BiH: (1) Tužilaštvo je organ nadležan za provođenje istrage za krivična djela za koja je nadležan Sud Bosne i Hercegovine, te za gonjenje počinilaca pred Sudom Bosne i Hercegovine, u skladu sa Zakonom o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine i drugim primjenjivim zakonima.

(2) Tužilaštvo je organ nadležan za primanje zahtjeva za međunarodnu pravnu pomoć u krivičnim stvarima, u skladu sa zakonima, multilateralnim i bilateralnim sporazumima i konvencijama, uključujući i zahtjeve za izručenje ili predaju traženih lica od strane sudova ili organa na teritoriji Bosne i Hercegovine i drugih država, odnosno međunarodnih sudova ili tribunalja. U slučaju da je za provođenje zahtjeva potrebna sudska odluka, Tužilaštvo je ovlašteno da podnese zahtjev za donošenje takve odluke. (3) Posebni odjeli, između ostalog, preduzimaju zakonom određene mjere za ispitivanje i gonjenje počinilaca krivičnih djela ratnih zločina, organiziranog kriminala, privrednog kriminala i korupcije predviđenih zakonom, kada je u navedenim zakonima za ta djela predviđena nadležnost Suda Bosne i Hercegovine.

²³⁷ U skladu s čl. 35, stav 2. Zakona o krivičnom postupku BiH, Tužitelj ima pravo i dužan je da: a) odmah po saznanju da postoje osnovi sumnje da je počinjeno krivično djelo preduzme potrebne mjere u cilju njegovog otkrivanja i sprovođenja istrage, pronalaženja osumnjičenog, rukovođenja i nadzora nad istragom, kao i radi upravljanja aktivnostima ovlaštenih službenih osoba vezanim za pronalaženje osumnjičenog i prikupljanje izjava i dokaza, b) sproveđe istragu u skladu s ovim zakonom, c) daje imunitet u skladu s zakonom, d) zahtijeva dostavljanje informacija od strane državnih organa, preuzeća, pravnih i fizičkih osoba u Bosni i Hercegovini, e) izdaje pozive i naredbe i predlaže izdavanje poziva i naredbi u skladu s ovim zakonom, f) naredi ovlaštenoj službenoj osobi da izvrši naredbu izdatu od strane Suda u skladu s ovim zakonom, g) predlaže izdavanje kaznenog naloga u skladu s članom 334. ovog zakona, h) podiže i zastupa optužnicu pred Sudom, i) podnosi pravne lijekove, j) obavlja i druge poslove određene zakonom.

Pokretanje i sprovođenje istrage u cjelini je povjerenio tužiocu koji postupa kao nezavisan državni organ u funkcionalnom smislu.²³⁸ Pokretanje istrage se vrši na osnovu naredbe tužioca čiji je pravni osnov postojanje osnova sumnje da je u konkretnom slučaju izvršeno određeno krivično djelo od strane poznatog ili nepoznatog izvršioca.²³⁹ Zakoni o krivičnom postupku u BiH sadrže identičnu odredbu koja se odnosi na definisanje istrage gdje se navodi da “istraga obuhvata aktivnosti poduzete od strane tužitelja ili ovlaštene službene osobe u skladu sa ovim zakonom, uključujući prikupljanje i čuvanje izjava i dokaza.”²⁴⁰ Osnovi sumnje predstavljaju manji stepen vjerovatnoće u odnosu na osnovanu sumnju da je izvršeno određeno krivično djelo. “Za pokretanje istrage nije potrebno da je sa izvjesnošću utvrđeno da je počinjeno krivično djelo, nego je dovoljno da postoje osnovi sumnje, tj. dovoljno je postojanje činjenica koje čine vjerovatnim da je izvršeno krivično djelo”.²⁴¹ Osnovi sumnje su bazirani na polaznim podacima i okolnostima koje se odnose na postojanje određenog krivičnog djela, odnosno da je krivično djelo učinjeno. Prethodno određivanje osnova sumnje je značajno istaći, imajući u vidu da postoji evidentan nesrazmjer između broja pokrenutih istraga i broja izrečenih osuđujućih presuda. U javnosti je prisutna subjektivna percepcija građana, te se nakon pokretanja istrage najčešće očekuje presuda i to osuđujuća presuda, tako da je veoma značajno naglasiti termin “osnovi sumnje” i njegovo pojmovno i sadržajno značenje.

U kriminalističko-poličkom kontekstu osnove sumnje možemo promatrati kao skup postojećih indicija i okolnosti proizašlih iz raspoloživih podataka koje ukazuju odnosno nagovještavaju na stvarno postojanje i izvršenje krivičnog djela koje je moguće dokazati s obzirom na propisane odredbe Zakona o krivičnom postupku. Prilikom utvrđivanja postojanja osnova sumnje nameće se nezaobilazno pitanje mogućnosti dokazivanja određenog krivičnog djela, a posebno kada se radi o složenim krivičnim djelima koja iziskuju maksimalnu angažovanost, stručnu osposobljenost i postupanje u skladu sa zakonskim i profesionalnim standardima. Krivičnoprocesni standardi dokazivanja u svakom slučaju moraju biti

²³⁸ Čl. 16. Zakona o krivičnom postupku BiH.

²³⁹ Čl. 216 Zakona o krivičnom postupku BiH.

²⁴⁰ Član 20 tačka j) ZKP BIH, ZKP BD, član 21. tačka j) ZKP FBIH i član 20 tačka i) ZKP RS.

²⁴¹ M. Simović, M. Simović-Nišević, Istraga u krivičnom postupku Bosne i Hercegovine, Strani pravni život, broj 3/2011, Beograd, 2011.

zadovoljeni, što neposredno podrazumijeva dosljedno postupanje tužioca u skladu s procesnim odredbama Zakona o krivičnom postupku. Prilikom određivanja i utvrđivanja postojanja osnova sumnje u konkretnom slučaju, jako je značajno naglasiti dosljednu zaštitu osnovnih ljudskih prava i sloboda kako osumnjičenog, tako i u kasnijoj fazi optuženog, koja su zagarantovana domaćim i međunarodnopravnim dokumentima. Olako postupanje tužioca, njegova profesionalna nezainteresovanost i pasivnost u svakom slučaju mogu dovesti u pitanje elementarna prava i slobode građana kao i rezultirati neuspjehom u smislu efikasnog sprovećenja istrage. Zakonodavac je isključivo tužiocu povjerio ovlašćenja kada je u pitanju pokretanje i sprovećenje istrage iz čega proizlazi i najveća odgovornost upravo tužioca, koji se stara o tome da cijelokupno postupanje u okviru istrage bude u skladu s odredbama Zakona o krivičnom postupku.

Nakon prijema izvještaja o počinjenom krivičnom djelu²⁴² od strane poznatog ili nepoznatog izvršioca²⁴³, sačinjenog od policije odnosno policijske agencije za sprovećenje zakona, tužilac može, ukoliko je to potrebno, da naloži nadležnoj policijskoj agenciji da izvrši određene provjere ili prikupljanje dodatnih obavještenja u vezi konkretnog krivičnog djela. Poslije kompletiranja, odnosno okončanih preliminarnih radnji od strane policije, tužilac donosi odluku u formi naredbe za provođenje istrage ili naredbu o nesprovećenju istrage ukoliko postoje zakonski razlozi za jedno ili drugo. Suštinska prednost postojećeg koncepta tužilačke istrage sastoji se u tome da se ne ponavljaju iste aktivnosti, s obzirom na to da je u novom krivičnoprocesnom zakonodavstvu raniji pretkrivični postupak i ranija istraga koja je od strane zakonodavca bila povjerena istražnom sudiji, sada integrisana u jedinstvenu istragu. Dakle, nove procesne odredbe predstavljaju normativnu podlogu za efikasniji krivični postupak, što predstavlja jedan od suštinskih ciljeva reforme krivičnog procesnog zakonodavstva uopšte.

²⁴² Usvajanjem novog Zakona o krivičnom postupku prijava o izvršenom krivičnom djelu se podnosi u formi Izvještaja o počinjenom krivičnom djelu, što zapravo predstavlja zamjenu za termin "krivična prijava" koji je ranije korišten u redovnoj korespondenciji na relaciji policija – tužilaštvo.

²⁴³ Pokretanje istrage od strane tužioca moguće je i kada je u pitanju izvršenje krivičnog djela od strane nepoznatog izvršioca, odnosno izvršioca čiji identitet nije poznat, što nije rijetka pojавa u praksi.

I. Partnerski odnos tužioca i policije

Uvažavajući zakonska ovlašćenja tužioca kada je u pitanju pokretanje i sproveđenje istrage, evidentno je da isti nije u mogućnosti sam preduzeti niz mjera i radnji usmjerenih na otkrivačku i dokaznu komponentu u cilju krivičnog gonjenja. Provođenje istrage predstavlja zahtjevan i kompleksan proces, pogotovo kada su u pitanju složena krivična djela.

Ključnu ulogu u pogledu otkrivanja krivičnih djela i sprječavanju i suzbijanju kriminala ima policija, odnosno policijske agencije za sproveđenje zakona u Bosni i Hercegovini. Jedan od evidentnih problema u radu policije koji se direktno odražava na njenu efikasnost uopšte predstavlja velik broj policijskih agencija koje su autonomne u svom radu, a što je uslovljeno komplikovanom ustavnopravnom strukturom države. Navedena rascjepkanost djelovanja policijskih agencija na određenim teritorijama kao i nepostojanje centralnog sistema rukovođenja ima za posljedicu nedovoljno dobru koordinaciju poslova i zadataka na nivou države.

Ovlaštena službena lica, odnosno policijski službenici²⁴⁴ u sklopu obavljanja redovnih poslova i zadataka iz nadležnosti u prilici su da prikupe saznanja i eventualne dokaze koji predstavljaju, odnosno čine osnove sumnje da je izvršeno određeno krivično djelo. Operativnim radom na terenu ovlaštena službena lica, odnosno policijski službenici najčešće dolaze u posjed polaznih ili inicijalnih saznanja o postojanju i izvršenju određenog krivičnog djela. U toj fazi, kada se policijsko postupanje svodi na obavljanje redovnih poslova i zadataka iz nadležnosti, tužitelj nema nikakvu rukovodnu, nadzornu ili koordinirajuću ulogu nad radom policije, s obzirom na to da je postupanje policije propisano Zakonom o policijskim službenicima, zakonima o unutrašnjim poslovima u zavisnosti o stvarnoj i mjesnoj nadležnosti. Od momenta postojanja osnova sumnje na temelju raspoloživih saznanja i eventualnih dokaza da je počinjeno određeno krivično djelo, počinje aktivnost tužioca koji se obavještava o određenom događaju. U početku same primjene novog

²⁴⁴ "Ovlaštena službena osoba" je ona osoba koja ima odgovarajuća ovlašćenja unutar državne granične službe, policijskih organa Federacije Bosne i Hercegovine, Republike Srpske i Brčko distrikta Bosne i Hercegovine, sudske policije, kao i carinskih organa, organa finansijske policije, poreskih organa i organa vojne policije. (Čl. 20, tačka g. Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine).

Zakona o krivičnom postupku, ali čak i danas, prisutna je dilema kada je potrebno obavijestiti tužioca o postojanju i izvršenju krivičnog djela. U praktičnom postupanju policije evidentne su situacije da ovlaštena službena lica, odnosno policijski službenici zbog bojazni od eventualne odgovornosti, nedostatka samopouzdanja ili nesigurnosti, sačinjavaju službene zabilješke o događajima koji ne predstavljaju krivično djelo ili te događaje na drugi način dokumentuju, kako bi se eventualna odgovornost "prebacila" na tužioca ili dostavljaju kriminalističko-obavještajne informacije operativne prirode koje nisu prethodno provjerene. U cilju donošenja zakonite i pravilne odluke tužioca, ovlašćena službena lica moraju prikupiti što više korisnih informacija i podataka koji se neposredno ili posredno odnose na postojanje i izvršenje krivičnog djela. Hitno postupanje ovlašćenih službenih lica, koja su u pravilu prva obaviještena o izvršenju krivičnog djela, dolazi do izražaja kada postoji opravdana opasnost od odlaganja. S druge strane, u praksi su evidentne situacije da tužioc u potpunosti ovlaste, odnosno prenesu ovlašćenja na ovlaštena službena lica da preduzimaju istražne radnje, npr. najčešće da izvrše uviđaj, saslušanje svjedoka, osumnjičenih lica i druge aktivnosti, tako da ovlašćena službena lica zbog tih poslova i zadataka koji su ponekad veoma obimni, moraju da zanemare svoju osnovnu djelatnost. Tužioc najčešće izlaze na lice mjesta događaja kada se radi o složenijim i težim krivičnim djelima sa smrtnom posljedicom ili u drugim izuzetnim situacijama (teška saobraćajna nezgoda sa smrtnim posljedicama više lica, ubistvo). I jedna i druga situacija se negativno odražava na samu efikasnost krivičnog postupka, imajući u vidu značaj preduzetih radnji u dokaznom smislu. Odredbe Zakona o krivičnom postupku nisu jasno definisale i konkretizovale komunikaciju i saradnju na relaciji policija – tužilac, tako da je i to jedan od razloga koji dovodi do određenih dilema prilikom neposrednog postupanja, s obzirom na različita tumačenja u vezi djelokruga rada i načina preduzimanja određenih radnji od strane tužioca, odnosno policije. Identična je situacija kada su u pitanju zemlje iz neposrednog okruženja, s obzirom na to da odnos tužioca i policije

prilikom neposrednog postupanja nije u potpunosti konkretizovan, tako da ostavlja određene nejasnoće i dileme u smislu jasne i nedvosmislenе diferencijacije i raspodjele poslova.

Od momenta saznanja da postoje osnovi sumnje da je počinjeno krivično djelo, tužilac je dužan otvoriti istragu u okviru koje se preduzimaju sve radnje i mjere otkrivanja krivičnog djela i njegovog izvršioca, pa prema tome Zakon o krivičnom postupku u tom dijelu ne sadrži odredbe kojima se razdvaja postupak otkrivanja krivičnog djela i postupak sprovođenja istrage. Postupanje ovlaštenih službenih lica odnosno policijskih službenika je ograničeno, s obzirom na propisanu obavezu da tužilac mora biti blagovremeno obaviješten o konkretnom krivičnom djelu, kako bi isti bio u mogućnosti naložiti preduzimanje određenih istražnih aktivnosti.²⁴⁵ Istražitelji su direktno involuirani u otkrivačko-dokaznu djelatnost, tako da su u mogućnosti predložiti tužiocu preduzimanje odgovarajućih dokaznih radnji čija je primjena u konkretnom slučaju opravdana i svrsihodna, uzimajući u obzir prirodu i karakter određenog krivičnog djela. Nakon izvršenih radnji tj. okončanja postupanja u skladu s nalogom tužioca, zahtjeva se obavezno obavještavanje istog od strane ovlaštenih službenih lica odnosno policijskih službenika o rezultatima postupanja. S obzirom na navedenu ulogu policije u istrazi koja podrazumijeva proaktivno djelovanje i

²⁴⁵ Odnos tužioca i policije u smislu obavještavanja i postupanja ovlaštenih službenih lica tužioca u slučaju postojanja osnova sumnje da je izvršeno krivično djelo propisan je članom 218. ZKP BiH. (1) Ako postoje osnovi sumnje da je izvršeno krivično djelo za koje je zakonom propisana kazna zatvora preko pet godina, ovlašteno službeno lice je dužno odmah obavijestiti tužioca i pod njegovim nadzorom preduzeti potrebne mjere da se pronađe učinilac krivičnog djela, da se spriječi skrivanje ili bjekstvo osumnjičenog ili saučesnika, da se otkriju i sačuvaju tragovi krivičnog djela i predmeti koji mogu poslužiti kao dokazi i da se prikupe sve informacije koje mogu biti korisne u krivičnom postupku. (2) Ako postoje osnovi sumnje da je izvršeno krivično djelo iz stava 1. ovog člana ovlašteno službeno lice dužno je u slučaju opasnosti od odlaganja preduzeti neophodne radnje radi izvršenja zadatka iz stava 1. ovog člana. Prilikom preduzimanja ovih radnji, ovlašteno službeno lice dužno je postupati po ovom zakonu. O svemu što je preduzeto, ovlašteno službeno lice dužno je odmah obavijestiti tužioca i dostaviti prikupljene predmete koji mogu poslužiti kao dokaz. (3) Ako postoje osnovi sumnje da je izvršeno krivično djelo za koje je zakonom propisana kazna zatvora do pet godina, ovlašteno službeno lice je dužno obavijestiti tužioca o svim raspoloživim informacijama, radnjama i mjerama koje je preduzelo najkasnije sedam dana od dana saznanja o postojanju osnova sumnje da je krivično djelo učinjeno.

učešće, ovaj koncept istrage se naziva još i tužilačko-polički koncept, ali je ipak potrebno naglasiti superiorniju ulogu tužioca u odnosu na policiju, u skladu s odredbama novog Zakona o krivičnom postupku.

Pored dužnosti i ovlaštenja propisanih ZKP-om, policijskim službenicima se, u cilju spriječavanja krivičnih djela i održanja javnog reda i mira, ovim zakonom daju sljedeća policijska ovlaštenja:²⁴⁶

1. provjera i utvrđivanje identiteta osoba i stvari;
2. obavljanje razgovora;
3. privođenje;
4. potraga za osobama i stvarima;
5. privremeno ograničavanje slobode kretanja;
6. izdavanje upozorenja i naredbi;
7. privremeno oduzimanje predmeta;
8. korištenje tuđih vozila i komunikacijskih sredstava;
9. pregled osoba, stvari i prijevoznih sredstava;
10. snimanje na javnim mjestima;
11. upotreba sile;
12. obrada ličnih podataka i vođenje evidencija;
13. zaprimanje prijava.

U članu 219 Zakona o krivičnom postupku BiH detaljnije su propisana prava i dužnosti ovlaštenih službenih lica koja se odnose na uzimanje

²⁴⁶ Čl. 10 Zakona o policijskim službenicima BiH, Sl. glasnik BiH, br. 27/04 s pripadajućim izmjenama i dopunama.

izjava i prikupljanje drugih dokaza.²⁴⁷

I. Uloga suda u istrazi

Kao što je već ranije naglašeno reformom krivičnog procesnog zakonodavstva BiH i prihvatanjem novih krivičnoprocesnih rješenja, u značajnoj mjeri se promijenila i uloga suda u istrazi. Reforma krivičnog procesnog zakonodavstva rezultirala je izmjenom ovlašćenja subjekata u krivičnom postupku, te je samim tim neposredno uticala na sasvim novu ulogu suda u istrazi. Novi zakoni o krivičnom postupku u BiH propisuju sasvim drugačija ovlašćenja koja se po svojoj prirodi odnose na sudski

247(1) Radi izvršenja zadataka iz člana 218. ovog zakona, ovlaštena službena osoba može: prikupljati potrebne izjave od osoba; izvršiti potreban pregled prijevoznih sredstava, putnika i prtljage; ograničiti kretanje na određenom prostoru za vrijeme potrebno da se obavi određena radnja; poduzeti potrebne mjere u vezi s utvrđivanjem identiteta osoba i predmeta; raspisati potragu za osobom i stvarima za kojima se traga; u prisustvu odgovorne osobe pretražiti određene objekte i prostorije državnih organa, javnih preduzeća i ustanova, obaviti uvid u određenu njihovu dokumentaciju, kao i poduzeti druge potrebne mjere i radnje. O činjenicama i okolnostima koje su utvrđene pri preduzimanju pojedinih radnji, kao i o predmetima koji su pronađeni ili oduzeti, sastavit će se zapisnik ili službena zabilješka. (2) Pri prikupljanju izjava od osoba, ovlaštena službena osoba može izdati pismeni poziv osobi da dođe u službene prostorije, pod uvjetom da se u pozivu naznače razlozi pozivanja. Osoba ne mora dati nikakvu izjavu ni odgovarati na pitanja koja joj ovlaštena službena osoba postavlja, osim davanja osobnih podataka, o čemu će ga ovlaštena službena osoba poučiti. (3) Prilikom prikupljanja izjava od osobe, ovlaštena službena osoba će postupiti u skladu s članom 78. ovog zakona, odnosno u skladu s članom 86. ovog zakona. U tom slučaju se zapisnici o prikupljenim izjavama mogu upotrijebiti kao dokazi u krivičnom postupku. (4) Osoba prema kojoj je poduzeta neka od radnji ili mjera iz ovog člana ima pravo da podnese pritužbu tužitelju u roku od tri dana. Tužitelj će provjeriti osnovanost pritužbe i ako utvrdi da su se u poduzetim radnjama ili mjerama stekla obilježja krivičnog djela ili povreda radne obaveze, postupit će prema pritužbi u skladu sa zakonom. (5) Na osnovu prikupljenih izjava i dokaza koji su otkriveni, ovlaštena službena osoba sastavlja izvještaj. Uz izvještaj dostavljaju se i predmeti, skice, fotografije, pribavljeni izvještaji, spisi o poduzetim radnjama i mjerama, službene zabilješke, izjave i drugi materijali koji mogu biti korisni za uspješno vođenje postupka, uključujući sve činjenice i dokaze koji idu u korist osumnjičenom. Ako ovlaštena službena osoba poslije podnošenja izvještaja sazna za nove činjenice, dokaze ili tragove krivičnog djela, dužna je prikupljati potrebna obaveštenja i izvještaj o tome kao dopunu prethodnog izvještaja odmah predati tužitelju. (6) Tužitelj može prikupljati izjave i od osoba koje se nalaze u pritvoru ako je to potrebno radi otkrivanja drugih krivičnih djela iste osobe, njezinih saučesnika ili krivičnih djela drugih učinitelja.

nadzor nad radom tužioca i ovlašćenih službenih lica. Svrsishodnost i opravdanost sudske kontrole posebno dolazi do izražaja prilikom određivanja odnosno donošenja naredbe po prijedlogu tužioca ili ovlašćenih službenih lica o primjeni posebnih istražnih radnji kao novine u krivičnom procesnom zakonodavstvu.

Uloga suda u istrazi koja se ispoljava prije svega u kontrolnoj komponenti koja sprečava samovoljno i samoinicijativno postupanje subjekata u postupku istrage koje vodi u nezakonitost. U istrazi, sudija za prethodni postupak donosi naredbe i rješenja na obrazloženi prijedlog tužioca ili ovlašćenih službenih lica. "Prvenstvena zadaća suda je da osigura zakonito prikupljanje dokaza, odnosno da osigura zakonito provođenje pojedinih istražnih radnji".²⁴⁸ Zakonito prikupljanje dokaza i provođenje pojedinih istražnih radnji podrazumijeva obavezu da se ograničenja pojedinih ljudskih prava i sloboda građana svedu na najmanju moguću mjeru. Svako nepotrebno prekoračenje ograničenja ljudskih prava i sloboda, koje samo po sebi nije opravdano i svrsishodno, po automatizmu vodi u nezakonitost.

I. ZAKLJUČAK

Shodno naprijed navedenom, evidentno je da je tužilački koncept istrage u krivičnom procesnom zakonodavstvu BiH, nakon usvajanja novih zakona o krivičnom postupku u protekljoj deceniji, izazivao određene dileme i nejasnoće u praktičnom smislu, posebno u samom početku primjene. S ove vremenske distance, ovaj koncept istrage je u svojoj suštini obezbijedio proaktivnu i znatno odgovorniju ulogu tužioca u fazi istrage, kao i partnerski odnos na relaciji tužilac – policija, usmјeren na postizanje veće efikasnosti istrage odnosno efikasnosti suzbijanja kriminaliteta uopšte, što je i krajnji cilj ovog koncepta istrage. U tom kontekstu, potrebno je ipak apostrofirati nadređenu ulogu tužioca u odnosu na policiju tj. ovlaštena službena lica koja postupaju, uvažavajući odredbe Zakona o krivičnom postupku koje tužiocu određuju odnosno propisuju rukovodeću i nadzornu ulogu nad radom policije u fazi istrage. Jedan od najvažnijih ili suštinskih razloga opravdanosti i svrsishodnosti primjene tužilačkog koncepta istrage u našem krivičnom procesnom zakonodavstvu sastoji se u tome što ovaj koncept istrage predstavlja srazmjeran odgovor i reakciju organa krivičnog gonjenja

²⁴⁸ Marin Zadrić, Uloga suda u istrazi, <http://www.pkbd.ba/obavj/pdf/uloga%20suda%20u%20istrazi.pdf>.

na složene i specifične oblike kriminaliteta, posebno organizovanog kriminaliteta kao internacionalne pojave i pošasti savremenog doba.

Također, uloga suda koja je po svojoj prirodi kontrolno-nadzornog karaktera omogućava dosljednu primjenu odredbi Zakona o krivičnom postupku, čime se omogućava primjena načela sudskog nadzora i sprečava eventualna zloupotreba odnosno samovolja u postupanju. Načelo sudskog nadzora koje je neposredno usmjereno na dosljednu primjenu odredbi Zakona o krivičnom postupku, posebno se odnosi na zaštitu osnovnih ljudskih prava i sloboda svih građana, bez obzira na njihovu nacionalnu, etničku, vjersku i rasnu pripadnost, socijalno porijeklo, zagarantovana međunarodnopravnim dokumentima (konvencijama) i Ustavom Bosne i Hercegovine kao najvišim političkim i pravnim aktom.

Literatura

1. Bejatović, S.: Tužilački koncept istrage kao jedno od obeležja savremenog krivičnog procesnog zakonodavstva u zemljama bivše SFRJ i u Srbiji, *Zbornik radova – Pravo zemalja u regionu*, Beograd.
2. Bejatović, S.: Krivičnoprocесни instrumenti adekvatnosti kaznene politike, *Zbornik radova, Kaznena politika (raskol između zakona i njegove primjene)*, Istočno Sarajevo, 2012.
3. Davidov, S.: Velika rekonstrukcija Evropskog krivičnog postupka, *Glasnik*, Novi Sad, broj 12, 2011.
4. Pavišić, B.: Novi Hrvatski zakon o kaznenom postupku, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* (Zagreb), vol. 15, broj 2/2008.
5. Sijerčić-Čolić, H.: Krivično procesno pravo, Knjiga I, Krivičnoprocесni subjekti i krivičnoprocесne radnje, *Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu*, Sarajevo, 2005.
6. Sijerčić-Čolić, H.: Rasprava o reformi u krivičnom pravosuđu i krivičnom zakonodavstvu BiH, s posebnim osvrtom na novo krivično procesno pravo, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* (Zagreb), vol. 10, broj 1/2003.
7. Sijerčić-Čolić, H.; Hadžiomeragić, M.; Jurčević, M.; Kaurinović, D.; Simović, M. *Komentari zakona o krivičnom/kaznenom postupku u Bosni i Hercegovini*, Vijeće Evrope, 2005.

8. Simović, M. i Simović-Nišević, M.: Istraga u krivičnom postupku Bosne i Hercegovine, Strani pravni život, broj 3/2011, Beograd, 2011.
9. Škulić, M.: Istraga-sudska, tužilačka, stranačka ili...?, Pravni fakultet Beograd, Pravni portal, dostupno na <http://www.pravniportal.rs/index.php?cat=253&id=1310>
10. Zadrić, M.: Uloga suda u istrazi, <http://www.pkbd.ba/obavj/pdf/uloga%20suda%20u%20istrazi.pdf>.

Zakoni

1. Zakon o policijskim službenicima BiH (“Sl. glasnik BiH”, br. 27/04, 63/04, 5/06, 33/06, 58/06, 15/08, 63/08 i 35/09)
2. Zakon o krivičnom postupku BiH (“Sl. glasnik BiH”, br. 3/03, 32/03, 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 58/08, 12/09, 16/09 i 93/09)
3. Zakon o krivičnom postupku Federacije BiH (“Službene novine Federacije BiH” br. 35/03, 37/03 i 56/03)
4. Zakon o krivičnom postupku Republike Srpske (“Službeni glasnik Republike Srpske” br. 50/03)
5. Zakon o krivičnom postupku Brčko distrikta BiH (“Službeni glasnik Brčko distrikta Bosne i Hercegovine” br. 10/03)
6. Zakon o Tužilaštvu BiH (“Službeni glasnik BiH” br. 24/03)

NEKE OD TIPOLOGIJA PRANJA NOVCA U BOSNI I HERCEGOVINI I SVIJETU

Sažetak

Rad je urađen s ciljem da ukaže na neke tipologije – modus operandi “perača novca” koje oni primjenjuju kako u Bosni i Hercegovini (BiH), tako i u drugim zemljama svijeta. Iz prikazanih tipologija mogu se prepoznati neki sektori i obveznici preko kojih se pere novac, ali egzaktan broj tipologija, zemalja i “perača” je nepoznat. Tehnike ili tipologije pranja novca se stalno mijenjaju jer kriminalci koriste različite načine da prikriju nezakonito porijeklo novca, koristeći slabosti određenih sektora u nekoj državi. Teškoću predstavlja i činjenica da je pranje novca živa materija koja je podložna stalnim promjenama i novim “otkrićima” perača novca, koji pokušavaju preduhitriti pojačane aktivnosti agencija za provođenje zakona zaduženih za sprečavanje i otkrivanje pranja novca s jedne strane, a s druge, organizovanim pristupom pojedinačno država i gotovo cijele međunarodne zajednice kroz stvaranje ujednačenijih zakonodavnih i regulatornih okvira iz oblasti sprečavanja i otkrivanja pranja novca.

Naime, zadnjih godina je finansijski sektor, u prvom redu banke, kao najveći perač novca, pod strožijom kontrolom svih institucija zaduženih za sprečavanje i otkrivanje pranja novca, što je “prisililo” kriminalce da traže nove tipologije i sigurnije nefinansijske sektore i profesije putem kojih će brže, lakše i s manjim rizikom prati, kriminalom zarađenu, dobit koja može biti u novcu, ali i u svakoj vrsti imovine. Time pranje novca postaje rastuća industrija i neizbjježni dio “poslovanja” kriminalaca zato što tek oprani novac postaje “operativan” i “živ” omogućavajući tako njegovo dalje korištenje, jer jedan dolar opranog novca mnogo više vrijedi od jednog dolara prljavog novca.

U radu se prezentiraju i tri osnovna opšteprihvaćena nivoa u procesu pranja novca.

Ključne riječi: *pranje novca, tipologije, institucije za polaganje depozita, nebanskarske institucije, nefinansijske institucije, vratari.*

MODUS OPERANDI OF MONEY LAUNDERING IN BOSNIA AND HERZEGOVINA AND AROUND THE WORLD

Summary

The purpose of this paper is to show modus operandi of money laundering used in Bosnia and Herzegovina and in other parts of the world. From these examples, we can recognize the sectors and intermediaries through which the money is laundered, although the full scale of actual methods, intermediaries, and countries remain unknown. The techniques of money laundering are constantly changing, due to the fact that criminals use different ways to hide the illegal origin of the money, using the weaknesses of certain sectors within different countries. Additionally, what makes it even more difficult is the fact that money laundering as an activity is constantly evolving, while those laundering the money keep discovering new ways to avoid, not only the activities of law enforcement agencies in charge of money laundering prevention and investigation, but also the unison legislative and regulatory approach of governments and international community in prevention and investigation of money laundering.

Lately, the financial sector, primarily the banks as the main intermediate in money laundering, became more regulated by the institutions in charge of money laundering prevention and investigation, which forced the criminals to look for other methods and safer non-financial sectors and professions to allow them to launder the money and other property obtain through illegal activities faster, easier and with less risk. In this way, money laundering has become a growing industry, necessary for criminal “business” because only after the money has been laundered it becomes operational, thus allowing its further use for one “clean” dollar is worth more than one “dirty” dollar.

Additionally, the paper covers three generally accepted levels of money laundering.

Keywords: money laundering, modus operandi, depositing institutions, non-bank institutions, non-financial institutions, guardians.

Uvod

Posljednjih godina u oblasti kriminaliteta jedna od najozbiljnijih preokupacija, kako nauke, tako i nacionalnih i međunarodnih institucija, jeste pitanje pranja novca, njegovog obima, sadržaja, metoda djelovanja i mogućnosti sprečavanja i suzbijanja.

Kriminalna djelatnost koja prethodi sticanju ilegalnih prihoda, tipologije pranja novca, analiza svih vrsta transakcija, pogotovo sumnjivih, veza između pranja novca i off shore zona kao i metode sprečavanja i otkrivanja, imaju specifičnosti bez čijeg istraživanja nije moguće sagledati sve aspekte pranja novca te planirati određenu strategiju u njegovom sprečavanju.

Pranjem novca, osim što se podriva i destabilizuje slobodna tržišna privreda, može da se naruši demokratska politička struktura i politička stabilnost zemlje – jedne države. Pranjem novca, a uz to i korupcijom, koja je njegova česta popratna pojava, stvara se opasna prijetnja državnoj suverenosti, autoritetu državne vlasti, narušavanju demokratskih vrijednosti i umnogome šteti nacionalnoj privredi.

Jednostavnim terminima rečeno, cilj perača novca jeste:

- plasirati novac u finansijski sistem bez izazivanja sumnje;
- pomjerati novac unaokolo, u okviru ili preko mnogobrojnih nadležnosti, i često u serijama složenih transakcija, tako da postane teško identifikovati njegov originalan izvor;
- pomjerati novac nazad u finansijski i poslovni sistem tako da se pojavljuje kao legitimno sredstvo ili kapital.

Postoji krilatica da je san svakog perača novca da plati porez! Put koji treba da se pređe od prljavog novca do plaćanja poreza nije ni lak, ni jeftin.

1. Faze-nivoi pranja novca

Iako proces pranja novca izgleda veoma komplikovan on, uglavnom, ima tri faze ili tri prihvaćena nivoa u procesu pranja novca:

a) **Plasiranje ili plasman** (eng. placement), odnosno kako ga često zovu **prepranje ili polaganje**, sastoji se u fizičkom ulasku gotovine kriminalnog porijekla u finansijski sistem putem bankarskih naloga, novčanih naloga, odnosno elektronskog transfera predržavnih granica.

“Pritom perači novca izlažu svoju zaradu, stoga je ta faza, s obzirom na mogućnost detekcije prljavog novca, krucijalna.”²⁴⁹

b) Uslojavanje, odnosno **grananje** (eng. layering) ili **glavno pranje – oplemenjivanje**, a neki ga zovu i **pretresanje ili miješanje**, je odvajanje sredstava stečenih kriminalom od njihovog izvora stvaranjem slojeva transakcija dizajniranih za prikrivanje od kontrole i davanja izgleda legitimnosti ili, jednostavno rečeno, to je, ustvari, faza niza složenih finansijskih transakcija radi skrivanja pravog porijekla novca. U ovoj fazi, kriminalci legalnim transakcijama prebacuju novac na račune u zemlji ili inostranstvu te mijenjaju njegov oblik radi otežavanja praćenja njegovog toka.²⁵⁰

c) Integracija (eng. intergration) ili kako se popularno zove **sušenje – recikliranje** je finalna faza pranja novca u kojem se sredstva stečena kriminalom tretiraju kao legitimna, odnosno, u kojoj se prljavi novac pojavljuje kao legitimno sredstvo ili kapital, odnosno, to je kretanje opranih sredstava u legitimne organizacije, tj. ekonomski tokove pod uslovom da je uslojavanje uspjelo.

Ova se tri osnovna koraka pojavljuju odvojeno, a i kao različiti nivoi, ali se mogu desiti simultano ili zajedno, a mogu se i preklapati.

1. Tipologije pranja novca u Bosni i Hercegovini i svijetu

Novac se pere na više načina. Ti različiti načini, tehnike i metodi, koji se koriste za pranje novca, se unificirano nazivaju **tipologijama pranja novca**. Tipologije pranja novca su svaki metod usmjeren na to da se nezakonito i nepoštено stečeni prihod pretvori i učini kao poštenu i

²⁴⁹ I. Maros, M. Milinović, “Međunarodna suradnja RH u suzbijanju pranja novca”, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, 2/1999, 241.

²⁵⁰ Sama priroda uslojavanja daje mogućnost pronalaska određenih obilježja koja upućuju na pranje novca. Ustvari, ovdje se radi o finansijskim transakcijama koje nemaju logičnog opravdanja i nastaju radi same sebe – transakcije, odnosno čestog kupovanja i prodaje dobara i uz značajne honorare i provizije savjetnicima. Često su to manji računi među kojima nema nikakve veze, a kriminalac je često u toj fazi nezainteresovan, što može imati gubitke prilikom ulaganja, troškove banke ili druge naknade savjetnicima. Perač novca, ustvari, zainteresovan je samo za profit kao sekundarni cilj – prikrivanje pravog izvora novca je jedini motiv.

zakonita dobit. Tehnike pranja novca "su mnogobrojne, raznovrsne, kompleksne, suptilne i tajne".²⁵¹

Sve te tehnike imaju zajedničke karakteristike koje su potrebne da se zadovolje normalni zahtjevi onih koji "peru novac":

- "oni koji peru novac moraju da sakriju pravi identitet vlasnika i porijeklo novca;
- moraju da zadrže kontrolu nad sredstvima;
- moraju da promijene oblik sredstava".²⁵²

Zadatak onih koji su zaduženi za kontramjere, a to su policijske i druge agencije, je da otkriju u kojoj tački ovog procesa su kriminalci najranjiviji. Smatra se da je **plasiranje gotovog novca** ključna tačka na koju je usmjerenja pažnja policije.

Perači novca su veoma kreativni – čim organi gonjenja otkriju jedan metod, kriminalci (perači novca) uskoro nađu novi. U bilo kom vremenskom trenutku nemoguće je tačno opisati cijeli univerzum različitih metoda koje kriminalci koriste za pranje novca.

Štaviše, njihovi metodi će se najvjerovalnije razlikovati u različitim zemljama zbog velikog broja karakteristika ili faktora koji su jedinstveni za svaku pojedinačnu zemlju, uključujući njenu privredu, kompleksnost finansijskog tržišta, režim poreza na dodanu vrijednost (PDV-a), napore koje ulaze u implementaciju zakonskog okvira i stepen međunarodne saradnje. Uz to, metode se stalno mijenjaju. Jedan od načina da se sustignu je i razmjena tipologija.

Tipologije se razlikuju i jedinstvene su za svaku zemlju. Ipak, njihova sistematizacija i klasifikacija je moguća i predstavlja trajnu aktivnost prevashodno Međunarodne radne grupe za sprečavanje pranja novca –

²⁵¹ "International Narcotics Control Strategy Report", Washington, DC, US Department of State, 1988.

²⁵² V. S. Gilmor, Prljavi novac – Razvoj međunarodnih mera za borbu protiv pranja novca i finansiranja terorizma, preveo V. Mates, Savet Evrope, Plus, Beograd 2006, 33.

Financial Action Task Force (FATF-a).²⁵³

Dakle, mnoge međunarodne organizacije proizvele su izuzetne referentne rade o metodama i tehnikama za pranje novca. FATF je pripremio referentne materijale o metodama u okviru svojih godišnjih izvještaja i godišnjih izvještaja o tipologijama.

Različita regionalna tijela slična FATF-u, također, obezbjeđuju informacije o različitim tipologijama koje su viđene u njihovim regionima. Uz to, Međunarodna grupacija finansijsko-obavještajnih jedinica – eng. Financial intelligence units FIU – (Egmont grupa)²⁵⁴ je proizvela kompilaciju stotine sistematizovanih slučajeva, tj. **tipologija**, vezanih za borbu protiv pranja novca od svojih članica – jedinica za finansijsko obavještavanje. Finansijsko-obavještajni odjel (FOO) Državne agencije za istrage i zaštitu (SIPA-e) BiH je članica Egmont grupe i participira u ovim aktivnostima, posebno na regionalnom planu (zemlje bivše Jugoslavije i Albanije). Razmjena tipologija pranja novca između finansijsko-obavještajnih jedinica (FOJ) je dobra praksa ka efikasnijoj borbi protiv pranja novca. Na osnovu takvih informacija, stvara se jasna slika o ovom fenomenu, a istovremeno se FOJ-e upozoravaju na nove načine i oblike, tipologije pranja novca u različitim zemljama.

Dužina vremena rasvjjetljavanja pranja novca često pokazuje razvoj tipologije u samo jednom slučaju, a posebno kada se ima u vidu brzi razvoj interneta, kartičnog poslovanja, onlajn-bankarstva i slično. Novi slučajevi podrazumijevaju i novu tehnologiju i stvara se potreba za angažovanjem specijalističkih službi koje često ne mogu sebi priuštiti FOJ-e.

²⁵³ Poznata i kao GAFI, izvedeno iz francuskog naziva Groupe d' Action Financiere sur le Blanchiment de Capitaux. Četrdeset preporuka i devet posebnih preporuka priznato je od Međunarodnog monetarnog fonda i Svjetske banke kao međunarodni standard za sprečavanje pranja novca i finansiranja terorizma.

