

NPR

NOVA PRAVNA REVIIJA

Časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo

Iz sadržaja:

Članci

Prof. dr. Suzana Bubić: Ustanova porodičnog posredovanja u njemačkom, evropskom i domaćem pravu

Doc. dr. Vojtěch Šimiček: Upravno sudstvo u Češkoj Republici razvoj i odabrani problemi – Dio II

Mag. sci. Darja Softić Kadenić: Novo nasljedno pravo u entitetima Bosne i Hercegovine *de lege lata* i *de lege ferenda*

Dr. Rolf Wagner: Značaj Haške konferencije za međunarodno privatno pravo za međunarodnu saradnju u građanskim stvarima

Osim toga:

Aktuelnosti iz bh. zakonodavstva i pravne prakse

Aktuelnosti iz evropskog prava

Aktuelnosti iz njemačkog prava

Aktuelnosti iz prava regiona

Studentski radovi

Težište broja:

Evropsko ugovorno pravo

Prof. dr. Walter Rolland: Uticaj komunitarnog prava na nacionalna prava



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

Izdavači:



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



Njemačko-bosanskohercegovačko udruženje pravika
Njemačko-bosanskohercegovačka udruga pravika
Њемачко-босанскохерцеговачко удружење правника
Deutsch-Bosnisch-Herzegowinische Juristenvereinigung

2/2011

Godina 2, vol. 3.
decembar/prosinac 2011,
stranice 1-108

NOVA PRAVNA REVIIJA

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

Izdavači:



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



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

Glavni i odgovorni urednici:
Dr. Stefan Pürner
Prof. dr. Meliha Povlakić

Izvršna urednica:
mr. Darja Softić Kadenić LL.M.

Redakcija:
Anja Roth LL.M. oec.
Selma Mezetović

Izdavačke usluge i štampa:
University Press - Magistrat izdanja, Sarajevo

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

ISSN 2233-0151



Specijalizirana pravna knjižara *Libris Iuris*

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

Najveći izbor pravne i srodne literature u Bosni i Hercegovini.

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

Autor	Naslov	ISBN	Cijena u KM
1. Abedin Bikić	Naknada štete	9789958627811	20,00
2. Branko Čalija, Sanjin Omanović	Građansko procesno pravo	9789958627035	35,00
3. Edin Šarčević	Ustav iz nužde	9789958220322	20,00
4. Hajrija Sijerčić-Čolić, Vildana Vranj	Uvod u penologiju i izvršno krivično pravo Bosne i Hercegovine	9789958627873	20,00
5. Enver Zečević	Opća pravila građanskog prava	9789958784057	80,00
6. Mustafa Imamović	Bosnia and Herzegovina : Evolution of its political and legal institutions	9789958635441	58,50
7. Stanka Stjepanović, Selma Šaćirović, Nedeljko Milijević	Vanparnica : teorija– praksa – dodatak zemljišne knjige	9789993878537	60,00
8. Mile Babić	Hegelova filozofija prava	9789958923036	30,00
9. Nevenko Misita	Evropska unija – osnivanje i razvoj	9789958757297	49,00
10. Azra Hadžiahmetović	Ekonomija Evropske unije	9789958673023	80,00

Radno vrijeme knjižare:

ponedjeljak – petak: od 08.30 do 16.30

subota: od 09.30 do 13.30

Mogućnost kartičnog plaćanja: Visa i MasterCard.

Drage čitateljice i čitaoci,
poštovane kolegice i kolege,

pred vama se nalazi treće izdanje časopisa “Nova pravna revija – časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo”, skraćeno NPR. Ono ponovo sadrži interesantnu mješavinu priloga o različitim temama iz prava Bosne i Hercegovine, Srbije, Crne Gore i Njemačke, iz evropskog prava, ali takođe i iz češkog prava. Na taj način NPR ispunjava obećanje dato u njegovom naslovu, da će izvještavati o domaćem, evropskom i njemačkom pravu.

Prilozi su različiti i po njihovoj vrsti. Luk se proteže od klasičnih članaka, preko komentara sudskih presuda, do izvještaja sa skupova i prikaza knjiga. Široki spektar postoji i u pogledu autora. On obuhvata već decenijama etablirane naučnike, praktičare sve do mladih naučnika i mladih pravnika, od kojih neki u ovom izdanju objavljuju svoj prvi naučni rad uopće. Kao posljednja kategorija se od ovog broja uspostavlja rubrika “Studentski radovi”.

Tako u ovom broju stoje jedni pored drugih naučni prilozi, za čije su objavljivanje potrebne dvije pozitivne recenzije (radi se o *double blind peer review* pri čemu najmanje jedna recenzija potiče iz inostranstva), redakcijski prilozi, prevodi radova, koji su već objavljeni u drugim časopisima u inostranstvu i prvi tekstovi mladih pravnika. Da je novi časopis NPR naišao na interes ovako različite grupe autora, moglo bi biti potvrda, uostalom kao i mnogobrojne pozitivne reakcije čitalaca i ponovo povećan broj dostavljenih radova, za to da se NPR razlikuje od mnogih časopisa u regionu i da time popunjava jednu prazninu u ovdašnjoj pravnoj literaturi.

Tematski ovo izdanje ima jasno težište. Nakon što se više priloga u prvim izdanjima bavilo pravničkim obrazovanjem, drugo izdanje imalo je više priloga iz krivičnog prava, u ovom izdanju stoji građansko pravo jasno na prvom mjestu. I to ne samo u formi različitih nacionalnih prava. Obrađivani su prekogranični odnosi i pitanja (dakle pitanje međunarodnog privatnog prava) i evropske dimenzije i pozadina građanskog prava.

Time ovaj časopis zorno pokazuje da pravo već dugo nije više isključivo nacionalnog karaktera. Osim toga u ovom časopisu prilozi koji se odnose na evropsko pravo pokazuju da ono odista nije samo “podvrsta međunarodnog javnog prava”, nego da je već dugo prodrlo u privatno pravo i ona pravna područja s kojima praktičari, čak i kada djeluju u granicama svog nacionalnog prava, imaju svakodnevno posla. To uostalom vrijedi i za države koje još uvijek nisu članice Evropske unije.

Naročito jasno se to vidi u prilogu prof. dr. Waltera Rollanda o dejstvu prava Unije na nacionalna privatna prava. Ukoliko se čita sadržaj ovog časopisa, moglo bi se smatrati, da je ovaj prilog “tačka na i” i da je ciljano pripremljen da bi služio kao zajednička spojnica za različite druge priloge. Istina je da to uopće nije bila namjera. Uprkos tome ne bi se ovdje trebalo raditi o slučajnosti, već bi to trebalo biti dalja potvrda da su prilozi, koji budu dostavljeni za objavljivanje u NPR, nošeni zajedničkim razmišljanjima, shvatanjima i idealima. O tome u konačnici govori izvjesnost da je puno pragmatičnije razmišljati o onome što spaja, nego naglašavati ono što je (često samo u nijansama) različito.

Izdavači, članovi redakcije, autori i drugi saradnici NPR i dalje će raditi na tome da pored stručne pravne diskusije takođe potiču prekograničnu ideju, koja je kod osnivanja ovog časopisa igrala bitnu ulogu. Ubijedjeni smo da ćemo vas već u slijedećem broju ovog časopisa moći izvijestiti o daljim, veoma konkretnim koracima u tom pravcu.

Na kraju, željeli bismo zahvaliti svima onima koji su uopće omogućili izlazak ovog časopisa.

Ovdje bi trebalo pomenuti čitav niz pojedinačnih imena. Umjesto toga, željeli bismo bez poimeničnog pominjanja srdačno zahvaliti svim čitaocima, saradnicima i naročito autorima ovog broja. Poimenično trebaju biti pomenute pravne osobe bez kojih ovaj časopis uopće ne bi postojao. Na jednoj strani je to Njemačka fondacija za međunarodnu pravnu saradnju (skraćeno: IRZ) i Njemačko-bosanskohercegovačko udruženje pravnika (skraćeno: DBHJV), koji izdaju ovaj časopis. Osim toga, su to Ministarstvo pravde i Ministarstvo vanjskih poslova Savezne Republike Njemačke, koji su stavili na raspolaganje neophodna finansijska sredstva iz poreza njemačkih poreskih obveznika.

Na kraju želimo da izrazimo nadu da će nam i za slijedeće izdanje takođe biti dostavljen veliki broj priloga. Zainteresirane molimo da obrate pažnju na "Call for Papers", odštampan na kraju ovog časopisa koji daje bliže informacije o sadržinskim i formalnim zahtjevima. Ukoliko trebate još primjeraka ovog (ili ranijih) izdanja NPR, možete ga besplatno dobiti kao pdf-dokument na adresi

novaprvnarevija@gmail.com.

Prof. dr. Meliha Povlakić

Predsjednica

Njemačko-bosanskohercegovačko udruženje
pravnika (DBHJV)

Advokat dr. Stefan Pürner

Voditelj Projekta Bosna

i Hercegovina pri IRZ

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

vor Ihnen liegt die dritte Ausgabe der "Nova pravna revija – Časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo" ("Neue Juristische Umschau – Zeitschrift für einheimisches, deutsches und europäisches Recht), kurz NPR. Diese enthält wiederum eine interessante Mischung von Beiträgen zu verschiedensten Themen aus dem Recht von Bosnien und Herzegowina, Serbien, Montenegro, Deutschland, dem Europarecht, aber auch aus der Tschechischen Republik. Damit löst die NPR das in ihrem Titel enthaltene Versprechen, über einheimisches, europäisches und deutsches Recht zu berichten, ein.

Auch ihrer Gattung nach sind die Beiträge vielfältig. Vom klassischen Aufsatz über kommentierte Urteile bis hin zu Tagungsberichten und Buchbesprechung reicht die Spanne. Ein breites Spektrum besteht auch bezüglich der Autoren. Dieses reicht von teilweise seit Jahrzehnten etablierten Wissenschaftlern über Praktiker bis hin zu Nachwuchswissenschaftlern und jungen Juristen, von denen in der vorliegenden Ausgabe der Zeitschrift NPR die erste wissenschaftliche Arbeit überhaupt erscheint. Für die letztgenannte Gruppe wurde mit dieser Ausgabe eigens die neue Rubrik "Studentische Arbeiten" geschaffen.

Somit stehen in dieser Zeitschrift wissenschaftliche Aufsätze, für deren Veröffentlichung zwei positive Rezensionen (es handelt sich dabei um die sog. double blind peer review, wobei mindestens eine Rezension aus dem Ausland kommt) erforderlich sind, neben redaktionellen Beiträgen, Übersetzungen von Arbeiten, die bereits in ausländischen Zeitschriften erschienen sind, und Erstveröffentlichungen junger Juristen. Dass die neue Zeitschrift NPR diese unterschiedlichen Gruppen von Autoren ansprechen konnte, dürfte, ebenso wie zahlreiche positive Reaktionen von Lesern und ein wiederum erhöhter Eingang von Manuskripten, ein Beleg dafür sein, dass die NPR anders ist als viele andere juristische Zeitschriften in der Region und somit eine Lücke in der hiesigen juristischen Literatur schließt.

Thematisch hat die vorliegende Ausgabe einen klaren Schwerpunkt. Nachdem sich in der ersten Ausgabe mehrere Beiträge mit der Juristenausbildung befassten und die zweite Ausgabe verschiedene Beiträge zum Strafrecht enthielt, steht in dieser Ausgabe eindeutig das Zivilrecht im Vordergrund. Dies nicht nur in Gestalt des jeweiligen nationalen Zivilrechts. Behandelt werden nämlich auch grenzüberschreitende Sachverhalte und Fragestellungen (also Fragen des Internationalen Privatrechts) und die europarechtlichen Dimensionen und Hintergründe des Zivilrechts.