²⁵⁴ Egmont grupa je neformalna međunarodna grupacija finansijsko-obavještajnih jedinica koja se javila u specifičnom kontekstu borbe protiv pranja novca. Nazvana je po Egmont-Arenberg palati u Briselu, gdje je, u junu 1995. godine, formirana i održala prvi sastanak poslije zajedničke belgijsko-američke inicijative. Od tada se članice Egmont grupacije redovno sastaju i, prema riječima Evropske komisije "postala je pravi međunarodni forum i, mada nema nikakav zvanični status, bitni je element u međunarodnoj borbi protiv pranja novca. Broj zemalja članica Egmont grupe je prešao cifru od 130 država među kojima je i Bosna i Hercegovina, koja je na plenarnom zasjedanju Egmont grupe (Egmont grupa finansijsko-obavještajnih jedinica FIU) u Washingtonu, juna 2005. g., primljena u ovu svjetsku organizaciju.

Potreba da se oslanjamo na policijske organe iz dana u dan je sve veća. Ove tendencije lakše podnose “policijski” tipovi FOJ-a u odnosu na različite tipove administrativnih FOJ.

Svaka rasprava o tipologijama treba biti uslovno shvaćena: nema jasne odrednice među njima, a nerijetko se preklapaju i dešavaju istovremeno. Slična je situacija i s procesom pranja novca. Međutim, kod svih klasifikacija govorimo grubo o primarnim tipologijama koje su osnov podjela i u ovom radu.

Dakle, tipologije govore o metodu pranja novca, a ne o različitim metodama koje se koriste za izvršenje predikatnog krivičnog djela iz koga proističe prljavi novac.

2.1. Institucije za polaganje depozita

Jedan visoki funkcioner engleske banke objasnio je: „Zbog potrebe onih koji peru novac da se oslobode gotovog novca, institucije za polaganje depozita su vrlo podložne zloupotrebama. To je razlog zbog čega su se naporci na sprečavanju pranja novca usredsredili na procedure koje su usvojili oni koji primaju depozite.”²⁵⁵

Zbog toga su te institucije obavezne da provedu postupak identifikacije klijenata, da poštuju pravila vezana za vodenje dokumentacije i da prijavljuju svaku sumnjivu transakciju. Ali to, s druge strane, generira čitav niz novih dosjetljivih, inovatorskih postupaka od strane menadžera kriminalaca. Praksa je, npr., pogotovo u SAD-u, da kriminalci angažuju veliki broj pojedinaca da konvertuju novčanice malih apoena u krupnije novčanice. Ovaj proces je poznat pod nazivom “rafinisanje” prljavog novca.²⁵⁶ Sličan modus operandi koristi se u nastojanju da se zaobiđe zakonska obaveza prijavljivanja FOJ-a svih gotovinskih transakcija koje prelaze zakonom propisan prag. Ovaj metod je poznat pod imenom “štrumfovanje”. Suština ovog metoda je da se transakcije strukturiraju na taj način da se izbjegne

²⁵⁵ Drage, J. “Countering Money Laundering: The Response of the Financial Sector”, MacQveen, HL (ed), Money Laundering, Edinburgh, Edinburgh University Press 1993, 60–61.

²⁵⁶ V. S. Gilmor, Prljavi novac, Razvoj međunarodnih mjera za borbu protiv pranja novca i finansiranja terorizma, preveo V. Mates, Izdanje Saveta Evrope, Plus, Beograd 2006, 34.

automatska reakcija zaštitnog sistema (sumnja i prijava transakcija FOJ). To u policiji zovu angažovanje “štrumfova”, tj. kurira neupadljivog izgleda, koji prenose novac i čiji je zadatak da naprave velik broj sitnih transakcija, tj. transakcija ispod zakonskog minimuma za obavezno prijavljivanje.

Ako se uspješno završi plasman gotovog novca u zemlji ili inostranstvu, stvoreni su uslovi za početak uslojavanja. U tom smislu, u novije doba postoji poznat problem zloupotreba elektronskog transfera ili, kako ga zovu, transfera preko “žice”.

2.2. Nebankarske institucije

Mjere koje se preduzimaju u bankarskom sektoru na sprečavanju pranja novca su nesporno zagorčale život kriminalaca iz razloga što su im neuporedivo povećani troškovi u procesu pranja novca i, s druge strane, povećao se rizik da budu otkriveni. Takvo stanje je navelo kriminalce i njihove menadžere, koji su prilagodljivi i sposobni, da stalno traže, prepoznaju i iskoriste slabe tačke u svim strukturama.

U jednom izvještaju Stejt Departmenta stoji:

“Prevelik je broj zemalja u kojima su vlade skoncentrisane na identifikovanju gotovinskih depozita uloženih preko šaltera, tako da nemaju vremena da sprovedu jedan sveobuhvatan program protiv pranja novca koji obuhvata sve tradicionalne i netradicionalne metode, koji se koriste u današnje vrijeme da bi se ozakonio nelegalan novac. Kriminalci su vrlo dobro upoznati sa uobičajenom procedurom identifikacije klijenta koju koriste banke, tako da su razvili nove strategije.”²⁵⁷ Kriminalci su dosjetljivi u korištenju nebankaških finansijskih institucija i sistema, ako ni zbog čega drugog, onda zbog toga što su ove institucije pod mnogo manjom kontrolom od, recimo, banaka. U te institucije spadale bi npr: mjenjačnice, službe koje vrše unovčavanje čekova i transmisiju novca, berze, berzanski trgovci koji rade s hartijama od vrijednosti i drugom robom, osiguravajuća društva, paralelni i ilegalni bankarski sistemi i drugi.

Neke od ovih nebankaških institucija imaju značajniju ili manje značajnu ulogu u etapi – fazi plasmana, npr: mjenjački poslovi, unovčavanje čekova,

²⁵⁷ Vidi “International Narcotics Control Strategy Report”, Washington, DC, US Department of State, 1994, 76.

a neke u fazi integracije, npr. osiguravajuća društva. Recimo, gotov novac se može iskoristiti za kupovinu polise životnog osiguranja. Nakon što je tako plasiran novac, ova polisa može naknadno da se proda ili pretvori u neku drugu vrstu investicije. Na kraju, u fazi integracije nastaje prekid svih kontakata, odnosno prelazak u druge investicije. Naravno, ovakav pokušaj pranja novca često zna izazvati sumnju i nije previše bezbjedan za kriminalce, osim ako nemaju pomoći zaposlenih u tim sektorima. Slična situacija je i sa investiranjem u akcije i obveznice, ali, u cjelini gledajući, **sektor hartija od vrijednosti je mnogo sofisticiraniji oblik pranja novca** od mnogih drugih. Obično vlada mišljenje da ovom metodom Peru novac samo oni kriminalci koji su dobri poznavaoči ovog sistema.

2.3. Nefinansijske institucije

Prva asocijacija koja se javlja kod većeg broja ljudi, kada se govori o pranju novca, je da je to proces koji se, uglavnom, odvija putem banaka i drugih finansijskih institucija. Ali, da li je to tako? Velik broj onih koji se bave problematikom pranja novca misle da su nefinansijske djelatnosti glavno sredstvo za sprovodenje operacija pranja novca.

O ovom je interesantno mišljenje koje su zapazili Beare i Šnajder. "Inkorporiranje, finansiranje i operacije koje jedna kompanija sprovodi, zadovoljavaju tri glavna cilja u procesu pranja novca. One omogućavaju kriminalcima da konvertuju nezakonitu gotovinu u druga sredstva, da stvore privid legitimnosti izvora gotovine, pri čemu uspješno prikrivaju pravi identitet vlasnika – kriminalne organizacije."²⁵⁸ U tu svrhu se, osim aktivnih, često koriste i tzv. "paravan-kompanije". Takve kompanije se, najčešće, osnivaju u off shore finansijskim zonama. Ove zone su vrlo privlačne iz mnogih razloga, a to su, između ostalog, "lakoća kojom se vrši inkorporiranje, naročito zato što se vlasništvo može prenijeti na zastupnika ili nosioca akcija ili se mogu kupiti već osnovane korporacije."²⁵⁹ Takve kompanije često zovemo korporacije-ljuštore koje igraju značajnu ulogu u etapi plasmana i uslojavanja u procesu pranja novca. Legitimne finansijske institucije mogu da budu iskorištene za pranje novca i bez njihovog znanja

²⁵⁸ V. S. Gilmor, Prljavi novac, Razvoj međunarodnih mjera za borbu protiv pranja novca i finansiranja terorizma, preveo V. Mates, Izdanje Saveta Evrope, Plus, Beograd 2006, 39.

²⁵⁹ Vidi "International Narcotics Control Strategy Report", Washington, DC, US Department of State, 1994, 477.

ili pristanka. To su, ustvari, oni koji barataju gotovinom kao npr. kazina ili ulični preprodavači raznih luksuznih roba, aukcijske kuće, prodavnice plemenitih metala i druge.

2.4. "Vratari"

Krajem prošlog vijeka uočena je jedna potpuno nova tipologija koja se koristila u procesu pranja novca, ali koja još nije bila tipološki objašnjena, a riječ je o nedovoljno preduzetim mjerama prema pripadnicima pravne profesije i drugih "vratara" koji mogu da zloupotrijebe međunarodni finansijski sistem kao što su: advokati, revizori, računovođe i dr.

Ta pitanja postala su predmetom rasprava u mnogim međunarodnim tijelima i zauzela značajno mjesto na dnevnom redu tih tijela. O toj temi bilo je riječi i u Evropskoj komisiji i G 8 grupi. Godišnji izvještaji FATF-a o metodama i tehnikama pranja novca isticali su ulogu "vratara" koji svjesno ili nesvjesno učestvuju u ovom procesu.

Tako je, npr. u tipološkom izvještaju FATF-a za 1996/97. g. napisano:

"Kako regulativa koja sprečava pranje novca postaje sve obimnija u mnogim zemljama, tako se kriminalci sve više okreću profesionalcima zbog ostvarivanja svojih šema za pranje novca. Eksperti prijavljuju sve veći broj slučajeva koji pokazuju da je sve više advokata, računovođa, finansijskih savjetnika, notara, sekretarskih kompanija i drugih finansijera uključeno u pranje profita ostvarenog kriminalnim aktivnostima. Jedna od najčešćih taktika je korištenje računa klijenata advokata i notara za plasman i uslojavanje novčanih sredstava.

Ovom metodom, onaj koji pere novac nastoji da ostvari anonimnost uobičajenu za odnose povjerljivosti između advokata i klijenta. Otvaranje bankarskih računa i pružanje profesionalnih savjeta o tome kako i gdje prati novac ostvaren kriminalnim aktivnostima će sve više uzimati maha kako kontramjere postaju sve efikasnije."²⁶⁰

FATF je svoju zabrinutost za ulogu "vratara" u pranju novca iskazao i u svom izvještaju tipološke analize za 2000/01. g. te ponovo 2002.

²⁶⁰ "Financial ActionTask Force on Money Laundering: Annual Report, 1996-1997", Par-
is, FATF, Appendix A, 7.

g. FATF je, također, napisao da i svi "vratari" nemaju isti stepen privlačnosti za kriminalce koji peru novac. U izvještaju FATF-a od 2. februara 2001. g. piše:

"Nisu sve funkcije podjednako korisne za onoga ko hoće da opere novac. One funkcije koje su najkorisnije za potencijalno pranje novca su:

- Stvaranje korporacije ili nekog drugog kompleksnog pravnog aranžmana (npr. trusta). Takve konstrukcije mogu da zavaraju trag i izbrišu vezu između novca stečenog kriminalnim aktivnostima i počinjoca ovog krivičnog djela.
- Kupovina i prodaja imovine. Transfer imovine služi ili da prikrije transfer nelegalnog novca (faza-etape uslojavanja) ili predstavlja konačno investiranje takvih sredstava koja su prošla kroz proces pranja (etapa integracije).
- Obavljanje finansijskih transakcija. Ponekad ovi profesionalci obavljaju različite finansijske operacije u ime klijenta (polaganje gotovog novca ili podizanje istog, razmjena strane valute na malo, izdavanje i unovčavanje čekova, kupovina ili prodaja akcija, slanje i primanje međunarodnih transfera i sl.)
- Finansijski i poreski savjeti. Kriminalci koji posjeduju velike količine novca slobodnog za investiranje često se predstavljaju kao pojedinci u namjeri da umanje svoje poreske obaveze ili u nastojanju da sklone svoja novčana sredstva kako bi izbjegli buduće poreske obaveze.
- Otvaranje vrata finansijskih institucija.

Kada su neke od ovih funkcija u pitanju, potencijalni perač novca se ne oslanja samo na ekspertsко znanje ovih profesionalaca, već mu je namjera da iskoristi, i njih i njihov profesionalni status da bi minimizirao sumnje koje okružuju njegove kriminalne aktivnosti.

Advokat koji zastupa klijenta u finansijskoj transakciji ili obezbjeđuje ulazak u neku finansijsku instituciju ima određen kredibilitet zbog pretpostavljenih etičkih standarda koji se vezuju za takve profesije.”²⁶¹

Ove razne metode zloupotreba advokata i drugih "vratara" imaju svog uticaja na sve tri faze pranja novca, a koje se koriste u analizi shema pranja novca.

²⁶¹ Vidi "Financial Action Task Force on Money Laundering: Report on Money Laundering Typologies 2000-2001"; Paris, FATF, 12–13.

FATF je u svom izvještaju sistema za sprečavanje pranja novca i zajedničkih procedura procjene za period 1992–1999. g. napisao da određene kategorije profesionalaca treba da budu uključene u sistem za sprečavanje pranja novca zbog toga što ti ljudi svjesno ili nesvjesno učestvuju u shemama za pranje novca.

2.5. Novije tipologije

Metode, odnosno tehnike ili tipologije pranja novca su, jasno je, postale i kompleksne i opsežne, što nameće policiji i drugim službama zaduženim za sprečavanje pranja novca na međunarodnom nivou da se redovno sastaju, da diskutuju o novim trendovima, novim tehnologijama – tehnikama te opasnostima koje one izazivaju u procesu pranja novca.

Naveo sam već da se u okviru FATF-a bar jednom godišnje vrši razmjena iskustava i novih tipologija, tj. trendova u oblasti pranja novca, što je podstaklo i mnoga druga specijalizovana tijela koja se bore protiv pranja novca, npr. Karipska finansijska taktička grupa (CFATF) i Azijsko-pacifička grupa (APG), da vrše razmjenu iskustava.

Na tipološkom sastanku FATF-a, koji je održan u Rimu novembra mjeseca 2002. g., razmatran je niz tema s aspekta novih tipologija pranja novca počevši od pranja novca kroz sektor hartija od vrijednosti, preko korištenja tržišta zlata i dijamantata. Tad se moglo vidjeti da su neki trendovi kratkog trajanja, npr. uvođenje eura, do pojave novih tipologija kojih se kriminalci drže i danas, ili onih kojima se oni povremeno vraćaju. FATF je značaj novih tipologija iznio još 1996. g. zahtijevajući od članica “da obrate posebnu pažnju na opasnosti koje su sadržane u novim tehnologijama koje bi mogle da obezbijede anonimnosti, ako je potrebno, da preduzmu mjere da spriječe njihovo korištenje u šemama za pranje novca.”²⁶²

Preporuka FATF-a iz 2003. g. je ovo naročito potcrtala s posebnim zahtjevom da finansijske institucije imaju “spreman politički stav i odgovarajuće procedure da bi mogle da se suoče sa svakim rizikom zasnovanim na poslovnim odnosima ili transakcijama koje se ne obavljaju licem u lice.”²⁶²

²⁶² Preporuka FATF broj 8. iz 2003. g. V. S. Gilmor, Prljavi novac, Razvoj međunarodnih mjerza za borbu protiv pranja novca i finansiranja terorizma, preveo V. Mates, Izdanje Savet Evrope, Plus, Beograd, 2006, 45.

U tom smislu, posebna pažnja je tada bila posvećena novoj tehnici skrivanja gotovog novca zvanoj "sajber plaćanje" ili "cyber cash". Naime, radi se o pametnim karticama i sistemima zasnovanim na networku. Pametne kartice su slične "kreditnim karticama s tom razlikom što sadrže čip na kome se nalazi kodirani iznos novca na računu. Ovakve kartice se mogu koristiti u automatima, u radnjama ili u terminalima koji sa kodiranog iznosa skidaju unijetu vrijednost. Kada se kartica 'potroši', moguće je ponovo je napuniti putem ATM (bankomat) mašine, telefona, 'elektronskog novčanika' ili personalnog kompjutera ili se kartica jednostavno bací".²⁶³ Posebnu pažnju u ovoj tipologiji izazvala je mogućnost transfera elektronskog novca s kartice na karticu bez finansijskog posrednika i drugo, sposobnost pametne kartice da se koristi u različitim valutama bez ograničenja sume novca koji se nalazi na kartici. Naravno, sve ovo otežava mogućnost otkrivanja šverca strane valute, odnosno praćenja protoka novca preko granice država. Opasnosti koje sa sobom nosi WAP tehnika razmatrane su na svim forumima.²⁶⁴

Drugi aspekt ove tehnike je sistem koji koristi internet kao sredstvo transfera elektronskog ili "e-novca" gdje spada i tzv. on-line bankarstvo. To je "metoda pomoću koje se određene vrste finansijskih transakcija mogu obavljati preko internet web sajtova onih banaka koje nude takvu uslugu. Osnovni oblik ovog servisa uključuje verifikaciju stanja čekova na računu, kao i transfera koji su vršeni na druge račune u okviru iste institucije. U sistemima koji dozvoljavaju plaćanje i transfer, klijentu je često ograničen iznos transakcije ili identitet korisnika."²⁶⁵ Također, važan sistem koji je zasnovan na networku je "razmatranje korištenja digitalnih vrijednosti ili bonova, tako da klijent može da kupi određenu vrijednost i onda je čuva na kompjuteru umjesto na računu u banci."²⁶⁶

FATF zadnjih godina nastoji da što bolje razumije probleme u radu

²⁶³ Vidi "Financial Action Task Force on Money Laundering: Report 1995-1996", Paris, FATF, Anex 3, 5.

²⁶⁴ Šire vidi "Financial Action Task Force on Money Laundering: Report on Money Laundering: Reporta on Money Laundering Typologies 2000–2001"; Paris, FATF, 16–17.

²⁶⁵ Vidi "Financial Action Task Force on Money Laundering: Report on Money Laundering: Report on Money Laundering Typologies 1998–1999"; Paris, FATF, 8.

²⁶⁶ "Financial Action Task Force on Money Laundering: Annual Report 1996–1997", Paris, FATF, Appendix A, 7.

policije i drugih kontrolnih organa te je u dijalogu sa proizvođačima iz privatnog sektora koji proizvode i snabdijevaju tržište ovim tehnologijama i proizvodima. U cijelom lancu radnji koje se preduzimaju u ovim tehnologijama, posebna pažnja se posvećuje na posljedice on-line bankarstva, a unutar toga na opšte procedure s naglaskom na klijente i njihovu identifikaciju. Na sastanku Bazelskog komiteta o kontroli bankarstva iz oktobra 2001. g. kaže se: "Bezlična i priroda elektronskog bankarstva koje ne poznaje državne granice kombinovana sa brzinom kojom se transakcije obavljaju, bezuslovno stvara teškoće pri identifikovanju i verifikovanju klijenata."²⁶⁷

"Kontrolna i specijalizovana tijela su posvetila veliku pažnju formulisanju mjera čiji je cilj da spriječi ove i druge faktore rizika."²⁶⁸

U daljem tekstu slijedi razrada, odnosno, neke od tipologija – tehnika pranja novca, a koje su na neki način, u naprijed navedenim tehnikama spomenute, bilo da je riječ o opštim tipologijama, koje su zastupljene u mnogim državama ili karakterističnim tipologijama pranja novca prisutnim u BiH, iako je ova "podjela" uslovna, jer se iste tehnike manje ili više sreću u mnogim zemljama.

1. Opšte tipologije

3.1. Skrivanje unutar poslovnih struktura

Ova tipologija simbolisana je shemama pranja novca kojima se teži skrivanju kriminalnih sredstava u normalnim aktivnostima postojećih djelatnosti, ali koje na različite načine kontrolišu kriminalne strukture. Pokušaj usmjeravanja sredstava unutar regularnog finansijskog sistema putem miješanja istog s transakcijama kontrolisanih, postojećih djelatnosti ima više prednosti za perača novca: 1. kontrola nad kompanijom koja se koristi na različite načine (bliska veza s rukovodnom strukturom); 2. finansijska institucija putem koje su sredstva prebačena može imati prilično velike flaktuacije na računu s manje sumnje; 3. radnje često imaju zakonske razloge za prenos sredstava prema ili od drugih država i u različitim valutama, što dalje smanjuje nivo sumnje finansijske institucije; 4. isto tako, veći broj djelatnosti kao što su noćni klubovi ili restorani, kasina, mjenjačnice valuta i drugi, posluju u većini slučajeva sa gotovinom, i manje je vjerovatno da finansijske institucije

²⁶⁷ "Customer Due Diligence for Banks", Basel Committee Publication No. 85, 2001, 11.

²⁶⁸ "Customer Due Diligence for Banks", Basel Committee Publication No. 85, 2001, 12.

sumnjuju u velike gotovinske depozite; 5. povezanost između kriminalaca i kompanije može biti skrivena sredstvima vlasničke strukture kompanije i 6. troškovi osnivanja kompanije u nekim zemljama mogu iznositi samo male iznose, i postoji mnogo agencija za osnivanje kompanija širom svijeta koje mogu olakšati stvaranje kompanije i rukovodstva čak i za kriminalce sa minimalnim profesionalnim iskustvom o tome. U tom smislu značajan detalj je formiranje "paravan-kompanija". Beara i Šnajder su rekli: "Takve kompanije su legalno inkorporirane i registrovane od strane kriminalnih organizacija, ali se zapravo ne bave poslom za koji su registrovane, već manipulativnim radnjama u cilju pranja novca."²⁶⁹ Takve kompanije se najčešće osnivaju u off shore finansijskim centrima, a suština je da se izbjegne poreska kontrola. Osim izbjegavanja poreske kontrole kriminalčev konačni cilj je da se njegova sredstva repatriiraju, tj. da izgledaju da su legalno stećena u inostranstvu. U tom smislu, od mnogo metoda da se to ostvari navešću samo dva.

Jedan je direktna investicija u smislu da se sredstva koja se nalaze na nekom off shore računu investiraju u legitiman posao u zemlji kriminalca, a kao investitor se pojavljuje inostrana kompanija. Često je u tipologijama spominjana varijanta tzv. povratnog kredita.

Druga tehnika je u manipulaciji s fakturama, a suština je da se radi o potpuno izmišljenim transakcijama tako što off shore kompanija-ljuštura plaća odgovarajućoj kompaniji u zemlji cio iznos lažne fakture. Peračima novca ostaje da koriste i mnoge oblike korporativne ili trustovne aktivnosti da bi oprali svoj profit iz prostog razloga što legitimni i nelegalni finansijski sistemi u svim svojim oblicima postaju prihvatljivi.

3.2. Off shore zone – porezni ili finansijski raj

To su države – zone praktično bez poreza ili vrlo niskim porezom na prihod. Osim toga, u njima je velika strogost bankarske i komercijalne tajne, nemanje kontrole kolanja novca te skoro nemanje nikakvih teškoća u kupovini kompanija, banaka ili osiguravajućih društava.

U tim državama pažnja "se posvećuje političkoj i monetarnoj

²⁶⁹ V. S. Gilmor, Prljavi novac, Razvoj međunarodnih mjera za borbu protiv pranja novca i finansiranja terorizma, prevod V. Mates, Izdanje Savet Evrope ,Plus, Beograd 2006, 40.

stabilnosti, modernim komunikacijama, lakoći pristupa i blizini svjetskih poslovnih staza.”²⁷⁰

3.3. Zloupotreba zakonskog biznisa

Ova tipologija je viđena svaki put kada počinilac pranja novca pokuša koristiti postojeću firmu ili kompaniju za proces pranja novca, a da organizacija nije svjesna kriminalnog izvora sredstava. Do nekog stepena, ova tipologija je poznata kada god je finansijska institucija bez znanja korištena u shemi pranja novca. Glavna korist korištenja druge firme bez znanja je da će kriminalna sredstva vjerovatno biti posmatrana od strane ostalih organizacija kao da potiču od zakonitog, a ne stvarnog vlasnika – kriminalca. Može se očekivati vremenom veća potreba kriminalaca da pokušaju izvršiti pranje novca koristeći firme koje nisu krive za pranje novca.

3.4. Korištenje lažnog identiteta, dokumenata ili osobe

Mogućnost u većini zemalja da država otkrije i ukloni nezakonita sredstva od pojedinaca uključenih u krivično djelo je značila da je to korisno za počinioce pranja novca, ako sredstva mogu biti u vlasništvu i rukovana od strane pojedinaca koji nemaju nikakve veze s kriminalom. Takav “podmetnuti čovjek” može biti korišten za deponovanje ili dizanje novca u nadi da, iako su transakcije dovedene pod sumnju neke službe, njegovo nepostojanje bilo kakvih veza sa kriminalnim aktivnostima ili licima, će umanjiti vrijednost obavještajnih podataka za organe gonjenja.

Isto tako, korištenje lažnih identifikacionih dokumenata za otvaranje računa ili izvršenje transakcija je korisno u skrivanju veze između sredstava i poznatog kriminalca. Čak i ako je kriminalac uhapšen i pritvoren, sredstva mogu ostati spremna za uživanje nakon ukidanja pritvora.

3.5. Iskorištavanje međunarodnih pitanja jurisdikcije

Prethodno sam spomenuo važnost usklađivanja propisa i primjenu međunarodnih standarda u svakodnevnoj borbi na sprečavanju pranja

²⁷⁰ A. Bilać, “Pranje novca”, Pravnik, Zagreb 27, 1–2/1994, 60.

novca. Postojanje različitih nadležnosti država širom svijeta otvara mogućnost zloupotrebe od strane subjekata koji se bave pranjem novca, i to na osnovu razlika u zakonima koji propisuju tajnost podataka o bankarskom poslovanju, stepena do kog komitent mora otkriti svoj identitet, transakcija čije je prijavljivanje obavezno na poreskim zakonima, zahtjevima kod osnivanja kompanije, kao i deviznih restrikcija te niza drugih nepogodnosti. Neupoznatost sa nadležnostima u drugim zonama, teškoće s jezikom, restrikcije na dostupnost informacija, kao i visoki troškovi vođenja istraga u inostranstvu mogu omesti organe gonjenja. Čak i tamo gdje su zakoni takvi da idu na ruku istražiteljima iz drugih država ili finansijskim istragama, općenito spora priroda međunarodnih istraga daje prednost osobama koje se bave pranjem novca, koje mogu takva kašnjenja iskoristiti da dodatno otežaju praćenje tragova transakcija od strane istražitelja.

3.6. Korištenje anonimnih sredstava

Ova tipologija pranja novca je u nekim slučajevima jednostavna. Kriminalci su svjesni da što je manji dokumentacioni trag ostavljen istražiteljima, manje su šanse da će finansijska istraga otkriti ili dokazati do nivoa krivičnog djela povezanost između kriminala i sredstava. Neki oblici sredstava su po svojoj prirodi potpuno anonimni (neodređeni), tako da je stvarno vlasništvo nad njima, ili njihovo porijeklo, praktično nemoguće dokazati, osim u slučaju kada je kriminalac uhvaćen na djelu od strane policijskih ili drugih nadležnih lica, dok vrši transakciju sa tim sredstvima. Najbolji primjer takvih anonimnih sredstava je gotovina, ali drugi primjeri mogu uključiti potrošačku robu, nakit, plemenite metale, neke sisteme elektronskog plaćanja, kao i neke finansijske proizvode (poput anonimnih tajnih računa sa šiframa).

2. Drugi oblici opšte tipologije

4.1. Nominees

“Ovo je jedna od najčešćih metoda pranja novca, a sastoji se u skrivanju kapitala kroz mijenjanje vlasništva radi prikrivanja interesa i kontrole. Perač koristi članove porodice, prijatelje ili saradnike kojima zajednica vjeruje i koji neće privući pažnju, da izvršavaju transakcije u njegovo

ime.”²⁷¹ Korištenje nekretnina koje “nominees” posjeduje, prikrivanje izvora i vlasništva nad ovim sredstvima, odnosno stvaranje vlasničkog interesa korištenjem nominalnog vlasnika (čovjek od slame) i osnivanjem starateljstva (darivalac-staratelj-korisnik). Postoje velike sličnosti s tipologijom “podmetnutog čovjeka”.

4.2. Kuriri (“smurfing”, “štrumfovanje”)

Mnogi pojedinci polažu gotovinu ili kupuju bankovne mjenice kod različitih institucija, ili jedna osoba vrši transakcije u iznosu koji je manji od onoga koji mora biti prijavljen FOJ, a gotovina se naknadno prebacuje na centralni račun. Ove osobe – kuriri, koje obično znamo kao “smurfs” ili “štrumfove”, normalno, ne privlače pažnju iz razloga što se bave sredstvima koja su ispod granice za prijavljivanje, i čini se da izvršavaju uobičajene transakcije. “Metoda se razvila na Floridi, u SAD-u gdje je otkriveno da neka kriminalna organizacija upošljava veliki broj pojedinaca da odnose gotovinu u različite banke”.²⁷²

4.3. Kupovine kapitala s gomilom gotovine

Pojedinci kupuju predmete veće vrijednosti npr. automobile, brodove, nekretnine, umjetnine i sl. U mnogim slučajevima, perači ulažu “svoj” kapital, ali se često distanciraju od tih predmeta i nekretnina tako što iste registriraju na ime prijatelja ili rođaka. Ti predmeti, nekretnine tj. kapital mogu biti preprodati za dalje pranje sredstava stečenih kriminalom.

4.4. Pozajmica od banke

Ovim metodom, kriminalac daje svom saradniku određeni iznos ilegalnog novca, a saradnik ima zadatku da pripremi papirologiju za hipotekarni kredit za kriminalca u istom iznosu sa svom potrebnom dokumentacijom,

²⁷¹ S. Karan, Pranje novca i finansiranje terorističkih aktivnosti, Državna agencija za istrage i zaštitu, Sarajevo 2006, 11.

²⁷² Heršak, B. G., Pranje novca i policija, Policijska sigurnost, Zagreb, godina 2, br. 3–4, 2003. god.

čime se stvara privid o legalnosti sredstava kriminalca. Legitimnost šeme pranja novca se pojačava urednim i redovnim uplatama za kredit od strane kriminalca, i davanja drugih sredstava za transfer novca.

4.5. Legitimno poslovanje / “Co-mingling” sredstava

Investiranje u poslove koji uobičajeno koriste velike gomile gotovine, kriminalne grupe ili pojedinci koriste da bi pomiješali nelegitimno stečena sredstva s onim koja potječe iz legitimnog poslovanja. Perači novca također biraju poslove koji uobičajeno primaju gotovinske uplate, uključujući restorane, barove, noćne klubove, hotele, mjenjačnice i kompanije koje se bave automatizovanim mašinama za prodaju robe. Tako ubaćena kriminalna sredstva, kao lažan dohodak, kriminalci mijesaju sa legalnim prihodom pogotovo kad legalni prihodi nisu dovoljni za održavanje legitimnog poslovanja.

4.6. Saučesništvo banke, usluge novca, mijenjanje i krijumčarenje valuta

Čim je zaposlenik banke umiješan u olakšavanje dijela procesa pranja novca imamo saučesništvo banke u tom procesu. Pojedinci često koriste sredstva stečena kriminalom za kupovinu stranih valuta kako bi ih mogli prebaciti na off shore bankovne račune.

Interpol navodi: "Kuriri pune kofere novcem, kriju novac među prtljagom ili ga šalju kao međunarodnu ekspres pošiljku. Novac se fizički transportuje u stranu zemlju u kojoj se ne vrši kontrola valute i u kojoj važe zakoni o tajnosti bankarskih uloga. U ovakvim poreskim utočištima gotov novac se deponuje u banku ili neku drugu finansijsku instituciju.

Odatle može da se seli bilo gdje. Novac se sada ni po čemu ne razlikuje od legitimnih sredstava koja se rutinski transferuju kroz svjetski finansijski sistem".²⁷³

²⁷³ V. S. Gilmor, Prljavi novac, Razvoj međunarodnih mjera za borbu protiv pranja novca i finansiranja terorizma, prevod V. Mates, Izdanje Savet Evrope ,Plus, Beograd 2006, 40.

4.7. Elektronski transfer sredstava

Odnoseći se, također, kao na telegrafski transfer ili kablovski transfer, ove metode pranja novca se sastoje od slanja sredstava elektronskim putem iz jednog grada ili zemlje u drugu kako bi se izbjegla potreba fizičkog transporta valute. Elektronski transfer sredstava često nazivaju transferom preko "žice" i najvažniji je metod uslojavanja peraćima novca. "Cilj onih koji peru novac je da prikupe sredstva sa različitih računa i onda sele ta sredstva preko računa u različitim bankama dok ne zametnu trag o porijeklu novca. To, najčešće, uključuje izvoz sredstava iz zemlje preko bankovnog računa u zemlju koja ima stroge zakone tajnosti bankarskih uloga i njihov povraćaj nazad."²⁷⁴ Na ovom nivou otkrivanje je veoma teško, nakon čega slijedi potpuna integracija koja postaje relativno jednostavna.

4.8. Kockanje u kazinima

Pojedinci donose gotovinu u kazino i kupuju čipove za klađenje. Nakon igre i samo nekoliko klađenja, kockar se vraća na blagajnu, zatvara račun ili traži isplatu ostatka čipova i traži ček od kazina na svoje ime ili ime nekog trećeg lica, koji se onda deponuje na njegov račun u banci. Ako bude pitan o porijeklu novca, govori da je to zarada od kockanja.

5. Primjeri nekih novijih tipologija u svijetu i BiH

5.1. Konstrukcija (Structuring)

U cilju izbjegavanja prijave transakcije, što je definisano različitim propisima koji se tiču definisanja gotovine, doznake transakcija su ispod praga. Perači obično podijele iznose transakcije ispod zakonskog limita. "Koristi se i stvaranje konstrukcije – velika financijska operacije razbijaju se u niz malih operacija s malim količinama novca."²⁷⁵

²⁷⁴ Rad koji je podnio R. A. Small, US Federal Reserve System na simpozijumu o pranju novca FATE, Singapur, 21–23. april 1993. (transkript, strana 76).

²⁷⁵ A. Bilać, "Pranje novca", Pravnik, Zagreb 27, 1–2/1994, 59.

5.2. “Peso broker” (Peso razmjena na crnom tržištu)

U nekim državama jedan od načina pranja novca (već naprijed spomenut) je i Služba za transfer novca (MTV), tj. korištenje službi za transfer novca ili vrijednosti. Suština rada tih službi je da one primaju gotov novac, čekove ili druge monetarne instrumente, odnosno druge vrijednosti na jednom mjestu i plaćaju odgovarajuću sumu novca ili drugi oblik plaćanja ovlašćenom licu na nekom drugom mjestu putem komunikacija, poruka, transfera ili međubankarske klirinške mreže kojoj pripada i MTV. U te transakcije je obično uključeno više posrednika, a plaćanje se vrši nekoj trećoj strani. To praktično znači postojanje paralelnog ili ilegalnog bankarskog sistema koji omogućava velike zloupotrebe.

Alternativni sistem i doznačavanja koji se još zovu neformalni sistemi za transfer novca, generalno se povezuju s određenim geografskim regionima i zato dobiju različita imena u skladu s lokacijom gdje se nalaze, a najpoznatije su: Hawala/hundi; kinesko/istočnoazijski sistemi i Black Market Peso Exchange (havala, hundi, crno tržište peso razmjena i drugi).

5.3. Poreska utaja

Pranje novca i utaja poreza su aktivnosti koje se pojavljuju u pokušaju da se prikriju transakcije. **Smatra se da je pranje novca sluga utaje poreza**, pa se utajivači poreza da bi izbjegli da budu uhvaćeni od poreskih vlasti vežu sa pranjem novca kako bi prikrili prihod.

Utajivači poreza su posljedično uvijek u dvostruko dilemi: koliko da utaje i, zatim koliko utajenog prihoda da prikriju povezivanjem s pranjem novca.

U BiH se može prepoznati jedna opšta tipologija “pranja novca” s predikatnim krivičnim djelom “poreske utaje”. Ova opšta tipologija (karakteristična prije uvođenja PDV-a), ima tri podgrupe, u zavisnosti od toga ko su utajivači poreza, i to:

1. Firma zadnji veleprodavac,
2. Firma zadnji velekupac i
3. Treće lice ili grupa lica.

Zajednička im je karakteristika veleprodajno razduženje robe na firmu nedostupnu kontrolnim organima. Porijeklo novca je nepoznato i može upućivati na razne vidove kriminaliteta, a poreska utaja nije "klasična" utaja poreza iz legalnog poslovanja, a novac po saznanjima upućuje na kriminalno porijeklo iz najtežih oblika krivičnih dijela.

Kao posljedica nemogućnosti organa za provođenje zakona u BiH da kontrolišu validnost dokumenata (velik broj građana u BiH je imao – do CIPS ličnih karata – više ličnih karata i lažnih ličnih karata), bilo je moguće da se pojavi veliki broj "fiktivnih firmi".

Navodim neke primjere i različite moduse "fiktivnih" firmi:

1. nedostupna preduzeća;
2. nepostojeća preduzeća;
3. nezakonito osnovana preduzeća i
4. paralelna preduzeća.

Osim navedene poreske utaje, u BiH česte su i druge tipologije pranja novca kao što su PDV prevare, pranje novca u procesu privatizacije. Karakteristika ove tipologije je, osim kupovine firmi gotovinom bez porijekla novca, i ta da strani ulagač formalno uplaćuje novac na račun privatizovane firme, po osnovu emisije dionica, čime se okončava postupak privatizacije i značajno povećava udio u vlasništvu firme, da bi ta sredstva odmah vratio nazad u matičnu firmu u inostranstvu u vidu pozajmice.

Karakteristična tipologija pranja novca u zadnje vrijeme u BiH je kroz zloupotrebu vrijednosnih papira.

A. Blok poslovi

Blok poslovi su poslovi kupoprodaje u kojima je prepusteno kupcu i prodavcu da samostalno određuju cijenu dionica, nezavisno od cijene dionica na berzi.

Prikrivanje porijekla novca – strani državljanini donose veće iznose gotovog novca nepoznatog porijekla i predaju ga fizičkom licu u zemlji, koje za taj novac na svoje ime kupuje dionice. Ove dionice su kasnije predmet kupoprodaje u blok poslu po cijeni nižoj od tržišne, u kojoj strani

državljanin plaćanje vrši svojim novcem i dolazi u posjed dionica veće vrijednosti, čijom prodajom po tržišnoj vrijednosti može prikazati da ima novac sa porijeklom iz trgovine vrijednosnim papirima.

B. Ugovori o poklonu

Slična situacija kao kod “blok poslova”, gdje se lice, stvarni posjednik novca za koji su dionice nabavljene, pojavljuje kao poklonoprimac dionica, kojima kasnije legalno raspolaže.²⁷⁶ Ovdje se, naime, radi o jednoj vrlo **specifičnoj i karakterističnoj tipologiji pranja novca u FBiH**. Zakonski propisi u FBiH dozvoljavaju poklanjanje dionica, bez ikakvih restrikcija. Podaci navode da je koristeći te zakonske pogodnosti u 2007. g. u FBiH poklonjeno više od milion dionica, čija je vrijednost procijenjena na oko 120 miliona KM, što predstavlja više od 10% ukupnog prometa na Sarajevskoj berzi 2007. g. Suština ove pojave je u tome da se ovdje radi o dvije moguće situacije, a to je da, npr., jedna kompanija, ako joj se druga kompanija učini “simpatičnom”, može slobodno, bez ikakvih ograničenja, da joj pokloni svoje dionice. Šta je motiv takve radnje – poklona?

Druga situacija je da pravna, a posebno fizička lica, tj. kriminalci, za gotov novac kupuju dionice određene kompanije od raznih lica – dioničara po slobodnoj, uglavnom nepoznatoj cijeni, i tako postaju vlasnici kapitala određene firme, ali tu kupovinu dionica od dioničara papirnato – stvarno legalizuju u Komisiji za vrijednosne papire FBiH kao poklone tako da niko niti zna koliko je dato gotovine za kupovinu dionica niti odakle potiče taj gotov novac tim licima, koji tako nezakonito stečen novac jednostavno peru postajući legalni vlasnici dionica sa kojima onda slobodno raspolažu. Naravno, dešava se, često, da su kupci dionica neke firme, menadžeri tih firmi ili drugi mešetari, koji praktično od radnika i drugih malih dioničara kupuju te dionice i postaju brzo većinski vlasnici tih kompanija bez objašnjenja o porijeklu novca kojim su kupovali dionice. Ovakvim radnjama se nanosi šteta i berzama i brokerskim kućama i budžetskim i vanbudžetskim fondovima jer se uskraćuje znatan iznos prihoda koji bi ostvarili kada bi vrijednosni papiri mijenjali vlasnika na uređenom tržištu, dakle na berzi. Početkom 2008. g. došlo je do određenih izmjena zakonskih propisa, odnosno do izmjena Pravilnika o registraciji i prenosu vrijednosnih papira u FBiH kojim je regulisano da će se prenos vrijednosnih papira po osnovu darivanja vršiti ubuduće preko profesionalnih posrednika – brokera, kod ugovora o darivanju između lica koji nisu članovi uže

²⁷⁶ Šire o poklonu dionica kao paravanu za pranje novca pogledati S. Mustajbegović, Poklanjanje dionica paravan za pranje novca, SEEbiz, Sarajevo 2008.

porodice. Jasno je da je i ovakvim odredbama vruć krompir dat brokerskim kućama koje samo verifikuju već kupljeno, odnosno prodato i tako postaju samo paravan za stvarnu kupoprodaju, a mogućnost zloupotrebe i dalje se nastavlja umjesto da se jednostavno zabrani poklanjanje dionica, odnosno da se darivanje omogući samo srodnicima u prvom naslijednom redu kako je to urađeno u Republici Srbkoj (RS).

Zaključak

Pranje novca kao pojava, ali i njegovi akteri-kriminalci imaju sposobnost da stalno razvijaju nove oblike i tipologije pranja koje postaju internacionalne, prilagođavajući se situacijama raznih zemalja. Kriminalci perači novca koriste razne praznine, nedorečenosti i neefikasnost sistema na sprečavanju pranja novca počevši od jurisdikcija pojedinih zemalja do spremnosti na razne oblike pritiska, korupciju svih vidova da bi oprali svoje prljave prihode.

Kriminalci su smisili praktično nepoznat broj tipologija pranja novca, a sve one imaju neke opšte zajedničke osobine, ali može se reći da su te tipologije ništa drugo nego varijacije o ovom obliku organizovanog kriminaliteta. Prevencija i pravni sistem regulacije moraju biti tako dizajnirani da reputacija i integritet, kako obveznika tako i određene države, postanu javno dobro u borbi protiv pranja novca i tako bi se izbjegli – kako lijepo kaže jedan autor – rizici besplatne vožnje.

Pranje novca je stvorilo čitave institucionalne aparate; zbog njega se pišu nove i nove konvencije; zbog njega se često mora mijenjati krivično zakonodavstvo; zbog pranja novca prestala je postojati tajnost računa i podataka banaka itd. Ponekad se u toj borbi žrtvuju i osnovna ljudska prava jer se praktično vodi rat protiv pranja novca.

Da bi “pratile” perače novca, mnoge zemlje su pristupile projektima pisanja tipologija pranja novca, koje ukazuju na specifičnosti načina pranja novca kroz različite sektore i vrste obveznika. Tako je npr. Uprava za sprečavanje pranja novca i finansiranja terorističkih aktivnosti Republike Srbije napravila projekt tipologija podijeljenih u šest odjeljaka koje ukazuju na specifičnosti načina pranja novca kroz različite sektore: bankarstvo, reviziju i računovodstvo, mjenjačke poslove, osiguranje, advokaturu, kao i pranje novca na tržištu kapitala i nekretninu.

Svaki odjeljak sadrži opis stanja u sektoru, opise mogućih načina za zloupotrebu sektora u svrhe pranja novca, kao i trendove, odnosno načine za koje se pretpostavlja da će biti zloupotrijebljeni u svrhe pranja novca.

Ocjenu svih naših borbi koje preduzimamo protiv pranja novca, kao nesporno velikog kriminalnog i društvenog zla, može se zaključiti **konstatacijom da se najrealnija ocjena dobije od potencijalnih perača novca, jer, ako oni zaobilaze prostor, to znači da je sistem dobro postavljen. Najvažnija je preventiva.**

Literatura

1. Beare, M., E., (2003), Critical Reflections on Transnational Organized Crime, Money Laundering, and Corruption, University of Toronto Press, Toronto.
2. Beare, M., E., Schneider, S., (2007), Money Laundering in Canada: Chasing Dirty and Dangerous Dollars, University of Toronto Press, Toronto.
3. Bilać, A., Državna rampa peraćima novca, Zagreb, Vjesnik mart, 1996.
4. Bošković, M., Pranje novca, Beograd, Beosing, 2005.
5. Bošković, M., Aktuelni problemi suzbijanja pranja novca, Beograd, 2001.
6. Cvitanović, L., Međunarodna policijska suradnja, policija i sigurnost, Globus, Zagreb, 1992.
7. Degan, V. Đ., Pavišić, B., Međunarodno kazneno pravo, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2005.
8. Florman, W., Pranje novca – Ahilova peta organiziranoga kriminala, Izbor, Zagreb br. 1/1993.
9. Gilmor, V. S., Prljavi novac, Razvoj međunarodnih mjera za borbu protiv pranja novca i finansiranja terorizma, prevod Mates, V., Izdanje Savjeta Evrope, Plus, Beograd, 2006.
10. Heršak, B. G., Pranje novca, Zbornik Pravnog fakulteta Zagreb, 5–6, 1992. god.
11. Heršak, B. G., Pranje novca i policija, Policijska sigurnost, stručni članak, Zagreb, godina 2, br. 3–4, 2003.

12. Klasens, R., Sprečavanje pranja novca, prevod Raičević, S., Udruženje banaka Srbije, Beograd, 2006.
13. Konvencija o pranju, traganju, privremenom oduzimanju prihoda stečenog krivičnim djelom, Strasbourg, ETS No. 141, 8. 11. 1990.
14. Maros, I., Milinović, M., Međunarodna suradnja RH u suzbijanju pranja novca, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksi , Zagreb, 2/1999, 241.
15. Pedić, Ž., Nefinancijski sektor i samostalne profesije u kontekstu sprečavanja pranja novca Zb. Prav. fak. Rij. (1991) v. 31, br. 1, 617–642 (2010) 61.
16. Sprečavanje pranje novca, Slučajevi, Izvor Egmont grupa, Sarajevo, 12–14. 12. 2005.
17. Vodič kroz Sarajevsku berzu-burzu, brošura, Izdavač Sarajevska berza-burza vrijednosnih papira DD Sarajevo, Sarajevo, 2008. Internetske stranice
1. Caribbean <http://www.cfatf.org>
2. Egmont grupa <http://www.egmontgroup.org>
3. FATF (Lista zemalja i teritorija koje ne surađuju NCCTS) <http://www.fatf-gafi.org>
4. FATF Regionalne organizacije Azija / Pacifik <http://www.urasiangroup.org>
5. <http://www.fatf.org>
6. <http://www.fincen.gov>
7. MONEYVAL (Vijeće Evrope. Povjereništvo stručnjaka za procjenu borbe protiv pranja novca / finansiranja terorizma) <http://www.coe.int/moneyval>
8. UN (međunarodna mreža za pranje novca) <http://www.imolin.org>
9. Vijeće Evrope <http://www.coe.int/>

Dr Mile Račić

UDK 340.137:061.1EU

Redovni profesor Fakulteta pravnih nauka
Univerziteta/Sveučilišta "Vitez" u Vitezu
e-mail: mileracic@yahoo.com

Dr Siniša Domazet
Univerzitet Edukons, Sr. Kamenica, Srbija
e-mail: sdomazetns@gmail.com

Stručni članak

IMPLEMENTACIJA NEKIH PROPISA EU OD STRANE EVROPSKE KOMISIJE

Sažetak

Članom 102. Ugovora o funkcionisanju EU predviđena je zabrana zloupotrebe dominantnog položaja. Komisija ima ovlašćenje da, u skladu sa odredbama UFEU, ispita svaki slučaj ponaosob i doneće odgovarajuću odluku. Postupak implementacije člana 102. Ugovora o funkcionisanju EU razrađen je Uredbom 1/2003, odgovarajućom Uredbom o primeni, kao i Smernicama o metodu izricanja kazni iz 2006. godine. Procedura predviđena navedenim aktima veoma je složena i predstavlja izraz želje Komisije da obezbedi efikasnu proceduru kontrole, ali i spreči eventualne zloupotrebe. Novine predviđene Uredbom 1/2003 odnose se, pored ostalog, na napuštanje "dvostepenosti" povodom zahteva za dostavljanjem relevantnih informacija, inspekcije koje bi se sprovodile u privatnim kućama, prostorijama i vozilima direktora ili zaposlenih, mogućnost da Komisija uzme izjavu od fizičkog ili pravnog lica koje da svoj pristanak, u cilju prikupljanja podataka koji se odnose na sadržaj istrage, kao i mogućnost da izdaje "pozitivne naloge". Navedena procedura biće od velikog značaja u procesu pristupanja BiH EU.

Ključne reči: Evropska unija, Evropska komisija, zloupotreba dominantnog položaja, implementacija, Uredba 1/2003.

IMPLEMENTATION OF SOME EU LEGISLATION BY THE EUROPEAN COMMISSION

Summary

Article 102 TFEU provides for the prohibition of abuse of dominant position. The Commission shall, in accordance with the provisions of the TFEU, examine each case individually and make the appropriate decision. The process of implementation of Article 102 TFUE was worked out by Regulation 1/2003, appropriate Regulation on the implementation of the relevant Regulation 1/2003, and Guidelines on the Method of Setting Fines from 2006. The procedure provided for in that legislation is very complex and represents an expression of desire of the Commission to ensure effective control procedure, but also to prevent potential abuse. New provisions provided by Regulation 1/2003 relating to, among other things, to leave the “two-level” regarding the request for providing information, inspections which should be conducted in private homes, offices and vehicles of directors or employees, the possibility for the Commission to take a statement from the person or entity which accept that solution, in order to obtain information relating to the contents of the investigation, as well as the ability to issue positive orders. The above procedure will be of great importance in the process of EU accession of Bosnia and Herzegovina.

Key words: European Union, European Commission, Abuse of dominant position, implementation, Regulation 1/2003

1. Uvod

U članu 102. Ugovora o funkcionisanju EU (UFEU) bliže je uređeno pitanje zloupotrebe dominantnog položaja. Pri tom, treba napomenuti da će institucije Unije, pre svega Evropska komisija (Komisija), reagovati u slučaju kada je došlo do zloupotrebe dominacije od strane jedne ili više kompanija na relevantnom tržištu. Dakle, u pravu konkurencije EU ne sankcioniše se činjenica da jedna ili više kompanija poseduje dominantan položaj, nego samo postupak zloupotrebe tržišne pozicije. To je opravdano, jer se ne mogu kažnjavati kompanije koje, usled uspešnog poslovanja,

kontrolišu veći deo tržišta. Komisija ima ovlašćenje da, u skladu sa odredbama UFEU, ispita svaki slučaj ponaosob i doneše odgovarajuću odluku. Takođe, može izreći i sankcije kompanijama za koje je utvrđeno da su zloupotrebljile dominantan položaj. U ovom radu će biti više reči o proceduri primene člana 102. UFEU od strane Komisije.

2. Procedura pred Komisijom

U vezi sa postupkom implementacije člana 102. UFEU, treba istaći na početku da je počevši od 2004. godine došlo do određenih promena kada je doneta Uredba Saveta 1/2003, kojom je zamenjena ranija Uredba Saveta 17/62, odgovarajuća Uredba o implementaciji, kao i nekolicina uputstava i smernica.²⁷⁷ U ovom odeljku će biti ukratko izložena osnovna rešenja pomenute Uredbe 1/2003.

Samo pokretanje postupka od strane Komisije lišava nacionalne organe za zaštitu konkurenčije mogućnosti da direktno primene članove 101. i 102. UFEU. Ipak, ovde se radi o nacionalnim telima konkurenčije, a ne o nacionalnim sudovima, što znači da oni mogu direktno primeniti član 102. UFEU, iako je Komisija pokrenula postupak. Imajući ovo u vidu, u prvi plan izbija problem paralelne nadležnosti Komisije i nacionalnih sudova i mogućnosti donošenja međusobno kontradiktornih odluka. Takav problem je rešen u članu 16(1) Uredbe 1/2003 koji predviđa da nacionalni sudovi ne mogu donositi odluke suprotne onima usvojenim od strane Komisije.

Komisija može, na osnovu Uredbe o implementaciji 773/2004 vršiti istragu pre pokretanja odgovarajućeg postupka u vezi sa članom 102. UFEU, što je regulisano članovima 18–20 Uredbe 1/2003. U vezi s tim, ona može

²⁷⁷ [2003] OJ L1/1; Commission Regulation 773/2004 on the conduct of proceedings by the Commission pursuant to Articles 81 and 82 (Uredba o implementaciji) [2004] OJ C101/18. Ovaj “paket” novih propisa obuhvata još i Commission Notice on cooperation within the network of competition authorities ([2004] OJ C101/43), Commission Notice on cooperation between the Commission and the courts of the EU Member States in the application of Articles 81 and 82 ([2004] OJ C101/54), Commission Notice on the handling of complaints ([2004] OJ C101/65), Commission Notice on informal guidance relating to novel questions concerning Articles 81 and 82 that arise in individual cases ([2004] OJ C101/78), Guidelines on the effect on trade concept contained in Articles 81 and 82 ([2004] OJ C101/96) i sl.

tražiti od preduzeća da joj dostave odgovarajuće podatke neophodne za procenu.²⁷⁸ Naravno, nisu samo preduzeća izvor relevantnih informacija, jer Komisija može da ih traži i od konkurentskih kompanija, isporučilaca, potrošača i slično.

U pogledu zahteva za dostavljanjem relevantnih informacija, član 18. Uredbe 1/2003 donosi izvesnu novinu u odnosu na raniju Uredbu 17/62. Naime, prethodno rešenje je podrazumevalo da Komisija prvo "neformalno" traži od preduzeća određene informacije, pa ukoliko ih kompanija ne dostavi, onda bi Komisija mogla da donese "odluku" koja bi ih obavezala na dostavljanje traženih podataka. Uredbom 1/2003 napušta se ova "dvostepenost" i Komisija može *odmah*, uz pomoć odluke u tom smislu, zatražiti od preduzeća dostavljanje relevantnih informacija koje su ona *dužna* da dostave. Ta obaveza, u skladu sa članom 18(6) Uredbe 1/2003, odnosi se i na vlade država članica i njihova tela za primenu pravila konkurenčije. Jasno, prilikom traženja informacija Komisija mora, u skladu sa članom 18(2) Uredbe 1/2003, u svom zahtevu navesti pravni osnov, svrhu zahteva, vremenske rokove za dostavljanje traženih informacija, kao i kazne za davanje netačnih ili obmanjujućih informacija. Novina u Uredbi 1/2003 je i u tome što su značajno povećane novčane kazne za nepostupanje po zahtevu, a kreću se do 1% od ukupnog godišnjeg obrta u tekućoj poslovnoj godini.

Ovo je svakako dodatna "motivacija" kompanijama i drugim subjektima da postupaju po zahtevu Komisije. Odluka Komisije kojom se od preduzeća traži dostavljanje tražene informacije je sadržinski identična zahtevu za dostavljanje, s tim što ona mora sadržati, pored novčanih sankcija za eventualno nepostupanje po zahtevu, i odredbu po kojoj data odluka može biti preispitana od strane Suda.

U članu 18(5) Uredbe 1/2003 predviđena je i obaveza saradnje Komisije sa nacionalnim telima konkurenčije država članica, koja se manifestuje u obavezi Komisije da kopiju zahteva ili odluke obavezno pošalje nacionalnim telima konkurenčije države članice gde se nalazi sedište odnosnog preduzeća, kao i države članice na čijoj teritoriji je došlo do uticaja na konkurentske procese.

Članom 20(1) Uredbe 1/2003 dato je ovlašćenje Komisiji da vrši inspekcije u zgradama i objektima kompanija, pri čemu ona ne mora u tom

²⁷⁸ Uredba 1/2003, čl. 18.

pravcu uputiti neki zahtev u formalnom smislu, već može da ih izvrši bez upozorenja. To je logično, jer bi u suprotnom pretila opasnost od skrivanja ili uništavanja informacija, odnosno dokaza o postojanju zabranjene delatnosti. Ustavu 2. istog člana predviđeno jedna inspekcije, to jest, ovlašćenja inspektora uključuju: ulazak u poslovne prostorije, zemljišne posede ili transportna sredstva preduzeća ili udruženja preduzeća; ispitivanje knjiga ili drugih beležaka koje se odnose na poslovanje preduzeća; uzimanje ili pribavljanje njihovih kopija; mogućnost zapečaćenja poslovnih prostorija; ispitivanje i traženje obaveštenja od zaposlenih u odnosnim kompanijama i slično. U odnosu na raniju Uredbu 17/62, treba istaći da, između ostalog, Komisija (odnosno inspektori) sada ima i ovlašćenje, u skladu sa članom 20(2)(e) Uredbe 1/2003, da zatraži objašnjenje od bilo kog predstavnika ili člana osoblja o činjenicama i dokumentima koji se odnose na sadržaj i svrhu inspekcije i da zabeleži odgovore. U članu 23. Uredbe predviđeno je da Komisija može kazniti preduzeće u slučaju da na postavljena pitanja da netačan ili obmanjujući odgovor, propusti da ispravi u unapred određenom roku nepotpun ili obmanjujući odgovor dat od strane člana osoblja, ili ne uspe ili uskrati da obezbedi potpun odgovor o činjenicama koje se odnose na sadržaj i svrhu inspekcije.

Zanimljiv je i član 4(3) Uredbe o implementaciji 773/2004, gde se navodi da preduzeća mogu u unapred određenom roku dostaviti Komisiji ispravku, izmenu ili dopunu objašnjenja datih od članova osoblja neovlašćenih od strane preduzeća ili grupe preduzeća za pružanje takvih obaveštenja, ali ne daje takvu mogućnost kad je reč o ovlašćenim članovima osoblja. I u ovoj situaciji bi trebalo dati mogućnost preduzećima da reaguju u formi ispravke, izmene ili dopune.

Komisija može unapred da najavi dotičnim kompanijama da će izvršiti, na primer, inspekciju njihovih poslovnih prostorija, ali isto tako može nenajavljeni da izvrši pomenutu radnju, popularno nazvanu "prepad u zoru" (*dawn raids*). Naročito je Komisija sklona ovakvim "prepadima" ukoliko je reč o zloupotrebi dominantnog položaja. Međutim, u više navrata, preduzeća su se branila od ovih nenajavljenih inspekcija Komisije, pozivanjem na član 8. Evropske konvencije o ljudskim pravima, navodeći da su navedenim aktima prekršena njihova osnovna prava. S druge strane, institucije Unije su odbijale ovakve navode kao neosnovane, pozivajući se na to da su takve radnje učinjene u cilju sprečavanja ugrožavanja konkurenčije na štetu javnog interesa, individualnih preduzeća ili

potrošača.²⁷⁹ Ipak, obaveštenje o nameravanoj inspekciji mora se uputiti nadležnim telima država članica na čijoj teritoriji se inspekcija vrši.

Članom 21. Uredbe 1/2003 rešeno je do tada veoma sporno pitanje inspekcija koje bi se sprovodile u privatnim kućama, prostorijama i vozilima direktora ili zaposlenih i Komisiji dato ovlašćenje da i tu sprovodi inspekcije, isto kao i u poslovnim prostorijama, ukoliko postoji "razumna sumnja" da se poslovne knjige i druga dokumentacija čuvaju na pomenutim mestima. Takva inspekcija se, u skladu sa istim članom, može izvršiti samo uz prethodno odobrenje nacionalnog sudskog organa date države članice. Istovremeno, nacionalni sudski organi neće moći da dovode u pitanje potrebu za vršenjem inspekcije od strane Komisije, niti da ispituju zakonitost njenih odluka. Potonje spada u nadležnost Suda. Očito je član 21. Uredbe 1/2003 bio motivisan čestom praksom čuvanja poverljive poslovne dokumentacije i knjiga u privatnim kućama, prostorijama direktora ili zaposlenih u odnosnim kompanijama, kako bi se "izigrala" Komisija ukoliko dođe do iznenadne inspekcije poslovnih prostorija.

Ipak, treba reći da Uredba 1/2003 ne sadrži bilo kakve odredbe koje bi sankcionisale suprotstavljanje inspekciji, iako je u praksi bilo slučajeva kada su zaposleni odbijali otvoriti vrata službenicima Komisije. U toj situaciji Komisija mora da se obrati sudskim organima dotične države članice, koji mogu da obezbede prinudni ulazak u prostorije. Ovo je motivisano željom za očuvanjem suverenosti država članica. Članom 20(6) predviđeno je da će u slučaju kada se preduzeća suprotstavljaju vršenju inspekcije, organi država članica pružiti neophodnu pomoć Komisiji, uključujući i pomoć policijskih organa, sve u cilju sprovođenja inspekcije. Ukoliko sprovođenje inspekcije zahteva učešće sudskih organa država članica, oni će imati ovlašćenje kontrole autentičnosti odluka Komisije, kao i da li su date mere preterane ili arbitrarne, imajući u vidu sadržinu inspekcije. Istovremeno, nacionalni sudski organ može da traži od Komisije detaljnija objašnjenja, naročito u vezi sa stepenom ozbiljnosti povrede konkurenckih pravila i prirodi uključenosti preduzeća u date radnje.²⁸⁰

²⁷⁹ Case 136/79 National Panasonic v. Commission [1980] ECR 2033, [1980] CMLR 169, t. 17–23.

²⁸⁰ Član 20(8) Uredbe 1/2003.

Još jedna novina u Uredbi 1/2003 izražena je u članu 19. koji je dao moć Komisiji da uzme izjavu od fizičkog ili pravnog lica koje da svoj pristanak, u cilju prikupljanja podataka koji se odnose na sadržaj same istrage. Ukoliko se intervju vrši u prostorijama same kompanije, Komisija ima obavezu da obavesti o tome kompetitivni organ države članice na čijoj teritoriji vrši intervju.²⁸¹ U Uredbi 1/2003 se ne pominje nikakva sankcija ukoliko neko odbije da odgovori na pitanja Komisije, ili ukoliko dâ netačne ili obmanjujuće podatke. Odsustvo sankcija ima za cilj da motiviše lica naročito zaposlene, da daju podatke, makar oni bili i netačni. Strah od sankcija bi delovao kontraproduktivno na pomenuta lica.

U vezi sa prikupljanjem informacija i sprovođenjem inspekcija od strane Komisije, treba napomenuti da se u tim postupcima moraju poštovati takozvana prava odbrane, odnosno pravo kompanija da uskrate davanje informacija kojima bi inkriminisale same sebe. Preciznije, Komisija može da traži od kompanija informacije neophodne za ustanovljenje povrede konkurentskih normi, ali ne i informacije kojima bi preduzeće optužilo samo sebe, odnosno priznalo povredu. Tadašnji Sud prve instance je zauzeo ovakav stav u slučaju *Orkem*, iako je Evropski sud za ljudska prava smatrao drugačije i pravo na odbranu, odnosno pravo kompanije da ne inkriminiše sama sebe, vezao za situaciju kada je reč o krivičnom delu, a ne kršenju konkurentskih normi.²⁸² Kompanije, dakle, imaju obavezu saradnje sa Komisijom, ali ne po svaku cenu. Sličan stav zauzet je i u slučaju *Mannesmannröhren-Werke AG v Commission*²⁸³, kao i u slučaju

²⁸¹ Uredba 773/2004, čl. 1–3.

²⁸² Case 374/87, *Orkem v. Commission* [1989] ECR 3283, [1991] 4 CMLR 502.

²⁸³ Case T-112/98, *Mannesmannröhren-Werke AG v Commission* [2001] ECR II-729, [2001] 5 CMLR 54.

*Orkem*²⁸⁴. Pored toga, Sud je zauzeo stav i da se poštovanje prava odbrane po osnovu samo-inkriminacije odnosi samo na situaciju kada Komisija traži informaciju po osnovu člana 18(3).

Postavlja se pitanje da li kompanija mora otkriti Komisiji sadržinu komunikacije sa svojim advokatima, odnosno pravnim savetnicima. Uredba 1/2003 se ne bavi ovim pitanjem, ali je u praksi institucija Unije zauzet pozitivan stav po tom pitanju. Tako, u slučaju *AM&S Ltd v. Commission*, Sud je zauzeo stav da je potrebno očuvati tajnost komunikacija advokata i klijenata (kompanije), ali uz ispunjenje tri preduslova: prvo, mora se raditi o "nezavisnom" advokatu, odnosno licu koje nije zaposleno kod zastupanog; drugo, advokat mora biti ovlašćen za rad u nekoj državi članici; treće, dokumentacija mora biti sačinjena u cilju i interesima klijentovog prava odbrane.²⁸⁵ Važno je napomenuti da se ovo "privilegovano" komuniciranje odnosi na advokate, odnosno pravne zastupnike koji nisu zaposleni kod zastupanog (date kompanije). Ipak, ovakvo usko gledanje na stvari može biti sporno, imajući u vidu obavezu poštovanja etičkog kodeksa od strane zastupnika, pa se (logično) postavlja pitanje zašto privilegovanu komunikaciju ne primenjivati i kod zastupnika zaposlenih kod date kompanije.

Ako Komisija, na osnovu gore rečenog, utvrdi da postoji povreda, doći će do druge faze postupka, koja će biti okončana odgovarajućom odlukom. Kakva god da bude ta odluka, Komisija mora pružiti priliku kompanijama da budu saslušane o spornim pitanjima. Ali pre toga,

²⁸⁴ Case 374/87 *Orkem v Commission* [1989] ECR 3283, [1991] 4 CMLR 502. O ovome videti i: Lasok, K.P.E. The Privilege against Self-Incrimination in Competition Cases, 11 European Competition Law Review, 91 (1990); Stessens, G., The Obligation to Produce Documents Versus the Privilege against Self-incrimination: Human Rights Protection Extended Too Far?, 22 European Law Review, 45 (1997); Vesterdorf, B., Legal Professional Privilege and the Privilege Against Self-Incrimination in EC Law: Recent Developments and Current Issues, Fordham International Law Journal, 2004, Vol. 28, Issue 4, pp. 1179–215; Wils, W.P.J., Self-Incrimination in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis, World Competition: Law and Economics Review, Vol. 26, No. 4, 2003, pp. 567–588; Gippini-Fournier, E., Legal Professional Privilege in Competition Proceedings before the European Commission: Beyond the Cursory Glance, 2004 Fordham Corp. L. Inst. (B. Hawk ed., 2005), pp. 587; MacCulloch, A.D., The Privilege against Self-Incrimination in Competition Investigations: Theoretical Foundations and Practical Implications, Legal Studies, 2006, 26 (2). pp. 211–237; Jones, A., Sufrin, B., EC Competition Law, 2008, pp. 1181–1188; Whish, R., Competition Law, 2009, pp. 267.

²⁸⁵ Case 155/79, *AM&S Ltd v. Commission* [1982] ECR 1575, [1982] 2 CMLR 264.

Komisija mora da pošalje dатој kompaniji takozvanu “izjavu prigovora” (*statement of objections*), na коју kompanije имају право одговора, у складу са Уредбом 773/2004, у којој се износе ставови Комисије поводом повреде члана 102. UFEU и средства за њихово откланjanje. Ова изјава приговора добија додатно на значају уколико се има на уму да Комисија може у својој оdluci да се бави само оним приговорима у вези са којима су односне компаније имале могућност да изнесу конtraargumente.²⁸⁶ Јасно, компанijama ће, у складу са чланом 10. Уредбе 773/2004, бити остављен известан рок за одговор на изјаву о приговорима у коме one могу користити и документацију у прилог својим тврдњама.

Posebno важно пitanje за странке јесте могућност приступа “dosijeu” Komisije, односно доказима садржаним у њој, како би могле да одговоре на приговоре од стране Komisije. Ово пitanje је предмет паžnje и Уредбе 1/2003, Уредбе 773/2004, као и одговарајућег Упутства Komisije.²⁸⁷ У том смислу, Komisija ће омогућити приступ “dosijeu” странама којима је упутила изјаву приговора, при чему се право на приступ неће односити на пословне тajne, друге poverljive информације или interna документа Komisije, односно конкурентних органа држава чланica. Иsto važi i za interna документа između конкурентних органа држава чланica.²⁸⁸ Ipak, у складу са чланом 15(4) Уредбе 773/2004, ништа у поменutoj Уредби неће спрећити Komisiju да откриje ili користи информације neophodne за доказivanje повреде члана 102. UFEU. Sud je u poznatom slučaju *Solvay* применio princip “jednakosti oružja” između Komisije и preduzeća уključenih u istragu u smislu да потонja preduzeća имају право да сазнaju sve relevantne информације које се користе против njih u postupku исто као и Komisija, при чему Komisija nema diskreciono право procene који документи bi bili korisni за одбрану datih kompanija.²⁸⁹

Već je поменuto да је приступ “dosijeu” Komisije у одређеној мери ограничен у смислу пословних тajни, других poverljivih информација или internih dokumenta Komisije или конкурентних органа држава чланica,

²⁸⁶ Члан 11, ст. 2. Уредбе 773/2004.

²⁸⁷ Commission Notice on the rules or access to the Commission file in cases pursuant to Articles 81 and 82 of the Treaty, Articles 53, 54, and 57 of the EEA Agreement and Council Regulation (EC) No. 139/2004, [2005] OJ C 325/7.

²⁸⁸ Уредба 1/2003, čl. 27(2), Уредба 773/2004, čl. 15 (1, 2).

²⁸⁹ Odluka Suda u slučaju Solvay, t. 81–83.

odnosno internih dokumenata između kompetitivnih organa država članica. I u Uredbi 773/2004 postavljeno je slično ograničenje da “pravo na pristup dosijeu neće biti proširen na poslovne tajne, druge poverljive informacije i interne dokumente Komisije ili kompetitivnih organa država članica”²⁹⁰.

Ovakav oprez motivisan je činjenicom da Komisija može u postupku doći do veoma osetljivih podataka o mnogim privrednim subjektima, čije bi objavljivanje moglo naneti nepopravljivu štetu datim kompanijama. Ova pitanja Komisija je bliže uredila odgovarajućim *Uputstvom o pravilima ili pristupu dosijeu Komisije u slučajevima koji se odnose na članove 81 i 82. Ugovora o EU*²⁹¹ (Uputstvo o pristupu). Uputstvo o pristupu je značajno, između ostalog, zbog toga što daje definiciju “drugih poverljivih informacija”, pri čemu se smatra da su to “informacije osim poslovnih tajni čije bi otkrivanje moglo značajno povrediti lice ili preduzeće”²⁹². U istom članu se podržava odbijanje otkrivanja pisama od strane potrošača date kompanije, kako bi se izbeglo da pomenuta lica budu izložena riziku primene mera odmazde od strane “tužene” kompanije.

Za pitanje poverljivosti informacija značajna je i pomenuta Uredba 773/2004 u kojoj se navodi da Komisija može tražiti od preduzeća ili udruženja preduzeća da identifikuju dokumente ili delove dokumenata za koje ona smatraju da sadrže poslovne tajne ili druge poverljive informacije, odnosno da identifikuju preduzeća kojima one ne smeju biti otkrivene; istovremeno, Komisija može identične radnje zahtevati i u pogledu bilo kojeg dela izjave o prigovorima ili odluke Komisije.²⁹³ Uputstvo o pristupu poslovne tajne i druge poverljive informacije naziva “*non-accessible documents*”, istovremeno propisujući određenu proceduru kojom se rešava mogući spor između Komisije i preduzeća oko toga da li će dokumenti i informacije biti smatrane poverljivim. Taj spor, prema pomenutom

²⁹⁰ Uredba, član 15., st. 2.

²⁹¹ [2005] OJ C 325/7.

²⁹² Uputstvo o pristupu, čl. 19.

²⁹³ Član 16. Uputstva.

Uputstvu o pristupu, rešava tzv. "Hearing Officer"²⁹⁴.

Uputstvo o pristupu reguliše i položaj tužilaca u postupku, navodeći da u slučaju mogućnosti odbijanja njihovog tužbenog zahteva ne mogu ostvariti pristup poverljivim informacijama ili poslovnim tajnama kompanija i trećih strana koje su obuhvaćene tužbom, ali mogu tražiti pristup drugim dokumentima na kojima je Komisija zasnovala svoj stav o odbijanju.²⁹⁵ Ovo je motivisano željom da se izbegnu zloupotrebe, jer bi svako mogao vrlo lako saznati poverljive podatke o svojim konkurentima. Dovoljno bi bilo da podnese tužbu.

Najzad, adresati izjave o prigovorima mogu, prema Uredbi 773/2004, tražiti i da budu usmeno saslušani, uz uslov da o tome podnesu odgovarajući podnesak Komisiji²⁹⁶. Pri tom, mogu im pomagati advokati ili druga kvalifikovana lica, ukoliko "Hearing Officer" da odobrenje. Pored njih, moguće je da budu saslušana i druga lica (fizička ili pravna) koja pokaže "dovoljan interes". Ovim se želi izbeći nepotrebno odugovlačenje postupka. Usmena saslušanja izvodi pomenuti "Hearing Officer", a sama saslušanja nisu javna; izjave date prilikom saslušanja biće zabeležene i učinjene dostupnim licima koja su prisustvovala saslušanju, imajući u vidu čuvanje poslovnih tajni i drugih poverljivih informacija.²⁹⁷

Nakon sprovedene procedure Komisija donosi odgovarajuću odluku, pri čemu može postojati više različitih modaliteta. Na primer, moguća je odluka kojom se nalaže prestanak povrede člana 102. UFEU, odluka kojom se nalažu određene obaveze, odnosno činidbe odnosnim kompanijama, ali i odluka o nemogućnosti primene člana 102. UFEU na predmetni slučaj. Takođe, Komisija može da donosi i proceduralne odluke, kao i privremene mere.

Kao što je već pomenuto, Komisija može doneti konačnu odluku kojom se nalaže prestanak kršenja člana 102. UFEU. U tom cilju ona ima

²⁹⁴ "Hearing Officer" nije sudija, već ima više jednu korektivnu ulogu u postupku u smislu očuvanja, odnosno unošenja većeg stepena objektivnosti prilikom donošenja odluka Komisije. Njegov položaj je bliže uređen Odlukom Komisije 2001/462 [2001] OJ L162/21.

²⁹⁵ Uputstvo o pristupu, čl. 30–31.

²⁹⁶ Uredba 773/2004, čl. 12.

²⁹⁷ Uredba 773/2004, čl. 14.

mogućnost da, u skladu sa članom 7. Uredbe 1/2003, primeni određene "lekovе" (strukturne ili u obliku činidbi) koji su "proporcionalni počinjenoj povredi" i nužni za prestanak daljeg kršenja. U istom članu se navodi da će se strukturna rešenja primeniti kada ne postoji dovoljno efektivan lek u obliku obaveza, ili ukoliko bi taj lek bio teži za primenu (*burdensome*) nego strukturno rešenje. Za razliku od ranije Uredbe 17, nova Uredba 1/2003, dakle, daje Komisiji (u članu 7. u vezi sa tzv. "*behavioural remedies*") mogućnost da izdaje "pozitivne naloge" (*positive orders*), što je ranije i primenjivano u praksi, iako to ovlašćenje nije bilo izričito pominjano u ranijoj Uredbi 17 (o tome je Sud u slučaju *Commercial Solvents* zauzeo pozitivan stav)²⁹⁸. Njima se obično nalažu neke činidbe u "pozitivnom smislu", kao recimo obaveza da se izmene neke ugovorne klauzule, prestane sa nekim zabranjenim praksama, učine dostupnim određene (tehničke) informacije neophodne za interoperabilnost (kao u čuvenom slučaju *Microsoft*), kao i druge "pozitivne" činidbe. Ipak, ostaje problem adekvatne realizacije predviđenog "leka" od strane obavezane kompanije, što se mora utvrđivati u svakom pojedinačnom slučaju.

Već je pomenuto da je članom 7. Uredbe 1/2003 predviđena i mogućnost primene strukturnih rešenja (*structural remedies*), ali ne bezuslovno, već samo ukoliko su proporcionalna učinjenoj povredi i nužna za prestanak povrede, a da istovremeno ne postoje jednako efektivna rešenja ili ako bi ona, ukoliko postoje, bila teža (*burdensome*) za date kompanije od strukturnih. Generalno govoreći, strukturna rešenja treba primenjivati vrlo obazrivo, jer neopravданo razdvajanje jedinstvene kompanije ili njeno gašenje može imati katastrofalne posledice po tržište.

Član 8. Uredbe 1/2003 posvećen je privremenim merama (*interim measures*). Slično kao kod "pozitivnih nalogi" (*positive orders*), ranija Uredba 17/62 nije izričito predviđala da Komisija može da odredi privremene mere, ali je Sud i po ovom pitanju zauzeo pozitivan stav, smatrajući da je Komisija imala mogućnost (ovlašćenje) da odredi privremene mere.²⁹⁹ Nova Uredba 1/2003 "ozvaničila" je praksu i omogućila Komisiji da pribegne i ovim sredstvima, ali uz određene uslove. Pre svega, neophodno je da se radi o hitnom slučaju u kome postoji rizik od ozbiljne i nepopravljive štete po konkurenciju. Drugo, mora *prima*

²⁹⁸ Tako je postupljeno, na primer, u poznatom slučaju *Commercial Solvents* i *Tetra Pak II*.

²⁹⁹ To je prvi put učinjeno u slučaju *Camera Care v. Commission* [1980] ECR 119, [1980] 1 CMLR 334.

facie da postoji povreda konkurenčkih normi (tj. člana 102). Treće, privremene mere moraju biti ograničenog trajanja, usmerene na očuvanje *status quo* situacije i biti srazmerne potrebama datog slučaja. Četvrti, u postupku određivanja privremenih mera moraju se poštovati prava strane u odnosu na koju se date mere propisuju, a naročito one sadržane u članu 27. Uredbe 1/2003 (pravo na saslušanje). U stavu 2. istog člana navodi se da odluka o privremenim mera može biti obnovljena ukoliko je to nužno i odgovarajuće. U praksi je bilo više slučajeva u kojima je došlo do određivanja privremenih mera.³⁰⁰

U članu 9. Uredbe 1/2003 govori se o mogućnosti Komisije da, kada namerava da usvoji odluku kojom će tražiti prestanak daljeg kršenja, a date kompanije ponude izvesne činidbe (obaveze) kojima bi otklonili kompetitivne brige Komisije izražene u preliminarnoj proceni, uz pomoć odgovarajuće odluke učini date činidbe obaveznim za dotične kompanije. Dakle, vidi se da će takva odluka moći da se donese jedino ukoliko bi, u odsustvu takvih činidbi, Komisija donela odluku kojom bi naložila prestanak daljeg kršenja člana 102. UFEU.

Ovo je novina u odnosu na raniju Uredbu 17, pri čemu donošenje ovih odluka nije, prema recitalu 13. Uredbe 1/2003, pogodno u slučaju kada Komisija namerava da izrekne novčane kazne. U stavu 2. člana 9 Uredbe 1/2003 navodi se da Komisija može ponovo pokrenuti postupak, ako dođe do materijalnih promena u bilo kojim činjenicama na kojima je zasnovana odluka, ukoliko odnosne kompanije deluju u suprotnosti sa njihovim obavezama, kao i ako je data odluka bila zasnovana na nepotpunim, netačnim ili obmanjujućim informacijama obezbeđenim od strana u pitanju.

Pored pomenutih odluka, Komisija može da donosi i odluke o proceduralnim pitanjima na osnovu Uredbe 1/2003. Tako, Komisija može zatražiti neophodne informacije u skladu sa članom 18(3), pri čemu ima i mogućnost izricanja novčanih kazni u slučaju nepostupanja po zahtevu i slično. Već je navedeno da Komisija ima nadležnost, u skladu sa članom 10. Uredbe 1/2003, da donese odluke kojima će utvrditi da član 102. UFEU nije primenjiv na datu praksu dominantne kompanije.

³⁰⁰ Tako je bilo, na primer, u slučaju Boosey & Hawkes, gde su se privremene mere sastojale u obavezi dominantne kompanije da nastavi snabdevanje pod istim uslovima kao i ranije. S druge strane, Komisija je odbila primenu privremenih mera u slučaju Sea Containers/Stena usled toga što nije bio ispunjen uslov u pogledu hitnosti njihovog određivanja.