Damit führt diese Zeitschrift augenscheinlich vor Augen, dass Recht längst keine ausschließlich nationale Sache mehr ist. Außerdem zeigen die diesbezüglichen Beiträge in dieser Zeitschrift, dass das Europarecht beileibe kein "Teilgebiet des Völkerrechts" ist, sondern längst auch das Privatrecht sowie diejenigen Rechtsgebiete durchdringt, mit denen Praktiker - auch wenn sie nur im eigenen nationalen Recht tätig sind - tagtäglich zu tun haben. Dies gilt übrigens auch für Staaten, die noch nicht Mitglied der Europäischen Union sind.

Besonders deutlich wird dies an dem Beitrag von Prof. Dr. Walter Rolland über die Auswirkungen des Gemeinschaftsrechts auf die nationalen Privatrechte. Liest man das Inhaltsverzeichnis dieser Zeitschrift, so könnte man meinen, dieser Beitrag sei - sozusagen als "Tüpfelchen auf dem i" - extra verfasst worden, um eine gemeinsame Klammer für verschiedene andere Beiträge zu bilden. Tatsächlich war dies jedoch keine Absicht. Unabhängig davon dürfte es sich nicht um einen Zufall handeln, sondern um einen weiteren Beleg dafür, dass all jene, die Beiträge für die NPR einreichen, von gemeinsamen Überlegungen, Erkenntnissen und Idealen angetrieben werden. Dazu gehört nicht zuletzt die Gewissheit, dass es weitaus pragmatischer ist, über das Verbindende nachzudenken, als das, was (oft nur in Nuancen) unterschiedlich ist, ständig zu betonen.

Die Herausgeber, Redakteure, Autoren und sonstigen Mitarbeiter der NPR werden weiterhin daran arbeiten, neben der fachlichen juristischen Diskussion auch den grenzüberschreitenden Gedanken, der bei der Gründung dieser Zeitschrift eine wesentliche Rolle spielte, zu fördern. Wir sind zuversichtlich, Ihnen bereits in der nächsten Ausgabe der Zeitschrift Neues über weitere, sehr konkrete Schritte in diese Richtung berichten zu können.

Abschließend möchten wir wiederum allen danken, die das Erscheinen dieser Zeitschrift überhaupt möglich gemacht haben.

Hier gäbe es eine ganze Reihe von Einzelpersonen zu nennen. Stattdessen wollen wir ohne Ansehen der Person allen Lesern, Mitarbeitern und insbesondere Autoren dieser Ausgabe ganz herzlich danken. Namentlich genannt werden sollen jedoch die juristischen Personen, ohne die es diese Zeitschrift überhaupt nicht geben würde. Dies sind zum einen die Deutsche Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit e.V. (kurz: IRZ) und die Deutsch-bosnisch-herzegowinische Juristenvereinigung (kurz DBHJV), die diese Zeitschrift herausgeben. Außerdem sind dies das Bundesministerium der Justiz und das Auswärtige Amt der Bundesrepublik Deutschland, die die finanziellen Mittel, die erforderlich sind, um die NPR herauszugeben, aus den Beiträgen der Steuerzahler der Bundesrepublik Deutschland zur Verfügung stellen.

Anschließend geben wir der Hoffnung Ausdruck, dass auch für die nächsten Ausgaben eine ähnliche Vielfalt von Manuskripten eingereicht wird. Interessenten bitten wir, den am Ende dieser Zeitschrift abgedruckten "Call for Papers", der nähere Angaben über die inhaltlichen und formalen Anforderungen von Manuskripten enthält, zu beachten. Falls Sie noch weitere Exemplare dieser (oder früherer) Ausgaben der NPR benötigen, können Sie diese als kostenfreies pdf-Dokument kostenfrei unter der Adresse novaprvnarevija@gmail.com anfordern.

Prof. Dr. Meliha Povolakić

Vorsitzende der

Deutsch-bosnisch-herzegowinischen Juristenvereinigung

Rechtsanwalt dr. Stefan Pürner

Leiter des Projektbereichs Bosnien und

Herzegowina bei der IRZ

Sadržaj

<i>Prof. dr. Walter Rolland</i> , Uticaj komunitarnog prava na nacionalna prava	9
---	---

ČLANCI

<i>Prof. dr. Suzana Bubić</i> , Ustanova porodičnog posredovanja u njemačkom, evropskom i domaćem pravu	16
<i>Doc. dr. Vojtěch Šimiček, Ph. D.</i> , Upravno sudstvo u Češkoj Republici – razvoj i odabrani problemi – Dio II	29
<i>Mag. sci. Darja Softić Kadenić, LL.M.</i> , Novo nasljedno pravo u entitetima Bosne i Hercegovine <i>de lege lata</i> i <i>de lege ferenda</i>	36
<i>Dr. Rolf Wagner</i> , Značaj Haške konferencije za međunarodno privatno pravo za međunarodnu saradnju u građanskim stvarima	45

AKTUELNOSTI IZ BOSANSKOHERCEGOVAČKOG ZAKONODAVSTVA I PRAVNE PRAKSE

<i>Prof. dr. Meliha Povlakić</i> , Dileme oko notarskog testamenta – povodom Rješenja Općinskog suda u Sarajevu broj 65 0 O 13136110 O od 31. 10. 2011. godine	51
--	----

AKTUELNOSTI IZ EVROPSKOG PRAVA

<i>Prof. dr. Meliha Povlakić</i> , Prijedlog Uredbe Evropskog parlamenta i Savjeta o Zajedničkom evropskom pravu prodaje KOM(2011) 635 final od 11.10.2011.	53
<i>Mag. sci. Dina Bajraktarević</i> , Prikaz odluke Suda Evropske unije o tumačenju pojma “upotreba povlaštene informacije” u slučaju <i>Spector Photo Group</i>	59
<i>Dr. Stefan Pürner</i> , Inicijativa za kontinentalno pravo	64

AKTUELNOSTI IZ NJEMAČKOG PRAVA

<i>Dr. Stefan Pürner</i> , Aktuelne odluke njemačkog Saveznog suda u skraćenom obliku	
---	--

AKTUELNOSTI IZ PRAVA REGIONA

<i>Jelena Brkić, M.A.</i> , Načelo oficijelnosti u založnom pravu Republike Srbije <i>de lege lata</i> i <i>de lege ferenda</i>	66
<i>Prof. Dr. Maja Kostić-Mandić</i> , Osvrt na novo međunarodno privatno pravo Crne Gore	71

PROPISI I MATERIJALI

<i>Dr. Karolina Mihaljević-Schulze / Dr. Stefan Pürner</i> , Slučaj “Emmely” njemačkog Saveznog suda za radnopravne sporove (Presuda od 10.6.2010 godine, 2 AZR 541/09)	75
---	----

STUDENTSKI RADOVI

<i>Mujo Vilašević</i> , Rod i nasilje : Bosna i Hercegovina – društvo u suočavanju sa žrtvama rodno zasnovanog nasilja	85
--	----

PRIKAZI KNJIGA

<i>Dr. Stefan Pürner</i> , Mathias Reiman/Joachim Zekoll: Introduction to German Law	92
<i>Dr. Stefan Pürner</i> , Jürgen Schwabe: Izabrane odluke njemačkog Saveznog ustavnog suda	93

ZNAČAJNI NJEMAČKI PRAVNICI

<i>Dr. Stefan Pürner, Paul Johannes Anselm von Feuerbach – I dio</i>	94
--	----

RAZNO

<i>Asmir Baćevac, Ljetna škola njemačkog prava – 2011</i>	96
<i>Đorđe Jeftić, Izvještaj sa susreta dosadašnjih učesnika programa hospitacije za advokate</i>	97
<i>Amila Kunosić-Ferizović, Prikaz obilježavanja Dana advokature advokatske/odvjetničke komore Federacije Bosne i Hercegovine</i>	99
<i>Ehlimana Memišević, Međunarodna naučna konferencija “200 godina Općeg građanskog zakonika” (izvještaj)</i>	100
<i>Dr. Stefan Pürner, Pravo na internetu</i>	102
<i>Angela Schmeink/Christian Hueck, Iz djelatnosti IRZ fondacije</i>	102
<i>Poziv za dostavljanje radova</i>	104

Inhaltsverzeichnis

<i>Prof. dr. Walter Rolland</i> , Die Auswirkungen des Gemeinschaftsrechts auf die nationalen Privatrechte	9
AUFsätze	
<i>Prof. dr. Suzana Bubić</i> , Das Rechtinstitut der Mediation im Familienrecht im europäischen, deutschen und einheimischen Recht	16
<i>Doc. dr. Vojtěch Šimiček, Ph. D.</i> , Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Tschechischen Republik – Entwicklung und ausgesuchte Probleme – Teil II	29
<i>Mag. sci. Darja Softić Kadenić, LL.M.</i> , Das neue Erbrecht der Entitäten Bosnien und Herzegowinas <i>de lege lata</i> und <i>de lege ferenda</i>	36
<i>Dr. Rolf Wagner</i> , Die Bedeutung der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht für die internationale Zusammenarbeit in Zivilsachen	45
AKTUELLES AUS BuH RECHT UND PRAXIS	
<i>Prof. dr. Meliha Povlakić</i> , Dilemmata hinsichtlich des notariellen Testamentes – anlässlich des Gerichtsbeschlusses des Amtsgerichtes Sarajevo Nr. 65 0 O 13136110 O vom 31.10.2011	51
AKTUELLES AUS DEM EU RECHT	
<i>Prof. dr. Meliha Povlakić</i> , Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht KOM(2011) 635 endgültig vom 11.10.2011	53
<i>Mag. sci. Dina Bajraktarević</i> , Vorstellung der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes über die Auslegung des Begriffes "Nutzung von Insiderinformationen" im Falle <i>Spector Photo Group</i>	59
<i>Dr. Stefan Pürner</i> , Initiative für kontinentales Recht	64
AKTUELLES AUS DEM DEUTSCHEN RECHT	
<i>Dr. Stefan Pürner</i> , Aktuelle Entscheidungen des BGH in Kurzform	65
AKTUELLES AUS DEM RECHT DER REGION	
<i>Jelena Brkić, M.A.</i> , Prinzip der amtlichen Verwertung im Pfandrecht der Republik Serbien <i>de lege ferenda</i>	66
<i>Prof. Dr. Maja Kostić-Mandić</i> , Zum neuen internationalen Privatrecht in Montenegro	71
VORSCHRIFTEN UND DOKUMENTE	
<i>Dr. Karolina Mihaljević-Schulze / Dr. Stefan Pürner</i> , Der sog. Emmely-Fall des BAG (Entscheidung vom 10.6.2010, 2 AZR 541/09)	75
STUDENTISCHE ARBEIT	
<i>Mujo Vilašević</i> , Geschlecht und Gewalt - Bosnien und Herzegowina: eine Gesellschaft wird mit den Opfern geschlechtsspezifischer Gewalt konfrontiert	85

BUCHBESPRECHUNGEN

<i>Dr. Stefan Pürner, Mathias Reiman/Joachim Zekoll: Introduction to German Law</i>	92
<i>Dr. Stefan Pürner, Jürgen Schwabe: Izabrane odluke njemačkog Saveznog ustavnog suda (Übersetzung des deutschen Buches Jürgen Schwabe, "Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts – Studienauswahl")</i>	93

BEDEUTENDE DEUTSCHE JURISTEN

<i>Dr. Stefan Pürner, Paul Johannes Anselm von Feuerbach – Teil I</i>	94
---	----

VERSCHIEDENES

<i>Asmir Baćevac, Sommerschule 2011 im deutschen Recht</i>	96
<i>Đorđe Jeftić, Bericht über das Ehemaligentreffen der IRZ-Anwaltshospitationen vom 12.-15. Mai 2011</i>	97
<i>Amila Kunosić-Ferizović, Bericht über den Anwaltstag der Rechtsanwaltskammer der Föderation Bosnien und Herzegowinas vom 24. und 25.09.2011</i>	99
<i>Ehlimana Memišević, Internationale wissenschaftliche Konferenz "200 Jahre ABGB"</i>	100
<i>Dr. Stefan Pürner, Recht im Internet</i>	102
<i>Angela Schmeink/Christian Hueck, Über die Tätigkeit der IRZ-Stiftung</i>	102
Call for Papers	106

Uticaj komunitarnog prava na nacionalna privatna prava¹

Prof. dr. Walter Rolland²

I. Uvod

Zakonodavna djelatnost u okviru Evropske unije u pravilu se posmatra u prvoj liniji u vezi s ekonomskim i monetarnim pitanjima. Pri tome se u značajno manjoj mjeri percipira da je ta pravna regulacija već izvjesno vrijeme zahvatila i privatno pravo država članica. Često se ne primjećuje da nešto što je uobičajeno u nacionalno pravo, ustvari ne predstavlja originarno nacionalno, već originarno komunitarno pravo (uredbe), ili se pak radi o implementaciji obavezujućih komunitarnih smjernica.