Najzad, Komisiji стоји на расpolaganju и изрицање новчаних казни i penalna, u skladu sa Uredbom 1/2003. U vezi s tim, Komisija je ovlašćena da preduzeću ili grupi preduzeća odredi novčane kazne kako za kršenja postojećih kompetitivnih normi (u ovom slučaju člana 102. UFEU) tako i za kršenje propisane procedure. Zanimljivo je da pomenuta Uredba govori samo o preduzećima, što znači da Komisija ne može kazniti fizička lica zaposlena u njima (na primer, članove borda direktora, generalnog direktora i slično).

U skladu sa članom 23(2) Uredbe 1/2003, Komisija može izreći novčanu kaznu preduzeću ili grupi preduzeća koja namerno ili nepažnjom povrede član 102. UFEU, ukoliko prekrše njenu odluku kojom su određene privremene mere, a u skladu sa članom 8. Uredbe, kao i ukoliko se ne povinuju obavezama u skladu sa odlukom donetom na osnovu člana 9. Uredbe. Izrečena kazna ne sme prelaziti 10% ukupnog godišnjeg prometa u prethodnoj poslovnoj godini preduzeća ili grupe preduzeća koja su bila uključena u kršenje. U skladu sa stavom 3. istog člana, visina kazne će se odrediti s obzirom na "ozbiljnost i dužinu trajanja povrede". Ove novčane sankcije nisu krivičnopravne prirode.³⁰¹

Iz pomenutog člana se vidi da će novčana kazna biti izrečena kako za namerno, tako i za nenamerno (iz nepažnje) kršenje člana 102. UFEU, pri čemu su u pravu i praksi EU preduzeća odgovorna za akte svojih direktora i zaposlenih. Istovremeno, institucije Unije opravdano smatraju da su savremene kompanije (naročito one koje posluju u više država) itekako svesne značaja i posledica svojih postupaka i radnji, te samim tim ostaje malo prostora za nepažljivo ponašanje i stepen odgovornosti; u pogledu postojanja namere, misli se na nameru da se ograniči konkurenca na tržištu, a ne namera da se prekrše konkurentske norme.³⁰²

Novina Uredbe 1/2003 je i u tome što Komisija može izreći novčane sankcije i grupi (asocijaciji) preduzeća, pri čemu će Komisija, ukoliko asocijacija nije platežno sposobna (insolventna), obavezati asocijaciju da traži nadoknadu od njenih članica. Ukoliko se novčana kazna ne može isplatiti na ovaj način u određenom roku, Komisija može zahtevati naplatu "direktno od strane bilo kog preduzeća čiji su predstavnici bili članovi tela

³⁰¹ Uredba 1/2003, član 23. stav 5.

³⁰² Ibidem, čl. 82.

koja su donosila odluke koje su se odnosile na asocijaciju”³⁰³. Dakle, od odgovornosti su izuzete kompanije koje nisu učestvovale u donošenju ili primeni spornih odluka koje su dovele do kršenja člana 102. UFEU. U skladu sa članom 23(4) Uredbe 1/2003, dovoljno je da pomenute kompanije nisu bile svesne postojanja takve odluke, ili da su se aktivno distancirale od nje pre nego što je Komisija otpočela istragu.

U skladu sa članom 24. Uredbe 1/2003 Komisija može da izrekne i penale (*periodic penalty payments*), kako bi naterala preduzeće ili grupu preduzeća; da prekinu sa kršenjem člana 102. UFEU, u skladu sa odlukom Komisije iz člana 7; da se povinuju odluci o određivanju privremenih mera u skladu sa članom 8, odnosno odluci kojom su obavezana na određene činidbe, sledstveno članu 9. Uredbe; da dostave potpune i tačne informacije tražene na osnovu odluke donete u skladu sa članom 17 ili 18(3) Uredbe; da se povinuju inspekciji na osnovu člana 20(4) Uredbe 1/2003. Uredbom je propisano da visina kazne ne može prelaziti 5% prosečnog dnevnog prometa u prethodnoj poslovnoj godini, što je veći iznos u odnosu na raniju Uredbu 17.

U pogledu novčanih sankcija proceduralne prirode, one će se izreći u slučaju: dostavljanja netačnih, nepotpunih ili obmanjujućih informacija traženih u skladu sa članom 17 ili 18(2) Uredbe ili njihovog neblagovremenog dostavljanja u skladu sa članom 17 ili 18(3); dostavljanja nepotpunih knjiga ili drugih kopija poslovne prirode, odnosno odbijanja da se podvrgnu inspekciji, u skladu sa članom 20, odnosno 20(4); davanja netačnih, obmanjujućih odgovora ili nedostavljanja ispravki u skladu sa članom 20(2) Uredbe; “otpečaćenja” pričvršćenih od strane ovlašćenih službenika Komisije, a u skladu sa članom 20(2). Ove kazne će se izreći bilo da su pomenute radnje učinjene namerno ili u nepažnji, pri čemu njihov iznos ne sme prelaziti 1% ukupnog prometa u prethodnoj poslovnoj godini, što je (takođe) više nego prema ranijoj Uredbi 17.

Sud ima, prema članu 31. Uredbe 1/2003, pravo da preispita odluke Komisije povodom izrečenih kazni, pri čemu ih može povećati, smanjiti ili poništiti. Pomenutom Uredbom su propisani i odgovarajući rokovi zastarelosti.³⁰⁴

³⁰³ Ibidem, čl. 82, st. 4.

³⁰⁴ Uredba 1/2003, čl. 25–26.

Najzad, treba reći par reči i o politici Komisije u pogledu izricanja novčanih kazni. U tom smislu, 2006. godine usvojene su *Smernice o metodu izricanja kazni* (Smernice) kojim su zamenjene ranije smernice iz 1998. godine.³⁰⁵ Iako ove Smernice nemaju snagu obaveznosti, budući da spadaju u tzv. "meko pravo" (*soft law*) one se ipak primenjuju u praksi.³⁰⁶ Prema pomenutim Smernicama, osnovni iznos kazne određuje se u odnosu na vrednost prodaje roba ili usluga na koje se povreda odnosi, u zavisnosti od stepena ozbiljnosti povrede, uvećane (*multiplied*) brojem godina povrede.³⁰⁷ Kao opšte pravilo, proporcija vrednosti prodaje uzeta u obzir biće postavljena na nivo do 30% vrednosti prodaje, pri čemu ovaj prag može biti korigovan naviše, ali i naniže.³⁰⁸ Komisija može u skladu sa Smernicama uzeti u obzir otežavajuće i olakšavajuće okolnosti u svakom pojedinačnom slučaju, što može rezultirati u povećanju, odnosno smanjenju osnovnog iznosa kazne.³⁰⁹ Naročito otežavajuća okolnost je nastavak ili ponavljanje istih ili sličnih kršenja nakon što su ona ranije već bila utvrđena od strane Komisije. Takva ponovljena kršenja se mnogo oštije sankcionišu, tako da osnovni iznos kazne može biti uvećan i do 100% za svako takvo kršenje. Komisija može u skladu sa članom 30–31 Smernica povećati kazne (i) kompanijama koje imaju "naročito veliki promet" posle prodaje roba ili usluga na koje se povreda odnosi, ali i u slučaju kada želi da prekorači vrednost dobiti koja je stečena kao rezultat kršenja konkurenčkih normi (čitaj: člana 102). Ovakvo oštro kažnjavanje ima (jezikom krivičnog prava) za cilj sprovođenje specijalne i generalne prevencije, odnosno odvraćanja od budućeg kršenja kompetitivnih pravila Unije. Ipak, izrečene kazne (kolike god one bile) ne smeju da pređu 10% ukupnog godišnjeg prometa preduzeća ili grupe preduzeća u prethodnoj poslovnoj godini.

U odlukama institucija Unije precizira se rok za plaćanje novčanih kazni, kao i eventualno pitanje (unapred utvrđene) kamate, odnosno njene

³⁰⁵ Guidelines on the Method of Setting Fines Imposed Pursuant to Article 23(2)(A) of Regulation No. 1/2003 [2006] OJ C210/2.

³⁰⁶ Sud je to potvrdio u slučaju *Archer Daniels Midland Company v. Commission* [2006] ECR I-4429, [2006] 5 CMLR 230.

³⁰⁷ Smernice, t. 19.

³⁰⁸ Ibidem, t. 21–22.

³⁰⁹ Ibidem, t. 27–29.

dospelosti. Žalba Sudu ne odlaže plaćanje kazne. Istovremeno, Komisija nije obavezna da uzme u obzir sposobnost kompanija da plate kazne, ali ima mogućnost da to učini na zahtev odnosne kompanije. Smanjenje kazne može da usledi isključivo na bazi objektivnog dokaza da bi izricanje novčane kazne nenadoknadivo ugrozilo ekonomsku održivost odnosnog preduzeća ili uzrokovalo gubitak vrednosti njegove imovine.³¹⁰ Ukratko, gledaće se ekonomsko-socijalni kontekst, pa ukoliko bi plaćanje (visoke) kazne dovelo, na primer, do porasta nezaposlenosti, to bi bio valjan motiv za njeno ublažavanje. Najzad, i u pogledu izricanja novčanih kazni mora se voditi računa o osnovnim pravnim principima, kao što su princip srazmernosti, jednakog postupanja u jednakim stvarima i princip *non bis in idem*, jer su oni generalno prihvaćeni u pravu EU.

3. Zaključak

Na osnovu rečenog, može se zaključiti da je procedura primene člana 102. UFEU od strane Komisije dosta složena. U tom pogledu, pokretanje postupka od strane Komisije lišava nacionalne organe za zaštitu konkurenциje mogućnosti da direktno primene članove 101 i 102 UFEU. Ipak, nacionalna tela za zaštitu konkurenциje mogu direktno primeniti član 102. UFEU, iako je Komisija pokrenula postupak. Komisija može, na osnovu Uredbe o implementaciji 773/2004 vršiti istragu pre pokretanja odgovarajućeg postupka u vezi sa članom 102. UFEU i tražiti od preduzeća da joj dostave odgovarajuće podatke neophodne za procenu. U odnosu na ranije važeću Uredbu 17/62, došlo je do određenih promena. Prvo, Uredbom 1/2003 napušta se "dvostepenost" povodom zahteva za dostavljanjem relevantnih informacija i Komisija može *odmah* zatražiti od preduzeća dostavljanje odgovarajućih podataka, koje su ona *dužna* da dostave. Drugo, Komisija sada ima i ovlašćenje da, u skladu sa članom 20(2)(e) Uredbe 1/2003, zatraži objašnjenje od bilo kog predstavnika ili člana osoblja o činjenicama i dokumentima koji se odnose na sadržaj i svrhu inspekcije i da zabeleži odgovore. Treće, Uredbom 1/2003 rešeno je do tada veoma sporno pitanje inspekcija koje bi se sprovodile u privatnim kućama, prostorijama i vozilima direktora ili zaposlenih. Sada Komisija ima ovlašćenje da i tu sprovodi inspekcije, isto kao i u poslovnim prostorijama, ukoliko postoji "razumna sumnja" da se poslovne knjige i druga dokumentacija čuvaju na pomenutim mestima. Četvrto, za razliku

³¹⁰ Ibidem, t. 35.

od Uredbe 17/62, Komisija ima mogućnost da uzme izjavu od fizičkog ili pravnog lica koje da svoj pristanak, u cilju prikupljanja podataka koji se odnose na sadržaj same istrage. Ukoliko se intervju vrši u prostorijama same kompanije, Komisija ima obavezu da obavesti o tome kompetitivni organ države članice na čijoj teritoriji vrši intervju. Peto, Uredba 1/2003 se ne bavi pitanjem da li kompanija mora otkriti Komisiji sadržinu komunikacije sa svojim advokatima, odnosno pravnim savetnicima. Ipak, u praksi institucija Unije zauzet je pozitivan stav po tom pitanju, što je potvrđeno u slučaju *AM&S Ltd v. Commission*. Šesto, nova Uredba 1/2003 daje Komisiji mogućnost da izdaje "pozitivne naloge" (*positive orders*), što je ranije i primenjivano u praksi, iako to ovlašćenje nije bilo izričito pominjano u ranijoj Uredbi 17. Sedmo, za razliku od ranije Uredbe 17/62 koja nije izričito predviđala da Komisija može da odredi privremene mere, Uredba 1/2003 "ozvaničila" je praksu Suda i omogućila Komisiji da, uz određene uslove, pribegne i ovim sredstvima. Osmo, novina u odnosu na raniju Uredbu 17/62 sastoji se i u mogućnosti Komisije da, kada namerava da usvoji odluku kojom će tražiti prestanak daljeg kršenja, a date kompanije ponude izvesne činidbe (obaveze) kojima bi otklonili kompetitivne brige Komisije izražene u preliminarnoj proceni, uz pomoć odgovarajuće odluke učini date činidbe obaveznim za dotočne kompanije. Deveto, Komisija može da izrekne novčane kazne i penale, u skladu sa Uredbom 1/2003. U vezi s tim, Uredba 1/2003 govori samo o preduzećima, što znači da Komisija ne može kazniti fizička lica zaposlena u njima (na primer, članove borda direktora, generalnog direktora i slično). U tom pogledu novina Uredbe 1/2003 je i u tome što Komisija može izreći novčane sankcije i grupi (asocijaciji) preduzeća, pri čemu će Komisija, ukoliko asocijacija nije platežno sposobna (insolventna), obavezati asocijaciju da traži nadoknadu od njenih članica.

Pored navedenih najznačajnijih promena Uredbe 1/2003, posebno se ističe pitanje mogućnosti pristupa "dosjeu" Komisije, odnosno dokazima sadržanim u njoj, kako bi mogle da odgovore na prigovore od strane Komisije. U tom smislu, Komisija će omogućiti pristup "dosjeu" stranama kojima je uputila izjavu prigovora, što se neće odnositi na poslovne tajne, druge poverljive informacije ili interna dokumenta Komisije, odnosno kompetitivnih organa država članica. Isto je predviđeno i za interna dokumenta između kompetitivnih organa država članica. Uredbom 773/2004 postavljeno je ograničenje da pravo na pristup dosjeu neće biti prošireno na poslovne tajne, druge poverljive informacije i interne dokumente Komisije ili kompetitivnih organa

država članica. Kad je reč o definiciji “drugih poverljivih informacija”, to su “informacije osim poslovnih tajni čije bi otkrivanje moglo značajno povrediti lice ili preduzeće”. Nakon sprovedene procedure, Komisija donosi odgovarajuću odluku, kao što je odluka kojom se nalaže prestanak povrede člana 102. UFEU, odluka kojom se nalažu određene obaveze, odnosno činidbe odnosnim kompanijama, ili odluka o nemogućnosti primene člana 102. UFEU na predmetni slučaj. Takođe, Komisija može da donosi i proceduralne odluke, kao i privremene mere.

Sve u svemu, reč je o prilično detaljnoj proceduri, sa brojnim mehanizmima u cilju povećanja efikasnosti postupka i sprečavanja zloupotreba. Pomenuta procedura, kao i praksa Komisije biće od nesumnjive važnosti za odgovarajuća tela za zaštitu konkurenčije u BiH, u cilju usaglašavanja sa pravnim tekovinama EU, u procesu pridruživanja.

Bibliografija

I Korišćena literatura

1. Gippini-Fournier, E., *Legal Professional Privilege in Competition Proceedings before the European Commission: Beyond the Cursory Glance*, 2004 Fordham Corp. L. Inst. (B. Hawk ed., 2005).
2. Jones, A., Sufrin, B., *EC Competition Law*, 2008.
3. Lasok, K.P.E. *The Privilege against Self-Incrimination in Competition Cases*, 11 European Competition Law Review, 91 (1990).
4. MacCulloch, A.D., *The Privilege against Self-Incrimination in Competition Investigations: Theoretical Foundations and Practical Implications*, Legal Studies, 2006, 26 (2).
5. Stessens, G., *The Obligation to Produce Documents Versus the Privilege against Self-incrimination: Human Rights Protection Extended Too Far?*, 22 European Law Review, 45 (1997).
6. Vesterdorf, B., *Legal Professional Privilege and the Privilege Against Self-Incrimination in EC Law: Recent Developments and Current Issues*, Fordham International Law Journal, 2004, Vol. 28, Issue 4.
7. Wils, W.P.J., *Self-Incrimination in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis*, World Competition: Law and Economics Review, Vol. 26, No. 4, 2003.
8. Whish, R., *Competition Law*, 2009.

II Korišćeni propisi

1. Commission Notice on the rules or access to the Commission file in cases pursuant to Articles 81 and 82 of the Treaty, Articles 53, 54, and 57 of the EEA Agreement and Council Regulation (EC) No. 139/2004, [2005] OJ C 325/7.
2. Commission Regulation 773/2004 on the conduct of proceedings by the Commission pursuant to Articles 81 and 82 [2004] OJ C101/18.
3. Commission Notice on cooperation within the network of competition authorities ([2004] OJ C101/43).
4. Commission Notice on cooperation between the Commission and the courts of the EU Member States in the application of Articles 81 and 82 ([2004] OJ C101/54).
5. Commission Notice on the handling of complaints ([2004] OJ C101/65).
6. Commission Notice on informal guidance relating to novel questions concerning Articles 81 and 82 that arise in individual cases ([2004] OJ C101/78).
7. Guidelines on the effect on trade concept contained in Articles 81 and 82 ([2004] OJ C101/96).
8. Guidelines on the Method of Setting Fines Imposed Pursuant to Article 23(2)(A) of Regulation No. 1/2003 [2006] OJ C210/2.

Doc. dr. Samir Zuparević
Sveučilište/Univerzitet "Vitez" Vitez
Fakultet pravnih nauka
samir.zuparevic@unvi.edu.ba
Stručni članak

UDK 323.28:341.231.14(410)

DEROGIRANJE LJUDSKIH PRAVA I OSNOVNIH SLOBODA U BORBI PROTIV TERORIZMA: SLUČAJ UJEDINJENOG KRALJEVSTVA

Sažetak

U ovom radu se istražuje smisao i značenje dvaju glavnih principa koji se, u kontekstu presude Evropskog suda za ljudska prava u slučaju Žilan i Kvinton protiv Velike Britanije, sukobljavaju u savremenom antiterorističkom zakonodavstvu. To je princip univerzalne zaštite osnovnih ljudskih prava kao što su pravo na slobodu i pravo na privatnost i doktrina područja slobodne ocjene države u deroganju ljudskih prava i osnovnih sloboda. Radi svrhovitog izlaganja, ovaj članak je podijeljen u dva posebna dijela. U prvom dijelu autor preispituje odredbe antiterorističkog zakona u Velikoj Britaniji u kontekstu policijskog ovlaštenja zaustavljanja i pretresa lica na javnom mjestu. Na tim se osnovama onda propituju mogućnosti za zloupotrebu policijskih ovlaštenja. U drugom dijelu autor pobliže govori o mogućim povredama slobode i privatnosti u konkretnom slučaju zaustavljanja i pretraživanja lica od strane policijskog službenika na javnom mjestu u cilju sprečavanje mogućeg terorističkog napada. Stoga, rezultat ove analize jeste postavljanje granice između zakonitog i nezakonitog zaustavljanja i pretraživanja sumnjivih lica. U zaključku, autor ukazuje na značaj napuštanja restriktivnog tumačenja međunarodnih ugovora o ljudskim pravima u novoj sudskoj praksi Evropskog suda za ljudska prava.

Ključne riječi: policijska ovlaštenja, pravo na slobodu, pravo na privatnost, doktrina područja slobodne ocjene, restriktivno tumačenje

DEROGATION FROM HUMAN RIGHTS AND FUNDAMENTAL FREEDOMS IN COMBAT AGAINST TERRORISM: THE CASE OF THE UNITED KINGDOM

Abstract

In this paper explores the meaning and significance of two conflicting concepts in the context of the European Court of Human Rights judgment in case of Gillan and Quinton v. The United Kingdom in the modern anti-terrorist legislation: the universal protection of human rights such as the right to freedom and the right to privacy and margin of appreciation doctrine in derogation of human rights and fundamental freedoms. In order to present materials systematically, the paper is divided into two parts. In the first part the author review provisions of the Terrorist Act (2000) in the context police powers to stop and search persons in the public place. On this basis, possibilities for the abuse of police powers. In the second part the author discusses on possible violations of the right to freedom and the right to privacy in this case of stop and search persons by police officers in order to prevent possible terrorist attack. Therefore, result of this analysis is delimits legal and illegal stop and search suspicious persons. In conclusion, the author points out the relevance abandoning restrictive interpretation of Human Rights Treaties in the recent jurisprudence of the European Court of Human Rights.

Key words: police powers, right to freedom, right to privacy, margin of appreciation doctrine, restrictive interpretation

I. Uvod

U aktuelnoj teoriji i praksi više niko ne osporava potrebu većeg ili manjeg ograničavanja ljudskih prava u borbi protiv terorizma. Međutim, isto tako niko ne može osporiti da ova ograničenja predstavljaju i određene opasnosti za sam opstanak savremenih ljudskih prava. Bez obzira na to, danas su sve demokratske države prihvatile potrebu derogacije izvjesnih ljudskih prava kada društvu prijeti opasnost od terorističkih akata. Derogacija pojedinih ljudskih prava koje sadrži Evropska konvencija za

zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda³¹¹ (u daljem tekstu: Konvencija) predviđena je na području prava na poštivanje privatnog i porodičnog života³¹² i prava slobode i sigurnosti. Iako pravo na slobodu i sigurnost ne spada u kategoriju absolutno zaštićenih ljudskih prava,³¹³ date su pouzdane garancije kako to pravo ne bi bilo zloupotrijebljeno. Zaustavljanje pojedinca od strane policije kao i njegovo pretraživanje na javnom mjestu posebno je interesantno za nacionalnu sigurnost svake države u cilju sprečavanja mogućeg terorističkog napada. Da bi se radilo o povredi prava na slobodu i sigurnost osoba, zaustavljanje i pretraživanje osoba mora biti protivzakonito, to jest, učinjeno protivno odgovarajućim zakonskim odredbama kojima se propisuju uvjeti i načini vršenja pretresanja. Odredbe o uvjetima i načinu poduzimanja gore pobrojanih radnji zaustavljanja i pretresanja osoba predviđene su prije svega Zakonom o krivičnom postupku kao i drugim posebnim zakonima koje pojedine države donose u borbi protiv terorizma.

Povreda prava na slobodu i sigurnost može biti izvršena samo od strane službenih osoba i to u vršenju njihove službene dužnosti. Protivpravnost se može ispoljavati u vršenju pretresanja bez odluke nadležnog državnog organa u konkretnom slučaju ili se pretresanje vrši u slučajevima kada nije dozvoljeno ili na način koji nije dozvoljen iako postoji formalna odluka za vršenje pretresanja. U pravnoj teoriji preovladava stajalište da u takve radnje spadaju ne samo radnje koje predstavljaju propisane ovlasti službene osobe, već i radnje koje su vezane s tim radnjama, ali koje su u okviru djelatnosti službe u kojoj službena osoba radi.³¹⁴ Sporno je da li se navedenim policijskim pravima koja su u širokom obimu predviđena

³¹¹ Evropska konvencija o ljudskim pravima kako je izmijenjena Protokolom br. 11, Službeni glasnik BiH br. 06/99.

³¹² Član 8. stav 2. Konvencije "Javna vlast se ne miješa u vršenje ovog prava, osim ako je takvo miješanje predviđeno zakonom i ako je to neophodna mjera u demokratskom društvu u interesu nacionalne sigurnosti, javne sigurnosti, ekonomski dobrobiti zemlje, sprječavanja nereda ili sprječavanje zločina, zaštite zdravlja ili morala ili zaštite prava i sloboda drugih."

³¹³ Prava iz Konvencije koja ni pod kojim uvjetima ne mogu biti predmetom ograničavanja su: pravo na život, sloboda od torture i drugih nehumanih i ponižavajućih postupaka ili kažnjavanja, sloboda od ropstva, kažnjavanje samo na osnovu zakona, te Protokol br. 6 i Protokol br. 7 Konvencije.

³¹⁴ Lj. Lazarević, Krivična djela službenih i odgovornih osoba, Pravni život, br. 11/1985, str. 1035.

u savremenim antiterorističkim zakonima ugrožava pravilno vršenje službenih policijskih ovlasti u skladu s ustavom. Postavlja se pitanje da li se to može tretirati kao nezakonito lišavanje slobode pojedinca i povreda člana 5. stava 1. Konvencije.³¹⁵ Također, treba ispitati da li se to može dovesti u vezu i s povredom prava na poštivanje privatnog i porodičnog života osobe koja je podvrgnuta zaustavljanju i pretresu.³¹⁶ Na ova pitanja odgovor je dat u presudi Evropskog suda za ljudska prava u Strasbourgu (u daljem tekstu: Evropski sud) u slučaju Gillan i Quinton.³¹⁷ U ovom članku ću ukazati na opasnost koja proistiće iz široke derogacije ljudskih prava koja dolazi do izražaja u primjeni specijalnih zakona u sprečavanju terorizma.

³¹⁵ Član 5. stav 1. Pravo na slobodu i sigurnost glasi: "Svako ima pravo na slobodu i sigurnost ličnosti. Niko ne smije biti liшен slobode izuzev u niže navedenim slučajevima i u skladu sa zakonom propisanim postupkom: zakonitog lišenja slobode po presudi nadležnog suda; zakonitog hapšenja ili lišenja slobode zbog nepovinovanja zakonitom nalogu suda ili u cilju osiguranja izvršenja bilo koje obaveze propisane zakonom; zakonitog hapšenja ili lišenja slobode radi privođenja nadležnoj sudske vlasti, kada postoji opravdana sumnja da je ta osoba izvršila krivično djelo ili kada postoje valjani razlozi da se osoba spriječi da izvrši krivično djelo ili da, nakon izvršenja krivičnog djela, pobegne; lišenja slobode maloljetnika, prema zakonitom nalogu, radi odgajanja pod nadzorom ili zakonitog pritvaranja zbog privođenja nadležnoj vlasti; zakonitog lišenja slobode osoba da bi se spriječilo širenje neke zarazne bolesti, pritvaranja mentalno oboljelih osoba, alkoholičara ili narkomana ili skitnica; zakonitog hapšenja ili lišenja slobode osobe u cilju sprječavanja ilegalnog ulaska u zemlju ili osobe protiv koje je u toku postupak deportacije ili ekstradicije."

³¹⁶ Član 8. Pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života glasi: "Svako ima pravo na poštivanje svog privatnog i porodičnog života, doma i prepiske. Javna vlast se ne mijesha u vršenje ovog prava, osim ako je takvo mijешanje predviđeno zakonom i ako je to neophodna mjera u demokratskom društvu u interesu nacionalne sigurnosti, javne sigurnosti, ekonomski dobrobiti zemlje, sprječavanja nereda ili sprječavanja zločina, zaštite zdravlja i morala ili zaštite prava i sloboda drugih."

³¹⁷ Case of Gillan and Quinton v. The United Kingdom, Application No 4158/05, Judgment of January 12, 2010.

I. Pravo zaustavljanja i pretresa osoba na javnom mjestu od strane policije u cilju sprečavanja terorizma

U Konvenciji je tačno naznačeno koja se od ljudskih prava i fundamentalnih sloboda mogu derogirati.³¹⁸ U kategoriju apsolutno zaštićenih prava ne spadaju pravo na slobodu i pravo na privatnost. Stoga, odredbe o ograničenju tih prava mogu biti uspostavljene domaćim zakonima, ako je njihovo ograničavanje u interesu nacionalne sigurnosti i drugih javnih interesa. Odredbe o uvjetima i načinu preuzimanja radnji zaustavljanja i pretresanja osoba osumnjičenih za krivična djela predviđene su domaćim zakonima o krivičnom postupku. Tu spadaju slijedeći uvjeti: vjerovatnoća da će se pretresanjem okriviljeni uhapsiti, ili da će se pronaći tragovi krivičnog djela ili predmeti važni za krivični postupak, pismeno obrazložena naredba, predaja naredbe, način vršenja pretresanja i dr. Postoje i slučajevi kad se pretresanje vrši i bez naredbe. Eventualni pristanak oštećene osobe da se izvrši pretresanje nije same ne isključuje protivpravnost postupanja.³¹⁹ Konkretan povod za analizu opravdanosti detaljnog pretresa osoba pronašao sam u događaju koji se desio polovinom septembra 2003. godine na teritoriji Ujedinjenog Kraljevstva. Policija je zaustavila i izvršila pretres dvije osobe na javnom mjestu u Londonu. Ovlaštenje policije da izvrši zaustavljanje i pretres osoba regulisano je odredbama posebnog Zakona o sprečavanju terorizma Ujedinjenog Kraljevstva.³²⁰ Ono se odnosi na područje koje se smatra interesantnim za potencijalni napad terorista. Konkretnе osobe su zatečene u blizini međunarodnog sajma oružja i vojne opreme koji se održavao od 9. do 12. septembra 2003. godine. One su zatečene na putu i željele su se pridružiti demonstracijama koje su se održavale ispred samog sajma. Ništa inkriminirajuće policija kod njih nije pronašla, ali su od prve osobe oduzeti kompjuterski ispisi u kojima su se nalazile informacije o samim demonstracijama. Druga osoba, koja je novinarka po struci, pretresena je

³¹⁸ Država u mirnodopsko vrijeme ima pravo da ograničava ljudska prava i fundamentalne slobode pojedinaca, ako je to u interesu nacionalne sigurnosti. Prava i slobode iz Konvencije može derogirati, osim njenih članova 2–4. i 7., te Protokola br. 6 ili Protokola br. 13 (ukidanje smrтne kazne) i čl. 4. Protokola br. 7. Konvencije.

³¹⁹ Z. Rajić, M. Tomić, Z. Miljko, Komentar Kaznenog zakona Federacije Bosne i Hercegovine: (posebni dio), OSCE-Ured za demokratizaciju, Mostar, 2000, str. 212.

³²⁰ Article 44., attitude 2. Terrorism Act 2000, section 28–34 i section 44–45 Power to stop and search.

bez obzira na to što je policiji pokazala svoju akreditaciju i naređeno joj je da prekine snimanje demonstracija. Opravdano se postavlja pitanje da li policija zaista treba imati ovako široke diskrecione ovlasti zaustavljanja i pretresa svake osobe na javnom mjestu za koju posumnja da je potencijalni terorista. Stoga, smatrajući da se u konkretnom slučaju radi o nezakonitom zaustavljanju i pretresu, ove osobe su podnijele tužbu Evropskom sudu za povredu odredaba Konvencije i to člana 5., prava na slobodu i sigurnost, člana 8. prava na poštovanje privatnog života i na kraju povredu člana 10. koji garantira slobodu izražavanja.

Prema odredbama Zakona o sprečavanju terorizma Ujedinjenog Kraljevstva (u daljem tekstu: Zakona), policijski službenik u uniformi ima ovlaštenje da zaustavi pješaka na području ili mjestu određenom policijskim odobrenjem i da ga lično pretraži kao i stvari koje nosi sa sobom. Ovlaštenje se može koristiti samo ukoliko se pretraga osobe smatra sredstvom za sprečavanje djela terorizma. Osobe su ne svojom voljom bile podvrgnute pretresu i žaleći se na postupanje policije navele su dva važna argumenta. Prvi, da apelanti nisu imali namjeru da svojim ponašanjem policiju isprovociraju u procjeni opće opasnosti od terorizma protiv Ujedinjenog Kraljevstva. Drugi argument jeste da parlament kao najviše zakonodavno tijelo nije imao namjeru dati policiji tako široka ovlaštenja. Odobrenje koje se daje policiji da zaustavlja i pretresa sumnjive osobe odnosi se isključivo na neposredne terorističke prijetnje koje su usmjerene na određeno mjesto ili područje u kome redovne policijske ovlasti nisu adekvatne i dovoljne u cilju suzbijanja takve prijetnje. Domaći sudovi nisu uvažili navedenu argumentaciju. U svojim odlukama su potvrdili da se policijska ovlaštenja iz člana 44. Zakona mogu odnositi na čitavo područje pokriveno odobrenjem policijskog komesara. To su zakonske odredbe unutar pravnih poredaka država.³²¹ Takvo odobrenje je izdato za područje Londona u kom se održavao međunarodni sajam oružja i vojne opreme. Na tom području Metropoliten policija³²² je imala na raspolaganju sva sredstva zaustavljanja i pretresa osoba kao odgovor na opće prijetnje od terorističkih aktivnosti koje postoje u većoj mjeri. To ovlaštenje kao i naknadna potvrda koja je stigla od strane državnog sekretara nisu bili

³²¹ S. Marković, Terorizam i druga krizna stanja suvremenog društva i njihov utjecaj na ograničavanje ljudskih prava i demokraciju, Hrvatski Ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 16, br. 1/2009, Zagreb, str. 218.

³²² Policija Grada Londona.

mimo zakona. Gledajući sa stajališta policije, može se primijetiti da su upotrijebljena zakonska sredstva koja su se i trebala primijeniti u borbi protiv terorizma.

Zaustavljanje i pretres osoba je u skladu sa Zakonom iz dva razloga. Prvi je da odredba člana 44. daje iznimno široka ovlaštenja za uplitanje u privatnost građana na javnom mjestu. Drugo, u pitanju je zakon, a ne uredba. On je objavljen kao i svaki drugi opći pravni akt sa zakonskom snagom. Ova zakonska sredstva su upotrijebljena, jer ih opravdavaju određene okolnosti. Policajac može nemati stvarni razlog za sumnju na prisustvo opasnog predmeta prije samog zaustavljanja osobe u svakom pojedinačnom slučaju. Prema članu 45. stav 1 pod b Zakona policajac je ovlašten da samostalno odluči da li će iskoristi ovlasti zaustavljanja i pretresa osoba iz ozbiljnog razloga spričavanja terorističkog napada u skladu s članom 44. stav 3. Zakona. Također, glavna namjera policije nije bila da pretresene osobe liši slobode, nego da izvrši provjeru osoba na jedan drugi način koji odstupa od redovnog zaustavljanja i pretresa osoba. Ovaj postupak policajaca ne odstupa od ograničene prirode redovnog zaustavljanja i pretresa osoba, uzimajući u obzir da nije ni došlo do njihovog lišavanja slobode.

Ovaj sistem se nikako ne može nazvati proizvoljnim u smislu da se na taj način oduzima pravna priroda "zakona" u njegovom autonomnom značenju koje se podrazumijeva u konvencijskoj sudskej praksi. S druge strane, policijska naredba kojom se odobrava takva vrsta zaustavljanja i pretresa osoba donosi se na osnovu zakona i njeno stupanje na snagu ne podliježe nikakvom objavljivanju. To može štetiti pravnoj sigurnosti zaustavljenih osoba, ali takva osoba ima pravo na pisanu predstavku na osnovu člana 45 stav 5. Zakona. Nedostatak adekvatne objave policijskog odobrenja ne znači da zaustavljanje i pretres osoba nisu u skladu s postupkom koji je propisan zakonom. Priroda terorističke prijetnje je nesrazmjernevažnija od poštivanja općih načela prava da se policijske naredbe moraju na odgovarajući način objaviti i stupiti na snagu da bi bile važeće pravo za osobe koje predstavljaju odgovarajuću terorističku prijetnju. Ograničenje objave policijskih naredbi u cilju očuvanja tajnosti mjera koje država preduzima u borbi protiv terorizma oduzima velikom broju pojedinaca mogućnost da se upoznaju sa sadržinom istih, čime se ograničava i njihova sloboda pristupa informacijama. Ovaj teret koji je nametnut velikom broju pojedinaca je svakako manji u odnosu

na prednost koja nastaje uslijed odvraćanja od terorističkog napada. S obzirom na prirodu sajma naoružanja, te njegovu lokaciju u blizini zračne luke, a vodeći računa da su demonstranti već zasposjeli tu lokaciju, policija je imala pravo da u vezi s tom lokacijom primjeni dio svojih ovlasti iz člana 44. Zakona. Međutim, zbog nedostatka samih dokaza šta je policija postigla u vezi korištenja člana 44. Zakona u blizini sajma, ne može se odmah zaključiti o nezakonitosti tog postupka i nesrazmernosti korištenja svojih ovlaštenja protiv takvih osoba.

Zanimljivo je da zakonske odredbe članova 44–47. Zakona ne podliježu zahtjevu osnovane sumnje da je zaustavljena osoba, subjekt pretrage, terorist. Uslovi za primjenu naznačenih zakonskih odredbi su postojanje odgovarajućeg policijskog odobrenja koje se izdaje za određeno područje. Ovim odobrenjem se ovlašćuje bilo koji policajac u uniformi da zaustavi pješaka u području određenom u odobrenju i da ga pretraži kao i sve stvari koje nosi sa sobom. U konkretnom slučaju, za cijelo područje grada Londona ili njegov dio policijsko odobrenje može izdati policijski službenik najmanje u rangu komesara Metropoliten policije. On mora o tome obavijestiti državnog sekretara, koji ukoliko to odobrenje ne potvrdi, ono u roku od 48 sati od kada je izdato prestaje da važi. Zakonito odobrenje znači da svaki policajac u uniformi na tom području, koristeći se ovlaštenjem iz člana 44. stav 2 Zakona, može zaustaviti i pretražiti svakog pješaka koji se može dovesti u vezu s terorizmom. Jedino što ga u tom pogledu ograničava jeste da od osobe koju je zaustavio na javnom mjestu ne može tražiti skidanje odjeće u cijelosti izuzev pokrivala za glavu, obuće, kaputa, jakne ili rukavica. Policajac to mora uraditi u razumnom vremenu koje je uobičajeno za pretres na mjestu na kome je osoba zaustavljena.

III. Standardi Evropskog suda za ljudska prava u pogledu zaustavljanja i pretresa osoba u cilju sprečavanja terorizma

Evropski sud može ispitati razloge koji su doveli policiju do preduzimanja mjera zaustavljanja i pretresa osoba na javnom mjestu, jer je u pitanju primjena dozvoljenih restriktivnih mjera kojima se ograničavaju prava i slobode predviđene članom 5. i 8. Konvencije. On se mora uvjeriti da je restriktivna mjera preuzeta zbog toga što državi objektivno prijeti opasnost od terorizma. Mora se raditi o posebnoj vrsti opasnosti koja obiluje takvom količinom kriminalne aktivnosti koja podriva same

temelje javne sigurnosti u svakoj državi. Stoga, preuzimanje različitih mjera na suzbijanju ovih aktivnosti je vrlo opravdano. Pitanje ocjene da li neka aktivnost predstavlja javnu opasnost procjenjuje Evropski sud u svakom konkretnom slučaju. Tako je u slučaju Lawles,³²³ javna opasnost protumačena kao "vanredno stanje krize ili opasnosti koja pogađa celokupno stanovništvo i predstavlja pretnju po organizovani život zajednice koja sačinjava državu." Pored toga, država mora osigurati srazmjerost između neodložne primjene mjera radi zaštite demokratskog društva od terorističkih aktivnosti i ograničenja prava na slobodu. Ukoliko se ispostavi da je mjera preuzeta iz nekih drugih razloga, a ne iz onih koji su bili navedeni, može doći do povrede prava iz Konvencije.³²⁴ Postoji još jedan zahtjev koji se ovdje traži. Država mora dokazati da je hitnost situacije iziskivala u konkretnom slučaju zaustavljanje i pretres osoba.

Na osnovu gore iznesenih činjenica nije uopće sporno da je postojala javna opasnost od terorizma koja je prijetila opstanku nacije, kako unutar tako i izvan Ujedinjenog Kraljevstva. Također, treba uzeti u obzir opasnost situacije čije se posljedice po cijelokupno stanovništvo ne mogu spriječiti primjenom redovnog Zakona o krivičnom postupku. Prema njegovim odredbama vrši se pretres osoba za koje postoji osnovana sumnja da su počinile krivično djelo. Za njih se izdaje poseban sudski nalog, izuzev kada to nalaže hitnost situacije. Sve ostale mjere pretresa predstavljaju vanredne mjere koje su omogućene donošenjem posebnog Zakona. Zbog učestalih terorističkih napada u proteklom desetljeću na teritoriji Ujedinjenog Kraljevstva opravdava se konkretna ocjena države da joj prijeti velika opasnost od terorizma.

Na ovom mjestu treba ispitati da li su moguće kakve proizvoljnosti u postupku zaustavljanja i pretresa osoba i da li se takav postupak može podvesti pod lišavanje slobode? Policija je ustvrdila da je postupila u skladu sa zakonskim odredbama i u okviru datog odobrenja za određeno područje. Činjenica da je zaštitna mjera koja u sebi sadrži ograničenje nekog prava, u skladu s domaćim propisima, neće sama po sebi biti dovoljna za odstupanje od Konvencije.³²⁵ Pretresene osobe smatraju da su uslijed takvog načina zaustavljanja i pretresa podvrgnute nezakonitom lišavanju slobode u smislu

³²³ Lawless v. Ireland, Serija A, br. 3, 1. 7. 61, (179–80) 1 EHRR 15.

³²⁴ D. Janković, Međunarodni standardi u borbi protiv terorizma, MP 4, 2010, str. 608.

³²⁵ Ibid. str. 609–610.

člana 5. stav 1. Konvencije. To se opravdava činjenicom da ih policajac na postupak pretresa može prinuditi upotrebom razumne sile ili hapšenjem u slučaju odbijanja pretresa. Značenje pojma "zakonitost" u članu 5. stav 4. identično je onome u članu 5. stav 1. Konvencije,³²⁶ te se zakonitost lišenja slobode mora razmatrati ne samo u svjetlu domaćeg zakona, već i teksta same Konvencije i principa sadržanih u tekstu Konvencije. Apelanti nemaju nikakvu zakonsku mogućnost da se usprotive policijskom naređenju, jer u slučaju odbijanja pretresa direktno podliježu krivičnoj odgovornosti čija posljedica može biti hapšenje i pritvaranje zaustavljene osobe. Stoga oni smatraju da je na taj način povrijeden član 5. stav 4. Konvencije po kome pritvoreno lice ili lice lišeno slobode po bilo kom osnovu, ima pravo na preispitivanje zakonitosti lišenja slobode i pritvaranja. Potvrda toga jeste apsolutno ograničenje slobode kretanja zaustavljene osobe za izvjestan period vremena koje ne može proizlaziti iz samog policijskog ovlaštenja. To bi značilo da bi licima lišenim slobode morao biti dostupan pravni lijek na osnovu koga bi nadležni sudski organ preispitao ne samo procesne garancije, već i osnov pritvora i postojanje osnovane sumnje za pritvaranje i da li je pritvorom postignut legitimni cilj.³²⁷

Bitni faktori za procjenu zakonitosti lišenja slobode jesu okolnosti koje dovode do lišenja slobode i samo trajanje lišenja slobode. U praksi Evropskog suda tim faktorima je dato preciznije značenje u slučaju Evans,³²⁸ a u vezi s poštovanjem zakona o sprečavanju terorizma Ujedinjenog Kraljevstva. Okolnost koja može dovesti do lišenja slobode nije zasnovana na bilo kakvom prethodnom kršenju neke konkretnе zakonske obaveze, izuzev što u slučaju Gillan i Quinton to može biti opiranje pri pretresu na javnom mjestu. U slučaju Evans nije ustanovljena povreda čl. 5. st. 1. tač. b. Konvencije, jer je ocijenjeno je da su domaći propisi predviđali obavezu "podvrgavanja ispitivanju" koja predstavlja dovoljno izričitu i konkretnu obavezu. Međutim, naglašeno je da je spomenuta odluka donesena u vezi s preuzimanjem mjera u borbi protiv terorizma, a da se obaveza podvrgavanja ispitivanju može javljati samo u ograničenom broju slučajeva i imati ograničen cilj. Što se tiče vremena trajanja zadržavanja i pretresa, apelanti su bili uhapšeni u Liverpulu po dolasku iz Irske i zadržani 45 sati,

³²⁶ Aschingdane v. United Kingdom, br. 8225/78, Serija A, br. 93, 28. 5. 85 (1985) 7 EHRR 528, p. 23.

³²⁷ D. Janković, op. cit., str. 610.

³²⁸ Evans v. United Kingdom, br. 8022/77, 8025/77 i 8027/77, 18. 3. 81, (1983) 5 EHRR 71.

pretreseni, saslušani, fotografisani i dali su otiske prstiju. Niz argumenata govori protiv primjenjivosti člana 5. Konvencije u slučaju Gillan i Quinton. Prvo, trajanje pretresa do 30 minuta ne predstavlja vrijeme u dovoljnom trajanju koje se može smatrati lišavanjem slobode. Vrijeme zadržavanja pretresene osobe nije uopće bitno, jer ona može biti zadržana od strane policajca toliko dugo koliko je opravdano da pretres bude proveden. Drugo, policajac nije imao namjeru da liši slobode ove osobe. Treće, osobe nisu uhapšene ili podvrgnute nasilju. Na kraju, pretresene osobe nisu bile ni blizu bilo kakvog zatočenja u ogradištu ili zatvoru. Ako se usvoji argumentacija da se takav pretres ne može smatrati lišavanjem slobode i da član 5. Konvencije nije primjenjiv u konkretnom slučaju, mjere pretresa mogu biti nezakonite zbog neopravdanog razloga za korištenje diskrecione ocjene koja je dodijeljena izvršnoj vlasti.

Evropski sud je zauzeo na stav da su osobe u slučaju Gillan i Quinton u potpunosti bile lišene slobode kretanja bez obzira na to što dužina zaustavljanja i pretresa ne traje duže od 30 minuta. Da bi se tačno utvrdilo da li je neko lišen slobode ili ne, polazište za ocjenu domaćeg suda mora biti konkretna situacija pretresene osobe. Od presude Evropskog suda u slučaju Hurtado³²⁹ prihvaćeno je premještanje tereta dokazivanja s tužitelja na tuženog u vezi sa sporovima koji se tiču policijskog postupanja prema pojedincima. Teret dokazivanja (*onus probandi*) nije na pojedincu kao tužitelju. Na tužitelju je u smislu angloameričke pravne tradicije teret iznošenja činjenica (*onus proferendi*). Onaj u čiju korist postoje činjenice mora ih iznijeti pred tijelo koje odlučuje. Ako ih ne iznese, to će biti na njegovu štetu. Dovoljna će biti osnovana sumnja – *prima facie* dokazi – kao stupanj uvjernjivosti takvog izvora saznanja koji iznosi pojedinac kao tužitelj.³³⁰ Problem je što Konvencija ne sadrži listu pojmovova čiji se sadržaj može tretirati kao nezakonito lišavanje slobode prema članu 5. stavom 1. niti je Konvencija uspostavila jasnou distinkciju između različitih vrsta policijskog postupanja koje se može okarakterisati kao lišavanje slobode. Distinkcije zavise od prirode, svrhe i ozbiljnosti primjenjenog postupka. Stoga, domaći sud mora uzeti u obzir vrstu, trajanje, način i posljedice koje su proizvele provedene mjere u pitanju. Mora se napraviti jasna granica

³²⁹ Hurtado v. Switzerland, Application No. 1754/90, Judgement of 28 January 1994.

³³⁰ B. M. Zupančić, A. Zidar, Kratak pregled nekih temeljnih aspekata Konvencije UN protiv mučenja i drugih okrutnih, neljudskih ili ponižavajućih kazni i postupaka od 10. XII. 1984., Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu br. 2/98, Zagreb, 1998, str. 985.

između potpunog lišavanja slobode i ograničenja slobode kretanja. Razlika treba da zavisi samo od stepena ili intenziteta ograničenja slobode, a ne nikakve posebne prirode jednog ili drugog. U slučaju da zaustavljene osobe odbiju policijsko naređenje da budu pretresene, osobe bi bile uhapšene, odvedene u pritvor u policijsku stanicu i protiv njih bi se mogla podnijeti krivična prijava. Ova specijalna zakonska odredba je sporna iz razloga što odstupa od opće procesne garancije zakona o krivičnom postupku da osoba može biti lišena slobode, odnosno pritvorena, samo u slučaju osnovane sumnje da je počinila krivično djelo.³³¹ Nije dovoljno samo to da je postojala ranija osuda za krivična djela u vezi s terorizmom, već je neophodno da postoje još neke činjenice i informacije koje bi opravdale osnovanu sumnju da je određeno lice učinilo krivično djelo.³³² Ovaj element prinude može govoriti u prilog lišavanju slobode u smislu člana 5. stav 1. Konvencije,³³³ a ne samo zaustavljanje i pretres na javnom mjestu.

Prema praksi Evropskog suda takvi postupci bi se mogli okarakterisati i kao ponižavajuće ponašanje policajaca prema osobama koje su podvrgnute pretresu. Ponižavajuće ponašanje je loše ponašanje koje kod žrtve uzrokuje osjećaj straha, tjelesnu neugodnost, kojom se ona ponižava u namjeri slamanja tjelesnog ili moralnog otpora. To ne mora biti ponašanje na samoj žrtvi već i ono koje je usmjereno prema žrtvi, a izvršeno je pred drugima na takav način da je ponižavajuće za žrtvu.³³⁴ Ovo spada u domen člana 3. Konvencije da нико neće biti podvrgnut torturi, neljudskom ili ponižavajućem postupku ili kažnjavanju. Bitno je naglasiti da se u pogledu ponižavajućeg postupanja prema pretresenim osobama stalno postavljaju sve viši standardi zaštite ljudskih prava i fundamentalnih sloboda. Odlukom Evropskog suda u slučaju Hurtado uspostavljena je odgovornost države za psihofizički integritet osoba koje se nalaze pod vlašću njezinih izvršnih tijela koja raspolažu sredstvima prisile, po načelu prepostavljene krivnje.³³⁵

³³¹ D. Janković, op. cit., str. 607.

³³² Fox, Campbell i Hartley v. United Kingdom, br. 12244/86, 30.8.90, (1990) 13 EHRR 157.

³³³ Vidjeti Case of Foka v. Turkey, no. 28940/95, §§ 74–79, 24 June 2008.

³³⁴ D. Brnetić, Borba protiv terorizma i fundamentalna ljudska prava, Zbornik radova s međunarodne konferencije "Rat protiv terorizma nakon 10 godina" / Antoliš, Krinoslav (ur.). Ministarstvo unutarnjih poslova Republike Hrvatske, Policijska akademija, Zagreb, 2012. str. 31–56.

³³⁵ Ibid, str. 31–56.

Po svom značaju zabrana ponižavajućeg postupanja prilikom pretresa osoba treba da zauzme visoko mjesto na listi zahtjeva koji se postavljaju pred policiju koja je najčešći prekršitelj ove zabrane. Kodeks ponašanja policijskih službenika usvojila je Opća skupština UN-a 1979.³³⁶ koji određuje posebne odgovornosti policijskih službenika s obzirom na služenje zajednici, zaštitu ljudskih prava, primjenu sile, postupanje s povjerljivim podacima, zabranu mučenja i okrutnog i nečovječnog i ponižavajućeg postupanja i kažnjavanja, zaštitu zdravlja osoba kojima je oduzeta sloboda, korupciju te poštivanje zakona i samog kodeksa. Prema članu 5. Kodeksa izuzetne okolnosti kao što su prijetnja nacionalnoj sigurnosti, ili neko drugo izvanredno stanje, policijskom službeniku ne smije biti izlika za mučenje ili drugo okrutno, nečovječno ili ponižavajuće postupanje ili kažnjavanje.

Važno je dati i odgovor na pitanje da li mjere zaustavljanja i pretresa osoba u sprečavanju terorizma predstavljaju nezakonito uplitanje u prava pojedinaca na poštivanje privatnog života. Polazeći od člana 8. Konvencije kojim se garantira pravo na privatnost i da se odredbama člana 44. Zakona daju policiji izuzetno široka ovlaštenja, može se konstatovati da takve mjere predstavljaju značajno uplitanje u privatni život članova zajednice. Međutim, protiv primjenjivosti člana 8. Konvencije govori činjenica da se tu radi o običnoj, površnoj pretrazi pješaka i otvaranju torbice. Taj sigurnosni postupak ne predstavlja nikakvu novinu u pravnom poretku, jer se već analogno primjenjuje prema putnicima koje u zračnim lukama kontrolišu policijski službenici. Putnici u avio prijevozu moraju trpjeti pretraživanje, jer je sloboda putovanja zrakoplovom uvjetovana saglasnošću putnika da bude pretražen. Ukoliko ne žele da budu podvrgnuti pretrazi ne mogu putovati zrakoplovom ili imaju pravo da putuju zrakoplovom bez svojih ličnih stvari koje ne žele da podvrgnu ispitivanju javnosti. Međutim, ovlaštenja zaustavljanja i pretresa iz člana 44. Zakona su kvalitativno drugačija. Po odredbama ovog zakona osobe koje se nalaze na bilo kojem javnom mjestu za koje i ne znaju da postoji policijsko odobrenje nemaju nikakvu mogućnost da izbjegnu pretres zbog toga što svoje lične stvari ne žele podvrgnuti ispitivanju javnosti. Takve osobe mogu bez ikakve prethodne obavijesti ili bilo kakve osnovane sumnje za krivično djelo, biti podvrgnute detaljnom prinudnom pregledu svojih ličnih stvari. S obzirom na to da osobe na javnom mjestu to nikako ne mogu izbjegći kao što to

³³⁶ United Nations Code of Conduct for Law Enforcement Officials, dopuna Rezolucije 34/169 Opće skupštine UN-a od 17. prosinca 1979.

mogu kao putnici u zračnoj luci, ove dvije kategorije osoba koje podliježu pretresu ne mogu biti u jednakom pravnom položaju. Tačnije, osobe na javnom mjestu trpe mnogo veće uplitanje u njihovu privatnost, pogotovo ako se ima u vidu da unaprijed nisu upoznate da se nalaze na području koje podliježe primjeni člana 44. Zakona o sprečavanju terorizma.

Poveznica slučaja za član 8. Konvencije jeste lična autonomija, koja je ovim konceptom prinudnog pretraživanja na javnom mjestu bez prethodne najave, prilično narušena. Također, ne mora značiti da je pojedincu automatski povrijedeno pravo na privatnost isključivo diranjem njegovih ličnih stvari na javnom mjestu kao što je ulica. Međutim, da li je pravo na privatni život povrijedeno preko dozvoljene mjere da šteti ličnoj autonomiji ili psihičkom integritetu osobe zavisi od ozbiljnosti takve mjere i stepena uvjerenosti osobe da je takvo djelovanje neophodno u sferi zaštite javnog života ili interesa drugih pojedinaca. U prilog neuplitanja u privatni život govori činjenica da navedene osobe nisu pretražene kod kuće ili u policijskoj stanici, već na licu mjesta u skladu sa zakonom. Od pješaka se ne traži potpuno skidanje odjeće i samo se provodi postupak vanjskog pregleda odjeće i torbica koji se redovno preduzima i u zračnim lukama. Ukoliko se radi o običnoj, uljudnoj pretrazi u kojoj se traže samo lični podaci, ime i prezime, adresa i mjesto rođenja, te da je uplitanje trajalo relativno kratko, svakako govori u prilog da nije bilo povrede prava na privatni život pretresenih osoba.

Na sastanku Savjetodavnog vijeća europskih sudaca (Consultative Council of European Judges),³³⁷ koji je održan od 8. do 10. novembra 2006. godine u Strasbourg, doneseni su određeni zaključci koji se po mom mišljenju mogu odnositi na zaustavljanje i pretres osoba. To su da policijsko odobrenje za zaustavljanje i pretres na određenom području mora biti privremenog karaktera, takve mjere moraju biti određene zakonom, moraju biti nužne i proporcionalne ciljevima demokratskog društva, sukladno načelu koje je već izraženo u članu 10. stavu 2. Konvencije. U svakom slučaju, takve mjere moraju biti podvrge nude sudskoj kontroli redovnih sudova.

³³⁷ To je savjetodavno tijelo Vijeća Europe, osnovano na temelju Preporuke broj 23 tzv. Komiteta mudrih, donesene 1998. godine, kojom je predloženo tijelima Vijeća Europe jačanje međusobne suradnje nacionalnih sudbenih institucija.

IV. Zaključak

Prethodna analiza počiva na obrazloženju zakonitosti mjera zaustavljanja i pretresa osoba u borbi protiv terorizma i njihove usklađenosti s odredbama Evropske konvencije koja garantira pravo na slobodu i sigurnost, te na poštivanje privatnog života. S tim u vezi nameću se sljedeći zaključci:

Mjera zaustavljanja i pretresa osoba od strane policije na javnom mjestu koja traje izvjestan kraći vremenski period ne može se podvesti pod lišavanje slobode, pa s tim u vezi ne može doći do povrede člana 5. stav 1. Konvencije. Naravno, kada će vremenski interval zadržavanja i pretresa iz običnog ograničenja slobode kretanja prerasti u postupak lišavanja slobode, to treba da procjenjuje sud u svakom konkretnom slučaju. Samo u slučaju lišavanja slobode je omogućen djelotvoran pravni lijek protiv takvog postupka. Prema članu 5. stav 4. Konvencije svako kome je uskraćena sloboda hapšenjem ili lišavanjem slobode ima pravo uložiti žalbu sudu kako bi sud, u kratkom roku, razmotrio zakonitost lišavanja slobode i, ukoliko ono nije bilo zakonito, naložio oslobođanje. Međutim, problem je što nikakav djelotvoran pravni lijek ne stoji na raspolaganju osobi koja ni u kom slučaju ne želi da se podvrgne pretresu na javnom mjestu zbog toga što svoje lične stvari neće da izloži javnosti. Domaći zakon mora omogućiti djelotvoran pravni lijek i u slučaju odbijanja pretresa, a ne da takav akt po automatizmu i svakom slučaju dovodi do hapšenja i pritvaranja osobe. Po mom mišljenju odsustvo djelotvornog pravnog lijeka u fazi koja prethodi hapšenju i lišavanju slobode predstavlja značajno derogiranje prava na slobodu i sigurnost koje je zajamčeno članom 5. Konvencije.

Evropski sud je već naglasio da se nužnost borbe protiv terorizma ne može opravdati rastezanjem koncepta “opravdanosti sumnje” do mjere u kojoj bi suština zaštite prava na slobodu i sigurnost iz člana 5. Konvencije bila narušena.³³⁸ Ključno pitanje koje se ovdje postavlja jeste ko i na osnovu kojih kriterija treba da konkretno ocjenjuje ko je potencijalni terorist, a ko nije. Da li to treba da ocjenjuje sud, policija, vojska ili neko treći? Prema specijalnim zakonima o sprečavanju terorizma to očito nije sud i taj nezahvalan zadatuk je očito pao na policiju. Diskreciona vlast policijskog službenika da ocjenjuje koja osoba je sumnjiva, a koja nije ostaje izvan područja sudske nadzora

³³⁸ D. Janković, op. cit., str. 607.

njegove zakonitosti. Na taj način države i vlade kao glavni nosioci izvršne vlasti opunomoćuju same sebe i odlučuju bez nadzora ko je njihov terorist.³³⁹ To znači da osobama koje su zaustavljene, a ne žele da se podvrgnu pretresu zato što smatraju da ničim nisu izazvali osnovanu sumnju da predstavljaju potencijalne teroriste, mora biti dostupan pravni lijek kojim bi se ispitivale dvije stvari. Kao prvo, nadležni sud treba da preispituje procesne garancije samog zaustavljanja i pretresa. Nakon toga bi se vršilo ispitivanje osnovanosti sumnje u ocjeni osobe kao potencijalnog teroriste i da li se pretresom postiže legitiman cilj borbe protiv terorizma. Prema tome, u slučaju odstupanja od ljudskih prava i fundamentalnih sloboda, država mora predočiti detaljne podatke koji ukazuju na stvarnu i neposrednu opasnost pretresenih osoba po nacionalnu sigurnost.

Mjera zaustavljanja i pretresa osoba od strane policije na javnom mjestu koja traje izvjestan kraći vremenski period može da predstavlja uplitanje u njihov privatni život. Ne postoji iscrpna definicija ovog pojma koji je zajamčen članom 8. Konvencije. Svaka osoba ima pravo na sopstveni identitet i lični probitak, kao i na uspostavljanje ličnih odnosa s drugim pojedincima i vanjskim svijetom. To znači da pojам privatnog života obuhvata fizički i psihički identitet osoba. Praksa Evropskog suda je stanovišta da privatni život pojedinca može biti ugrožen i izvan privatnosti doma i privatnog prostora. Stoga, razumno je očekivati da njegova privatnost može biti značajna i na javnom mjestu i svako pretraživanje koje je učinjeno od strane vlasti ometa osobni privatni život.³⁴⁰ Dva su uslova neophodna da bi se pretres na javnom mjestu mogao smatrati nezakonitim uplitanjem u privatni život pojedinca. Najprije mora biti propisano da odbijanje podvrgavanja pretresu predstavlja krivično djelo kažnjivo kaznom zatvora ili novčanom kaznom. Kao drugo, pretres mora biti proveden bez dovoljnog nivoa ozbiljnosti prijetnje od terorizma.

Uplitanje u privatni život pojedinca može uključivati i uvid u adresar ili dnevnik osobe ili njenu prepisku s drugim osobama. To predstavlja posebno nametljiv pretres. Ukoliko se pretres ne može tako okarakterisati, postavlja se pitanje da li se običan pretres može smatrati nezakonitim uplitanjem u privatni život pojedinca prema članu 8. Konvencije.

³³⁹ M. Brčić-Kuljiš, Terorizam i liberalno demokratska država, Zbornik Filozofskog fakulteta, Split, br. 1/2008.

³⁴⁰ Vidjeti Case of Foka v. Turkey, no. 28940/95, §§ 74–79, 24 June 2008.

Pretres osoba ne mora biti još i posebno nametljiv da bi to predstavljalo upitanje u individualna prava iz člana 8. Konvencije. Evropski sud je u prethodno navedenom slučaju Foka zauzeo stanovište da korištenje prinudnih ovlaštenja kojima zakon zahtijeva od pojedinca da trpi detaljan pretres na javnom mjestu, što uključuje svoju osobu, odjeću i lične stvari, predstavlja jasno miješanje u pravo na poštivanje privatnog života. Lične stvari kao što su torbe, novčanici, prenosni kompjuteri i dnevničici mogu sadržavati lične podatke zbog kojih vlasnici mogu osjećati neugodnost da se on ili njegovi prijatelji izlože javnosti. Za razliku od zračne luke u kojoj putnik predviđa pretres kao obavezujući postupak iz sigurnosnih razloga, te on ima pravo izbora da ne putuje, u ovom slučaju pojedinac može biti zaustavljen bilo kada i bilo gdje bez prethodne najave i bez bilo kakvog izbora da li hoće ili neće podnijeti pretres.

LITERATURA

1. Brčić-Kuljiš, M. *Terorizam i liberalno demokratska država*, Zbornik Filozofskog fakulteta, Split, br. 1/2008.
2. Brnetić D. *Borba protiv terorizma i fundamentalna ljudska prava*, Zbornik radova s međunarodne konferencije "Rat protiv terorizma nakon 10 godina" / Antoliš, Krunoslav (ur.). Ministarstvo unutarnjih poslova Republike Hrvatske, Policijska akademija, Zagreb, 2012.
3. Janković, D. *Međunarodni standardi u borbi protiv terorizma*, MP 4, Niš, 2010.
4. Lazarević, Lj., *Krivična djela službenih i odgovornih osoba*, Pravni život, Beograd br. 11/1985.
5. Marković, S., *Terorizam i druga krizna stanja suvremenog društva i njihov utjecaj na ograničavanje ljudskih prava i demokraciju*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 16, Zagreb, br. 1/2009.
6. Rajić Z., Tomić M., Miljko Z., *Komentar Kaznenog zakona Federacije Bosne i Hercegovine: (posebni dio)*, OSCE-Ured za demokratizaciju, Mostar, 2000.
7. Zupančić B. M., Zidar A. *Kratak pregled nekih temeljnih aspekata Konvencije UN protiv mučenja i drugih okrutnih, neljudskih ili ponižavajućih kazni i postupaka od 10. XII. 1984.*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu br. 2/98, Zagreb, 1998.

mr. Emir Sudžuka, viši asistent
Nataša Halilović, bachelor prava, asistent
Sveučilište/Univerzitet "Vitez" Vitez
Fakultet pravnih nauka
e-mail: emir.sudzuka@unvi.edu.ba ; natasa.halilovic@unvi.edu.ba
Stručni članak

UDK 341.63: 339.5(497.6)

ARBITRAŽNO RJEŠAVANJE PRIVATNOPRAVNIH TRGOVINSKIH SPOROVA S ELEMENTOM INOSTRANOSTI U PRAVNOM SISTEMU BOSNE I HERCEGOVINE

Sažetak

Rješavanje sporova nastalih iz privatnopravnih odnosa s elementom inostranosti kompleksno je pitanje kojim se posebno bavi teorija međunarodnog privatnog prava. Pored sukoba zakona, odnosi s elementom inostranosti neminovno dovode i do sukoba nadležnosti sudova raznih država prilikom rješavanja sporova (sukob jurisdikcija). Jedan od osnovnih principa u međunarodnim odnosima je princip nacionalne suverenosti. U skladu s tim, svaka suverena država mogla bi nadležnosti svojih organa podvrgnuti sve predmete koji se pred njih postave, pa tako i one koji su činjenično vezani za inostranstvo. Pri tome karakter i intenzitet činjenične veze stranog suvereniteta nisu bitni. Takav, teritorijalistički koncept nadležnosti države uglavnom ne prakticiraju. Za međunarodne poslovne odnose veoma je značajan način rješavanja nastalih sporova. Arbitražno rješavanje sporova je jedna od specifičnosti savremenih privatnopravnih odnosa s elementom inostranosti. Veoma često se koristi u praksi. Kao alternativni način rješavanja sporova u praksi se pokazao efikasnijim za stranke u sporu, te se ovakav način rješavanja sporova u savremenim privatnopravnim odnosima sve češće upotrebljava i u našem pravu.

Ključne riječi: privatnopravni posao, arbitraža, arbitražni sporazum, kompromis

ARBITRATION DISPUTE SETTLEMENT IN LEGAL TRANSACTION WITH A FOREIGN ELEMENT IN LEGAL SYSTEM OF BOSNIA AND HERZEGOVINA

Abstract

Disputes settlement arising from transactions with private-elements is complex issue that is particularly concerned with the theory of Private International Law. In addition to the conflict of laws, transactions with foreign element inevitably lead to conflicts of jurisdiction of the courts of various states in the settlement of disputes (conflict of jurisdictions). One of the basic principles of international relations is the principle of national sovereignty. Accordingly, each sovereign state could subjected to competencies of their bodies any cases before them, including those that are factually related to foreign countries. In doing so, the character and factual connections with foreign sovereignty are not essential. Such a concept of jurisdiction, states generally do not practice. For international business transactions, the way of resolving disputes is very important. Arbitration to settle disputes is one of the specificities of modern private legal relations with a foreign element. They are often used in practice. As an alternative means of dispute resolution in practice, arbitration is proved to be more efficient for the parties to the dispute, and this method of dispute resolution in contemporary private transactions are increasingly used in our legal system.

Keywords: *private legal transaction, arbitration, arbitration agreement. Compromis*

I UVODNE I METODOLOŠKE NAPOMENE

Alternativno rješavanje sporova obuhvata različite postupke rješavanja sporova koji se odvijaju van suda. Ove metode su zamjena redovnom sudskom postupku, koji je u našim uslovima još uvjek najčešći način rješavanja spornih odnosa. Postupci alternativnog rješavanja sporova najčešće se odvijaju uz pomoć treće neutralne strane, koja u zavisnosti od vrste postupka, može imati različite uloge i različit nivo uticaja na rješenje spora.³⁴¹ Najpoznatiji i najčešće

³⁴¹ Knežević, G.: Međunarodna trgovačka arbitraža, Beograd, 1999. god., str. 67.

korišteni modeli su medijacija i arbitraža.³⁴²

U zemljama s dužom tradicijom u alternativnom rješavanju sporova, ovaj termin se postepeno prestaje koristiti, jer su takvi postupci ušli u redovnu primjenu, a stranke ih sve češće koriste kao predsudski postupak, te se o njima govoriti kao o redovnim i adekvatnim postupcima rješavanja sporova. Navedene zemlje su uspjele razviti novu kulturu rješavanja sporova, u kojoj je strankama od izuzetnog značaja, brz i efikasan pristup pravdi. U Bosni i Hercegovini neki od ovih postupaka su zaživjeli u redovnoj primjeni, ali se još uvjek posmatraju kao alternativa sudu.

Za međunarodne poslovne odnose veoma je značajan način rješavanja nastalih sporova. Postoje znatne razlike u odnosu na rješavanje sporova u unutrašnjem pravu:³⁴³

- 1) postojanje elementa inostranosti u međunarodnim poslovnim operacijama;
- 2) karakter izvora prava; uz izvore međunarodnog poslovnog prava među njima se pojavljuju najmanje dva nacionalna prava kao potencijalno mjerodavna za spor;
- 3) postojanje različitih vrsta međunarodnih konvencija; jedne su bilateralne, druge multilateralne; u oba slučaja posebno je složeno pitanje njihovog usvajanja u unutrašnje pravo zainteresovanih zemalja;
- 4) važenje i primjena nacionalnih propisa međunarodnog privatnog prava;
- 5) postojanje nadnacionalnih sudske institucija i
- 6) postojanje arbitražnog rješavanja sporova.

Arbitražno rješavanje sporova kao jedna od specifičnosti savremenih privatnopravnih odnosa s elementom inostranosti veoma često se koristi u praksi. Bitni elementi arbitražnog rješavanja sporova su:³⁴⁴

- 1) arbitraža je nedržavni sud, koji spor među strankama rješava odlukom, odnosno presudom;
- 2) osnov za derrogiranje redovne sudske nadležnosti i povjeravanje spora na suđenje arbitražnom sudu leži u autonomiji volje stranaka, u

³⁴² Ibidem, str. 68.

³⁴³ Prema: Trifković et. al.: Međunarodno poslovno pravo, Ekonomski fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2009., str. 536.

³⁴⁴ Trifković, M., Omanović, S.: Međunarodno poslovno pravo i arbitraže, Ekonomski fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2001., str. 507.

- predmetima u kojima one mogu da slobodno raspolažu svojim pravima;
- 3) pravni osnov za arbitražno rješavanje sporova je sporazum stranaka koji su one dobrovoljno i saglasno perfektuirale,
 - 4) postupak pred arbitražnim sudom predstavlja suđenje *in concreto* tek nakon što mu stranke sporazumno daju investituru za suđenje i traje do okončanja povjerenog mu zadatka;
 - 5) zakonodavac meritornu arbitražnu presudu izjednačava s pravosnažnom odlukom redovnog suda.
- 6)

Primaran problem istraživanja koji je determiniran u ovom radu je prilagođenost regulisanja arbitražnog sudovanja prema Zakonu o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine³⁴⁵, Zakonu o parničnom postupku Republike Srpske³⁴⁶, i Zakonu o parničnom postupku Brčko distrikta³⁴⁷ potrebama spoljnotrgovinskog poslovanja domaćih subjekata i usklađenost ove regulative savremenoj arbitražnoj praksi i legislativi. Dodatni problemi mogu se odrediti kao nedovoljno poznavanje materije arbitraže, nepostojanje iskustva o radu arbitraža i prisustvo izvjesnog nepovjerenja u rad arbitraža.

U skladu s definisanim problemom istraživanja, moguće je postaviti i temeljnu hipotezu ovog rada: *U savremenim privatnopravnim odnosima s elementom inostranosti, arbitraže su nezaobilazan faktor u rješavanju nastalih sporova, jer strani i domaći partneri u svojim međunarodnim poslovnim odnosima nastoje da kroz arbitražno rješavanje sporova izbjegnu nadležnost nacionalnog suda jedne strane, te brže i efikasnije riješe nastali spor.*

U vezi s postavljenom hipotezom određena je i svrha istraživanja u ovom radu: prezentirati temeljne značajke arbitražnog sudovanja u Bosni i Hercegovini i istražiti sve relevantne odredbe o arbitražnom rješavanju spoljnotrgovinskih sporova prema parničnom zakonodavstvu u BiH, te o svemu tome formulirati rezultate istraživanja i predstaviti ih u radu.

³⁴⁵ Službene novine Federacije BiH, broj 53/03, 73/05 i 19/06.

³⁴⁶ Službeni glasnik Republike Srpske, broj 58/03, 85/03, 74/05 i 63/07.

³⁴⁷ Službeni glasnik Brčko distrikta, broj 17/08.

Rad je u osnovi teorijska analiza iz područja parničnog prava te reflektira temeljna pitanja u vezi posmatrane problematike. Izbor metoda je usklađen s predmetom istraživanja tako da su pored općih naučnih metoda korištene i pravne metode.

Najznačajnija pažnja posvećena je normativnoj metodi. Priroda rada zahtijeva temeljnu analizu pozitivnih zakonskih i drugih propisa iz oblasti arbitražnog prava. Imajući na umu složenost ustavnog sistema Bosne i Hercegovine, uporednopravnim metodom izvršena je komparacija i prezentirani entitetski propisi i propisi Brčko distrikta Bosne i Hercegovine koji se odnose na ovu oblast.

II POJAM I PRAVNA PRIRODA ARBITRAŽE

1. Pojam arbitraže

Ne postoji jedinstvena definicija pojma arbitraže u savremenoj teoriji. Jasno je da je arbitraža izabrano suđenje. Pri tome nije od odlučujuće važnosti da li postupak organizuju same stranke ili ga osigurava arbitražna ustanova. Mogućnost arbitražnog rješavanja sporova izraz je autonomije volje stranaka i na području pravosuđa.³⁴⁸ Kao radna definicija³⁴⁹ može se prihvati ona po kojoj je arbitraža neovisno, nedržavno tijelo, kojem stranke sporazumno povjeravaju donošenje odluke kojom se rješava njihov imovinskopravni spor. Jednu od najpotpunijih i najviše citiranih definicija arbitraže dao je Jezdić.³⁵⁰ On određuje arbitražu kao "ustanovu koja je osnovana od privatnih profesionalnih organizacija ili lica, ili od organizacija polujavnog karaktera u cilju raspravljanja onih sporova iz spoljnotrgovinskog prometa za koje je ugovorena njena nadležnost." Na sličan način, ukazivanjem na organizaciono-institucionalni i funkcionalni aspekt arbitraže, definira i D. Mitrović.³⁵¹ Prema njemu, arbitraža je "rješavanje sporova od strane lica koje ugovorne strane odrede sporazumom

³⁴⁸ Natuknica "arbitraža"- Pravni leksikon, Leksikografski zavod "Miroslav Krleža", str. 43.

³⁴⁹ Gorenc Vilim: Rječnik trgovačkog prava, Masmedia, Zagreb 1997., str. 22.

³⁵⁰ Jezdić, M.: Međunarodno privatno pravo II, Beograd 1972., str. 132.

³⁵¹ Mitrović, D.: Enciklopedija imovinskog prava i udruženog rada, Službeni list, Beograd 1978., str. 13.

o arbitraži, i s druge strane, organ nedržavnog karaktera koji rješava spor.” Varadi, također, tvrdi da su u određenju pojma arbitraže bitne obje njene funkcije i arbitražu određuje kao “nedržavnu instituciju za rješavanje sporova koje su im povjerile stranke.”³⁵² Ovoj grupi pripada i M. Trajković, po kome je arbitraža “izbrani sud, koji stranke ugovorno formiraju, prihvatajući da njegova presuda bude za njih konačna i obavezujuća, odnosno dobrovoljno ili sudski izvršena”³⁵³. Samostalnost arbitraže u odnosu na sudove i druge državne organe, ali i vezanost za nacionalne zakone i međunarodne konvencije, ne može se, smatra on, razumjeti bez naglašavanja njenih navedenih, osnovnih karakteristika.

S druge strane, pojedini autori, na primjer M. Pak i G. Knežević, nisu se opredijelili za davanje jedne sažete definicije arbitraže, smatrajući da se njeni suština ne može razumjeti bez navođenja svih njenih bitnih komponenti. Oni, pak, smatraju da složenost arbitraže zadaje velike teškoće prilikom uopštavanja, te da se u kratkoj definiciji ne mogu obuhvatiti svi njeni sastavni elementi. Navedeni autori tvrde da postoji niz komponenti koje su sastavni dio arbitraže: “nezavisnost od određene države; nezavisnost od određenog pravnog sistema; nezavisnost od nekog unaprijed određenog mjestu, odn. sjedišta postupanja i odlučivanja arbitara; primjena posebnih principa i pravila u rješavanju i odlučivanju; specijalizovani predmet sporova o kojima odlučuje; arbitražni postupak sprečava pokretanje sudskog postupka; pravni osnov za rješavanje i odlučivanje arbitraže nalazi se u unutrašnjim i međunarodnim izvorima prava i u autonomiji volje stranaka; okviri u kojima djeluje i odlučuje arbitraža utvrđeni su načelima javnog poretku svake zemlje i posebnim imperativnim propisima koji prate opšte prihvaćena načela dobrih poslovnih običaja; poštovanje tih okvira obezbjeđuje se kroz sudsku kontrolu arbitraže u nekim zemljama u toku njenog rada, a u drugim poslije donošenja odluke u postupku za poništaj te odluke ili u postupku priznanja i izvršenja u drugoj zemlji.”³⁵⁴

³⁵² Varadi, T., Bordaš, B., Knežević, G.: Međunarodno privatno pravo, Forum Novi Sad, 2001., str. 332.

³⁵³ Trajković, M.: Međunarodno arbitražno pravo, Beograd 2000., str. 38.

³⁵⁴ Pak, M.: Međunarodno privatno pravo, Naučna knjiga, Beograd 1986., str. 383.

G. Knežević navodi da je njegovom shvatanju najблиža definicija arbitraže kao "servisa za pružanje pravnih usluga", s tim što određivanje na ovaj način, kako sam tvrdi, ne bi bilo dozvoljeno niti iz naučnih, niti iz pedagoških razloga. S obzirom na navedeno on se, slično M. Paku, opredjeljuje za definiciju arbitraže navođenjem njenih bitnih elemenata i daje slijedeću definiciju: "1. Arbitraža je metod, način (organizaciono – servis) rješavanja sporova. 2. Spor mora postojati između najmanje dvije stranke (može i više). 3. Spor rješava treća, ili treće osobe. 4. Te osobe mandat dobijaju od stranaka i moraju se kretati u okviru mandata datog im sporazumom stranaka (*a contrario* – te osobe mandat ne dobijaju od države – iz čega proizlazi da je servis nedržavni). 5. Odluka arbitra je za stranke obavezujuća jer su one prečutno na to pristale. 6. Država, pristajući na postojanje "paralelnog" sudstva, dozvoljava da dejstva (pravosnažnost, izvršnost itd.) ovih odluka budu izjednačena s dejstvima odluka državnih sudova. 7. Svojim prinudnim aparatom država obezbeđuje izvršenje arbitražne odluke, ukoliko je stranke dobrovoljno ne izvrše."³⁵⁵ Sajko i Dika pristalice su određenja arbitraže putem njenog funkcionalnog aspekta kada navode da je arbitraža "rješavanje sporova između dviju ili više stranaka od strane treće osobe (ili trećih osoba) arbitra (arbitara), koja svoja ovlašćenja izvode iz sporazuma stranaka i čija je odluka obavezna za njih i ima, u većini pravnih poredaka, učinke koji korespondiraju učincima sudskih odluka."³⁵⁶

Zakonski tekstovi i međunarodne konvencije ponekad daju definiciju arbitraže, ali to nije pravilo. Od značajnijih međunarodnih konvencija, pojmovno određenje arbitraže nalazimo u Evropskoj konvenciji o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži iz 1961. godine, u kojoj se navodi da je arbitraža "rješavanje sporova ne samo od strane arbitra imenovanih za određene slučajeve ("povremena arbitraža" – arbitraža *ad hoc*) već i od strane stalnih arbitraža".³⁵⁷

³⁵⁵ Knežević, G.: Međunarodna trgovacka arbitraža, osnovna pitanja i problemi, Dosije, Beograd 2007., str. 20.

³⁵⁶ Sajko K., Dika M.: Arbitražno rješavanje međunarodnih trgovackih sporova, Ljubljana 1989., str. 1.

³⁵⁷ Član 1. tačka 2 b) Evropske konvencije o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži od 21. aprila 1961.godine,preuzeto sa: <http://www.jus.uio.no/lm/europe.international.commercial.arbitration.convention.geneva.1961/portrait.pdf>

Sve naprijed navedene definicije arbitraže razlikuju se međusobno po svome opredjeljenju za određeni aspekt ili karakteristiku arbitraže, koji se odredi kao njeno bitno obilježje. Značajan broj autora opredjeljuje se za definisanje arbitraže kao institucije koja rješava spor i kao način rješavanja spora. Određivanja pojma arbitraže na različite načine, kao što smo vidjeli, ne znači da između tih definicija postoje suštinske razlike u shvatanju arbitraže. Nijedna od navedenih definicija, ipak, nije suprotstavljena jedna drugoj, već se sve međusobno dopunjaju dajući cjelovitu sliku o pojmu arbitraže.