U nastavku će ukratko biti predstavljen razvoj ovog procesa promjene nacionalnih privatnih prava usljed uticaja komunitarnog prava.

S obzirom na to da taj razvoj u zadanom okviru ne može biti predstavljen u svojoj širini, ovaj prilog će se ograničiti na nekoliko temeljnih tačaka, prvenstveno na one ilustrativne prirode.³ Prije svega će biti riječi o pravnoj osnovi donošenja komunitarnog prava, potom će biti predstavljeni neki od najvažnijih pravnih akata s njihovim dejstvom i uticajem na nacionalna privatna prava, a posebno na njemačko građansko pravo.

II. Pravni osnov (nadležnost Evropske unije za reguliranje privatnog prava)

Ugovori o Evropskoj uniji ne sadržavaju opću nadležnost za donošenje pravnih normi u oblasti privatnog prava. Pravni osnovi za legislativne aktivnosti Evropske unije koji stoje u vezi s građanskim pravom, izvode se iz

različitih pojedinačnih odredbi. Tokom prvih godina po osnivanju Zajednice nedostajale su čak i ovakve odredbe. Tako su pravni akti naslanjani na generalne klauzule poput člana 3 h) Ugovora o Evropskoj zajednici (dalje UEZ)⁴ odnosno člana 100 (100a) UEZ⁵. U Mاستrihtskom ugovoru kojim je Evropska zajednica (EZ) zamijenjena Evropskom unijom (EU)⁶ proširen je dotadašnji obim saradnje uvrštavanjem oblasti pravosuđa i unutarnjih poslova (tzv. treći stub). (Privremeno) okončanje ovog razvoja predstavlja "konsolidirana verzija" Ugovora o Evropskoj uniji (UEU) i Ugovora o funkcioniranju Evropske unije (UFEU) od 30. 3. 2010. godine.⁷ U njima je moguće naći brojna pravila o nadležnosti pri čemu osnovni kriterij predstavlja potreba za jačanjem unutarnjeg tržišta. Tako Unija prema članu 26. UFEU (ex-Art. 14. UEZ) može donositi "neophodne mjere", kako bi, "u skladu sa odgovarajućim odredbama Ugovora, ostvarila unutarnje tržište odnosno omogućila njegovo funkcioniranje." Za ostvarenje cilja člana 26. mogu se poduzimati "mjere harmoniziranja pravnih i administrativnih propisa država članica, koje imaju za predmet uspostavljanje i funkcioniranje unutarnjeg tržišta" (čl. 114. UFEU, što predstavlja ex-Art. 95. UEZ). Izričitu odredbu u pogledu građanskopravnih pitanja sadrži član 81. UFEU (ex-Art. 65. UEZ). Prema stavu 1. ovog člana Unija razvija "pravosudnu saradnju u civilnopravnim predmetima prekograničnog karaktera, koja se zasniva na principu međusobnog priznavanja sudskih i vansudskih odluka. Ova saradnja može obuhvatiti i donošenje mjera za harmoniziranje pravnih propisa država članica".

Ovo podrazumijeva prvenstveno "usklađivanje kolizijskih normi i propisa o izbjegavanju sukoba nadležnosti

¹ Ovaj prilog predstavlja pisanu verziju kratkog referata pod naslovom: "Koliko je njemačko obligaciono pravo još njemačko – koliko je već evropsko?" kojeg je autor održao 7. 12. 2010. godine povodom manifestacije "2. dan njemačkog prava u Bosni i Hercegovini", organizirane u saradnji Pravnog fakulteta u Sarajevu, Njemačke fondacije za međunarodnu pravnu saradnju e. V. (IRZ fondacija) i Njemačko-bosanskohercegovačkog udruženja pravnika (DBHJV). Prvobitni oblik referata je uz manje dopune zadržan.

² Autor je profesor (emeritus) na Univerzitetu Martin-Luther u Halle-Wittenbergu.

³ Stoga nisu uzeti u obzir obimni komunitarni pravni akti iz oblasti trgovačkog prava i prava društava (uporedi npr. samo Direktivu Vijeća od 8. oktobra 2001. (2157/2001) o statutu evropskog društva (SE) Amtsblatt (kurz ABl. – Službeni list Evropske unije) L 294 od 10. 11. 2001, str. 1).

⁴ "Djelovanje Zajednice (...) prema ovom Ugovoru obuhvata harmoniziranje unutarnjih propisa država, u mjeri u kojoj je to neophodno za uredno funkcioniranje zajedničkog tržišta."

⁵ "Vijeće na prijedlog Komisije jednoglasno donosi Direktive u svrhu harmoniziranja onih pravnih i administrativnih propisa država članica, koji imaju neposredan uticaj na stvaranje i funkcioniranje zajedničkog tržišta."

⁶ Ugovor o Evropskoj uniji od 7. februara 1992. godine, na snazi od 1. novembra 1993. god., ABl 92/C 191/01; Bundesgesetzblatt / Savezni službeni list – dalje BGBl. 1992 II 1251.

⁷ ABl. 2010/C 83/01.

država članica" (član 81. st. 2.c UFEU). U vezi s pravom potrošača značajan je član 169. UFEU (ex-Art. 153. UEZ). Prema stavu 1. ovog člana, Evropska unija između ostalog može "radi očuvanja i unapređenja interesa potrošača i radi osiguranja visokog standarda zaštite potrošača, doprinosti zaštiti (...) ekonomskih interesa potrošača".⁸

III. Pregled najvažnijih privatnopravnih akata koji se baziraju na komunitarnoj osnovi

1. Uređenje zaštite potrošača

Najraniji zakonodavni akti koji su značili intervenciju u nacionalna privatna prava su akti vezani za zaštitu potrošača. To nije začuđujuće s obzirom na to da je postojao i postoji jasan pravni osnov za djelovanje i s obzirom na to da su – barem prvobitno – uređivani samo specifični problemi, koji načelno nisu dovodili u pitanje nacionalne privatnopravne poretke i njihove strukture.

a) Odgovornost za ispravnost proizvoda

Još 1985. godine Zajednica je usvojila Direktivu o odgovornosti za neispravne proizvode (Direktiva 85/374/EEZ).⁹ Ova direktiva se oslanjala na Ugovor o osnivanju Evropske ekonomske zajednice, naročito na tadašnji član 100 Ugovora o EEZ koji uređuje odgovornost za ispravnost proizvoda predviđa široko postavljenu objektivnu odgovornost proizvođača za proizvode stavljene u promet. U izvornoj verziji je u članu 4. ove direktive u kontekstu definicije pojma "proizvod" postojalo ograničenje prema kome su "poljoprivredni prirodni proizvodi i lovački proizvodi" bili izuzeti iz primjene prava odgovornosti za ispravnost proizvoda. Ova privilegija je, međutim, ukinuta Direktivom o izmjenama od 4. 6. 1999. godine (Direktiva 1999/34/EZ).¹⁰ Direktiva o izmjenama iz 1999. godine naslanja se na, u međuvremenu zasnovanu, nadležnost u skladu s tadašnjim članom 95. UEZ.

U Njemačkoj su obje direktive, transponirane u nacionalno pravo posebnim zakonima (Zakon od 15. 12. 1989. godine¹¹; Zakon od 2. 11. 2000¹²), dovele do temeljnih izmjena režima odgovornosti za neispravne proizvode. Do tog trenutka takva opća objektivna odgovornost za neispravne proizvode nije postojala u njemačkom pravu. Tu situaciju koja je bila nepovoljna za oštećenog sudovi su nastojali korigirati naročito putem promjene pravila o

teretu dokazivanja krivnje. Ovo rješenje iz nužde, međutim, nije bilo zadovoljavajuće.

U kontekstu odgovornosti za proizvode treba posmatrati i Direktivu o općoj sigurnosti proizvoda od 29. 6. 1992. godine (Direktiva 92/59/EEZ)¹³ s brojnim izmjenama i dopunama (koje se odnose na pojedine uređaje).¹⁴ Ona postavlja standarde za sigurnost proizvoda. Regulativa je, doduše, javnopravne prirode, ali ona ima i veliki značaj za građanskopravne zahtjeve za naknadu štete, naročito u skladu s pravom odgovornosti za ispravnost proizvoda, pošto često može doprinijeti razjašnjenju pitanja da li se radi o neispravnom proizvodu.

b) Ugovori zaključeni izvan poslovnih prostorija

U vremenskom kontekstu s Direktivom o odgovornosti za neispravne proizvode, Evropska ekonomska zajednica je donijela i Direktivu od 20. decembra 1985. godine o zaštiti potrošača u slučaju ugovora zaključenih izvan poslovnih prostorija (Direktiva 85/577/EEZ).¹⁵

Ova direktiva je u njemačko nacionalno pravo implementirana posredstvom Zakona o opozivu poslova zaključenih na kućnim vratima i drugim sličnim poslovima.¹⁶ Tokom reforme obligacionog prava (Zakon o moderniziranju obligacionog prava od 26. novembra 2001. godine,¹⁷ koji je stupio na snagu 1. januara 2002. godine), ovo uređenje je integrirano u BGB (Njemački građanski zakonik), i nalazi se u § 312, 312a BGB-a. Centralni dio uređenja poslova na kućnim vratima predstavlja mogućnost datu potrošaču da tako zaključeni ugovor može bez ikakvog obrazloženja opozvati u roku od 2 sedmice. I u ovoj oblasti je Direktiva dovela do supstancijalnih izmjena njemačkog obligacionog prava.

c) Potrošački kredit

Zaštitu potrošača u vezi s problemima finansiranja (naročito prilikom uzimanja zajma) Zajednica je etablirala putem Direktive 87/102/EEZ od 22. decembra 1986. o harmoniziranju pravnih i administrativnih propisa država članica o potrošačkom kreditu,¹⁸ koja je modificirana novom Direktivom 2008/48/EG od 23. 4. 2008. godine.¹⁹

Temeljne dijelove ovih direktiva čine, s jedne strane, obavezna pismena forma pravnih poslova o potrošačkom kreditu (čl. 4. st. 1.), i načelo transparentnosti s druge strane (čl. 4. st. 2.), kojim se postiže da ugovor mora izričito sadržavati sve propisane bitne elemente njegovog sadržaja, naročito podatke o efektivnoj godišnjoj kamatnoj stopi i posljedice prekoračenja kredita. Ukoliko nedo-

⁸) U pogledu razgraničenja nadležnosti između država članica i Zajednice u smislu podijeljenih nadležnosti u skladu s članom 4. UFEU o postupku za donošenje "Mjera harmonizacije pravnih i administrativnih propisa država članica koje imaju za predmet uspostavljanje i funkcioniranje zajedničkog tržišta" vidi član 114. UFEU; prema stavu 3. ovog člana "Komisija u njenim prijedlozima u skladu sa stavom 1. u oblastima (...) zaštite potrošača polazi od visokog nivoa zaštite".

⁹) ABL 1985 L 210/29.

¹⁰) ABL 1999 L 141/20.

¹¹) BGBI. 1989 I str. 2198.

¹²) BGBI. 2000 I str. 1478.

¹³) ABL 1992 L 228/24.

¹⁴) Direktiva 2001/95/EZ od 3. 12. 2001 ABL L 11 str. 4.

¹⁵) ABL 1985 L 372/31.

¹⁶) Zakon o opozivu poslova na kućnim vratima od 16. januara 1986. godine (BGBI. I str. 122).

¹⁷) BGBI. I str. 3138.