1. Pravna priroda arbitraže

U teoriji su se razvile četiri teorije o pravnoj prirodi arbitraže: jurisdiktciona, ugovorna, mješovita i autonomna teorija.³⁵⁸

Prema jurisdiktcionoj teoriji, smisao arbitraže je u arbitriranju, odnosno suđenju.³⁵⁹ Posljedica postupka je odluka koja je po dejstvima izjednačena sa sudskom odlukom, a u postupku se arbitar ponaša kao i sudija. Osnova arbitraže nije, dakle, arbitražni sporazum, već dozvola države da se uopšte može ugovarati arbitraža. Arbitri svoje ovlaštenje crpe iz sporazuma stranaka, ali je upravo državni imprium temelj mogućnosti da se arbitraža ugovara i organizuje – “paralelno suđenje”³⁶⁰. Arbitraža se, dakle, shvata kao pravosudni organ, s tim što se ne radi o državnom organu. Iako su arbitri ovlašteni da rješavaju spor po osnovu sporazuma ugovornih strana, oni to nikada ne bi mogli, niti bi stranke ikada mogle da im daju takva ovlaštenja, da zakon to ne dozvoljava. Iz ovakvog rezonovanja logično slijedi da je arbitražni sporazum procesne prirode, za razliku od osnovnog ugovora koji je materijalne prirode. Arbitražni sporazum ima nezavisnu pravnu sudbinu od osnovnog ugovora i pravo mjerodavno za arbitražni sporazum može biti različito od prava mjerodavnog za osnovni ugovor.³⁶¹

³⁵⁸ Prema: Knežević, G., Pavić, V.: Arbitraža i ADR, Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Beogradu, Beograd 2006., str. 35.

³⁵⁹ Op. cit., Knežević, G.: Međunarodna trgovačka arbitraža, osnovna pitanja i problemi, Dosije, Beograd 2007. str. 25.

³⁶⁰ Op. cit., str. 26.

³⁶¹ Jurisdiktciona (procesualna) teorija o pravnoj prirodi arbitraže prihvaćena je npr. u Australiji, SAD-u, Švicarskoj itd.

Ugovorna (civilistička) teorija polazi od toga da je suština arbitraže sporazum stranaka. Arbitraža nastaje na bazi ugovora, a sporazum stranaka je u potpunosti određuje, uključujući sastav vijeća, postupak i mjerodavno pravo. Prema ovoj teoriji, uloga države nije od primarnog značaja. Nju zamjenjuje volja/sporazum stranaka. Iz toga proizlazi da je i odluka arbitraže zapravo na sporazu stranaka zasnovan akt materijalnog prava, a ne pravosudnog organa.³⁶² Ukoliko taj ugovor stranke dobrovoljno ne izvrše, izvršit će ga sud, kao i svaki drugi ugovor materijalnog prava. Arbitražni sporazum je dio ugovora o osnovnom poslu i pravo mjerodavno za njega je isto ono koje je mjerodavno i za osnovni posao.

Praktične posljedice civilističke koncepcije arbitraže odnose se na situacije u kojima strana koja je izgubila spor odbija da dobrovoljno izvrši arbitražnu odluku. Tada uspješna strana, najprije, može pred državnim sudom tužiti stranu koja je izgubila spor za neizvršenje ugovora, a ne za prinudno izvršenje arbitražne odluke. Druga mogućnost zavisi od zakonske regulative konkretnе države. Ako je zakonom predviđeno, uspješna strana može od strane državnog suda da zatraži priznanje arbitražne odluke po postupku koji je analogan priznanju strane sudske odluke. U slučaju uspjeha, arbitražna odluka izjednačava se s domaćom sudskom odlukom i samim tim stiče svojstvo izvršnosti.³⁶³

Mješovita teorija pokušava da pomiri dvije prethodne: osnov arbitraže je u materijalnopravnom sporazu stranaka, ali procesna dejstva, koja nesumnjivo ima, ona duguje pravnom sistemu neke države. Arbitraža sadrži i javnopravne i privatnopravne elemente, njen početak je sporazum, ali ishod predstavlja odluka jednaka sudskej.³⁶⁴

Autonomna teorija na arbitražu gleda kao na originalan, autonoman institut oslobođen i ugovornih i jurisdikcionih elemenata i prilagođen zahtjevima stranaka.

Različiti koncepti o pravnoj prirodi arbitraže pomažu boljem

³⁶² Op. cit., Knežević, isto djelo, str. 26.

³⁶³ Ugovorna teorija (civilistička ili kontraktualna) prihvaćena je u Engleskoj i donekle u Francuskoj.

³⁶⁴ Knežević, G., Pavić, V.: Arbitraža i ADR, Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Beogradu, Beograd 2006., str. 36.

razumijevanju suštine ovog instituta. Značaj njihovog sagledavanja prevazilazi okvire teorijskih razmatranja ako se ima u vidu da svaki koncept podrazumijeva različite posljedice u praksi. To je naročito važno za stranke, učesnice u arbitražnim postupcima, jer će u zavisnosti od toga odluku arbitraže biti lakše ili teže prinudno izvršiti.

1. Razlozi za derogiranje sudske nadležnosti i iznošenje spora pred arbitražu

Ugovorom o iznošenju spora pred izbrani sud stranke derogiraju nadležnost državnih sudova.

U buržoaskom pravnom poretku arbitražno sudovanje manifestira se kao odraz dominirajućeg shvaćanja o dispozitivnom karakteru građanskog prava. Ako mogu svojim ugovorom određivati sadržaj građanscopravnih odnosa, strankama treba priznati pravo da i u sporove iz takvih odnosa reguliraju svojim dispozicijama, pa i tako da spor oduzmu iz kompetencije državnog pravosuđa i da ga iznesu pred osobe svog povjerenja.³⁶⁵

Arbitražno sudovanje razvilo se kao odraz nezadovoljstva zbog učmalog, sporog, skupog, krutog i nesigurnog državnog sudovanja. Na međunarodnom planu afirmira se kao odraz nepovjerenja prema pravosudnim organima i zakonodavstvu države protivnika. Sporazum o arbitraži predstavlja kompromisnu tačku do koje partneri dolaze jedan drugome u susret, odričući se domaćeg pravosuđa i osjećaja sigurnosti koji im ulijeva svojim postupanjem i pravilima na temelju kojih odlučuje. Porast prakse arbitražnog sudovanja tumači se i kao simptom loših prilika u državnom pravosuđu. Intenzitet rada izbranih sudova u funkcionalnoj je zavisnosti od kvaliteta rada državnih sudova. Ukoliko su državni sudovi pouzdaniji, efikasniji i ekonomičniji, utoliko stranke imaju manje razloga da od njih "bježe" odlučujući se da spor povjere arbitražnom суду. Ovo pravilo iskustva nije u Bosni i Hercegovini još našlo potvrdu zbog nekih specifičnih razloga.³⁶⁶

³⁶⁵ Kasagić, R.: Međunarodno poslovno pravo, Univerzitet u Banjoj Luci, Ekonomski fakultet, Banja Luka, 2008., str. 421.

³⁶⁶ Čalija B., Omanović S.: Građansko procesno pravo, Univerzitet u Sarajevu, Pravni fakultet, Sarajevo 2000., str. 92.

Protiv iznošenja spora pred državni sud ističe se kako je postupak spor, skup, komplikiran, ne jamči diskreciju o podacima koji se tiču odnosa među određenim partnerima. Zbog široke stvarne nadležnosti državno pravosuđe postaje "omnibus" pravosuđe, bez specifičnih sposobnosti za adekvatno rješavanje problema specijalizirane djelatnosti stranaka. Suci državnih sudova nametnuti su strankama; ne uživaju njihovo povjerenje.

Arbitražni postupak osigurava strankama trajnost raspravljanja (*sine strepitu forensi*), prihvatljiv ambijent i pomirljiv ton raspravljanja, jednostavnost procesnih formi, brzinu i jeftinocu. Arbitri, osobe povjerenja stranaka, u pravilu su i eksperti za područje o kojem sude. Relativna nevezanost arbitra za određeni sistem prava pruža im mogućnost da nađu pravičnu soluciju. Arbitražno sudovanje manifestira se kao izraz društvene solidarnosti, zajedničkih koncepcija o pravu i pravičnosti, uzajamne lojalnosti i u časovima razjedinjenosti, spremnosti stranaka da prihvate rješenje koje nužno ne mora predstavljati maksimalno ostvarenje njihovih zahtjeva. Pred arbitre se izlazi s nadom da se sve neće izgubiti, ali i spremnošću na to da se neće ni dobiti (Ciceron).³⁶⁷

Arbitražno sudovanje ima i negativnih osobina. One dolaze od teškoća u pronalaženju arbitra i u konstituiranju arbitraže, ponekad od opasnosti sporog postupanja, od nedovoljnog poznavanja prava, od nedostatka čvrstine i nepristrasnosti arbitra, od mogućnosti da troškovi narastu zbog honorara koji arbitri traže za svoj rad, od opasnosti da se suđenje po načelu pravičnosti ne pretvori u arbitrarnost, od opasnosti u koju za pravilnost presude predstavlja anticipirano odricanje stranaka od žalbe, od toga što sve prednosti arbitraže mogu biti dovedene u pitanje ako se pokrene spor pred državnim sudom radi pobijanja arbitražne odluke. Nasuprot ovim slabostima arbitraže, državno pravosuđe još uvijek predstavlja atraktivan forum – čvrstinom i trajnošću svoje organizacije, nepristrasnošću sudaca koji poznaju pravna pravila, određenošću i strogoćom procesnih formi i rokova.³⁶⁸

³⁶⁷ Triva S., Belajec V. i Dika M.: Gradsansko parnično procesno pravo, Sveučilište u Zagrebu, Zagreb, 1986, str. 690.

³⁶⁸ Stanković G., Račić R.: Parnično procesno pravo, I izdanje, Grafokomerc, Trebinje 2008., str. 346.

III POSTUPAK PRED ARBITRAŽOM

U pravu Bosne i Hercegovine arbitražno sudovanje je uređeno identičnim odredbama u glavi XXX Zakona o parničnom postupku Federacije BiH³⁶⁹ u članovima 434–453., Zakona o parničnom postupku Republike Srpske³⁷⁰ i Zakona o parničnom postupku Brčko distrikta³⁷¹.

Spoljnotrgovinska/vanjskotrgovinska komora Bosne i Hercegovine sa sjedištem u Sarajevu je uspostavila svoju institucionalnu arbitražu i donijela Pravilnik³⁷² po kome ona postupa. Privredna komora Republike Srpske uspostavila je također Arbitražu i donesen Pravilnik o spoljnotrgovinskoj arbitraži Republike Srpske.³⁷³ Pravila postupka pred Arbitražom su utvrđena pravilnicima čija je primjena obavezna ukoliko su stranke u sporu ugovorile nadležnost Arbitraže. Postupak se pred navedenim arbitražama pokreće tužbom, pri čemu tužena strana može, sve do okončanja glavne rasprave, podnijeti protivtužbu. Specifičnost postupanja pred ovom Arbitražom je u tome što se stranke u sporu mogu obratiti Arbitraži radi mirenja. Ovaj postupak je neovisan od arbitražnog postupka.³⁷⁴

1. Nadležnost arbitraže

Ugovor o arbitraži sklopljen u obliku kompromisorne klauzule, samostalan je pravni posao u odnosu prema ugovoru u kome je ta klauzula sadržana, pa je slijedom toga za odlučivanje u sporu o pravovaljanosti glavnog ugovora nadležna arbitraža. Ako su stranke za rješavanje

³⁶⁹ Zakon o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine, Službene novine Federacije BiH, broj 42/98.

³⁷⁰ Zakon o parničnom postupku Republike Srpske, Službeni glasnik RS, br. 58/03 i 85/03.

³⁷¹ Zakon o parničnom postupku Brčko distrikta, Službeni glasnik Brčko distrikta, broj 17/08.

³⁷² Pravilnik o organizaciji i radu arbitražnog suda, donijet 2003., preuzet sa http://www.komorabih.ba/images/dokumenti/pdf/pravilnik_o_arbitrazi.pdf, pristupljeno 24. 10. 2012.

³⁷³ Više o arbitraži u Republici Srpskoj na: http://www.komorars.ba/pkrs/static/92/regulativa_PKRS

³⁷⁴ Op. cit. Trifković et al., str. 569.

određenog spora ugovorile nadležnost arbitraže, sud kome je podnesena tužba u istom sporu i među istim strankama na prigovor tuženika oglasit će se nenađešnim, ukinuti provedene radnje u postupku i odbaciti tužbu. Stranke mogu odustati od ugovora o arbitraži i konkludentnom radnjom, i to tužitelj podnošenjem tužbe sudu, a tuženik upuštanjem u raspravljanje o glavnoj stvari. Stoga sud ne može odbaciti tužbu po službenoj dužnosti, već na prigovor tuženika koji je istaknuo najkasnije u odgovoru na tužbu.³⁷⁵

Stranke mogu ugovoriti alternativnu nadležnost suda i arbitraže. Ako bilo koja od stranaka učini izbor, druga to pravo gubi i eventualno protivtužbu može podnijeti samo kod suda kod koga je tužba podnesena. Između arbitraže i suda nije moguć sukob nadležnosti. Ako se arbitraža oglasiti nenađešnom, ugovor o arbitraži prestaje da postoji i na njega se tuženi u parnici ne može pozvati.³⁷⁶

1. Ugovor o arbitraži

Ugovor o arbitraži može se zaključiti da bi se riješio već nastali spor između stranaka (kompromis) ili prije eventualnog spora iz određenog pravnog odnosa (npr. povodom zaključenja međunarodnog ugovora o prodaji u koji je unesena kompromisorna klauzula o arbitraži).³⁷⁷ U ovome drugom slučaju nije moguće ugovoriti nadležnost arbitraže za sve sporove iz poslovnog odnosa stranaka, već predmet takvog ugovaranja može biti eventualni jedan ili više sporova koji su individualno određeni.³⁷⁸

Ugovor o arbitraži je ugovor posebne prirode, jer služi organiziranju rješavanja spora koji može nastati iz ugovora u kojem se nalazi.³⁷⁹

Pored određivanja nadležnosti arbitraže za slučaj spora, ugovor može da sadrži sporazum stranaka o sastavu arbitraže, način postavljanja arbitara, postupku pred arbitražom, način donošenja odluke i dr.

Ugovor mora ispunjavati opće uvjete punovažnosti ugovora, a prije

³⁷⁵ Dika M, Čizmić J.: Komentar Zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine, OSCE, Sarajevo 2000., str. 784.

³⁷⁶ Op. cit. Čalija, B., Omanović, S., str. 97.

³⁷⁷ Čl. 435. st. 1. ZPP FBiH.

³⁷⁸ Čl. 435. st. 1. ZPP FBiH.

³⁷⁹ Vidović-Mukić, M.: Opći pravni rječnik, Zagreb, 2006., str. 410.

svega da postoji saglasnost volja, da su stranke sposobne da ga zaključe i dr. Zakonom je predviđeno da je ugovor punovažan ako je zaključen u pismenom obliku i da su ga potpisale sve stranke.³⁸⁰

Ugovor je zaključen u pismenom obliku i na taj način da su razmijenjena pisma, telegrami, teleksi i drugim telekomunikacijskim sredstvima³⁸¹. U ovakvim slučajevima jedna stranka u odsustvu druge čini ponudu za zaključenje ugovora, a druga odvojeno prihvata tu ponudu. Trenutak zaključenja takvog ugovora određuje se prema općim pravilima obligacionog prava.

Ugovor o arbitraži može se dokazivati samo postojanjem isprave. Ipak ovako rigorozno pravilo ima izuzetak po kome se smatra da je ugovor zaključen u pismenom obliku ako stranka (tužitelj) navodi zaključenje tog ugovora, a druga stranka (tuženi) u odgovoru na tužbu to ne osporava.³⁸² Kao dokaz o postojanju ugovora mogla bi se uzeti i druga isprava u kojoj se pominje da je zaključen pismeni ugovor o arbitraži.

Ugovor o arbitraži pravovaljano je sklopljen i kad je odredba o nadležnosti arbitraže sadržana u općim uvjetima za sklapanje pravnog posla.³⁸³

Prema pravilima obligacionog prava opće uvjete ugovora određuje jedna ugovorna strana u vidu generalne ponude pred kojom je voljna zaključiti veći broj konkretnih pojedinačnih ugovora s individualno neodređenim saugovarateljem. Na ovaj način se zaključuju ugovori o osiguravanju imovine i osoba, u komunalnim djelatnostima u vezi isporuke vode, plina, odvoza smeća, kod ugovaranja isporuke struje, u javnom prevozu, poštanskom saobraćaju, itd.

Opći uvjeti su unaprijed pripremljeni za zaključenje većeg broja pojedinačnih ugovora. U nekim slučajevima se o sadržaju opštih uslova i ugovora može pregovarati. Najčešće se zaključuju pristupanjem sukontrahenta, pa se stoga i nazivaju ugovori po pristupanju. Pristupanje

³⁸⁰ Ibidem.

³⁸¹ Čl. 435. st. 2. ZPP FBiH.

³⁸² Čl. 435. st. 3. ZPP FBiH.

³⁸³ Čl. 436. ZPP FBiH.

druge strane bez mogućnosti mijenjanja sadržaja ugovora može biti zasnovano na prinudnom propisu ili faktičkim okolnostima. Zaključeni ugovor sadrži opće uvjete ugovora koje je jedna ugovorna strana unaprijed pripremila. Kod složenijih poslova sreću se posebni uvjeti koje ugovarači sporazumno određuju.³⁸⁴ Nisu rijetke poslovne situacije u kojima su i posebni uvjeti *de iure* i *de facto* obavezni za drugu stranu, pa i oni imaju adhezioni karakter.

Moguće je da je u općim uvjetima ugovora sadržana klauzula o nadležnosti arbitraže ako među strankama dođe do spora povodom zaključenog ugovora po pristupanju. I na ovaj način zaključuje se punovažan ugovor o arbitraži jer ugovor po pristupanju u cijelini, pa i u odnosu na klauzulu o nadležnosti arbitraže, obavezuje ugovorne strane. Ugovorna strana saznaće za opće uvjete u kojima je moguća klauzula o nadležnosti arbitraže tako što su opći uvjeti u ugovoru o pristupanju odštampani na poleđini ugovora, nalaze se u nekom pripremljenom formularu, općim pravilima, ili su javno objavljeni i sl.³⁸⁵

1. Arbitri

Broj arbitara mora biti neparan. Ako ugovorom nije određen broj arbitara, svaka stranka bira po jednog, a oni biraju još po jednog arbitra – predsjednika.³⁸⁶

Arbitar je osoba povjerenja i zakon ne traži da ispunjava posebne uvjete u pogledu kvalifikacija. Dovoljno je da je poslovno sposoban. Ne postoji obaveza prihvatanja te dužnosti. Stalne arbitraže često ograničavaju pravo stranaka u odnosu na izbor arbitra tako što mogu birati samo one arbitre koji su na listi arbitara.

U pogledu određivanja sastava arbitraže stranke mogu odrediti arbitre zajednički u samom ugovoru ili naknadno kada do spora dođe, mada je ugovor punovažan i kada stranke to izostave. Ako nije određen broj arbitara,

³⁸⁴ Zečević E.: Komentar Zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine, II dopunjeno izdanje, Sarajevo, 2009., str. 409.

³⁸⁵ Ibidem.

³⁸⁶ Čl. 437. ZPP FBiH.

svaka će stranka postaviti po jednog arbitra, a oni biraju predsjednika. Arbitraža u pravilu rješava spor u zbornom sastavu, ali stranke mogu ugovoriti da postupa i samo jedan arbitar³⁸⁷. Ako je ugovorom određeno da arbitraža postupa u zbornom sastavu, broj arbitara mora biti neparan. Time je omogućeno da se pri donošenju odluke ostvari većina. Pored toga omogućuje i objektivnost odlučivanja, jer ako svaki od arbitara glasa u korist stranke koja ga je postavila, treći arbitar ne bi trebao biti naklonjen ni jednoj stranci, jer njega nije birala ni jedna stranka, već arbitri, pa bi njegov glas mogao biti odlučujući. Do situacije da arbitri koje postavljaju stranke odlučuju u korist tih stranaka ne bi trebalo da dođe jer su dužni da odlučuju objektivno bez obzira na to koja ih je stranka postavila.³⁸⁸

Ugovor o arbitraži obavezuje stranke, pa i u pogledu postavljanja arbitara. Ukoliko ugovorom o arbitraži nije predviđeno da arbitre postavi treća osoba, obaveza u odnosu na postavljanje arbitra od strane stranaka je istovremena. Zbog toga stranka koja je postavila arbitra može pozvati protivnu stranku, koja nije imenovala svog arbitra, da to učini u roku od 15 dana i da o tome obavijesti prvu stranku.³⁸⁹

Ugovorom može biti predviđeno da arbitre postavi treća osoba. U takvom slučaju svaka od stranaka može uputiti poziv toj osobi da postavi arbitra i da o tome obavijesti stranku. Postavljanje arbitra ne može se opozvati od trenutka kada je postavljanje saopšteno protivnoj stranci. Ako treća osoba vrši postavljanje, ne može opozvati postavljanje nakon što o tome obavijesti jednu od stranaka.³⁹⁰

Odredbama člana 440. ZPP FBiH uređeni su slučajevi kada su stranke ugovorom o arbitražnom sudu utvrstile sastav suda i način postavljanja arbitra, ali iz određenih razloga ne može da se formira vijeće u sastavu koji je ugovorom predviđen. Ti razlozi su povreda ugovorne obaveze jedne od stranaka koja odbija postaviti arbitra, ili zbog toga što se izabrani arbitri ne mogu složiti o izboru predsjednika. Uredna stranka može odustati od

³⁸⁷ Što proizlazi iz člana 446. st. 1. ZPP FBiH.

³⁸⁸ Op. cit. Zečević, E., str. 410.

³⁸⁹ Čl. 439. st. 1. i 2. ZPP FBiH.

³⁹⁰ Op. cit. Čizmić, J., Dika, M., Komentar Zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine, str. 785.

ugovora o arbitražnom sudu ako ugovor u pogledu postavljanja arbitra nije realiziran krivnjom druge stranke, ili zbog toga što treća osoba nije izvršila postavljanje arbitra kada je ugovorom bila za to ovlaštena ili zbog toga što izabrani arbitri nisu mogli da se slože o izboru predsjednika. U tom slučaju ako stranke sporazumno ne raskinu ugovor o arbitražnom sudu, stranka koja je od ugovora odustala mora tužbom kod suda koji je nadležan za rješavanje spora tražiti da proglaši prestanak važnosti ugovora o arbitražnom sudu.³⁹¹

O postavljanju arbitra odnosno predsjednika donosi se rješenje protiv kojeg uopće nije dopuštena žalba. Žalba nije dopuštena ni protiv rješenja kojim se odbija prijedlog.

Arbitri nisu zastupnici stranaka koje su ih postavile, već moraju biti nepristrasni. Zbog toga je arbitar dužan da se izuzme kada postoje razlozi predviđeni članom 357. ZPP FBiH koje se odnose na izuzeće sudija, a i stranke iz tih razloga mogu tražiti izuzeće arbitra.³⁹²

Specifičnost izloženih pravila u odnosu na izuzeće sudija je u tome što stranka koja je sama ili zajedno s protivnom strankom postavila arbitra može tražiti njegovo izuzeće samo ako u vrijeme postavljanja nije znala za razlog izuzeća ili je razlog za izuzeće nastao nakon što je arbitar postavljen.³⁹³

O izuzeću odlučuje sud koji bi bio nadležan da postupa u sporu da nije ugovorena arbitraža, ali se stranke mogu i drugačije sporazumjeti.

Za postupak pred arbitražom mjerodavno je ono što su stranke odredile, a ako to nisu učinile, arbitri će odrediti pravila procedure. Ako se radi o stalnoj arbitraži procedura je propisana odgovarajućim aktom stalne arbitraže. Arbitraža je dužna da utvrdi sporne činjenice od kojih zavisi primjena materijalnog prava, pri čemu se primjenjuje pravilo parničnog postupka da je svaka stranka dužna ponuditi dokaze za činjenice koje

³⁹¹ Ibidem, str. 786.

³⁹² Živanović, A., Bužanin, O.: Modul 3, Alternativno rješavanje sporova – Medijacija i arbitraža, Početna obuka – treća godina, Priručnik za stručne saradnike u sudovima, Sarajevo, 2009., str. 78.

³⁹³ Op. cit., Zečević, E., str. 413.

je iznijela. Za pristupanje nove stranke, na aktivnoj ili pasivnoj strani, potreban je pristanak obje stranke. Isto pravilo važi i za učešće treće osobe kao umješača. Primjena materijalnog prava poseban značaj ima u sporovima s elementom inostranosti. U takvom sporu stranke mogu ugovoriti primjenu materijalnog prava određene zemlje. Ako nije ništa ugovorenog primjenjuju se pravila Zakona o rješavanju sukoba zakona s propisima zemalja u određenim odnosima³⁹⁴, ako je sjedište arbitraže u našoj zemlji.

1. Arbitražna presuda

Arbitraža može donijeti presudu po pravičnosti samo ako su joj stranke dale takvu ovlast.³⁹⁵ Odlučivanje po pravičnosti odraz je shvatanja društva da je nešto u konkretnom slučaju pravedno, pošteno. Pri tome se uzima u obzir interes svake od stranaka kao i potreba njihova uzajamnog povjerenja. Napominje se da se ovdje radi o pravičnosti kao vanpravnoj kategoriji.

Odluke se u pravilu donose većinom glasova. U slučajevima kada je broj arbitara pet ili više (ali uvijek neparan) potrebna je kvalificirana većina. Nedostaje li odgovarajuća odredba u ugovoru, a arbitraža ima više od jednog arbitra, za donošenje presude potrebna je prosta većina. Npr. za donošenje presude, ako arbitraža ima tri člana, potrebno je da se dva arbitra izjasne za takvu presudu, a ako arbitraža ima pet arbitara, presuda se donosi većinom od tri člana. Odluke se donose na nejavnoj sjednici.³⁹⁶

Navedena rješenja se sastoje od odredbi da se odluka donosi većinom glasova, pod uvjetom da se stranke u arbitražnom postupku nisu drugačije sporazumjеле. Drugačiji sporazum može biti samo sporazum o jednoglasnosti pri donošenju arbitražne odluke. Razumije se da se radi o postupku kada je arbitražno vijeće vodilo arbitražu.

³⁹⁴ Službeni list SFRJ br. 43/82.

³⁹⁵ Čl. 455. ZPP FBiH.

³⁹⁶ Goldštajn, A., Triva, S.: Međunarodna trgovačka arbitraža, Zagreb, 1987., str. 517.

U švicarskom pravu postoje neke specifičnosti kao što je npr. za slučaj da sam predsjednik donosi odluku ako je arbitražno vijeće sastavljeno od tri člana, kada se ne može postići većina ili kada je arbitražno vijeće sastavljeno od neparnog broja članova. U švicarskom pravu postoji također institut kvalificirane većine. Riječ je o situaciji kada se od absolutne većine traži više glasova kako bi odluka mogla biti donesena. To je karakteristično za situacije kada se arbitražno vijeće sastoji od parnog broja članova i to u pravilu od većeg broja članova, npr. šest za valjanost odluke prema kvalificiranoj većini traži pet glasova.³⁹⁷

Ako se ne može postići potrebna većina glasova, arbitraža je dužna o tome obavijestiti stranke³⁹⁸. Navedena odredba će se primjeniti ako stranke ugovorom o arbitraži nisu odredile kako će se presuda donijeti za slučaj da se ne postigne većina glasova ili se stranke o tome ne mogu sporazumjeti kada se ovakav slučaj pojavi. Obavještenje stranaka o tome vrši sud usmeno ili pismeno. Stranke se nakon toga obavještenja mogu sporazumjeti, npr. da se presuda umjesto jednoglasnosti donese prostom većinom.

Ako nedostaje ovakav sporazum, ZPP-om je predviđeno da svaka od stranaka može tužbom kod suda koji bi bio nadležan da postupa da između stranaka nije došlo do spora, doneše presudu da ugovor o arbitraži prestaje. Ako su stranke zaključile ugovor da arbitraža postupa u svim sporovima iz jednog određenog pravnog odnosa, stranka tužbom može tražiti da sud izrekne prestanak važnosti ugovora o arbitraži samo u odnosu na predmetni spor.³⁹⁹

Svi uporedni sistemi insistiraju na pismenoj izradi arbitražne presude i na postojanju njenog obrazloženja. I prema bosanskohercegovačkom pravu arbitražna presuda mora biti izrađena u pismenoj formi i biti obrazložena, ukoliko ugovorne strane nisu nešto drugo ugovorile⁴⁰⁰. U skladu s pravnim položajem arbitraže, a posebno pravnim dejstvom njene odluke, razumljiv je zahtjev da odluka sadrži sve elemente kao i presuda

³⁹⁷ Sesar, M.: Praktikum arbitražnog prava, Dio prvi – Uvodni pojmovi, Pravni fakultet Split, Split, 1998., str. 35–36.

³⁹⁸ Čl. 446. st. 2. ZPP FBiH.

³⁹⁹ Op. cit., Zečević, E., str. 416.

⁴⁰⁰ Vidjeti član 447. st. 1. ZPP FBiH.

redovnog suda. Pismena izrada arbitražne presude je preduslov za kasnije traženje njihovog priznanja i izvršenja. Obrazloženje je i kod arbitražne odluke onaj dio pojedinačnog pravnog akta koji daje elemente za ocjenu njegove činjenične i pravne osnovanosti. U procesnom pogledu izvornik presude i svi prepisi moraju biti potpisani od strane svih arbitara. U slučaju da neki od arbitara uskrati ovaj potpis, arbitražna presuda važi ako je presudu potpisala većina arbitara na samoj presudi.⁴⁰¹

Arbitražna presuda ima dejstvo *res iudicata* pod uslovom da stranke u sporu nisu predvidjele mogućnost pobijanja iste pred arbitražom višeg stepena. Uporedni sistemi također predviđaju mogućnost dvostepenog arbitražnog sudovanja, ali se ova mogućnost u praksi ne koristi. Izvršenje arbitražne presude se vrši od strane redovnog suda prema pravilima izvršnog postupka.⁴⁰²

Presuda arbitraže može se poništiti po tužbi stranke.⁴⁰³ Stranka može kod suda, koji bi bio nadležan da odlučuje o sporu stranaka da nije zaključen ugovor o arbitraži, podnijeti tužbu za poništenje presude arbitraže. Presudu arbitraže može poništiti i arbitraža višeg stepena, ako je to ugovorenno između stranaka. Ako bi arbitraža višeg stepena odbila žalbu, time nije isključeno pravo na tužbu kod nadležnog suda. U odnosu na presudu arbitraže koja je pravomoćna nije moguće u nekom drugom sporu isticati njenu nepunovažnost, npr. da postoji razlog za poništaj te presude.

Poništenje presude arbitraže može se zahtijevati:⁴⁰⁴

- 1) ako uopće nije sklopljen ugovor o arbitraži ili ako taj ugovor nije pravovaljan;
- 2) ako je u pogledu sastava arbitraže ili u vezi s odlučivanjem povrijeđena koja odredba ovog zakona ili ugovora o arbitraži;
- 3) ako presuda nije obrazložena ili ako izvornik i prepisi presude nisu potpisani u skladu s odredbama ZPP-a;
- 4) ako je arbitraža prekoračila granicu svog zadatka;

⁴⁰¹ Trifković, M., et al.: Međunarodno poslovno pravo, Ekonomski fakultet u Sarajevu, Sarajevo, 2009., str. 567–568.

⁴⁰² Ibidem, str. 568.

⁴⁰³ Čl. 450. st. 1. ZPP FBiH.

⁴⁰⁴ Čl. 451. ZPP FBiH.

- 5) ako je izreka presude nerazumljiva ili je sama sebi protivrječna;
- 6) ako je presuda arbitraže u protivnosti s Ustavom Bosne i Hercegovine ili Ustavom Federacije Bosne i Hercegovine;
- 7) ako postoji koji od razloga za ponavljanje postupka prema odredbama ZPP-a.

Razlozi za poništenje presude arbitraže su taksativno navedeni i zahtijevaju kraći komentar. Odredba iz tačke 1. ima u vidu situaciju ako između stranaka nije ostvarena saglasnost volja ili kada je ugovor zaključen, ali nije punovažan zbog toga što nije sklopljen u pismenom obliku ili kada je zaključen punovažan ugovor pa nakon toga prestao postojati, itd. U pogledu tačke 2. ne smatra se razlogom za poništenje presude arbitraže povreda svake odredbe već samo one koja se ima primijeniti ako stranke nisu ništa ugovorile. Arbitraža je prekoračila granice svog zadatka ako je odlučila o nečemu što nije bilo predmet spora između stranaka. Razlog iz tačke 5. postoji ako je presudom odlučeno tako da se ne može razumjeti kakvu je odluku donijela arbitraža, uključujući i protivrječnost same izreke presude. Presuda arbitraže ne može biti protivna Ustavu Bosne i Hercegovine pa je zbog toga predviđen razlog za poništenje presude u tački 6. Poništenje presude moguće je tražiti ako je donesena u postupku kod arbitraže tako da su počinjene povrede koje čine razlog za ponavljanje parničnog postupka. Tužba za poništenje arbitražne presude podnosi se da bi sud donio odluku kojom se usvaja zahtjev i time poništava presuda arbitražnog suda. Dakle, takva presuda suda je konstitutivnog karaktera. Raspravljanje se ograničava samo na razlog koji je istaknut u tužbi.⁴⁰⁵

Tužba za poništenje presude podnosi se sudu koji bi bio nadležan da odlučuje o sporu stranaka da nije zaključen ugovor o arbitraži. Tužba se podnosi u roku od 30 dana računajući od dostave presude arbitražnog suda stranci koja tužbu podnosi, a ako je za razlog zbog koga se može poništiti presuda, saznala kasnije od dostave, onda se rok od 30 dana računa od tog saznanja. Izuzetno rok za podnošenje tužbe zbog razloga povodom kojih se može tražiti ponavljanje postupka, rok se računa po pravilima određenim za podnošenje prijedloga za ponavljanje parničnog postupka. Objektivni rok za podnošenje tužbe za poništaj presude arbitražnog suda je jedna godina od pravomoćnosti presude arbitraže.⁴⁰⁶

⁴⁰⁵ Op. cit., Zečević, E., str. 418.

⁴⁰⁶ Čl. 452. ZPP FBiH.

IV ZAKLJUČCI

- Arbitraža ili izabrani sud je nevladino tijelo, sastavljeno od jedne ili više osoba, o čijem su se izboru stranke sporazumjele, kome su povjerile da njihov spor riješi odlukom, koja je izjednačena s pravomoćnom sudskom odlukom. Stranke to čine ugovorom o arbitraži.
- Izraz arbitraža označava djelatnost rješavanja sporova. U domaćoj terminologiji izraz se upotrebljava i zato da označi instituciju, tijelo ovlašteno da riješi spor, stalno izabrano tijelo i zato da označi djelatnost rješavanja sporova.
- Arbitraža je tijelo nedržavnog karaktera sastavljeno od (jedne ili više) osoba o čijem su se izboru stranke sporazumjele, komu stranke sporazumno i dragovoljno povjeravaju donošenje meritorne odluke u sporu, a zakon tu odluku izjednačava s pravomoćnom sudskom presudom.
- Prednosti arbitraže su: omogućava brz pristup pravdi, izbor arbitra i njegovu profesionalnost osiguravaju stranke, pravila arbitraže uglavnom dogovaraju stranke, odluka arbitra je konačna, postupak je nije suviše formalan, stranke u svojim podnescima arbitru ne moraju biti formalne kao u sudskom postupku, a atmosfera djeluje kao službeni sastanak, najčešće je jeftinija je od sudskog postupka (izuzetak mogu biti međunarodne arbitraže), a postoje i mogućnosti da troškove ne snosi strana koja je izgubila spor, povjerljivost postupka.
- Pravila bosanskohercegovačkog prava o arbitraži pokazuju se u osnovi kao odraz procesnopravne teorije o pravnoj prirodi arbitraže. Arbitraža sudi, donosi presudu koja prema strankama ima svojstva pravomoćnosti; uvjeti za priznanje i izvršenje strane arbitražne odluke u osnovi su identični s onima koji važe za priznanje i izvršenje presuda stranih sudova.
- Postupak pred arbitražom je propisan zakonima o parničnom postupku Republike Srpske, Federacije i Brčko distrikta Bosne i Hercegovine, koji omogućavaju strankama da se sporazumiju da spor riješe arbitražom u svim slučajevima osim ako stranke ne mogu raspolagati zahtjevima, odnosno ako su oni suprotni prinudnim propisima. Tekstovi ovih zakona u dijelu arbitraže su istovjetni.
- Ugovor o arbitraži se može zaključiti kako u pogledu određenog

nastalog spora, tako i u pogledu budućih sporova koji mogu proizaći iz određenog pravnog odnosa. Ugovor o arbitraži punovažan je samo ako je zaključen u pismenom obliku i ako su ga potpisale sve stranke, što uključuje i ugovore zaključene razmjenom pisama, telegrama, teleksa ili drugih sredstava telekomunikacija koja omogućavaju pismeni dokaz o zaključenom ugovoru. Ugovor o arbitraži sklopljen je u pismenom obliku i kada je zaključen razmjenom tužbe u kojoj tužilac navodi postojanje tog ugovora i odgovora na tužbu u kome tuženi to ne osporava. Ugovor o arbitraži može se dokazivati samo ispravama. Ugovor o arbitraži je punovažno zaključen i kad je odredba o nadležnosti arbitraže sadržana u opštim uslovima za zaključenje pravnog posla.

- Broj arbitara mora biti neparan. Ako ugovorom nije određen broj arbitara, svaka stranka bira po jednog, a oni biraju još po jednog arbitra – predsjednika. Ako stranke na vrijeme ne postave arbitra, arbitra će odrediti sud.
- Svi uporedni sistemi insistiraju na pismenoj izradi arbitražne presude i na postojanju njenog obrazloženja. I prema našem bosanskohercegovačkom pravu arbitražna presuda mora biti izrađena u pismenoj formi i biti obrazložena, ukoliko se stranke nisu drugačije ugovorile. Pismena izrada arbitražne presude je preduslov za kasnije traženje njihovog priznanja i izvršenja.

V LITERATURA:

1. KNJIGE, STUDIJE, ČLANCI:

- 1) Čalija B., Omanović S.: **Građansko procesno pravo**, Univerzitet u Sarajevu, Pravni fakultet, Sarajevo 2000.
- 2) Dika M., Čizmić J.: **Komentar Zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine**, OSCE, Sarajevo 2000.
- 3) Goldštajn, A., Triva, S.: **Međunarodna trgovачka arbitraža**, Zagreb, 1987.
- 4) Gorenc V.: **Rječnik trgovackog prava**, Masmedia, Zagreb 1997.
- 5) Jezdić, M.: **Međunarodno privatno pravo II**, Beograd 1972.
- 6) Knežević, G.: **Međunarodna trgovачka arbitraža**, Beograd, 1999.

- 7) Knežević, G.: **Međunarodna trgovačka arbitraža, osnovna pitanja i problemi**, Dosije, Beograd 2007.
- 8) Knežević, G., Pavić, V.: **Arbitraža i ADR**, Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Beogradu, Beograd 2006.
- 9) Kasagić, R.: **Međunarodno poslovno pravo**, Univerzitet u Banjoj Luci, Ekonomski fakultet, Banja Luka 2008.
- 10) Mitrović, D.: **Enciklopedija imovinskog prava i udruženog rada**, Službeni list, Beograd 1978.
- 11) Pak, M: **Međunarodno privatno pravo**, Naučna knjiga, Beograd 1986.
- 12) Stanković G., Račić R.: **Parnično procesno pravo**, I izdanje, Grafokomer, Trebinje 2008.
- 13) Sajko K., Dika M.: **Arbitražno rješavanje međunarodnih trgovackih sporova**, Ljubljana 1989.
- 14) Sesar, M.: **Praktikum arbitražnog prava**, Dio prvi – Uvodni pojmovi, Pravni fakultet Split, Split 1998.
- 15) Trajković, M.: **Međunarodno arbitražno pravo**, Beograd 2000.
- 16) Triva S., Belajec V. i Dika M.: **Gradansko parnično procesno pravo**, Sveučilište u Zagrebu, Zagreb 1986.
- 17) Trifković et. al.: **Međunarodno poslovno pravo**, Ekonomski fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2009.
- 18) Trifković, M., Omanović, S.: **Međunarodno poslovno pravo i arbitraže**, Ekonomski fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2001.
- 19) Trifković, M., et al.: **Međunarodno poslovno pravo**, Ekonomski fakultet u Sarajevu, Sarajevo, 2009.
- 20) Varadi, T., Bordaš, B., Knežević, G.: **Međunarodno privatno pravo**, Forum Novi Sad, 2001.
- 21) Vidović-Mukić, M.: **Opći pravni rječnik**, Zagreb 2006.
- 22) Zečević E.: **Komentar Zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine**, II dopunjeno izdanje, Sarajevo 2009.
- 23) Živanović, A., Bužanin, O.: Modul 3, **Alternativno rješavanje sporova – Medijacija i arbitraža**, Početna obuka – treća godina, Priručnik za stručne saradnike u sudovima, Sarajevo 2009.