¹⁸) ABL 1987 L 42/48.

¹⁹) ABL L 133/66.

staju predviđeni podaci ili nije ispoštovana pismena forma, ugovor ne proizvodi pravna dejstva. Potrošač ima i pravo da u roku od četrnaest dana opozove ugovor o kreditu bez navođenja razloga (čl. 14.). Direktiva o potrošačkom kreditu je u njemačko nacionalno pravo implementirana putem posebnog zakona (Zakon o potrošačkom kreditu 1. 1. 1991. god.). Tokom već pomenute reforme obligacionog prava ove su odredbe integrirane u Njemački građanski zakonik (BGB) kao dio posebnog obligacionog prava (§ 491. i dalje BGB-a, pri čemu je opoziv reguliran § 495, a nedostatak forme u § 494).

d) Direktiva o turističkim paket aranžmanima

Zajednica je usvojila Direktivu 90/314/EEZ od 13. juna 1990. o turističkim paket aranžmanima.²⁰ Direktiva se naslanjala na tadašnji član 100.a Ugovora o EEZ. Upečatljivo je da se ova direktiva ne ograničava samo na uređenje prekograničnih turističkih paket aranžmana. Ona važi i za ugovore koji nemaju prekogranični karakter, pri čemu ona u tom kontekstu nije definirana prvenstveno kao regulativa za zaštitu potrošača, kod koje bi se prekogranični aspekt ovdje čak mogao zanemariti. Obrazloženje prema kojem je uređenje neophodno za "funkcioniranje zajedničkog tržišta" smatra se zadovoljavajućim. Tako se u obrazloženju navodi, da uređenje paket turističkih aranžmana u pojedinačnim državama članicama pokazuje značajne razlike i da je i praksa pojedinačnih država u ovoj oblasti vrlo različita. To dovodi do smetnji slobode kretanja usluga na području paket turističkih aranžmana i otežava konkurenciju između preduzeća iz turističkog sektora sa sjedištem u različitim državama članicama. Zajednička pravila za turističke paket aranžmane služe uklanjanju ovih smetnji i tako dovode do ostvarenja zajedničkog tržišta usluga. Preduzeća iz turističkog sektora sa sjedištem u jednoj državi članici na taj način mogu nuditi svoje usluge u drugim državama članicama, a potrošači u Zajednici dobili su mogućnost da u različitim državama zaključuju turističke paket aranžmane po uporedivim uslovima.

Ova direktiva je neposredno transponirana u BGB (§ 651.a i dalje BGB-a – Ugovor o turističkom putovanju). Ona služi zaštiti putnika (obaveze informiranja, pravila u slučaju otkazivanja putovanja, dopuštenost prenosa ugovora, osiguranje zahtjeva putnika, itd.). Ona je temeljito promijenila važeće njemačko pravo.

e) Ugovor o timesharingu

Direktiva 94/47/EZ od 26. oktobra 1994. godine o timesharingu²¹ namijenjena je "zaštiti sticatelja u pogledu određenih aspekata ugovora o sticanju prava korištenja nekretnina na određeno vrijeme". Ni ova direktiva nije definirana kao direktiva za zaštitu potrošača, nego kao instrument koji treba osigurati "uredno

funkcioniranje unutarnjeg tržišta" i spriječiti "ometanje konkurencije i izoliranje tržišta pojedinačnih država članica". U skladu s tim se direktiva naslanjala na tadašnji član 100a Ugovora o EEZ. Predviđena zaštita sticatelja se ostvaruje naročito kroz strogu obavezu informiranja, propisivanje minimalnog sadržaja ugovora, obavezu pismenu formu, kao i ovlaštenje sticatelja da u roku od 10 dana bez obrazloženja odstupi od ugovora. Direktiva je putem Zakona o otuđenju privremenog prava korištenja stambenih zgrada (*Gesetz über die Veräußerung von Teilzeitnutzungsrechten an Wohngebäuden*) od 20. decembra 1996. godine²² implementirana u njemačko pravo. Tokom reforme obligacionog prava i ove su odredbe integrirane u BGB (§ 481. i dalje), pri čemu je rok za opozivanje ugovora produžen na dvije sedmice (§ 485. BGB). To je bilo moguće s obzirom na to da Direktiva u skladu s članom 11. utvrđuje samo minimalni standard, koji ne isključuje dalju razradu u nacionalnom pravu.

f) Distanciona prodaja

U kontekstu ovdje obrađenih instrumenata potrebno je pomenuti i Direktivu 97/7/EZ od 20. maja 1997. godine²³ o zaštiti potrošača prilikom zaključenja ugovora na daljinu, čiji se ključni elementi također svode na obaveze informiranja, te mogućnost opoziva ugovora u roku od dvije sedmice bez obrazloženja; ova direktiva je kasnije proširena na područje finansijskih usluga (Direktiva 02/65 EZ od 23. 9. 2002. godine).²⁴ U pogledu njemačkog prava uporedi § 312b BGB, opoziv § 312d BGB.

g) Nepoštene klauzule u potrošačkim ugovorima

Direktiva 93/13/EEZ od 5. aprila 1993. godine o nepoštenim klauzulama u potrošačkim ugovorima,²⁵ koja se također naslanjala na tadašnji član 100a UEZ, ne odnosi se na potrošačke ugovore kao takve, nego samo na ugovore koji su zaključeni na temelju općih uslova poslovanja, koji su formulirani od strane "poduzetnika". Pod pojmom poduzetnik, Direktiva podrazumijeva "fizičku ili pravnu osobu, koja kod ugovora djeluje u okviru svoje poslovne djelatnosti, odnosno zanimanja; ovo važi i za pravne osobe javnog prava (čl. 2c). Ova regulacija zadire duboko u strukturu obligacionog prava. Radi se o sadržajnoj kontroli općih uslova poslovanja. Načelo stranačke autonomije, koje vrijedi na području obligacionog prava, se pri tome ne probija samo periferno, kako bi se korigirale pojedinačne nepoštene odredbe, nego opći uslovi poslovanja podliježu kontroli sa aspekta njihove materijalne pravednosti. Na prvom mjestu stoji uvjerenje da poduzetnik koji formuliра opće uslove poslovanja i iste prezentira potrošaču, na taj način za sebe može

²⁰⁾ ABl. 1990 L 158/59.

²¹⁾ ABl. 1994 L 280/83.

²²⁾ BGBl. I S. 2154.

²³⁾ ABl. 1997 L 144/19.

²⁴⁾ ABl. 2002 L 271/16.

²⁵⁾ ABl. 1993 L 95/29.

izdejsstvovati prednost. Pošto poduzetnik u odnosu na svog ugovornog partnera uglavnom adekvatnije može procijeniti šanse i rizike pravnog posla koji se zaključuje, on može putem unaprijed formuliranih općih uslova poslovanja pokušati jednostrano nametnuti ugovor u skladu sa svojim predstavama. Potrošač nije uvijek u stanju da prepozna njihov značaj u punom obimu, a često nema izgleda da će doći do zaključenja ugovora ukoliko ne prihvati uslove poslovanja druge strane. Upečatljivo je da pravila o općim uslovima poslovanja nemaju za cilj samo da potisnu njihovu primjenu, nego ona mnogo više kontroliraju njihov sadržaj, kako bi na taj način naknadno izjednačili neravnotežu koja prilikom pregovora nastaje u korist poduzetnika.

Direktiva EZ o nepoštenim klauzulama u odnosu na njemačko pravo nije izazvala značajne potrebe za izmjenama. Ona je naišla na već etablirana rješenja u nacionalnom pravu Njemačke. Sudska praksa je već prije donošenja ove direktive i to vrlo rano prepoznala, da se načelo autonomije volje, s obzirom na izmijenjene ekonomske strukture, naročito prilikom upotrebe općih uslova poslovanja, više ne može smatrati garancijom pravednosti. Prvo se pokušala vršiti sadržajna kontrola općih uvjeta poslovanja upotrebom pravila o ugovorima protivnim dobrim običajima (§ 138. BGB) i u skladu s načelom savjesnosti i poštenja (§ 242. BGB)²⁶, koja je, naravno, naišla na svoje granice. Stoga je 1976. godine donesen Zakon o uređenju prava općih uslova poslovanja²⁷ koji je u okviru reforme obligacionog prava integriran u BGB (§ 305 i dalje BGB). Te odredbe su u ključnim tačkama već anticipirale pravila koja će kasnije biti predviđena Direktivom. Osim toga, nacionalna regulacija ima i značajno šire polje primjene u odnosu na Direktivu. Njemačko pravo u pogledu općih uvjeta poslovanja načelno vrijedi općenito, odnosno nije ograničeno na odnos poduzetnika i potrošača; ono ne pretpostavlja da u svim slučajevima ugovorni partner potrošača mora biti "poduzetnik". Dosljedno tome, Zakon upotrebljava neutralni pojam korisnika općih uslova poslovanja. Pred ovom pozadinom nije moguće tvrditi, da se njemačko pravo općih uslova poslovanja razvilo usljed implementiranja komunitarnog prava. To, međutim, ne mijenja činjenicu, da je kroz naknadno donesenu Direktivu nastala obaveza, koja njemačkog zakonodavca sprečava da mijenja nacionalna pravila odstupajući time od minimalnog standarda postavljenog Direktivom (vidi član 8). Time je utvrđeno komunitarno pravo s unutrašnjim djelovanjem.

h) Prodaja potrošačke robe

Poseban značaj za njemačko obligaciono pravo stekla je Direktiva 99/44 EZ od 25. maja 1999. o određenim

aspektima prodaje potrošačke robe i garancija za potrošačku robu²⁸. Direktiva se prvenstveno bavi odgovornošću za faktičke i pravne nedostatke prilikom kupovine potrošačke robe. Ona se, iako se ima primjenjivati samo na potrošačku robu, dogmatski odnosi na centralni dio obligacionog prava. U obrazloženju Direktive, koja se naslanjala na tadašnji član 95. UEZ, naglašava se da se time doprinosi ostvarenju visokog nivoa zaštite potrošača, kako je bilo predviđeno članom 153. st. 1. i 3. UEZ. Slobodna prodaja robe se ne odnosi samo na profesionalne trgovce nego i na privatne osobe. To znači da potrošačima iz jedne zemlje članice mora biti moguće, na temelju primjerenih ujednačenih minimalnih propisa, da slobodno kupuju na području neke druge države članice. Polazna tačka ove direktive je pravilo, prema kojem je prodavac odgovoran kupcu za svako kršenje ugovora koje postoji u momentu isporuke robe. Time se odgovornost za faktičke nedostatke predstavlja kao kategorija nepotpunog ispunjenja ugovora. Ova dogmatska konstrukcija je internacionalno rasprostranjena, ona se nalazi i u međunarodnom trgovačkom pravu (čl. 35. i dalje Konvencije o međunarodnoj prodaji robe – CISG).²⁹ Situacija je u njemačkom pravu izgledala drugačije. U BGB-u odgovornost za faktičke nedostatke nije predstavljala sastavni dio nepravilnog ispunjenja, nego zaseban režim odgovornosti sa samostalnim pravilima (§ 459. i dalje BGB stara verzija). Ovo se prvenstveno odnosilo na pravila kupoprodajnog ugovora o jednostranom raskidu ugovora, što je s jedne strane predstavljalo jednostranu pravna moć odstupanja od ugovora koja je bila bazirana na krivici (npr. čl. 325, 326. BGB), s druge strane preobražajno pravo koje nije bilo bazirano na krivici (ograničeno na postojanje faktičkog nedostatka) kao zahtjev za raskidom ugovora (ili smanjenjem kupoprodajne cijene) (§ 462 BGB stara verzija); ova su pravila postojala i kod ugovora o djelu (§ 634 BGB).

Ove posebnosti u njemačkom pravu se temelje još na rimskom pravu koje je predviđalo poseban pravni režim za posebne vrste ugovora o prodaji. Riječ je o tzv. ugovorima trgovaca koji su bili u nadležnosti posebnih trgovačkih sudova. Njemačko privatno pravo stoji pod velikim uticajem rimskog prava, pa je razumljivo da je i ova oblast opstala tokom vremena.

Za njemačkog zakonodavca se postavilo pitanje na koji način da provede implementaciju Direktive. Jedna mogućnost je bila Direktivu preuzeti u potpunosti. To bi imalo za posljedicu da bi u okviru uređenja režima odgovornosti kod ugovora o prodaji postojala dva dogmatski različita obligacionopravna sistema, novo pravo za potrošačku kupoprodaju i prevaziđeno staro pravo za ostale ugovore o prodaji. Prevladalo je mišljenje prema kojem ovakav pristup ne bi bio prihvatljiv i to ne samo iz pra-

²⁶) Presude Saveznog vrhovnog suda BGHZ 22, 94; 41, 154; 60, 380.

²⁷) Zakon od 9. 12. 1976., BGBl. I str. 3317; BGBl. 1989 I str. 2486.

²⁸) ABl. 1999 L 171/12.

²⁹) BGBl. 1989 II str. 586.

vno-sistemskih aspekata. To je rezultiralo time da je pravo odgovornosti trgovaca (tj. odgovornost za faktičke nedostatke) reformirano u okviru opće reforme obligacionog prava. Posebni režim je ukinut i odgovornost za faktičke nedostatke je sada uređena kao dio općeg obligacionog prava.

Posljedice koje je izazvala ova direktiva se ne ograničavaju samo na upravo predstavljenu korekciju dogmatske strukture prava odgovornosti. Potrebno je napomenuti i izjednačavanje pravnog nedostatka s faktičkim nedostatkom, jer se prema starom njemačkom pravu pravni nedostatak nije posmatrao kao nedostatak, nego kao slučaj neispunjenja, uz rezultat da se nije mogao primjenjivati posebni režim. Vrlo značajna intervencija se sastojala i u prilagođavanju rokova za ostvarenje zahtjeva u slučaju faktičkog ili pravnog nedostatka sa šest mjeseci na dvije godine u skladu s Direktivom.

Zaključno je moguće naglasiti da je Direktiva o prodaji potrošačke robe vrlo ilustrativan primjer u kojoj mjeri komunitarnopravni akti obuhvataju, ali i materijalno oblikuju nacionalno građansko pravo.

IV. Komunitarno pravo, međunarodno privatno i međunarodno procesno pravo

Nije začuđujuće da se EU u okviru svojih nastojanja za harmonizacijom prvenstveno posvetila međunarodnom privatnom i procesnom pravu, s obzirom na to da obje ove oblasti već strukturalno sadržavaju element inostranosti koji je relevantan sa aspekta “dobro funkcionirajućeg unutarnjeg tržišta”. Veliki impuls na ovom polju dao je Ugovor iz Amsterdama. Tako je već član 61. Ugovora o EZ (ex-Art. 73. i) sadržavao program prema kojem u okviru “postepene izgradnje prostora slobode, sigurnosti i pravde” Vijeće treba u roku od pet godina po stupanju na snagu Ugovora iz Amsterdama, između ostalog, donijeti mjere u oblasti pravosudne saradnje u građanskopravnim stvarima u skladu s članom 65. U međuvremenu se nadležnost Zajednice za reguliranje međunarodnoprivatnih (kao i međunarodnih procesnopravnih pitanja) zasniva na članu 81. UFEU (ex-Art. 65. UEZ u verziji Amsterdamskog ugovora iz 1997.). Prema stavu 1. tog člana, Unija razvija pravosudnu saradnju u građanskopravnim predmetima s elementom inostranosti, koja se zasniva na načelu međusobnog priznavanja sudskih i vansudskih odluka. Ova saradnja može obuhvatiti i donošenje mjera u cilju harmoniziranja pravnih propisa država članica. Ovdje spadaju prema stavu 2.c) člana 81. UFEU i mjere koje osiguravaju usklađenost kolizionih normi koje važe u državama članicama kao i propisa o međunarodnoj nadležnosti država članica u svrhu izbjegavanja sukoba nadležnosti.

Prvi sveobuhvatni instrument koji je usvojen iz oblasti međunarodnog privatnog prava jeste Uredba (EZ) br. 593/2008 od 17. juna 2008. godine o pravu mjerodavnom

za ugovorne obligacije od 4. 7. 2008, tzv. Uredba Rim I³⁰. Uredba se prvenstveno bazirala na tadašnjem članu 61c i članu 67. stav 5, druga alineja UEZ.³¹ Predmet Uredbe je harmonizacija kolizionopravnih pravila u oblasti ugovornog prava. Radi se o pitanju koje pravo primijeniti kada se radi o ugovornim odnosima s elementom inostranosti. Postiže se jedinstveno uređenje tačaka vezivanja. Primarna tačka vezivanja jeste sporazum stranaka, pomoćno se vezivanje vrši za pravo mjesta gdje se izvršava glavna obaveza, tako npr. kod ugovora o prodaji, za pravo mjesta u kojem prodavac ima svoje uobičajeno boravište. Zajednica, međutim, na sadržaj ove uredbe ne može prisvajati autorska prava. Osnovne tačke regulacije su bile sadržane u ranije važećoj Konvenciji o pravu mjerodavnom za ugovorne obligacije koja je bila zaključena 19. juna 1980. godine u Rimu.³² Članice EU su već ranije bile članice ove konvencije. Zajednica je tu konvenciju “pretočila” u komunitarnopravnu Uredbu i time joj dala karakter komunitarnog instrumenta. Označavanje konvencije kao “Rim I” je također preuzeto. Od velikog značaja za jedinstvenu primjenu Uredbe je okolnost da je pretvaranjem Konvencije u instrument Zajednice zasnovana nadležnost Evropskog suda za tumačenje njenih odredbi. Za njemačko pravo Uredba Rim I nije donijela ništa značajno novo. Njemačko međunarodno privatno pravo se zasnivalo (i zasniva se) na uporedivim principima (čl. 27. i 28. Uvodnog zakona u Njemački građanski zakonik – EGBGB).

Poslije Uredbe Rim I slijedila je Uredba EZ 864/2007 od 31. 7. 2007. godine³³ (Rim II.). EZ je harmonizirala kolizione norme o pravu mjerodavnom za vanugovorne obligacije. U osnovi se radi o pitanju kolizionopravnog vezivanja vanugovornih obligacija, “koje posjeduju vezu sa pravom različitih zemalja” (član 1. st. 1). U najvažnije vanugovorne obligacije prema članu 2. spadaju prvenstveno zahtjevi usljed prouzrokovanja štete, neosnovanog bogaćenja, posloводства bez naloga (“*negotiorum gestio*”) i predugovorne odgovornosti (“*culpa in contrahendo*”). Daljnje kolizionopravne regulacije su u pripremi. U ovom kontekstu treba naročito pomenuti prijedlog Uredbe Vijeća o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznavanju i izvršenju odluka u oblasti imovine bračnih drugova od 16. 3. 2011. (KOM(2011) 126/2; 2011/0059 (CNS)).³⁴

U oblasti procesnog prava moguće je posmatrati sličan razvoj. Već je postojala međunarodna Konvencija

³⁰) Abl. 177; vidi i [KOM \(2002\) 654 final](#).

³¹) Član 67. stav 5. ima za cilj da izuzme porodičnopravne predmete iz polja primjene.

³²) BGBl. 1986 II 809; 1991 II 871.

³³) Abl. L 199/40.

³⁴) Uporedi i pripremljene dokumente KOM(2011) 125, KOM(2011) 127, SEK(2011) 327, SEK(2011) 328; Prijedlog je pripremljen i putem Zelene knjige od 17. 7. 2006. godine KOM (2006) 400 finalna verzija; SEK(2006) 952, dopunjen radnim papirima SEK(2006) 400 final; SEK(2006) 952.

od 27. septembra 1968. godine o sudskoj nadležnosti i izvršenju sudskih odluka u građanskopravnim i trgovačkim stvarima.³⁵ Ovaj je sporazum, zaključen u obliku međunarodne konvencije o sudskoj nadležnosti i izvršenju s djelovanjem od 1. marta 2002. godine za sve države Evropske unije izuzev Danske, zamijenjen (vidi član 68. Uredbe) Uredbom 44/2001 Vijeća od 22. 12. 2000. o sudskoj nadležnosti i priznanju i izvršenju odluka u građanskim i trgovačkim stvarima, tzv. Uredba Brisel I.³⁶ Posljednja izmjena je bila putem Uredbe br. 1103/2008 od 22. 10. 2008. s dejstvom od 4. 12. 2008. god. Usvajanjem Uredbe dosadašnja konvencija kao međunarodni sporazum preinačena je u komunitarno pravo.

Materija priznanja i izvršenja sudskih odluka koja nije bila regulisana samo Uredbom Brisel I, a koja se odnosila na građanske i trgovačke stvari, već je bila praćena Uredbom 1347/2000 Vijeća od 29. maja 2000. o nadležnosti, priznavanju i izvršenju odluka u bračnim stvarima i u postupcima u odnosu na roditeljsku brigu o zajedničkoj djeci, tzv. Uredba Brisel II.³⁷ Ova je pak Uredba zamijenjena Uredbom EZ 2201/2003 Vijeća od 27. novembra 2003. god. o nadležnosti i priznavanju i izvršenju odluka u bračnim predmetima i postupcima o roditeljskoj odgovornosti (Brisel IIa).

Ovaj kroz egzemplarno prikazane pravne akte obilježeni razvoj, u cilju harmoniziranja kolizionog prava i sudske nadležnosti u građanskom pravu sistematski se nastavlja od strane EU.³⁸

Moguće je rezimirati da su važeća nacionalna prava, pa tako i njemačko pravo, naročito u oblasti međunarodnog privatnog i međunarodnog procesnog prava, u značajnoj mjeri određena komunitarnim pravom, a ovaj razvoj još nije okončan.

V. Dalji razvoj evropskog privatnog prava

Prilikom razmišljanja o pitanju u kojoj mjeri je privatno pravo određeno međunarodnim pravom, a naročito koliko je ono komunitarnopravne prirode, ili u kojoj se mjeri zasniva na komunitarnopravnim odrednicama, ne mogu se izostaviti ostala konkretna nastojanja koja ciljaju na približavanje nacionalnih privatnih prava, odnosno u najboljem slučaju, na potpuno ili djelomično ujednačavanje. Prisutan je san o evropskom građanskom zakoniku. Nije moguće na ovom mjestu uzeti u obzir sve institucije koje rade na ovom cilju.³⁹ Samo kratko treba pomenuti napore *UNIDROIT* u Rimu, koji su 1994. doveli do objavljivanja jednog nacrtu, tzv. *Unidroit Principles for International Commercial Contracts*. Ova

ideja zamišljena da važi univerzalno (ne samo u okviru EU) je stupila u pozadinu nakon što su se evropske konkurentne grupacije intenzivno prihvatile ove teme.