1. OSTALI IZVORI:

- 24) Zakon o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine, Službene novine Federacije BiH, broj 42/98.
- 25) Zakon o parničnom postupku Republike Srpske, Službeni glasnik RS br. 58/03 i 85/03.
- 26) Zakon o parničnom postupku Brčko distrikta, Službeni glasnik Brčko distrikta, broj 17/08.
- 27) Pravilnik o organizaciji i radu arbitražnog suda, donijet 2003., preuzet sa http://www.komorabih.ba/images/dokumenti/pdf/pravilnik_o_arbitrazi.pdf, pristupljeno 24. 10. 2012.
- 28) Evropska konvencija o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži od 21. aprila 1961.godine,preuzeto sa: <http://www.jus.uio.no/lm/europe.international.commercial.arbitration.convention.geneva.1961/portrait.pdf>

Prof. dr. Sead Dedić, redovni profesor Pravnog fakulteta
Univerziteta u Sarajevu

Doc. dr. Fuad Purišević, Opći upravni postupak u Bosni i Hercegovini: Upravno procesno pravo – Prvi dio, JP NIO Službeni list Bosne i Hercegovine

Prikaz udžbenika

Zapaženi izdavač pravne literature u Bosni i Hercegovini "JP NIO Službeni list BiH" je prošle godine (2012), između više svojih monografskih i udžbeničkih izdanja, izdao i udžbenik doc. dr. Fuada Puriševića pod naslovom: **Opći upravni postupak u Bosni i Hercegovini**, s interesantnim podnaslovom: **Upravno procesno pravo – Prvi dio**. Ovo je posljedica stava autora da **upravno pravo** treba shvatati kao složenu naučnu disciplinu koju čine:

- **upravno pravo** – opći dio (*opće materijalno upravno pravo*);
- **upravno pravo** – posebni dio (*posebno materijalno upravno pravo*) i
- **upravno procesno pravo** (*opći upravni postupak i upravni spor*).

Ovo je u skladu sa savremenim shvatanjem upravnog prava, za razliku od klasičnog, odnosno konzervativnog poimanja upravnog prava kao jedinstvene naučne discipline. Pristalice ovog shvatanja upravnog prava, pod pritiskom Bolonjskog procesa, vještački dijele ovu disciplinu na Upravno pravo I i II, što je posebno došlo do izražaja na Pravnom fakultetu Univerziteta u Sarajevu.

Prihvatajući ovakav prilaz upravnom pravu, autor je u koncipiranju ovog udžbenika seriozno razmatrao sva četiri zakona o općem upravnom postupku u BiH (ZUP BiH, ZUP FBiH, ZUP RS i ZUP BDBiH). Ove zakone, bez obzira na njihove naslove, autor opravdano posmatra kao zakone o općem upravnom postupku.

S druge strane, intencija autora je da ovu materiju afirmiše kao upravno procesno pravo u odnosu na već afirmirane procesne discipline s područja građanskog i krivičnog prava.

Autor je materiju izložio u XVIII poglavlja, koja se, uglavnom, podudaraju s dosadašnjim načinom obrade osnovnih procesnih instituta upravnog procesnog prava, s tim što je tradicionalnom razmatranju ove materije dodao i razmatranje nekih instituta koji nisu tretirani u dosadašnjoj literaturi upravnog prava u BiH. U pitanju je savremenije izučavanje pojedinih upravnih procesnih instituta.

U tom smislu, posebnu pažnju zaslužuje obrada procesne sposobnosti u upravnom postupku, odnosno *legitimatio ad causam* u upravnom postupku u IV poglavlju udžbenika. Također je značajno što je autor posebno poglavlje (XVII) posvetio mjerama za provođenje zakona o upravnom postupku u BiH kada te postupke vode institucije koje imaju javna ovlaštenja. U pitanju su subjekti nedržavnog karaktera koji kao takvi u funkcionalnom smislu "ulaze" u širi pojam javne uprave, odnosno javnog sektora. Pri tome se osnovano ukazuje na mjere za provođenje zakona o upravnom postupku, odgovornost rukovodilaca, kao i voditelja upravnog postupka u subjektima koji imaju javna ovlaštenja.

Posebno je potrebno istaknuti da je autor završno poglavlje (XVIII) posvetio donošenju pojedinačnih akata autonomnog karaktera s osrvtom na mogućnost shodne primjene zakona o opštem upravnom postupku na postupak donošenja ovih akata. To je u skladu s egzistiranjem autonomnog prava kojeg respektuju svi značajniji autori s područja teorije prava. Zbog toga je osnovano ukazano da se u brojnim nedržavnim subjektima donose ne samo opći pravni akti autonomnog karaktera, nego i pojedinačni akti autonomnog karaktera o raznovrsnim pojedinačnim pravnim unutrašnjim situacijama. Ukazuje se i na mogućnost shodne primjene zakona o upravnom postupku, koja se može predvidjeti ne samo zakonom nego i najvažnijim općim pravnim aktima raznovrsnih pravnih subjekata van državne strukture (npr. statutima, pravilima i sl.).

Zaključno se može konstatovati da je pred nama jedan izuzetan udžbenik, koji obrađuje značajan dio upravnog procesnog prava. Vjerovatno možemo očekivati da autor pristupi izradi i drugog udžbenika o upravnom sporu, pa bi tako bila obuhvaćena cjelokupna materija upravnog procesnog prava.

Objavljanjem ovog udžbenika značajno je popunjena praznina na području upravnog procesnog prava u BiH, koji, zajedno s prvim kapitalnim

komentarima ZUP-a i ZUS-a dr. Pere Krijana, predstavlja nezaobilazno štivo, ne samo za studente pravnog usmjerjenja nego i za brojne stručnjake iz prakse na raznim nivoima vlasti u BiH, kao i za profesore na mnogim pravnim i srodnim fakultetima.

U pravilu, ovakvi poduhvati ostaju nezapaženi od stručne i naučne javnosti. Zbog toga se može preporučiti izdavaču i Fakultetu pravnih nauka Sveučilišta "Vitez" u Travniku, koji je matični fakultet autora, pa je kao takav i podržao izdavanje ovog udžbenika, da zajedno izvrše promociju u Travniku.

Priredila:

Doc. dr Marina M. Simović, Fakultet pravnih nauka, Banja Luka

**PRAKSA USTAVNOG SUDA BOSNE I
HERCEGOVINE
ZABRANA MUČENJA**

Nema povrede prava prvoapelanta iz člana II/3.b) Ustava Bosne i Hercegovine jer su nadležni organi preduzeli odgovarajuće aktivnosti s ciljem da rasvijetle okolnosti događaja opisanih u apelaciji, te i sada preduzimaju aktivnosti s ciljem da okončaju istražne postupke, čime nadležni organi suštinski u predmetnim slučajevima ispunjavaju svoje obaveze, u skladu s pozitivnopravnim propisima. S druge strane, činjenica da predmetni postupci još uvijek nisu rezultirali donošenjem adekvatne tužilačke odluke, posmatrana u svjetlu iznesenog i navoda Tužilaštva BiH da se radi o kompleksnim i složenim predmetima, te da su pojedini postupci u završnoj fazi istrage, u ovom trenutku nije mogla uticati na drugačije odlučenje.

Nema povrede prava drugoapelanta iz člana II/3.b) Ustava Bosne i Hercegovine kada u okolnostima konkretnog slučaja nema ništa što bi uputilo na zaključak da je nadležni organ bio upoznat s događajima opisanim u apelaciji, kao i da, po saznanju za njih, nakon što procijeni da mogu biti osnova za preduzimanje radnji u svrhu otkrivanju i gonjenju učinilaca krivičnih djela, takve radnje neće preuzeti u skladu sa zakonskom obavezom.

Iz obrazloženja:

U odnosu na navode apelanta Filipovića Ustavni sud podsjeća da je identično činjenično i pravno pitanje razmatrao u Odluci o dopustivosti i meritumu broj AP-3067/09 od 20. decembra 2012. godine (dostupna na web-stranici Ustavnog sud, www.ustavnisud.ba), te da je ukazao (tačka 37): “(...) da u predmetnim slučajevima još uvijek nisu donesene tužilačke odluke, što i jeste cilj istrage, pa se u tom smislu čine donekle opravdanim navodi apelanata da istražni postupci pred Tužilaštvom BiH traju dugo (iz odgovora na apelacije CJB Bijeljina i Okružnog tužilaštva u Bijeljini proizlazi da su izvještaji u vezi sa događajima iz apelacija proslijeđeni Tužilaštvu BiH u junu, odnosno avgustu 2007. godine). U tom kontekstu, Ustavni

sud podsjeća da je istražni postupak samo jedan segment u procesuiranju i kažnjavanju odgovornih za krivična djela, a da je cilj svake istrage donošenje tužilačke odluke, ma kakva ona bila. Posmatrajući s tog aspekta, Ustavni sud uviđa patnju i bol apelanata što istražni postupci pred Tužilaštvo BiH još uvijek nisu okončani donošenjem adekvatne tužilačke odluke.” Najzad, Ustavni sud je zaključio (tačka 39) da: “S obzirom na sve navedeno uzimajući u obzir odgovore Tužilaštva BiH da su istražni postupci u toku i da su s aspekta pozitivne obaveze države nesporno preduzete i još uvijek se preduzimaju odgovarajuće mjere na rasvjetljavanju događaja iz apelacije i pored činjenice da istražni postupci još uvijek nisu okončani, Ustavni sud navode apelanata o neaktivnosti nadležnih organa na rasvjetljavanju događaja iz apelacija i dovođenje tih navoda u kontekst kršenja prava iz člana II/3.b) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 3 Evropske konvencije smatra neosnovanim.”

Ustavni sud se, u vezi s navodima apelanta Filipovića, s obzirom na iscrpan odgovor Tužilaštva BiH u vezi s mjerama i radnjama koje se preduzimaju na rasvjetljavanju događaja na koje se u apelaciji ukazuje, te ponovo ukazujući na pozitivnu obaveznu države da, prije svega, djelotvorno istraži predmetne događaje, umjesto posebnog obrazloženja, u cijelini poziva na razloge i obrazloženja iz Odluke o dopustivosti i meritumu broj AP 3067/09.

U odnosu na navode apelanta Gotovca, Ustavni sud najprije primjećuje da apelant ne navodi i u tom smislu ne nudi niti jedan dokaz da se obraćao organima javne vlasti na bilo kojem nivou Bosne i Hercegovine, odnosno da je bio kontaktiran od njih, u povodu događaja zbog kojih smatra da mu je prekršeno pravo iz člana II/3.b) Ustava Bosne i Hercegovine. S tim u vezi, Ustavni sud podsjeća da je, u skladu s obavezom provođenja istrage navoda kojima se pokreću pitanja iz člana II/3.b) Ustava Bosne i Hercegovine, shodno praksi Evropskog suda za ljudska prava (u dalnjem tekstu: Evropski sud) u odnosu na član 3 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u dalnjem tekstu: Evropska konvencija), koju slijedi i Ustavni sud, obaveza organa javne vlasti da po saznanju za činjenice, koje im nužno ne moraju biti prezentovane od strane osobe u pitanju, pokrene odgovarajuće radnje u svrhu njihovih istraživanja, kada im takve činjenice postanu dostupne i kada procijene da osnovano mogu ukazivati na torturu, mučenje i zlostavljanje. Iz odgovora Tužilaštava BiH proizlazi da se apelant ne nalazi u njihovim bazama podataka, odnosno da nije registrovan ni kao

oštećeni, svjedok ili učesnik ni u postupcima koji su u toku, koji se tiču krivičnopravih događaja počinjenja ratnih zločina na području opštine Konjic. Međutim, Ustavni sud smatra, imajući u vidu da je Tužilaštvo BiH dostavljena na odgovor apelacija u kojoj se iznose činjenice kojima se pokreću pitanja u vezi torture, mučenja i nehumanog postupanja, te njegovu zakonsku obavezu da preduzima radnje na otkrivanju i gonjenju učinilaca krivičnih djela, da će Tužilaštvo BiH, preduzeti odgovarajuće mјere i u vezi s navodima koje je iznio apelant Gotovac, koji Tužilaštvo BiH, do dostavljanja apelacije, prema predočenom odgovoru, nisu bili poznati.

Imajući u vidu navedeno, Ustavni sud zaključuje da nije došlo do kršenja prava apelanata iz člana II/3.b) Ustava Bosne i Hercegovine.

(*Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, broj AP 2156/10 od 28. februara 2013. godine*)

PRAVO NA PRAVIČNO SUĐENJE Obrazloženje presude

Ne postoji kršenje prava na pravično suđenje iz člana II/3e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6 stav 1 Evropske konvencije kada redovni sud detaljno i jasno obrazloži svoju odluku kako u pogledu utvrđenog činjeničnog stanja, tako i u pogledu primjene procesnog prava, a takvo obrazloženje Ustavni sud ne smatra proizvoljnim.

Iz obrazloženja:

Ustavni sud, prije svega, ukazuje da se, prema praksi Evropskog suda i Ustavnog suda, sporovi između privatnih lica koji se tiču imovinskih prava uvijek ubrajaju u građanska prava, te se, stoga, na njih primjenjuju i standardi koje propisuje član 6 stav 1 Evropske konvencije (vidi, Evropski sud, *Pretto protiv Italije*, presuda od 8. decembra 1983. godine).

U konkretnom slučaju apelant smatra da je Okružni sud pri donošenju svoje odluke pogrešno ocijenio izvedene dokaze, te, u vezi s tim, pogrešno utvrdio činjenično stanje, kao i da je proizvoljno primijenio relevantne odredbe Zakona o parničnom postupku. U vezi s tim, Ustavni sud ukazuje da, prema praksi Evropskog suda i Ustavnog suda, zadatak ovih sudova nije da preispituju zaključke redovnih sudova u pogledu činjeničnog

stanja i primjene prava (vidi, Evropski sud, *Pronina protiv Rusije*, Odluka o dopustivosti od 30. juna 2005. godine, aplikacija broj 65167/01). Naime, Ustavni sud nije nadležan da supstituiše redovne sudove u procjeni činjenica i dokaza, već je uopšteno zadatak redovnih sudova da ocijene činjenice i dokaze koje su izveli (vidi, Evropski sud, *Thomas protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 10. maja 2005. godine, aplikacija broj 19354/02). Zadatak Ustavnog suda je da ispita da li je eventualno došlo do povrede ili zanemarivanja ustavnih prava (pravo na pravično suđenje, pravo na pristup sudu, pravo na djelotvoran pravni lijek i dr.), te da li je primjena zakona bila, eventualno, proizvoljna ili diskriminaciona. Dakle, u okviru apelacione nadležnosti Ustavni sud se bavi isključivo pitanjem eventualne povrede ustavnih prava ili prava iz Evropske konvencije u postupku pred redovnim sudovima, pa će u konkretnom slučaju Ustavni sud ispitati da li je postupak u cijelini bio pravičan u smislu člana 6 stav 1 Evropske konvencije (vidi, Ustavni sud, Odluka broj AP 20/05 od 18. maja 2005. godine, objavljena u "Službenom glasniku BiH" broj 58/05).

Ustavni sud, prije svega, ukazuje da je odredbama člana 229 tačka 2 Zakona o parničnom postupku propisano da će drugostepeni sud preinačiti prvostepenu presudu ako "drugačijom ocjenom isprava i posredno izvedenih dokaza već izvedenih pred prvostepenim sudom utvrdi drugačije činjenično stanje nego što je ono u prvostepenoj presudi". U vezi s tim, Ustavni sud zapaža da je Okružni sud, u skladu s citiranim zakonskim odredbama, drugačijom ocjenom dokaza koji su izvedeni u prvostepenom postupku utvrdio drugačije činjenično stanje, te, slijedeći to, preinačio prvostepenu presudu tako što je odbio apelantov tužbeni zahtjev. Pri tome Ustavni sud naglašava da je van njegove nadležnosti da procjenjuje kvalitet zaključaka redovnih sudova u pogledu ocjene dokaza, ukoliko ova ocjena ne ostavlja utisak očigledne proizvoljnosti (vidi, Ustavni sud, Odluka broj AP 661/04 od 22. aprila 2005. godine, objavljena u "Službenom glasniku BiH" broj 44/05). Ustavni sud zapaža da je Okružni sud jasno ukazao da je tuženi za svaki ispostavljeni račun ponudio pisani dokaz o načinu plaćanja, te u vezi sa tim dokazima dao detaljno i jasno obrazloženje, tako da Ustavni sud ne nalazi bilo kakvu proizvoljnost u tom pogledu.

Ustavni sud, dalje, zapaža da je Okružni sud jasno ukazao da je tuženi svojim izvedenim dokazima doveo u sumnju apelantove činjenične navode da predmetni računi nisu plaćeni, te da je na taj način tuženi prebacio teret dokazivanja na apelanta. Naime, Okružni sud je jasno obrazložio

da je tuženi doveo apelanta u procesnu situaciju u kojoj je apelant bio dužan da dokazuje da dokazi tuženog (knjigovodstvene isprave tuženog) nisu valjani, te da je to mogao da dokazuje sprovođenjem finansijskog vještačenja. U vezi s tim, Ustavni sud ukazuje da je odredbama člana 123 Zakona o parničnom postupku propisano da je svaka stranka dužna da dokazuje činjenice na kojima zasniva svoj zahtjev, a da će sud slobodnom ocjenom dokaza utvrditi činjenice na osnovu kojih će donijeti odluku. Takođe, Ustavni sud ukazuje da je odredbama člana 126 Zakona o parničnom postupku propisano da, ako sud na osnovu ocjene izvedenih dokaza ne može sa sigurnošću da utvrdi neku činjenicu, o postojanju ove činjenice zaključiće primjenom pravila o teretu dokazivanja. U kontekstu navedenog, Ustavni sud zapaža da je Okružni sud primjenom pravila o teretu dokazivanja zaključio da apelant (kao tužilac) u toku postupka nije dokazao svoje činjenične tvrdnje na kojima je zasnivao svoj tužbeni zahtjev, te je, stoga, i odlučio kao u izreci svoje presude. Dovodeći u vezu relevantne odredbe Zakona o parničnom postupku s odlučenjem Okružnog suda, te obrazloženjem koje je dao o tome, Ustavni sud ne nalazi bilo kakvu proizvoljnost u postupanju tog suda.

Na osnovu izloženog Ustavni sud smatra da je Okružni sud u obrazloženju osporene odluke dao zadovoljavajuće, jasne i potpune razloge kako u pogledu utvrđenog činjeničnog stanja, tako i u pogledu primjene relevantnih odredaba procesnog prava, te da je na taj način ispoštovao garancije prava na pravično suđenje iz člana 6 stav 1 Evropske konvencije. Stoga, Ustavni sud smatra da nije povrijeđeno apelantovo pravo na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6 stav 1 Evropske konvencije.

(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, broj AP 3473/09 od 10. oktobra 2012. godine)

Valjanost ugovora o zamjeni nekretnina

Postoji povreda prava na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6 stav 1 Evropske konvencije kada sudovi proizvoljno primijenili odredbe materijalnog prava kojima je utvrđivana pravna valjanost ugovora o zamjeni nekretnina.

Iz obrazloženja:

Apelant osporava utvrđeno činjenično stanje i primjenu materijalnog prava člana 28 Zakona o obligacionim odnosima. Smatra da iz utvrđenog činjeničnog stanja jasno proizlazi da izvršena zamjena nekretnina u momentu zaključivanja ugovora nije učinjena dobrovoljno, već da je posljedica ratnog dešavanja na teritoriji BiH, koje činjenice su sudovi proizvoljno cijenili u odnosu na okolnosti nakon što je zaključen, na temelju kojih su utvrdili da u momentu zaključivanja nije bilo mana volje, da je zaključen dobrovoljno jer je realiziran u cijelosti, jer su ugovorne strane ušle u posjed spornih nekretnina, izvršile uknjižbu prava vlasništva i za vrijeme korištenja izvršile znatna materijalna ulaganja u iste.

Ustavni sud naglašava da nije, uopšteno, nadležan vršiti provjeru utvrđenih činjenica i načina na koji su redovni sudovi protumačili pozitivnopravne propise, osim ukoliko odluke tih sudova krše ustavna prava. To će biti slučaj kada odluka redovnog suda krši ustavna prava, tj. ukoliko je redovni sud pogrešno protumačio ili primijenio neko ustavno pravo ili je zanemario to pravo, ako je primjena zakona bila proizvoljna ili diskriminacijska, ukoliko je došlo do povrede procesnih prava (pravično suđenje, pristup суду, djelotvorni pravni lijekovi i u drugim slučajevima), ili ukoliko utvrđeno činjenično stanje ukazuje na povredu Ustava Bosne i Hercegovine (vidi Ustavni sud, odluke broj U 39/01 od 5. aprila 2002. godine, objavljeni u "Službenom glasniku Bosne i Hercegovine" broj 25/02 i broj U 29/02 od 27. juna 2003. godine, objavljeni u "Službenom glasniku Bosne i Hercegovine" broj 31/03).

U konkretnom slučaju Ustavni sud će ispitati da li je primjena zakona od strane redovnih sudova bila proizvoljna ili ne. Ustavni sud smatra da su redovni sudovi relevantno materijalno pravo (član 103 Zakona o obligacionim odnosima) arbitrarno primijenili, jer su smatrali da u smislu člana 103 Zakona o obligacionim odnosima ne postoje razlozi za apsolutnu ništavost predmetnog ugovora, a iz razloga što je predmetni ugovor u cijelosti realiziran, jer su stranke ušle u posjed zamijenjenih nekretnina i na njima se uknjižile kao vlasnici. S tim u vezi, Ustavni sud naglašava da su redovni sudovi u osporenim presudama konstatovali da je u momentu zaključivanja predmetnog ugovora postojala mana volje, ali

da to nije od značaja u konkretnom slučaju s obzirom na kasnije radnje apelanata (ušli u posjed zamijenjenih nekretnina, uknjižili se kao vlasnici, vršili ulaganja itd.). S tim u vezi, Ustavni sud se poziva na poznato pravilo "Quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere" ili što je od početka ništavo ne može tokom vremena konvalidirati. Dakle, ako je postojala mana volje u momentu zaključenja predmetnog ugovora, a po mišljenju Ustavnog suda iz činjeničnog stanja koje su utvrdili redovni sudovi proizlazi da je mana volje postojala u momentu zaključenja predmetnog ugovora, onda takav ugovor ne može biti konvalidiran naknadnim radnjama ugovornih strana.

U tom kontekstu, tj. da je apelant naknadnim ponašanjem konvalidirao sporni ugovor, Ustavni sud podsjeća na svoj stav iznesen u Odluci o dopustivosti i meritumu broj AP 3766/08 od 12. oktobra 2011. godine (objavljena u "Službenom glasniku BiH" broj 99/11 od 13. decembra 2011. godine; dostupna i na web-stranici Ustavnog suda: www.ustavnisud.ba). Ustavni sud je u predmetnoj odluci, između ostalog, naveo da se prilikom utvrđivanja ništavosti ili rušljivosti ugovora ocjenjuju nedostaci koje je ugovor imao u vrijeme zaključenja (tačka 53), te je naveo, cijeneći obrazloženja osporene odluke Vrhovnog suda u tom predmetu, da Ustavni sud ima u vidu i odredbu člana 107 stav 1 Zakona o obligacionim odnosima, kojim je izričito navedeno da ništav ugovor ne postaje punovažan kada zabrana ili koji drugi uzrok ništavosti naknadno nestane, koja, prema mišljenju Ustavnog suda, upravo ukazuje na proizvoljnost u primjeni materijalnog prava, odnosno opovrgava pravni stav Vrhovnog suda da se apelant prešutno saglasio da je sporni ugovor zaključen njegovom slobodnom voljom i da nema nedostataka koji bi ga činili ništavim ili rušljivim (tačka 54).

Imajući u vidu činjenice konkretnog predmeta, te podržavajući svoju praksu u predmetu koji je s ovog aspekta pokretao slična činjenična pravna pitanja (vidi: *mutatis mutandis* AP 3766/08, tač. 53 i 54), Ustavni sud smatra da je uslijed proizvoljne primjene materijalnog prava došlo do povrede apelantovog prava na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6 stav 1 Evropske konvencije.

(*Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, broj AP 219/10 od 28. februara 2013. godine*)

Sjednica vijeća drugostepenog suda

Prekršeno je apelantovo pravo na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6 st. 1 i 3 tačka d) Evropske konvencije u slučaju kada je drugostepeni sud održao sjednicu vijeća u prisutnosti tužioca, a u odsutnosti apelanta koji o zakazanoj sjednici vijeća nije bio uredno obaviješten, te mu je na taj način onemogućeno da suprotstavi svoje argumente žalbenim navodima tužilaštva.

Iz obrazloženja:

Apelant se žali da mu je u postupku pred Okružnim sudom povrijeđeno pravo na ravnopravnost strana u postupku kao segment prava na pravično suđenje jer je javna sjednica vijeća održana 18. juna 2009. godine na kojoj nije bio prisutan i o kojoj nije bio pravovremeno obaviješten s obzirom na to da je obavijest o održavanju javne sjednice vijeća primio na dan održavanja te sjednice (18. juna 2009. godine) na adresi prebivališta u Njemačkoj.

Pravo na pravično suđenje obuhvata više zahtjeva koji se moraju ispoštovati da bi se moglo reći da postupak u konkretnom predmetu ispunjava minimum standarda pravičnog suđenja u skladu sa zahtjevima člana 6 Evropske konvencije. Prvi zahtjev koji se odnosi na pravično suđenje je pravo pristupa sudu, što znači da samo sud pune jurisdikcije, kao nezavisan i nepristrasan organ, može odlučiti o osnovanosti krivične optužbe protiv nekog lica. Drugi zahtjev se tiče jednakosti postupanja strana u postupku koja obuhvata nekoliko zahtjeva kao što su: da se optuženi hitno i podrobno obavijesti o prirodi i razlogu optužbe protiv njega, da mu se osiguraju adekvatno vrijeme i uslovi potrebnii za pripremanje odbrane, da se brani sam ili uz pomoć branioca koga sam izabere, da sam ispituje ili zahtijeva ispitivanje svjedoka optužbe i da se prisustvo i saslušanje svjedoka odbrane odobri pod uslovima koji važe i za svjedoka optužbe i konačno, da koristi besplatnu pomoć tumača ukoliko ne razumije ili ne govori jezik koji se koristi na sudu.

U vezi s opštim zahtjevom člana 6 Evropske konvencije za primjenu principa pravičnosti, Ustavni sud naglašava značaj principa ravnopravnosti stranaka iz člana 6 stav 3 tačka d) Evropske konvencije, tj. značaj postavke da svaka strana u postupku treba imati iste mogućnosti da izloži svoje

argumente i da nijedna od njih ne smije imati nikakvu prednost u odnosu na svog protivnika. Princip ravnopravnosti stranaka, za koji apelant tvrdi da mu je povrijeden, objedinjuje shvatanje da obje stranke u postupku imaju pravo na informacije o činjenicama i navodima suprotne stranke i da svaka stranka ima jednake mogućnosti da odgovori drugoj. Ustavni sud, dalje, podsjeća na to da je u svojim prijašnjim odlukama, oslanjajući se na jurisprudenciju Evropskog suda za ljudska prava, konstatovao da se član 6 Evropske konvencije primjenjuje i u prvostepenom i u žalbenom krivičnom postupku.

Dovodeći prethodne stavove u vezu s konkretnim predmetom i odgovarajući na pitanje da li je apelant tretiran na neravnopravan način u odnosu na tužilaštvo, jer kako tvrdi apelant, nije bio na vrijeme obaviješten o javnoj sjednici vijeća održanoj 18. juna 2009. godine pred Okružnim sudom, Ustavni sud je razmatranjem spisa predmetne krivične stvari zapazio da je Okružni sud obavijest o održavanju sjednice vijeća zakazane za 18. juni 2009. godine, dostavio apelantu putem pošte na adresu koju je apelant tokom prvostepenog postupka naveo kao adresu svog prebivališta (Amselvek, SR Njemačka). Ustavni sud je takođe zapazio da je navedenu obavijest apelant primio upravo na dan zakazane javne sjednice vijeća (18. juli 2009. godine). Međutim, suprotno navodima apelanta, Ustavni sud zapaža da je Okružni sud po objavlјivanju javne sjednice konstatovao da je na sjednicu pristupio tužilac a da nije pristupio apelant uz konstataciju "nema povratnice da je uredno obaviješten". Okružni sud je dalje konstatovao da nema prepostavki za održavanje javne sjednice vijeća i da se sjednica odlaže na neodređeno vrijeme i da se za iduću sjednicu obavijest o održavanju javne sjednice apelantu dostavi putem oglasne table suda. Dakle, Okružni sud nije održao javnu sjednicu vijeća 18. juna 2009. godine već je odložio na neodređeno vrijeme jer nisu bile ispunjene zakonske prepostavke za održavanje sjednice vijeća obzirom da na zakazanu sjednicu apelant nije pristupio a u spisu nije bilo podataka-povratnice iz koje bi se utvrdilo da li je apelant uredno obaviješten o održavanju javne sjednice vijeća. Dakle, u konkretnom slučaju Okružni sud nije postupio proizvoljno jer je prema relevantnim odredbama Zakona o krivičnom postupku odložio javnu sjednicu vijeća zakazanu za 18. juli 2009. godine, upravo iz razloga što apelant nije pristupio odnosno što nisu bili ispunjeni uslovi za njeno održavanje propisani članom 310 Zakona o krivičnom postupku Republike Srpske.

Međutim, Ustavni sud dalje zapaža da je Okružni sud naredbom od 27. avgusta 2009. godine, narednu javnu sjednicu vijeća zakazao za 9. septembar 2009. godine i apelanta o tome obavijestio putem oglasne table suda, održao javnu sjednicu vijeća 9. septembra 2009. godine u prisutnosti tužioca i kako je naveo na zapisniku “u odsutnosti apelanta-obaviješten putem oglasne table Okružnog suda”, te nakon vijećanja i glasanja donio osporenu presudu kojom je uvažio žalbu tužioca, preinačio prvostepenu presudu u odluci o krivičnoj sankciji i apelanta osudio na novčanu kaznu u iznosu od 5.000 KM. U konkretnom slučaju Ustavni sud smatra da navedenim postupanjem Okružnog suda apelant nije imao priliku da se svojim navodima suprotstavi argumentima druge strane odnosno nije imao mogućnosti da izloži odgovor na žalbu Tužilaštva. Naime, Okružni sud je obavijest o održavanju javne sjednice vijeća za 9. septembar 2009. godine apelantu dostavio putem oglasne table suda iako je adresa apelanta sudu bila poznata. Iz dostavnice-povratnice koja je 24. juna 2009. godine dostavljena u Okružni sud proizlazi da je apelant obavijest o održavanju prethodne sjednice vijeća zakazane za 18. juni 2009 godine primio lično na adresi Amselvek, SR Njemačka. Dakle i pored dostavnice-povratnice iz koje se jasno vidi da se apelant nalazi na adresi koju je prijavio u toku postupka, da adresu i prebivalište nije promijenio, Okružni sud naredbom od 27. avgusta 2009. godine zakazuje javnu sjednicu vijeća za 9. septembar 2009. godine i o tome apelanta obavještava putem oglasne table suda, održava javnu sjednicu vijeća u prisutnosti tužioca uz konstataciju da su ispunjeni uslovi iz člana 310 Zakona o krivičnom postupku za održavanje javne sjednice vijeća. Okružni sud je nakon vijećanja i glasanja preinačio prvostepenu presudu u odluci o krivičnoj sankciji i apelanta koji je proglašen krivim po istoj presudi za krivično djelo ugrožavanja javnog saobraćaja iz člana 410 stav 1 u vezi sa stavom 2. Krivičnog zakona Republike Srpske, po istom zakonskom propisu osudio na novčanu kaznu u iznosu od 5.000 KM dakle, kaznu preinačio na njegovu štetu bez da mu je dao priliku da izloži odgovor na žalbu tužioca i na taj način pokuša osporiti navode “optužbe” i iznijeti navode koji mu idu u korist, čime je prema mišljenju Ustavnog suda došlo do narušavanja standarda pravičnog suđenja koje propisuje član 6 st. . i 3 tačka d) Evropske konvencije.

Ustavni sud ne može prihvati navode Okružnog tužilaštva date u odgovoru na apelaciju, a čija se suština svodi na tvrdnju da je sud bio prisiljen da obavijest o održavanju sjednice vijeća stavi na oglasnu tablu

jer apelant nije obavijestio sud o promjeni adrese. Ustavni sud ponovo naglašava da apelant nije promijenio adresu, pa dostavljanje apelantu obavijesti o održavanju sjednice vijeća putem oglasne table suda nije zakonito o čemu je detaljno obrazloženje dato u prethodnim stavovima ove odluke. Takođe, Ustavni sud zapaža da je uvidom u spis predmeta utvrdio da je apelant nakon što je donesena osporena presuda 22. marta 2010. godine, obavijestio sud da mijenja adresu prebivališta i da je njegova nova adresa u Banjoj Luci, ul. Branka Čopića 7, dakle postupio je u smislu odredbe člana 181 Zakona o krivičnom postupku i obavijestio sud o promjeni adrese.

Zadatak Ustavnog suda je da ukaže na obavezu poštovanja principa koje propisuje Ustav Bosne i Hercegovine kao najviši pravni akt u državi. Prema tome, čl. II/1. i II/2. propisuju obavezu Bosne i Hercegovine da njenim građanima osigura najviši stepen poštivanja međunarodno priznatih ljudskih prava i osnovnih sloboda, te da odredbe Evropske konvencije imaju supremaciju nad svim ostalim zakonima. Pravo na pravično suđenje utvrđeno je Ustavom Bosne i Hercegovine i Evropskom konvencijom, ono se primjenjuje na sve slučajeve gdje se "utvrđuje osnovanost krivične optužbe" kao što je bilo u konkretnom predmetu. Pravo na pravično suđenje sadrži i obavezu provođenja kontradiktornog postupka, koja se mora poštovati kada se radi o redovnom krivičnom postupku, jer se u tom postupku utvrđuje "osnovanost krivične optužbe".

Na osnovu navedenog, a imajući u vidu da je u konkretnom slučaju nesporno utvrđeno da je Okružni sud održao javnu sjednicu vijeća iako se nisu stekli uslovi za održavanje propisani članom 310 Zakona o krivičnom postupku jer apelantu obavijest o održavanju sjednice vijeća nije bila dostavljena u skladu s relevantnim odredbama Zakona o krivičnom postupku, Ustavni sud zaključuje da je u ovom slučaju prekršeno apelantovo pravo na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. st. 1 i 3 tačka d) Evropske konvencije.

(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, broj AP 85/10 od 28. februara 2013. godine)

Početak toka zatezne kamate

Vrhovni sud Federacije BiH je, zbog proizvoljnog pozivanja na član 279 stav 3 Zakona o obligacionim odnosima, te zbog propusta da obrazloži svoju odluku o početku toka zatezne kamate na iznose koje tuženi treba da plati apelantima po osnovu prava iz radnog odnosa, na način koji bi zadovoljio standarde prava na pravično suđenje, povrijedio pravo apelanata iz člana II/3e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6 stav 1 Evropske konvencije.

Iz obrazloženja:

Ustavni sud ukazuje da je u svojoj Odluci broj AP 658/07 (vidi, Ustavni sud, Odluka o dopustivosti i meritumu od 10. juna 2009. godine, objavljena na web-stranici Ustavnog suda www.ccbh.ba) već odlučivao o istim činjeničnim i pravnim pitanjima koja se postavljaju u ovoj apelaciji. Ustavni sud naglašava da su u navedenoj odluci apelanti pokrenuli pitanje kršenja prava na imovinu zbog odluke sudova o početku toka zatezne kamate na potraživanja iz radnog odnosa. Razmatrajući navedenu apelaciju, Ustavni sud je, između ostalog, zaključio da je, zbog odluke Kantonalnog suda da apelantima na dosuđene iznose iz radnog odnosa dosudi kamatu primjenom odredbe člana 279 stav 3 u pogledu početka toka zakonske zatezne kamate, povrijeđeno ustavno pravo apelanata na imovinu iz člana II/3k) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju. Naime, Ustavni sud je zaključio da je u navedenom predmetu Kantonalni sud proizvoljno primijenio materijalno pravo zbog čega je miješanje u pravo na imovinu bilo nezakonito, u smislu člana 1 Protokola broj 1. Isto tako, Ustavni sud je obrazložio da se plata i ostala potraživanja iz radnog odnosa ne mogu definisati kao povremena davanja iz člana 372 stav 1 Zakona o obligacionim odnosima u vezi s članom 279 stav 3 Zakona o obligacionim odnosima. Plata i neka potraživanja iz radnog odnosa kao, npr., naknada za troškove prevoza, isplaćuju se mjesечно, u sukcesivnom obračunu i kontinuirano, a neka primanja kao, npr., regres se isplaćuju godišnje. Ustavni sud je istakao da se ova potraživanja iz radnog odnosa ne mogu da tretiraju kao povremeno davanje u okviru zakonskih odredbi kojima se reguliše pitanje "kamate na kamatu", u članu 279 stav 3 Zakona o obligacionim odnosima. Plata, kao i ostala novčana potraživanja iz radnog odnosa dospijevaju tačno određenog datuma, te od tog dana poslodavac

pada u docnju i plaća zakonsku zateznu kamatu zbog neizvršenja novčane obaveze, što je regulisano članom 277 Zakona o obligacionim odnosima.

Iako se u konkretnom slučaju apelanti žale na pravo na pravično suđenje, Ustavni sud zapaža da se, u suštini, žale na proizvoljnu primjenu materijalnog prava u vezi s potraživanjima iz radnog odnosa. U vezi s tim, Ustavni sud ukazuje da, prema ustaljenoj praksi Evropskog suda i Ustavnog suda, član 6 stav 1 Evropske konvencije obavezuje sudeove, između ostalog, da obrazlože svoje presude tako što će navesti jasne i razumljive razloge na kojima su tu odluku zasnovali (vidi, Evropski sud, *Suominen protiv Finske*, presuda od 1. jula 2003. godine, aplikacija broj 37801/97, stav 36 i, *mutatis mutandis*, Ustavni sud, Odluka broj AP 5/05 od 14. marta 2006. godine). U konkretnom predmetu, imajući u vidu zaključak Ustavnog suda u navedenoj Odluci broj AP 658/07 u odnosu na proizvoljnu primjenu prava i, shodno tome, kršenje prava na imovinu, Ustavni sud smatra da obrazloženje osporene presude Vrhovnog suda ne zadovoljava ni standarde prava na obrazloženu odluku iz člana 6 stav 1 Evropske konvencije. Naime, Ustavni sud smatra da je primjena zakona u konkretnom slučaju u odnosu na početak toka zatezne kamate proizvoljno obrazložena, kao i zaključak o tome da su plate povremena potraživanja. S obzirom na to da se i u predmetnom slučaju apelacija odnosi na pravo na zatezne kamate u istim činjeničnim i pravnim okolnostima kao što je bio slučaj u navedenoj Odluci broj AP 658/07, Ustavni sud u ovoj odluci neće posebno obrazlagati proizvoljnost u kontekstu prava na pravično suđenje, nego se poziva na obrazloženje i razloge date u Odluci broj AP 658/07, jer se ti razlozi, *mutatis mutandis*, mogu da primijene i na ovu odluku.

Imajući u vidu navedeno, Ustavni sud smatra da obrazloženje odluke Vrhovnog suda u odnosu na primjenu odredbe člana 279 stav 3 Zakona o obligacionim odnosima ne zadovoljava standarde člana 6 stav 1 Evropske konvencije. Zbog toga je povrijeđeno ustavno pravo apelanata na pravično suđenje iz člana II/3e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6 stav 1 Evropske konvencije.

(*Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, broj AP 1413/07 od 14. oktobra 2009. godine*)

Donošenje odluke u razumnom roku

Sama činjenica da predmetni postupak traje više od 18 godina, od kojih više od 13 godina ulazi u nadležnost Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, te da je predmetni postupak još uvijek u toku pred Opštinskim sudom kao prvostepenim sudom, čemu nije doprinijela apelantkinja, dovoljna je Ustavnom судu za zaključak da je povrijedeno apelantkinjino pravo na donošenje presude u razumnom roku iz člana II/3e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6 stav 1 Evropske konvencije.