Evropska komisija u vlastitoj režiji prvobitno nije poduzimala nikakve aktivnosti. Evropski parlament je u tri rezolucije (iz 1989, 1994. i 2001. godine) zahtijevao stvaranje evropskog građanskog zakonika pripremljenog od strane predstavnika pravne nauke. Godine 1999. je Evropsko vijeće zadužilo Komisiju da o ovom pitanju predoči izvještaj. Komisija je zatim pozvala na pripremanje detaljnih konsultacija od strane pravne nauke putem osnivanja evropskog pravnog instituta. U akcionom planu iz 2003. godine predloženo je da se ovaj zadatak poduzme u saradnji s postojećim istraživačkim grupama. Cilj tih napora je izrada zajedničkog referentnog okvira, koji bi sadržavao terminologiju, temeljna pravila i koncepte, i koji bi mogao služiti kao osnova za mogući opcion pravni instrument.⁴⁰

Najvažnije grupacije između kojih se razvila saradnja s Komisijom su *Study Group on a European Civil Code* i *Research Group on EC Private Law (Acquis Group)*, koje opet međusobno vrlo usko sarađuju.⁴¹ One se sastoje u prvoj liniji od profesora evropskih univerziteta. Nakon dugogodišnjeg rada su *Study Group* i *Acquis Group* predstavile rezultate svog istraživanja: godine 2009. je objavljeno djelo u deset tomova, koje nosi naslov "*Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*", podnaslov "*Draft Common Frame of Reference*" (DCFR).⁴²

Ovo djelo obuhvata sve oblasti koje čine obligacionopravni dio jedne građanske kodifikacije, tako naročito odredbe o nastanku obligacionih odnosa, o sankcijama kod nepravilnog ispunjenja, pluralitetu subjekata na strani dužnika ili povjerilaca, zamjeni ugovornih strana itd. Osim pitanja općeg prava obligacija i ugovora, regulirani su i posebni ugovori, poput ugovora o kupoprodaji, najmu, zakupu i uslugama. Međutim on nije ograničen samo na ugovorno pravo, jer regulira i vanugovorne obligacione odnose (naknada štete, neosnovano bogaćenje, posloводство bez naloga) niti samo na obligaciono pravo (regulira sticanje prava vlasništva na pokretnim stvarima, osiguranja na pokretnim stvarima i trust). Sa aspekta njemačkog prava time su zahvaćene oblasti naknade štete za nedozvoljeno djelovanje, kao i propisi o bezrazložnom bogaćenju i poslovodu bez naloga. Uz pojedinačne odredbe su dana – dijelom i uporednopravna

³⁵⁾ BGBl. 1972 II str. 774.

³⁶⁾ ABl. 12 od 16. 1. 2001. godine, str. 1, ispravka objavljena u ABl. L 307 od 24. 11. 2001. god. str. 28.

³⁷⁾ ABl. L 160 od 30. 6. 2000.

³⁸⁾ Vidi pregled na www.euzpr.eu.

³⁹⁾ Vidi pregled o akademskim radnim grupama i institucijama pod: www.ipr.uni-koeln.de.

⁴⁰⁾ Akcioni plan za koherentno evropsko ugovorno pravo – Saopćenje Komisije Evropskom parlamentu i Vijeću, od 12. 2. 2003. god. – KOM(2003) 68 final.

⁴¹⁾ Obje se baziraju na prethodnom radu Komisije za evropsko ugovorno pravo (Lando-komisija), koja je izradila "Osnovne principe evropskog ugovornog prava (PECL)" (dostupno na: http://www.cbs.dk/departments/law/staff/ol/commission_on_ecl/index.html).

⁴²⁾ Vidi pregled kod: Schmidt-Kessel (Hrsg.), *Der gemeinsame Referenzrahmen* (München 2009).

– obrazloženja, koja se bave i različitom terminologijom u nacionalnim pravnim sistemima, u cilju stvaranja jedinstvene terminologije. DCFR je izrađen na engleskom jeziku što na prvi pogled čudi, kada se uzme u obzir da engleski orijentirane države, Engleska i Vels, nemaju kodificirano obligaciono pravo.

Stvaratelji DCFR ne polaze od toga da će njihovo djelo u dogledno vrijeme steći status evropske građanske kodifikacije. Ni Evropska komisija ne slijedi ovaj cilj. Ali se polazi od toga da će Nacrt indirektno pospješiti evropeizaciju obligacionog prava. Tako on zbog svojih uvjerljivih, prekograničnih rješenja može služiti kao model onim državama koje reformiraju svoje ugovorno pravo. Također postoje argumenti za očekivanje da će se nacionalni sudovi nakon “faze približavanja” orijentirati prema evropskom modelu, onda kada se ispostavi da su u nacionalnom ugovornom pravu potrebne novine, ili kada postoji potreba tumačenja. Konačno, postoji nada da će DCFR zauzimati sve veću ulogu u okviru međunarodnih arbitraža kao mjerodavno pravo, naročito ukoliko stranke žele dati prednost jednom “neutralnom” pravnom sistemu u odnosu na primjenu nacionalnog pravnog sistema.

Moguće je rezimirati zaključujući sljedeće:

Iako se trenutne posljedice DCFR-a na nacionalne pravne sisteme imaju ocijeniti oprezno i decentno, jednako kao i izgledi da će ovo djelo u dogledno vrijeme izrasti u jedinstveni evropski građanski zakonik, ipak se sa izvjesnom sigurnošću može pretpostaviti da će DCFR srednjoročno imati značajan uticaj na dalji razvoj ugovornog prava u Evropi. Vizija evropskog ugovornog prava je dobila konture.

Prof. dr. Walter Rolland

Die Auswirkungen des Gemeinschaftsrechts auf die nationalen Privatrechte

(Zusammenfassung)

Der Beitrag mit dem Titel “Auswirkungen des Gemeinschaftsrechts auf die nationalen Privatrechte” ist die Wiedergabe eines Kurzreferats, das der Verfasser unter dem Titel “Wie deutsch ist das deutsche Schuldrecht – Wie europäisch ist es schon?” am 7. 12. 2010 aus Anlass des gemeinsam von der Juristischen Fakultät Sarajevo, der Deutschen Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit e.V. (IRZ-Stiftung) und der Deutsch-bosnisch-herzegowinischen Juristenvereinigung (DBHJV) veranstalteten “2. Tages des deutschen Rechts in Bosnien und Herzegowina” in Sarajevo gehalten hat. Er zeichnet die Entwicklung der Veränderung der nationalen Privatrechte durch das Gemeinschaftsrecht anhand einiger wesentlicher Punkte mit exemplarischem Charakter nach. Hierbei wird zunächst auf die Rechtsgrundlagen der gemeinschaftsrechtlichen Rechtssetzung im Bereich des Privatrechts eingegangen, dann werden einige der wichtigsten Rechtsakte mit ihren Auswirkungen auf die nationalen Privatrechte, hier speziell bezogen auf das deutsche bürgerliche Recht, dargestellt. Abschließend wird das Projekt eines gemeinsamen Referenzrahmen vorgestellt.

Članci

Ustanova porodičnog posredovanja u evropskom, njemačkom i domaćem pravu

Prof. dr. Suzana Bubić

U radu autorica razmatra neke aspekte ustanove porodičnog posredovanja. Praksa je pokazala slabosti i propuste u uređenju ove ustanove u Porodičnom zakonu Federacije Bosne i Hercegovine i podzakonskim aktima. U nastojanju da predloži rješenja koja bi doprinijela otklanjanju uočenih nepravilnosti kako u radu sudova – njihovog postupanja contra legem, tako i u normiranju uslova koje treba da ispuni osoba da bi mogla biti određena za posrednika, izvršila je analizu relevantnih evropskih propisa i rješenja prihvaćenih i predloženih u njemačkom pravu. Na kraju predlaže rješenja kojima bi se moglo unaprijediti zakonsko uređenje u radu razmatranih pitanja.

Ključne riječi: porodično posredovanje, posrednik, (ne)obaveznost posredovanja, obuka posrednika, evropski dokumenti o posredovanju

1. Uvodne napomene

Definicije posredovanja, sadržane u dokumentima koji se odnose na posredovanje, međusobno su slične. U Direktivi 2008/52/EC Evropskog parlamenta i Vijeća o nekim aspektima posredovanja u građanskim i trgovačkim predmetima, posredovanje je određeno kao strukturiran postupak u kojem dvije ili više stranaka u sporu pokušavaju same, na dobrovoljnoj osnovi, postići sporazum kojim rješavaju svoj spor uz pomoć posrednika. Preporuka Vijeća Evrope br. R (98)1, koja se odnosi na porodično posredovanje, definiše ga kao postupak u kojem treća strana, posrednik kao nezavisan i neutralan, pomaže strankama da pregovorom o pitanjima koja su predmet spora dođu do zajedničkog sporazuma (stav 10. uvodnih odredaba). U Preporuci Vijeća Evrope 1639 (2003), koja se odnosi na porodično posredovanje i ravnopravnost spolova, određeno je kao postupak uređivanja i uspostavljanja života među članovima porodice, uz prisustvo nezavisnog i neutralnog trećeg – posrednika. Posredovanje vezano samo za rastavu i razvod definisano je u Osnovnim standardima za obuku u porodičnom posredovanju: to je postupak u kojem posebno obučena treća strana pomaže strankama, na njihov zahtjev, u ponovnom razmatranju njihovih dogovora koji slijede rastavu, u kontekstu važećeg zakonodavstva.

U svim definicijama se uglavnom naglašava dobrovoljnost stranaka, nezavisnost i neutralnost posrednika, njegova posebna obučenost i obaveza pomaganja strankama u postizanju sporazuma o rješenju spora, koji zamjenjuju sudsku odluku.

Imajući u vidu sve elemente posredovanja kao oblika alternativnog rješavanja spora i njegove specifične ciljeve u oblasti porodičnih odnosa, porodično posredovanje se može odrediti kao postupak u kojem se, bez vođenja sudskog postupka i donošenja presude, pokušava riješiti spor sporazumom bračnih partnera i drugih članova porodice, uz pomoć treće, posebno obučene, neutralne i nezavisne strane.

U pravnoj literaturi se pravi razlika između porodičnog posredovanja u širem smislu i posredovanja pri razvodu braka kao porodičnog posredovanja u užem smislu. U okviru prvog pokušavaju se riješiti sukobi između članova porodice – kako onda kada su strane u sukobu odrasle osobe, tako i onda kada je strana u sukobu maloljetno dijete. Radi se o konfliktima nastalim između bračnih i vanbračnih partnera, roditelja i djece, djeda i babe i unuka, te ostalih srodnika. Posredovanje pri razvodu, naprotiv, usmjereno je samo na bračne partnere, fokus se stavlja na rješenje konflikta nastalog između njih i na pronalaženje izlaza iz krize u koju su dospjeli bračni odnosi. Međutim, ako bračni partneri imaju maloljetnu djecu, ni ovo posredovanje se neće moći odnositi samo na odrasle osobe – na partnere, odnosno samo na raskid braka, već će se usmjeriti i na njihovu djecu, na zaštitu njihovog najboljeg interesa. Upravo zbog toga, ova vrsta posredovanja se proširuje na sve slučajeve prestanka zajednice života partnera, odnosno roditelja, bez obzira na to da li oni žive ili su živjeli u braku ili u vanbračnoj zajednici.¹

Kao oblik alternativnog načina rješavanja sporova, porodično posredovanje ima sve prednosti koje se vežu za ovaj način rješavanja sporova: u odnosu na redovan sudski postupak ono je efikasniji, jeftiniji i brži postupak, u njemu se postiže ušteda troškova i smanjenje vremena potrebnog za rješavanje spora, čemu doprinosi mogućnost oblikovanja postupka prema potrebama stranaka; iz njega

* Autorica je redovna profesorica na Pravnom fakultetu Univerziteta "Džemal Bijedić" u Mostaru.

¹⁾ U tom smislu: Casals, Miquel Martín, Divorce Mediation in Europe: An Introductory Outline (This paper was presented at the conference 'Divorce Mediation', held at the Academy of European Law (Trier, Germany) on 10 and 11 March 2005), Electronic Journal of Comparative Law, vol. 9.2 (July 2005), <http://www.ejcl.org/92/abs92-2.html>, preuzeto 13. 2. 2007.

su eliminisani sukobi stranaka, neizbježni u sudskom postupku; stranke u postupku posredovanja mogu pronaći kreativnija i adekvatnija rješenja spora od onih do kojih može doći sud i za čije izvršenje neće biti potrebno voditi prinudni izvršni postupak. Uz to, posredovanje im omogućava da nakon rješenja spora ostanu u prijateljskom odnosu, s međusobno nesuprotstavljenim interesima i da se u njihovim budućim odnosima eliminišu sporovi i sukobi. Ovo posljednje je posebno važno onda kada se radi o rješavanju spora nastalog između roditelja povodom ostvarivanja roditeljskog staranja i njegovog sadržaja.

U različitim dijelovima svijeta porodično posredovanje nije bilo niti je danas prisutno u istoj mjeri ni jednako značajno. U dijelu država Afrike i Dalekog Istoka ono ima dugu tradiciju, dok je u velikom broju zapadnih država relativno nov fenomen, shvaćen kao pravda drugog reda i manje poželjno od sudskog postupka.²

I pored takvog donedavno zauzimanog stava prema posredovanju u zemljama članicama Evropske unije, tijela Unije ga ipak snažno podržavaju kao oblik alternativnog rješavanja spora i preporučuju ga u više pravnih instrumenata, direktno ili indirektno. Među novijim dokumentima koji se odnose na posredovanje je Direktiva 2008/52/EC Evropskog parlamenta i Vijeća o nekim aspektima posredovanja u građanskim i trgovačkim predmetima. Ona će sigurno dati novi podsticaj korištenju posredovanja u okviru Evropske unije, ali i izvan nje. Izbor prakse posredovanja je već prilično širok, tako da postoji potreba za njenim ujedinjenjem.

U bosanskohercegovačkom porodičnom zakonodavstvu ne postoje harmonizovana rješenja koja uređuju ustanovu posredovanja. Po prvi put ova ustanova je uvedena u Porodični zakon Federacije BiH (dalje: PZ FBiH), dok je u porodičnim zakonima Republike Srpske i Brčko distrikta BiH i dalje normirana ustanova mirenja, doduše sa sadržajem sličnim sadržaju posredovanja u Porodičnom zakonu FBiH.

Posredovanje ima veliki značaj u rješavanju sporova koji nastaju između članova porodice, a posebno između bračnih partnera koji imaju maloljetnu djecu, kada se težište stavlja na postizanje sporazuma o ostvarivanju roditeljskog staranja i o kontaktima između djeteta i roditelja s kojim ono ne živi. U domaćoj praksi (na području Federacije BiH) nastaju problemi vezani za posredovanje, a uglavnom zbog neadekvatnog načina njegovog uređenja u zakonu i u podzakonskim aktima. Da bismo doprinijeli uklanjanju ovih teškoća i pronalaženju najboljeg načina

uređenja posredovanja u domaćem pravu, razmotrit ćemo uvođenje i unapređenje ustanove posredovanja u evropskom i u njemačkom pravu.

2. Posredovanje u evropskom pravu

2.1. Dokumenti Evropske unije o posredovanju

Značaj posredovanja istaknut je u Akcionom planu Vijeća i Komisije (tzv. *Bečki akcioni plan*, 1998.). Ovaj plan je usvojen radi stvaranja područja slobode, sigurnosti i pravde predviđenog Amsterdamskim ugovorom, te radi što bolje implementacije njegovih odredaba u ovoj oblasti. U uvodu Plana je rečeno da, uprkos razlikama između država članica, cilj Unije je da evropskim građanima garantuje jednak pristup pravdi i da promoviše saradnju između sudskih organa. Među prioritetima i mjerama koje treba da se preduzmu u dvogodišnjem i četverogodišnjem roku u "oblasti pravde", određena je sudska saradnja u građanskim predmetima, u koju svrhu će se, između ostalog, razviti posredovanje, naročito u bračnim sporovima.³

Prepoznavši prednosti alternativnih načina rješavanja sporova, šefovi država ili vlada država članica EU na sastanku u Tampereu, u oktobru 1999. godine, pozvali su na uvođenje vanskudskih postupaka u državama članicama radi poboljšanja pristupa pravdi u Evropi. Evropska komisija je počela s radom u tom pravcu i 2002. godine predstavila je Zelenu knjigu o alternativnim načinima rješavanja sporova. Knjiga je inicirala široku raspravu među zainteresovanim stranama o tome kako najbolje promovisati alternativne načine rješavanja sporova u Evropi. U okviru rasprave veliki broj učesnika iz različitih oblasti podržao je ideju o razvoju instrumenta Zajednice o posredovanju. Rezultat ovoga je bilo usvajanje Prijedloga Direktive o nekim aspektima posredovanja u građanskim i trgovačkim predmetima, u oktobru 2004. godine. Pri izradi Prijedloga pošlo se od ideje da u njemu ne treba da se normiraju sva pitanja vezana za posredovanje, već da se samo ustanove pravila građanskog postupka, kako bi se osigurao uravnotežen odnos između posredovanja i sudskog postupka. Komisija je, nakon razmatranja Prijedloga, iz njega isključila odredbe koje se tiču postupka posredovanja i postavljanja ili akreditacije posrednika. Nakon predstavljanja Zelene knjige uslijedilo je upućivanje

² O ovome šire u: Feasibility Study on cross-border Mediation in family matters, drawn up by the Permanent Bureau, Preliminary Document No 20 of March 2007 for the attention of the Council of April 2007 on General Affairs and Policy of the Conference, http://www.era.int/web/en/recources/5_2341_5038_file_en.7155.pdf, preuzeto 12. 2. 2008.

³ Pored toga, kao cilj je postavljena i dopuna pravila o sukobu zakona i nadležnosti u oblastima među kojima su navedeni razvod braka i bračni imovinski režimi. Kao zadatak je postavljeno ispitivanje mogućnosti stvaranja evropske sudske mreže u građanskim predmetima radi uspostavljanja kontakata između profesionalaca širom Evrope (Council and Commission Action Plan of 3 December 1998 on how best to implement the provisions of the Treaty of Amsterdam on the creation of an area of freedom, security and justice, <http://europa.eu/scadplus/leg/en/lvb/l33080.htm>, preuzeto s interneta 4. 2. 2008.). Mreža u oblasti krivičnog prava je ustanovljena 1998., a u oblasti građanskog prava 2001. godine.

vanje poziva grupi eksperata da pripreme Evropski kodeks o ponašanju posrednika. On je donesen u julu 2004.⁴

U *Kodeksu o ponašanju posrednika*⁵ postavljena su osnovna načela kojih se posrednik mora pridržavati u radu i osnovna pravila postupka posredovanja. Kao načela su određena nezavisnost, neutralnost i nepristrasnost posrednika. Naime, od njega se zahtijeva da, prije no što počne raditi kao posrednik, ali isto tako i tokom cijelog postupka, iznese sve okolnosti koje mogu ili bi mogle uticati na njegovu nezavisnost ili izazvati sukob interesa. Ove okolnosti uključuju: lični ili poslovni odnos s jednom od stranaka; direktan ili indirektan finansijski ili drugi interes koji će se odraziti na ishod posredovanja; rad posrednika ili člana njegove firme za jednu od stranaka u svojstvu drugačijem od posrednika. U slučaju postojanja ovih okolnosti, posrednik može početi ili nastaviti raditi na posredovanju samo ako je u stanju sprovesti posredovanje uz punu nezavisnost i neutralnost radi garantovanja pune nepristrasnosti, te ako se stranke s tim izričito saglase. Cijelo vrijeme posrednik mora ulagati napore da bude vidljivo da postupka nepristrasno i da služi jednako svim strankama, uz poštovanje postupka posredovanja.

Posrednik mora postupati i u skladu s načelom tajnosti. Dužan je držati u tajnosti sve informacije do kojih dođe tokom ili u vezi s posredovanjem, uključujući i činjenicu da je posredovanje provedeno, osim ako po zakonu ili po osnovu javne politike treba da ih iznese. Bez saglasnosti jedne stranke ne smije drugoj saopštiti informaciju koja mu je data u povjerenju, osim ako je to dozvoljeno zakonom.

Što se tiče samog postupka posredovanja, za posrednika je predviđena obaveza da osigura da stranke razumiju karakteristike ovog postupka i ulogu posrednika i stranaka u njemu. Posebno treba da osigura da stranke prije početka posredovanja shvate i izričito se saglase s terminima i uslovima sporazuma postignutog u posredovanju, uključujući odredbe o obavezi tajnosti. Sporazum se zaključuje u pisanoj formi. Posrednik vodi postupak na odgovarajući način, uzimajući u obzir okolnosti slučaja, uključujući moguću nejednakost moći i pravna pravila, izražene želje stranaka i potrebu hitnog rješavanja spora. Stranke se mogu sporazumjeti s posrednikom o načinu vođenja, a on ih može saslušati odvojeno, ukoliko to smatra korisnim. Posrednik mora osigurati strankama adekvatne mogućnosti da se uključe u postupak, te preduzeti sve mjere radi osiguranja postizanja njihovog

sporazuma kroz informisani pristanak i shvatanja termina sporazuma. Stranke mogu odustati od posredovanja u svako doba bez navođenja opravdanja. Na zahtjev stranaka posrednik može, unutar svoje nadležnosti, upoznati stranke o načinu na koji mogu formalizovati sporazum i o mogućnosti da sporazum učine izvršnim.

Noviji izvor značajan u ovoj oblasti je *Direktiva 2008/52/EC Evropskog parlamenta i Vijeća o nekim aspektima posredovanja u građanskim i trgovačkim predmetima* (od 21. maja 2008.).⁶ Ograničena je na prekogranične sporove,⁷ mada nema prepreka da države članice prošire njeno dejstvo i na domaće sporove.

Postupak posredovanja mogu inicirati stranke, može ga predložiti ili naložiti sud, ili može biti propisan zakonom države članice. Pod posredovanjem, u smislu Direktive, podrazumijeva se posredovanje koje vodi sudija koji nije nadležan za sudski postupak u konkretnom sporu. Naprotiv, iz njega je isključen pokušaj suda ili sudije da posredovanjem riješi spor u toku sudskog postupka koji se vodi o tom sporu (član 3/a). Posrednik je određen kao bilo koja treća osoba od koje se traži da provede posredovanje na efikasan, nepristrasan i stručan način, bez obzira na njen naziv ili profesiju u državi članici i bez obzira na način na koji je ona imenovana ili na koji je zatraženo provođenje posredovanja (član 3/b).

Cilj Direktive je olakšanje pristupa alternativnim načinima rješavanja sporova i promovisanje prijateljskog rješavanja sporova podsticanjem upotrebe posredovanja i obezbjeđivanjem uravnoteženog odnosa između posredovanja i sudskog postupka. Njena primjena je ograničena na prekogranične sporove u građanskim i trgovačkim stvarima u pogledu prava i obaveza kojima stranke mogu raspolagati po važećem pravu.⁸ Međutim, države imaju mogućnost proširiti primjenu odredaba Direktive izvan prekograničnih slučajeva, na sporove nastale između osoba s prebivalištem u toj državi.

Odredbe Direktive se mogu razvrstati u pet grupa, koje se mogu odrediti i kao ključna pravila sadržana u njoj:⁹

⁶) <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:EN:PDF>

⁷) Prekogranični spor je definisan kao spor u kojem bar jedna stranka ima prebivalište ili redovno boravište u državi članici u kojoj ga druge stranke nemaju, u vrijeme kada su se stranke saglasile s korištenjem posredovanja nakon spora, ili kada je posredovanje naložio sud, ili kada je korištenje posredovanja po nacionalnom pravu postalo obavezno, ili kada je sud (u skladu s članom 5.) pozvao stranke na posredovanje (član 2. stav 1.).

⁸) Posebno je naglašeno da se primjena Direktive ne može proširiti na poreske, carinske i upravne stvari ili na radnje i propuste u obavljanju državne vlasti (član 1. stav 1.).

⁹) O pet ključnih pravila v.: Mediation in civil and commercial matters, MEMO/08/263, Brussels, 23 April 2008, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=M/08/263&format=HTML&aged=1&language=EN&guiLanguage=en>, preuzeto 13. 5. 2011.

⁴) Mediation in civil and commercial matters, MEMO/08/263, Brussels, 23 April 2008, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=M/08/263&format=HTML&aged=1&language=EN&guiLanguage=en>, preuzeto 13. 5. 2011.

⁵) European Code of conduct for Mediators, http://www.era.int/web/en/reources/5_2341_5038_file_en.7155.pdf, preuzeto: 12. 2. 2008.

1. Obaveza država članica jeste osiguranje kvaliteta posredovanja podsticanjem razvoja i pridržavanja efikasnih mehanizama kontrole njegovog kvaliteta, od kojih su izričito navedena pravila o ponašanju posrednika i službi/organizacija za posredovanje. Naglasak je pri tome stavljen na obuku posrednika – početnu i dalju, kako bi se osiguralo provođenje posredovanja na efikasan, nespristrasan i stručan način (član 4.).