Iz obrazloženja:

U vezi s tim, Ustavni sud podsjeća na praksu organa Evropske konvencije koji smatraju da period koji se uzima u obzir, vezano za dužinu trajanja postupka, počinje danom zasnivanja njihove vremenske nadležnosti. Dalje, u ocjenjivanju razumnosti vremena koje je prekoračilo taj datum mora da se uzme u obzir stadijum postupka dostignut do tog datuma (vidi Evropski sud, *Foti i drugi protiv Italije*, presuda od 10. decembra 1982. godine, serija A, broj 56, stav 53; *Styranowski protiv Poljske*, broj 28616/95, ECHR 1998-VIII).

S obzirom na navedeno, iako je apelantkinja u konkretnom slučaju podnijela tužbu 7. novembra 1990. godine, u nadležnosti Ustavnog suda je period od 14. decembra 1995. godine, kada je Ustav Bosne i Hercegovine stupio na snagu. Dakle, cjelokupan postupak povodom apelantkinjine tužbe do sada traje 18 godina i devet mjeseci i još uvijek nije okončan, a od toga 13 godina i devet mjeseci ulazi u relevantni period koji je u nadležnosti Ustavnog suda.

Dalje, Ustavni sud podsjeća na to da, shodno njegovoj i praksi Evropskog suda, razumnost dužine postupka mora da se ocijeni u svjetlu okolnosti predmeta. Pri tome, mora da se vodi računa o sljedećim kriterijumima: složenost predmeta, ponašanje podnosioca zahtjeva i nadležnih vlasti, kao i važnost onoga što se za podnosioca zahtjeva dovodi u pitanje u sporu (vidi Evropski sud, *Zagorec protiv Hrvatske*, presuda od 6. oktobra 2005. godine, stav 26).

U konkretnom slučaju se radi o postupku utvrđenja bračne tečevine apelantkinje i tuženog, te predaje u posjed dijela imovine apelantkinji. Zbog toga, shodno ocjeni Ustavnog suda, ne postoje neke posebne okolnosti iz

kojih bi moglo da se zaključi da se radi o posebno složenom predmetu.

Iz navedenog proizlazi da Opštinski sud u periodu od 1995. godine do 2004. godine nije bio efikasan iako je preduzimao radnje u postupku i donio dvije odluke koje je Kantonalni sud ukinuo zbog absolutno bitnih povreda parničnog postupka, a od 2005. godine do donošenja ove odluke bio je absolutno pasivan.

Imajući u vidu činjenice konkretnog predmeta, Ustavni sud zaključuje da apelantkinja nije značajno doprinijela dužini predmetnog postupka. Naime, iz stanja spisa proizlazi da je o njenoj urgenciji za izdavanje privremene mjere riješeno tek nakon dvije godine od podnošenja zahtjeva, te da je nakon toga, u rokovima koje je odredio sud, ispunjavala svoje obaveze u pogledu uređenja tužbe i dostave dokaza. Relevantnim odredbama Zakona o parničnom postupku je propisano da sud tokom cijelog postupka po službenoj dužnosti pazi na sastav suda i stranačku sposobnost. Uzimajući u obzir činjenicu da je Kantonalni sud obje prvostepene presude ukinuo zbog nepropisnog sastava sudskog vijeća i stranačke sposobnosti, proizlazi zaključak da Opštinski sud nije bio efikasan, iako je u periodu od 1999. do 2002. godine bio aktivran. Takođe je od 2004. godine pa do donošenja ove odluke bio potpuno pasivan, jer su tek u julu 2009. godine zatražene adrese za novooznačene tužene. Ocenjujući ponašanje Opštinskog suda u toku postupka, Ustavni sud zaključuje da dužina postupka u konkretnoj pravnoj stvari može u cijelosti da se stavi na teret Opštinskom sudu.

Navodi Opštinskog suda da predmet povodom apelantkinjine tužbe još uvijek nije okončan zbog proširenja tužbe, velikog broja tuženih, "tehničkih problema" koji su zbog toga nastali, pronalaska tuženih, njihovih adresa, velikog broja primjeraka tužbi i priloga, shodno praksi Evropskog suda i Ustavnog suda nisu valjano opravdanje za prekomjerno odgovlačenje postupka (vidi Evropski sud, *Probmeier protiv Njemačke*, presuda od 1. jula 1997. godine, stav 64, Izvještaji 1997-IV). Naime, vođenje postupka u okviru razumnog vremena je za cijelokupan pravni sistem od fundamentalne važnosti. Svako nepotrebno odugovlačenje često dovodi do, *de facto*, lišavanja pojedinca njegovih prava i gubitka efikasnosti i povjerenja u pravni sistem.

Uzimajući u obzir činjenicu da je Opštinski sud učinio određene propuste prilikom donošenja dvije meritorne odluke u 2001. i 2002. godini,

koje je Kantonalni sud ukinuo i predmet vratio na ponovno suđenje, te imajući u vidu i period od 13 godina i devet mjeseci koji ulazi u nadležnost Ustavnog suda, Ustavni sud zaključuje da je povrijedeno apelantkinjino pravo na donošenje odluke u razumnom roku kao segment prava na pravično suđenje iz člana II/3e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6 stav 1 Evropske konvencije.

(*Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, broj AP 1816/07 od 17. septembra 2009. godine*)

Ne postoji povreda prava na pravičan postupak u odnosu na “suđenje u razumnom roku” kao jednog od elemenata prava na pravično suđenje iz člana II/3e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6 stav 1 Evropske konvencije kad je postupak o apelantovoj tužbi i protivtužbenom zahtjevu tuženog trajao ukupno sedam godina i šest mjeseci, imajući u vidu složenost predmeta, obimnost dokaznog postupka, temeljne izmjene Zakona o parničnom postupku i izmjene Zakona o sudovima Kantona Sarajevo, kao i apelantovo ponašanje.

(*Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, broj AP 1231/08 od 9. februara 2011. godine*)

PRAVO NA DOM

Odlukom Vrhovnog suda nije povrijedeno apelantkinjino pravo na dom iz člana II/3.f) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 8 Evropske konvencije, jer apelantkinja nije stanovaša u predmetnom stanu, zbog čega se taj stan ne može smatrati njenim domom.

Iz obrazloženja:

U pogledu apelantkinjinih navoda da joj je pobijanim odlukama povrijedeno pravo na dom, koje garantuju član II/3.f) Ustava Bosne i Hercegovine i član 8 Evropske konvencije, Ustavni sud ističe da je osnovni cilj člana 8 Evropske konvencije zaštita pojedinaca od arbitarnih miješanja vlasti u njihova prava garantovana članom 8 Evropske konvencije (vidi, Evropski sud, *Kron protiv Holandije*, presuda od 27. oktobra 1994. godine, serija A, 297-C, stav 31). U konkretnom slučaju

Ustavni sud mora najprije utvrditi da li se predmetni stan može smatrati apelantkinjinim "domom" u okviru značenja člana 8 Evropske konvencije i, ako je to slučaj, da li pobijane presude predstavljaju "miješanje" u njeno pravo na poštovanje doma, te da li je to mijesanje opravdano prema stavu 2 člana 8 Evropske konvencije.

Ustavni sud podsjeća na praksu Evropskog suda za ljudska prava koja pojašnjava da je "dom" pojedinca, u smislu člana 8 Evropske konvencije, mjesto koje on ili ona koristi kao privatni dom, čak i ako je takvo korištenje nezakonito, sve dok javnost nema pristup tom mjestu, izuzev za privatne svrhe (vidi, Evropski sud, *Buckley protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 25. septembra 1996. godine, Izvještaji 1996-IV, aplikacija broj 20348/92; *Loizidou protiv Turske*, presuda od 18. decembra 1996. godine, Izvještaji 1996-VI, aplikacija broj 15318/89; Evropska komisija za ljudska prava, *Pentidis protiv Grčke*, izvještaj od 27. februara 1996. godine, aplikacija broj 23238/94 i Evropski sud za ljudska prava, *Pentidis protiv Grčke*, odluka od 9. juna 1997, RJD 1997-III, broj 39).

Kad je riječ o pitanju može li se predmetni stan smatrati apelantkinjinim "domom" u okviru značenja člana 8 Evropske konvencije, Ustavni sud nalazi da je u postupku nesporno utvrđeno da je apelantkinja duži niz godina nije koristila predmetni stan iz kojeg je, prema njenim navodima, iselila tokom 2002. godine, nakon što je, kako je to apelantkinja navela, srušen stepenišni dio zgrade kojim je ona ulazila u predmetni stan. Dakle, nesporno je da apelantkinja od 2002. godine nije živjela u predmetnom stanu. S obzirom na navedeno, a budući da je u toku postupka nespornim utvrđeno da apelantkinja nije živjela u predmetnom stanu, Ustavni sud zaključuje da predmetni stan ne predstavlja apelantkinjin "dom", te da stoga nije došlo do povrede njenog prava iz člana II/3.f) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 8. Evropske konvencije.

(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, broj AP 226/10 od 28. februara 2013. godine)

PRAVO NA IMOVINU

Postoji kršenje prava na imovinu iz člana II/3k) Ustava Bosne i Hercegovine, odnosno člana 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju kada je miješanje u apelantovo pravo na imovinu izvršeno tako što je odlukama Osnovnog suda narušena ravnoteža između javnog interesa i apelantovog interesa i to pretjeranim ličnim teretom koji apelant trpi u vidu onemogućavanja da slobodno raspolaže svojom imovinom.

Iz obrazloženja:

Ustavni sud, prije svega, podsjeća na to da član 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju sadrži tri različita pravila. Prvo pravilo, koje se nalazi u prvoj rečenici prvog stava, opšte je prirode i izražava princip mirnog uživanja u imovini. Drugo pravilo, sadržano u drugoj rečenici istog stava, određuje da lišavanje imovine može da se desi pod određenim uslovima. Treće pravilo, sadržano u stavu 2 istog člana, dozvoljava da države potpisnice imaju pravo da, između ostalog, kontrolisu korišćenje imovine u skladu s javnim interesom. Sva tri pravila su međusobno povezana i nisu u međusobnoj kontradikciji, a drugo i treće pravilo se odnose na određene slučajeve miješanja države u pravo na mirno uživanje imovine (vidi Evropski sud, *Holy Monasteries protiv Grčke*, presuda od 9. decembra 1994. godine, serija A, broj 301-A, stav 51).

Prilikom razmatranja da li je osporenim rješenjima povrijedjen član 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju, prvo se mora utvrditi da li predmetno priključno vozilo predstavlja apelantovu imovinu u smislu člana 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju. U vezi s tim, Ustavni sud konstatiše da je nesporno da je apelant vlasnik tog priključnog vozila, pa prema tome, priključno vozilo predstavlja njegovu imovinu u smislu člana 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju.

Dalje, Ustavni sud treba utvrditi da li je došlo do miješanja u apelantovu imovinu, da li je to miješanje bilo u skladu sa zakonom i u javnom interesu i da li je to miješanje bilo proporcionalno legitimnom cilju, dakle uspostavlja li pravičnu ravnotežu između apelantovog prava i opštег interesa.

U vezi s tim, Ustavni sud primjećuje da je Evropski sud u više svojih odluka utvrdio da se zapljena imovine u svrhu zakonskih postupaka obično vezuje za kontrolu korišćenja imovine, koja potпадa pod djelokrug stava

2 člana 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju (vidi odluke Evropskog suda, *Raimondo protiv Italije* od 22. februara 1994. godine, serija A, broj 281-A; *Adamczyk protiv Poljske*, broj 28551/04 od 7. novembra 2006. godine i *Simonjan-Heikinheimo protiv Finske*, broj 6321/03 od 2. septembra 2008. godine). Takođe, Ustavni sud primjećuje da je Evropski sud u predmetu *Smirnov protiv Rusije* (vidi Evropski sud, *Smirnov protiv Rusije*, aplikacija broj 71362/01, presuda od 7. juna 2007. godine, tačka 54) zaključio da situacija u kojoj je istražni organ naredio da se kompjuter čuva kao fizički dokaz u krivičnom predmetu do vremena kada pretresno vijeće doneše odluku odnosno presudu, odlučujući o njemu kao o dokaznom sredstvu u konkretnom predmetu, treba da se ispita u okviru prava države da kontroliše upotrebu imovine u skladu s opštim interesom, dakle, u smislu stava 2 člana 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju.

Uzimajući u obzir navedenu praksu Evropskog suda, te primijetivši da apelant osporenim rješenjima nije lišen svoje imovine (u smislu konačnog oduzimanja bez izgleda da će imovina biti vraćena), već da je privremeno spriječen da njom raspolaže (uz obrazloženje da je to potrebno radi vođenja istrage), Ustavni sud smatra da se u konkretnom slučaju radi o kontroli korišćenja imovine u smislu stava 2 člana 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju.

Sljedeće pitanje na koje Ustavni sud treba da odgovori jeste da li je miješanje u apelantovo pravo na imovinu bilo u skladu sa zakonom.

U vezi s tim, Ustavni sud zapaža da je osporenim rješenjima apelantov zahtjev za vraćanje privremeno oduzetog priključnog vozila odbačen kao preuranjen, uz obrazloženje da je to vozilo potrebno kao dokaz u istrazi koja se vodi protiv NN lica zbog postojanja osnova sumnje da je izvršeno krivično djelo falsifikovanja isprave iz člana 337 stav 1 Krivičnog zakona Republike Srpske. Ustavni sud konstatuje da su osporena rješenja donesena u skladu s relevantnim odredbama Zakona o krivičnom postupku, konkretno odredbama čl. 129 i 138 Zakona o krivičnom postupku, iz kojih proizlazi da će se predmeti koji su u toku postupka privremeno oduzeti vratiti vlasniku, odnosno držaocu, kada u toku postupka postane očigledno da ne predstavljaju predmete koji se imaju oduzeti po Krivičnom zakonu ili koji mogu poslužiti kao dokaz u krivičnom postupku, a ne postoje razlozi za njihovo oduzimanje u smislu člana 402 istog zakona.

Iz navedenog proizlazi pravni osnov za donošenje osporenih odluka, propisan u relevantnom, navedenom zakonu koji ispunjava uslove u pogledu dostupnosti, tj. pristupačnosti (objavljen je u službenom glasniku koji je javno glasilo) i jasnoće (s obzirom na to da su citirane odredbe Krivičnog zakona i Zakona o krivičnom postupku dovoljno jasno formulisane u smislu da svako može ocijeniti kakve će biti posljedice njegovog ponašanja). Imajući u vidu navedeno, Ustavni sud zaključuje da je "miješanje" u apelantovo pravo na imovinu izvršeno u skladu sa zakonom.

Zatim, Ustavni sud zaključuje da odbacivanje apelantovog zahtjeva za vraćanje privremeno oduzetog vozila kao preuranjenog, odnosno zadržavanje materijalnog dokaza može biti neophodno u interesu valjanog sprovodenja pravde, što predstavlja legitiman cilj u opštem interesu (vidi Evropski sud, *Smirnov protiv Rusije*, aplikacija broj 71362/01, presuda od 7. juna 2007. godine, tačka 57). Naime, za Ustavni sud je nesporno da postoji javni interes u slučaju kada se predmeti oduzimaju radi vođenja istrage u krivičnom postupku.

Međutim, postavlja se pitanje da li je kontrola apelantove imovine proporcionalna tom legitimnom cilju koji se želi postići, odnosno uspostavlja li pravičnu ravnotežu između apelantovog prava i opštег interesa. U vezi s tim, Ustavni sud, prije svega, primjećuje da je Evropski sud u predmetu *Smirnov protiv Rusije*, aplikacija broj 71362/01 od 7. juna 2007. godine, razmatrao predstavku aplikanta kojem je, između ostalog, zaplijenjena centralna jedinica kompjutera kao dokaz u krivičnom postupku protiv trećih lica. U predmetnoj presudi Evropski sud je zaključio da kompjuter sam po sebi nije bio objekat, instrumenat ni proizvod bilo kog krivičnog djela, te da su za istragu u tom predmetu bile vrijedne informacije pohranjene na hard-disku, koje su istražitelji pregledali i koje su isprintane i uključene u spis. U tim okolnostima Evropski sud nije mogao da prepozna bilo kakav očigledan razlog za kontinuirano zadržavanje centralne jedinice kompjutera, te je konstatovao da takav razlog nije dat ni u domaćem postupku, ni u postupku pred tim sudom, ali da su domaće vlasti ipak zadržale kompjuter do donošenja te presude, odnosno više od šest godina. Takođe, Evropski sud je, u vezi s tim, primijetio da je kompjuter bio aplikantovo sredstvo za rad, koje je koristio za pisanje pravnih dokumenata i pohranjivanje spisa klijenata, te je zaključio da je zadržavanje kompjutera aplikantu prouzrokovalo ne samo

lične neprijatnosti već i hendikepiralo njegove profesionalne aktivnosti, što je moglo imati posljedice za vladavinu prava. Imajući u vidu navedeno, Evropski sud je konstatovao da su ruske vlasti propustile da postignu "pravičnu ravnotežu" između opšteg interesa i zaštite aplikantovog prava na mirno uživanje imovine, zbog čega je zaključio da je došlo do povrede člana 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju.

Ustavni sud zapaža da je ovaj predmet sličan navedenom predmetu Evropskog suda. Naime, Ustavni sud zapaža da je Osnovni sud Bijeljini osporenim rješenjima odbacio kao preuranjen apelantov zahtjev za vraćanje privremeno oduzetog priključnog vozila, smatrajući da nalaz i mišljenje o vještačenju broja šasije predmetnog priključnog vozila, koje je izvršilo Odjeljenje kriminalističke policije CJB Bijeljina, potvrđuje navode okružnog tužioca da postoje osnovi sumnje da je falsifikovanjem broja šasije predmetnog priključnog vozila od nepoznatog učinioca izvršeno krivično djelo falsifikovanja isprave iz člana 337 stav 1 Krivičnog zakona Republike Srpske, te da će predmetno priključno vozilo poslužiti kao dokaz tokom istrage. Međutim, Ustavni sud zapaža da Osnovni sud, osim uopštene konstatacije da će predmetno priključno vozilo poslužiti kao dokaz tokom istrage, u osporenim rješenjima, ni u odgovoru na apelaciju, nije dao konkretne razloge zbog kojih smatra da postoje opravdani razlozi za daljnje zadržavanje predmetnog priključnog vozila u sudskom depozitu, pogotovo imajući u vidu činjenicu da je, prema stanju spisa, prilikom vještačenja broja šasije priključnog vozila Odjeljenje kriminalističke policije CJB Bijeljina izvršilo detaljan pregled tog vozila uz upotrebu određenih hemijskih reagensa i optičkih pomagala, te fotografisalo vozilo i broj šasije tog vozila, čime su, prema mišljenju Ustavnog suda, upravo prikupljeni relevantni podaci o tom vozilu.

Zatim, Ustavni sud naglašava da je apelant od 29. marta 2007. godine, kada je Osnovni sud izdao naredbu o deponovanju predmetnog vozila, onemogućen da raspolaže predmetnim priključnim vozilom i da takva situacija traje i u momentu donošenja ove odluke, dakle već više od pet godina, što predstavlja dug period, naročito imajući u vidu da je nesumnjivo riječ o predmetu koji protekom vremena (amortizacijom) gubi svoju vrijednost. Osim toga, Ustavni sud primjećuje da je Osnovni sud u osporenom drugostepenom rješenju istakao da će odlučiti o "konačnom vraćanju predmetnog priključnog vozila" kada istraga u konkretnom predmetu bude okončana. Međutim, Ustavni sud zapaža da ta istraga,

koju je Okružno tužilaštvo pokrenulo 3. aprila 2008. godine zbog osnova sumnje da je ukučavanjem broja šasije predmetnog priključnog vozila počinjeno krivično djelo falsifikovanja isprave iz člana 377 stav 2 u vezi sa stavom 1 Krivičnog zakona Republike Srpske, još uvijek nije okončana i da je neizvjesno kada će biti okončana, s obzirom na to da odredbama Zakona o krivičnom postupku nije predviđen rok u kom mora biti okončana.

Shodno svemu navedenom, Ustavni sud smatra da osporenim rješenjima Osnovnog suda nije postignuta "pravična ravnoteža" između opštег interesa i apelantovog prava, odnosno da je stavljen pretjeran teret na apelanta u vidu onemogućavanja da slobodno raspolaze svojom imovinom, te teret neizvjesnosti da li će mu ili kada će mu biti vraćena ta imovina, čime mu je prekršeno pravo na imovinu iz člana II/3k) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju.

(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, broj AP 1986/09 od 13. jula 2012. godine)

Sveučilište/Univerzitet Vitez
Fakultet pravnih nauka
Redakcija Zbornika radova Fakulteta pravnih nauka
Travnik, 1. 10. 2009.

Na osnovu Odluke Senata Otvorenog univerziteta Apeiron, Travnik, pravnog prethodnika Sveučilišta/Univerziteta "Vitez", Travnik, od 15. 4. 2009. koja je usvojena pod tačkom 8. Redakcija Zbornika radova Pravnog fakulteta na sjednici od 2. 10. 2009, i 11. 3. 2012. godine donosi

IZJAVU O MISIJI ZBORNIKA RADOVA FAKULTETA PRAVNIH NAUKA

Zbornik radova Fakulteta pravnih nauka Sveučilišta/Univerziteta "Vitez", Travnik služi unapređenju pravne nauke i struke objavljinjem rezultata rada ne samo nastavnika i saradnika Fakulteta pravnih nauka, nego i svih drugih domaćih i inozemnih autora koji djeluju u istom pravcu. Radi ostvarenja svoje misije Zbornik radova Fakulteta pravnih nauka će dosljedno insistirati na kvalitetu objavljenih priloga, usmjeravanju budućih istraživanja i promociji mlađih naučnih i stručnih radnika.

Sveučilište/Univerzitet "Vitez" Vitez
Fakultet pravnih nauka
Redakcija Zbornika radova Fakulteta pravnih nauka
Travnik 11. 3. 2012. godine

Na osnovu Odluke Senata Otvorenog univerziteta Apeiron, Travnik, pravnog prethodnika Sveučilišta/Univerziteta "Vitez", Travnik, od 15. 4. 2009 na sjednici od 2. 10. 2009. i 11. 3. 2012. godine donosi

IZJAVU O VIZIJI ZBORNIKA RADOVA FAKULTETA PRAVNIH NAUKA

Radi oživotvorenja misije Zbornika radova Fakulteta pravnih nauka Sveučilište/Univerzitet "Vitez", Redakcija Zbornika i urednik će do 2014. godine osigurati izlaženje Zbornika jednom godišnje uz neprekidno povećanje kvaliteta i aktualnosti publikovanih priloga. Jedan od godišnjih brojeva Zbornika će od 2015. godine biti tematskog karaktera. Redakcija i glavni urednik će nastojati da članci na stranim i domaćim jezicima budu ravnomjerno zastupljeni u svim zbornicima radova koji će se pojaviti nakon 2015. godine.

Sveučilište/Univerzitet "Vitez" Vitez

Fakultet pravnih nauka

Redakcija Zbornika radova Fakulteta pravnih nauka

Urednik, dekan prof. dr. Miloš Trifković

Travnik 11. 3. 2012. godine

Na osnovu Odluke Senata Otvorenog univerziteta Apeiron, Travnik, pravnog prethodnika Sveučilišta/Univerziteta "Vitez", Travnik, od 15. 4. 2009. koja je usvojena pod tačkom 8. donosim:

RAZRAĐENA UPUTSTVA AUTORIMA I UPUTSTVO AUTORIMA

1. Oblasti iz kojih se radovi objavljaju: sve oblasti i grane prava koje se izučavaju na Fakultetu pravnih nauka Univerziteta Vitez, kao i oblasti koje se izučavaju na drugim pravnim fakultetima u zemlji ili inostranstvu.
2. Urednik ima pravo da prilog koji ne spada u oblast Zbornika uputi časopisu drugog fakulteta koji je matičan za oblast na koju se rad odnosi. O takvom postupku urednik će bez odlaganja obavijestiti autora, a Redakciju na prvom narednom sastanku.
3. Za prihvocene priloge se ne plaćaju autorski honorari niti naknađuju bilo kakvi materijalni troškovi.
4. Jezici na kojima se primaju radovi: bosanski, hrvatski, srpski, engleski, njemački i francuski. Glavni urednik može predložiti Redakciji da objavi i rad na nekom drugom jeziku.
5. Dostavljanje radova isključivo u elektronskoj formi (e-mail Zbornika radova).
6. Dostavljanje radova se vrši isključivo na e-mail adresu: **zbornikfpn@unvi.edu.ba**
7. *Dostavljanje potpisanih radova u papirnom formatu vrši se na adresu: Zbornik radova Fakulteta pravnih nauka Sveučilište/Univerziteta Vitez, Školska 23, 72270 Travnik, Bosna i Hercegovina nakon što redakcija obavijesti autora da je konačna verzija rada prihvaćena na sjednici Redakcije.*

8. Maksimalna dužina izvornih, preglednih i stručnih radova: jedan tabak ili **16** stranica A 4 formata ili **35.600** karaktera. Urednik ima pravo da odmah vrati autoru rad koji je duži od ukupno 20 stranica, uključujući i priloge. Redakcija izuzetno može odlučiti da na prijedlog urednika objavi rad obimniji od standardnog obima.
9. Maksimalna dužina ostalih vrsta radova: do 8 stranica A 4 formata ili pola autorskog tabaka, što iznosi do **17.800** karaktera najviše. Radove koji su duži od standarda uspostavljenih ovim uputstvima urednik odbija i vraća autoru elektronsku verziju priloga.
10. Radu se dodaju rezime do **150** riječi na jednom od jezika u zvaničnoj upotrebi u BiH i na engleskom jeziku.
11. Radu se dodaje do 10 ključnih pojmoveva na domaćim jezicima i na engleskom.
12. Radove na recenzije upućuje urednik, pošto preliminarno urednički procijeni podobnost rada za objavljivanje u Zborniku radova Pravnog fakulteta. Urednik ima pravo da samostalno odbije objavljivanje rada. O tome mora obavijestiti Redakciju na prvoj narednoj sjednici.
13. Svaki rad mora dobiti dvije pozitivne recenzije. Recenzija može biti s Univerziteta ili izvan ove institucije. U posebnim slučajevima urednik ima pravo da angažuje i trećeg recenzenta. O broju recenzija i konačnoj ocjeni recenzenata, urednik obaveštava redakciju na sjednici na kojoj se donosi odluka o štampanju konkretnog broja Zbornika radova.
14. Imena recenzenata nisu dostupna autorima. Ako urednik odluči, primjedbe recenzenata se mogu dostaviti autorima radi usvajanja ili odbijanja. U slučaju odbijanja primjedbi recenzenata, urednik donosi odluku o tome da li će rad objaviti ili ne.
15. Recenzenti ne znaju ime autora. Autor se mora potruditi da izbjegne svoju posrednu identifikaciju kroz tekst rada.
16. Recenzenti uz recenzije s primjedbama obavezno dostavljaju i tekst rada u koji su one unesene, u track changes formatu.
17. Prikazi, osvrti, zabilješke i ostali radovi koji nisu naučni ili stručni, se ne recenziraju. Odluku o njihovom eventualnom ispitivanju i objavljinju donosi urednik.
18. Radovi se lektorišu na jeziku na kome su napisani. Autori prihvataju prava Redakcije da lektorirani rad objave u časopisu bez daljih

konsultacija s autorima. Konzultacija se može obaviti s autorima na osnovu odluke urednika.

II STANDARDI ZA OBLIKOVANJE TEKSTA PRILOGA

1. Tekst rada se piše u Microsoft Word dokumentu, Times New Roman, veličine 12 pt. uz mogućnost korištenja **bold**, *italic* i drugih modifikacija fonta.
2. Naslov rada se piše fontom New Times Roman, boldirano i veličine 16.
3. Podnaslovi se pišu se pišu Times New Roman fontom veličine 14 bolidirano. Numeriranje podnaslova je obavezno. Autor određuje samostalno način označavanja. Razmak između redova je 1,5
4. Početak pasusa mora biti uvučen za pet slovnih mesta u odnosu na lijevu marginu ili odvojen duplim proredom.
5. Autor je obavezan da *spell check* programom provjeri cijeli tekst prije slanja priloga redakciji.
6. Prvi put upotrijebljena kratica ili akronim se označavaju u zagradi iza riječi ili skupine riječi koju označavaju. Prethodna odredba važi i za skraćeno označavanje propisa.
7. Prvi put citiran pravni propis mora biti označen brojem za "fusnotu" i naveden prema broju službenog glasila u kome je objavljen.
8. Napomene se pišu fontom 10. Napomene se nalaze na dnu teksta ("Fusnote").
9. Svaka od četiri margine mora biti veličine 2,5 cm.
10. Na prvoj strani rada nalazi se puno ime i prezime svakog autora, akademska ili druga titula, institucija u kojoj radi – ako je zaposlen, kontakt informacije (adresa, e-mail, telefon, faks). Porod personalnih podataka na prvoj stranici se nalazi i naslov rada.
11. Na drugoj stranici se daje rezime i spisak ključnih riječi u skladu s tačkom I, 10 i 11.
12. Spisak obuhvaća samo korištenu literature po abecednom redu prezimena prvog autora, spisak konsultovanih web-stranica, spisak tabela i popis shema – ako su korištene. Spisak literature ne sadrži korištene zakone i druge propise.

Dr. Miloš Trifković

Dostavljeno:

- Uredniku
- Autorima
- Redakciji Zbornika radova Fakulteta pravnih nauka
- Članovima Redakcije
- Sekretaru Redakcije
- Rektoru Sveučilišta/Univerziteta
- Prorektorima Sveučilišta/Univerziteta
- Uredniku web-stranice Univerziteta
- Arhivi

Izvještaj o evaluaciji

- Recenzija -

Podaci o recenzentu

1. Prezime, titula, ime
 2. Akademsko zvanje
 3. Radno mjesto
 4. Adresa
 5. e-mail adresa
 6. Telefon/faks
 7. Datum prispjeća e-maila redakcije s molbom za recenziju

Naslov rada:

10. Da li su izvori navedeni u spisku literature stvarno citirani u radu?

Da Ne

11. Kako rangirate originalnost rada?

- Vrhunski
 - Odlično
 - Solidno
 - Slabo/neprihvatljivo

12. Da li je rad naučno relevantan?

- Vrhunski
 - Odlično
 - Solidno
 - Slabo/neprihvatljivo

13. Opće preporuke za rad:

- DA – (“Prihvata se”) Bezuslovno odobrenje za objavu rada.
 - DA, POD USLOVOM DA – (“Prihvata se uz doradu”) Odobrenje predviđa izvjesne modifikacije/poboljšanja koja se trebaju izvršiti na radu – tačka 9. izvještaja.
 - NE, OSIM U SLUČAJU – (“Ne prihvata se”) Neophodna temeljita revizija i rekonstrukcija rada.
 - NE – (“Ne prihvata se”) Ne postoji niti minimum elemenata koji se mogu iskoristiti.

14. Dodatni komentari na ranije spomenuta pitanja

15. Ukoliko je rad prihvaćen, kategorizira se kao:

- a) Izvorni naučni rad
 - b) Prethodno saopćenje
 - c) Pregledni naučni rad
 - d) Stručni članak
 - e) Ostalo (polemika, stručni informativni prilog, esej, druge vrste)

Sveučilište/Univerzitet Vitez
Fakultet pravnih nauka
Prof. dr. Miloš Trifković, dekan
Urednik Zbornika radova Fakulteta pravnih nauka
Travnik, 11. 3. 2012. godine

Na osnovu Odluke Senata Otvorenog univerziteta Apeiron, Travnik, pravnog prethodnika Sveučilišta/Univerziteta "Vitez", Travnik, od 15. 4. 2009. koja je usvojena pod tačkom 8. donosim

KRITERIJI ZA KATEGORIZACIJU PRILOGA KOJE OBJAVLJUJE ZBORNIK RADOVA FAKULTETA PRAVNIH NAUKA

Svaki članak objavljen u Zborniku podliježe recenzentskom postupku.

Članci koji se kategoriziraju kao naučni ili stručni trebaju imati dvije pozitivne recenzije.

Recenzirani članci kategoriziraju se na sljedeći način.

1. Naučni članak koji sadrži neobjavljene i nove rezultate originalnih istraživanja u potpunom obliku kategorizira se kao:

IZVORNI NAUČNI RAD (*original scientific paper*); rad se karakterizira kao izvoran onda kada daje značajan doprinos određenoj naučnoj problematiki ili njenom razumijevanju i kada opisuje nove rezultate istraživanja iz neke oblasti; napisan je tako da bilo koji stručnjak koji se bavi istim područjem na osnovu navedenih informacija može ponoviti eksperiment i postići opisane rezultate s jednakom tačnošću ili unutar granica pogreške koje navodi autor ili može ponoviti autorova zapažanja, proračune ili teoretske izvode.

2. Naučni članak koji sadrži nove još neobjavljene rezultate originalnih istraživanja, ali u preliminarnom obliku kategorizira se kao:

PRETHODNO SAOPĆENJE (*preliminary note*); ovaj oblik članka podrazumijeva objavljivanje novih naučnih rezultata, ali bez dovoljno pojedinosti koje bi omogućile čitatelju provjeru iznesenih podataka kao što je slučaj u izvornom naučnom radu.

3. Naučni članak koji sadrži originalan, sažet i kritički prikaz jednog područja teorije ili praktičnih istraživanja, u kojem autor i sam aktivno kritički sudjeluje, a u kojem mora biti naglašena uloga autorovog originalnog doprinosa tom području u odnosu na već objavljene rade, kao i pregled tih rada kategorizira se kao

PREGLEDNI NAUČNI RAD (*review article*); pregledni rad sadrži cjelovit prikaz stanja određenog područja teorije ili njene primjene, autor donosi vlastiti kritički osvrt i ocjenu, te obavezno navodi podatke o svim objavljenim radevima koje je koristio kao polazište za svoj rad;

4. STRUČNI ČLANAK (*professional paper*); koji sadrži korisne priloge iz određene struke i za određenu struku, ali ne predstavlja originalna istraživanja kategorizira se kao stručni članak.

Ostali nekategorizirani radevi kao što su recenzije, prikazi i izvještaji objavljuju se u posebno za to predviđenom dijelu časopisa

Kriteriji kategorizacije urađeni su prema ISI bibliografskoj bazi podataka

5. Radovi koji se ne mogu svrstati u jednu od prethodne četiri vrste, a koji zavrjeđuju objavljanje, klasificiraju se kao "Ostali", prvenstveno polazeći od vrsta navedenih u formularu recenzije Zbornika radeva Fakulteta pravnih nauka.

Dr. Miloš Trifković, urednik Zbornika radeva

Dostavljen:

1. Uredniku
2. Redakciji Zbornika radeva Fakulteta pravnih nauka
3. Članovima Redakcije

4. Sekretaru Redakcije
5. Rektoru Sveučilišta/Univerziteta
6. Prorektorima Sveučilišta/Univerziteta
7. Uredniku web-stranice Univerziteta
8. Arhivi

Sveučilište/Univerzitet Vitez
Fakultet pravnih nauka
Dekan fakulteta i glavni i odgovorni urednik Zbornika
Prof. dr. Miloš Trifković
11. 3. 2012. godine

Na osnovu Odluke Senata Otvorenog univerziteta Apeiron, Travnik, pravnog prethodnika Sveučilišta/Univerziteta "Vitez", Travnik, od 15. 4. 2009. koja je usvojena pod tačkom 8. Redakcija Zbornika radova Fakulteta pravnih nauka na sjednici od 24. 10. 2009. i 11. 3. 2012. godine donosi

POSLOVNIK RADU REDAKCIJE I GLAVNOG I ODGOVORNOG UREDNIKA ZBORNIKA RADOVA PRAVNOG FAKULTETA

Član 1.

Redakciju sačinjavaju pet članova, urednik i sekretar Redakcije koje, na prijedlog dekana Fakulteta pravnih nauka imenuje Senat Univerziteta na neodređeno vrijeme.

O promjeni u sastavu Redakcije i promjeni glavnog urednika odluku donosi Senat na osnovu prijedloga dekana Fakulteta pravnih nauka.

Član 2.

Redakcija radi na sjednicama.

Sjednice Redakcije priprema i saziva urednik.

Sjednicu Redakcije može sazvati i rektor Univerziteta.

Između dvije sjednice Redakcije o poslovima pripreme, uređivanja i izdavanja Zbornika odluke donosi urednik.

Sekretar Redakcije vodi zapisnik sa sastanaka i obavlja druge poslove po uputstvima urednika.

Član 3.

Redakcija :

1. Konačno usvaja dnevni red sjednice.
2. Usvaja zapisnik s posljednje sjednice Redakcije.
3. Na prijedlog urednika utvrđuje misiju i viziju Zbornika radova.
4. Na prijedlog urednika usvaja operativne dokumente i standarde prema kojima se priprema i izdaje Zbornik radova.
5. Predlaže izdavanje i koncepciju tematskih izdanja Zbornika radova.
6. Na prijedlog urednika usvaja koncepciju svakog broja Zbornika radova.
7. Pomaže uredniku u pribavljanju radova za Zbornik i u pronalaženju recenzentata za pojedine radove.
8. Na prijedlog urednika daje saglasnost na sadržaj svakog Zbornika radova.
9. Razmatra stanje u izdavačkoj djelatnosti i daje preporuke za pojedine akcije uredniku i rektoru.
10. Predlaže uredniku mjere za poboljšanje kvaliteta Zbornika radova.

Član 4.

Sjednice Redakcije se održavaju najmanje dva puta godišnje: krajem marta i krajem septembra tekuće godine.

Urednik obavezno saziva sjednicu redakcije prije puštanja u štampu novog broja Zbornika.

Urednik, odnosno rektor mogu sjednicu sazvati i u bilo koje drugo vrijeme.

Sjednica Redakcije može se održati i pisanim putem (elektronskim putem) pod uslovom da se svi članovi izjašnjavaju sa "da" ili "ne" o identičnom pisanim materijalu.

Član 5.

Urednik je obavezan da informiše Redakciju o svim prispjelim radovima.

O prispjelim radovima koji će biti uvršteni u Zbornik odlučuje Redakcija isključivo na prijedlog urednika.

Radovi koji se usvoje za objavljivanje u Zborniku radova moraju imati najmanje dvije pozitivne recenzije.

Recenzija se piše u skladu s Odlukom Redakcije o standardima za izradu i pisanje recenzije.

Recenzija se daje na formularu koji je usvojila Redakcija.

Ukoliko jedna od recenzija bude negativna, Redakcija može odrediti drugog, dodatnog recenzenta.

Imena recenzenata se ne objavljuju uz rad.

Recenzenti su dužni da uz recenzije sa primjedbama dostave i tekst rada u koji su one unesene u track changes formatu.

Radovi koji dobiju dvije negativne recenzije u izvještaju o evaluaciji (NE – “Ne prihvata se”) ne prihvataju se za objavljivanje u Zborniku. Oni nijima urednik samo obavještava Redakciju.

Recenzija se dostavlja glavnom i odgovornom uredniku i sekretaru redakcije putem važećeg e-maila zbornikfpn@unvi.edu.ba

Dostavljanje potpisanih radova u papirnom formatu se vrši na adresu: Zbornik radova Fakulteta pravnih nauka Sveučilište/Univerziteta Vitez, Školska 23, 72270 Travnik, Bosna i Hercegovina **nakon što redakcija obavijesti autora da je konačna verzija rada prihvaćena na sjednici Redakcije.**

Član 6.

Radovi se dostavljaju isključivo elektronskim putem na e-mail Redakcije: zbornikfpn@unvi.edu.ba

Urednik je dužan da obezbijedi lektorisanje i stručnu tehničku redakciju radova usvojenih za objavljivanje u Zborniku.

Stručna tehnička redakcija tekstova radi njihovog usklađivanja s Razrađenim uputstvima autorima je obavezna.

Tekstove na engleskom, odnosno drugom stranom jeziku, lektoriše lektor za odgovarajući jezik.

Radove koji nisu prihvaćeni, redakcija ne vraća.

Član 7.

Uz poziv za sjednicu se dostavlja dnevni red.

Redakcija najprije raspravlja o prijedlogu dnevnog reda i utvrđuje njegov sadržaj, a potom razmatra zapisnik s prethodne sjednice.

Odluka Redakcije o bilo kom pitanju iz njene nadležnosti se donosi većinom glasova svih članova Redakcije.

Član Redakcije koji je preglasan može zahtijevati da se njegov obrazloženi stav unese u Zapisnik.

Član 8.

Urednik o svome radu podnosi izvještaj Redakciji.

Redakcija i urednik o svome radu podnose izvještaje Naučno-nastavnom vijeću Fakulteta, rektoru i Senatu Univerziteta.

Član 9.

Ova Odluka stupa na snagu danom usvajanja od strane Redakcije Zbornika radova.

Urednik

Dr. Miloš Trifković, dekan