2. Direktiva ovlašćuje svakog sudiju pred kojim je pokrenut postupak da u bilo kojoj njegovoj fazi, ako to ocijeni potrebnim i uzimajući u obzir sve okolnosti slučaja, pozove stranke na korištenje posredovanja u cilju rješavanja spora. Sudija također može predložiti da stranke prisustvuju informativnom sastanku o posredovanju. Međutim, naglašava se da Direktiva ne dovodi u pitanje nacionalno zakonodavstvo koje normira obavezno korištenje posredovanja, ili posredovanje uz podsticaje ili sankcije, bez obzira na to da li je početo prije ili poslije sudskog postupka, pod uslovom da se takvim rješenjem ne sprečavaju stranke u ostvarivanju njihovog prava na pristup sudu (član 5.).

3. Države članice su obavezane Direktivom na uspostavljanje mehanizma kojim sporazumi proizašli iz posredovanja mogu imati svojstvo izvršne isprave, ako to traže obje strane ili jedna od njih, uz pristanak ostalih. Izvršenje sporazuma se isključuje samo kada je u konkretnom slučaju njegov sadržaj protivan zakonu države članice u kojoj je zahtjev za izvršenje podnesen, ili kada zakon te države članice ne osigurava njegovu izvršnost (član 6. stav 1.). Izvršenje sadržaja sporazuma može provesti sud ili drugo nadležno tijelo.¹⁰ Ove odredbe neće uticati na pravila koja se primjenjuju na priznanje i izvršenje u drugoj državi članici sporazuma koji je izvršan u skladu sa stavom 1. ovog člana. (stav 4.). Mogućnost da sporazum postignut u toku posredovanja bude izvršan, odnosno da se izjednači s pravosnažnom sudskom presudom, može podstaći stranke da se opredijele za posredovanje umjesto za postupak pred sudom. Stranke, istina, u većini slučajeva dobrovoljno postupaju u skladu sa sporazumom postignutim u toku posredovanja, ali je mogućnost dobijanja svojstva izvršne isprave ipak poželjna za neke obaveze, naprimjer za izdržavanje djeteta, s obzirom na to da ono traje duži vremenski period i da u toku njegovog trajanja može otpasti spremnost dužnika da je dobrovoljno ispunjava.

4. Direktiva garantuje tajnost posredovanja obavezivanjem država članica da osiguraju da, ako se stranke drugačije ne dogovore, posrednici i oni koji su uključeni u upravljanje postupkom posredovanja ne mogu biti prisiljeni da omoguće uvid u informacije o posredovanju,

odnosno da u nekom kasnijem postupku koji se bude vodio između stranaka daju iskaz o informacijama i prijedlozima podnesenim od stranaka tokom posredovanja. Od pravila o tajnosti dozvoljeno je odstupanje samo radi bitnih pitanja javne politike, radi zaštite najboljeg interesa djeteta ili radi sprečavanja povrede fizičkog ili psihičkog integriteta osobe, kao i onda kada je to potrebno radi primjene ili izvršenja sporazuma proizašlog iz posredovanja (član 7. stav 1.). Državama je ostavljena mogućnost da odrede strože mjere za zaštitu tajnosti posredovanja (član 7. stav 2.). Ovako osigurana tajnost doprinosi stvaranju povjerenja stranaka i njihovom opredjeljenju da koriste posredovanje. Međutim, ovo rješenje se kritikuje: ističe se da samo to što posrednik ne može biti prisiljen dati iskaz nije dovoljno. Od toga se smatra važnijim sprečavanje stranaka da jedna drugoj daju dozvolu za odstupanje od povjerljivosti posredovanja.¹¹

5. U cilju podsticanja posredovanja u Direktivi se normira da će države članice osigurati da stranke koje se odluče za posredovanje radi rješenja spora neće biti spriječene naknadno pokrenuti sudski ili arbitražni postupak u vezi s tim sporom. Za vrijeme trajanja posredovanja dolazi do odlaganja ili do prekida toka rokova određenih za pokretanje i vođenje sudskog postupka, tj. do prekida rokova zastare (član 8. stav 1.). I ova odredba, kao i prethodna, posredno podstiče stranke na korištenje posredovanja time što osigurava da, u slučaju neuspjelog posredovanja, stranki ostaje pravo pristupa sudu.

Nakon stupanja na snagu, Direktiva se mora "prenijeti" u nacionalne zakone država članica. Naime, države članice su obavezane da do 21. 5. 2011. godine donesu zakone i odredbe potrebne za usklađivanje s ovom direktivom i da o tome odmah obavijeste Komisiju. Kraći rok (do 21. 11. 2010. godine) određen je samo za obavezu Komisije da učini dostupnim dobijene informacije o sudovima i tijelima nadležnim za posredovanje. Preduzete mjere moraju sadržati upućivanje na Direktivu, ili se ovo upućivanje vrši pri njihovom službenom objavljivanju, a na način koji utvrđuju države članice (član 12. stav 1.). Države članice su dužne Komisiji saopštiti glavne odredbe nacionalnog prava usvojene u oblasti na koju se odnosi Direktiva (član 12. stavovi 2. i 3.). Komisija je obavezna pratiti primjenu Direktive u državama članicama i o tome najkasnije do 21. 5. 2016. podnijeti izvještaj Evropskom parlamentu, Vijeću i Evropskom ekonomskom i socijalnom komitetu. Izvještaj će obuhvatiti posredovanje u cijeloj Evropskoj uniji, uticaj i poštovanje Direktive u državama članicama, a ako je potrebno bit će popraćen prijedlozima za primjenu Direktive (član 11.).

¹⁰⁾ O ovim organima države članice će obavijestiti Komisiju (član 6. stavovi 2. i 3.), a ona će te informacije učiniti dostupnim državama članicama (član 10.).

¹¹⁾ Ističe se da bi zakonodavci "trebali ići dalje od člana 7. i slijediti primjer člana 20. UNCITRAL Pravila o posredovanju i usvojiti sveobuhvatan pristup kako bi se osigurala tajnost posredovanja". Gerhard Wagner, *Grundstrukturen eines deutschen Mediationsgesetzes*, *RabelsZ Bd. 74* (2010) S. 840.

Direktiva obavezuje države članice da, sredstvima koja smatraju prikladnim, podstiču da se informacije o načinu kontaktiranja posrednika i službi za posredovanje učine dostupnim javnosti, naročito na internetu (član 9.).

Upotreba posredovanja se favorizuje u odnosu na sudski postupak naročito u sporovima o staranju o djeci i kontaktima s djecom. Razlog je to što onda kada roditelji dođu do sporazuma o kontaktu i ako su u stanju efikasno komunicirati, ovaj sporazum će vjerojatno biti uspješniji od rješenja nametnutog od suda. Posredovanjem u oblasti odnosa roditelja i djece želi se postići više ciljeva: pored postizanja sporazuma o roditeljskom staranju i o kontaktima roditelja i djece, ono treba da doprinese poboljšanju komunikacije roditelja ili postizanju ravnoteže u porodičnom životu. Upravo zbog ovoga, posrednici u ovim sporovima bi morali proći posebnu obuku. Roditelji se uglavnom podstiču na sklapanje sporazuma, ali pojedina pitanja koja se tiču djece ipak ne mogu u potpunosti zavisiti od njihove volje.¹²

2.2. Dokumenti Vijeća Evrope o posredovanju

Vijeće Evrope, opterećeno stalnim i velikim porastom broja razvoda, usvojilo je 1998. godine *Preporuku o porodičnom posredovanju* /Rec No. R (98)/, pod čijim uticajem je posredovanje uvedeno u velikom broju evropskih zemalja.

U vrijeme usvajanja ove preporuke Vijeće Evrope je široko zagovaralo posredovanje, polazeći od toga da je ono izraz opšte društvene demokratizacije, odnosno priznavanja građanima sposobnosti da odgovorno i miroljubivo odlučuju o sebi i svojoj djeci. Svrha posredovanja, određena u preambuli Preporuke, jeste stvaranje mogućnosti za bolje ophođenje između članova porodice, smanjenje sukoba između stranaka u sporu i pristanak na dogovore. Kao prednost ovog postupka navedeno je smanjenje cijene raspada porodice, koje je posljedica skraćivanja vremena potrebnog za rješavanje sukoba u porodici. Za sve parove se kaže da se ne mogu dogovoriti, ali da javni i privatni interes zahtijevaju da se u tom slučaju među njima uspostavi saradnja i da odnosi u porodici budu korektni. Od postupka posredovanja, prema Preporuci, treba odustati samo ako se radi o nasilju u porodici.

U Preporuci su kao načela posredovanja postavljena: nepristrasnost, nezavisnost i neutralnost posrednika, nemogućnost nametanja rješenja strankama, zaštita privatnosti, posebno poklanjanje pažnje i vođenje računa o interesima djeteta, obavješćavanje stranaka o mogućnosti korištenja bračnog savjetovanja kao načina rješavanja problema u porodici i u braku, povjerljivost razgovora.

Posrednik ne treba da bilo šta preporučuje bračnim partnerima, već samo treba da raščisti situaciju između njih. To znači da on ne smije biti pasivan, puštajući stranke da vode diskusiju, već upravo suprotno: mora biti aktivan. Njegova obaveza je da podrži učesnike posredovanja u njihovom napretku ka prethodno dogovorenom cilju. Što se tiče organizacionih pitanja, preporučeno je da posredovanje u načelu ne bude prisilno, a državama je ostavljeno da odaberu hoće li se posredovanje organizovati u javnom ili u privatnom sektoru. U vezi s organizacijom posredovanja, države članice su obavezane da osiguraju odgovarajuće mehanizme koji će obezbijediti odgovarajuću proceduru za izbor, obuku i kvalifikaciju posrednika, te da uspostave standarde koje će posrednici usvojiti.

Vijeće Evrope je 2003. godine usvojilo *Preporuku broj 1639 (2003) 1 koja se odnosi na porodično posredovanje i ravnopravnost spolova*. I u njoj su naglašena načela, a kroz obavezivanje države na ostvarivanje načela nepristrasnosti i nezavisnosti, na obuku posrednika i povjerljivost postupka (t.3.3.). Nezavisnost i nepristrasnost su posebno istaknuti u odnosu na ostale konstitutivne elemente posredovanja, pošto bez njihovog ispunjenja posredovanje ne može biti adekvatna zamjena sudskom postupku. Primarni cilj posredovanja je obnavljanje narušene komunikacije uz pomoć profesionalnog posrednika (t. 7.5.). Naglasak je stavljen na obavezu garantovanja ravnoteže moći među stranama u postupku, radi čijeg osiguranja posrednik mora biti posebno educiran i obučan. Posrednik mora ispunjavati uslove za izbor, čije postojanje se utvrđuje u postupku njegovog izbora. Uz to, zahtijeva se da bude stručan i da raspolaže znanjima o posredovanju, pa se zato mora obučavati putem treninga i stalnog obnavljanja znanja i vještina. Posebna pažnja se mora usmjeriti na obuku i službenu autorizaciju te superviziju rada posrednika (t. 7.6.).

Navedena preporuka je dopunjena 2004. godine (Reply (CM/AS (2004) Rec 1639 final). U dodatku je naglašeno da posredovanje nije jedino sredstvo za rješavanje svih porodičnih sporova, da u njima ono ne bi trebalo da postane sredstvo za ostvarenje pravde za siromašne, kao i da ne treba da bude smetnja za ostvarivanje prava na pristup sudu (t. 2.). U slučaju nasilja u porodici, upotreba postupka posredovanja može biti neodgovarajuća (t. 3.). Primarni cilj posredovanja nije smanjenje pritiska na sud, nego popravljivanje prekida u komunikaciji strana uz pomoć osobe osposobljene za vođenje postupka posredovanja. Što se tiče potrebe saslušanja djeteta i njegovih zagarantovanih prava, u dodatku je izvršeno pozivanje na Evropsku konvenciju o ostvarivanju prava djeteta, posebno na njen član 13., koji se odnosi na posredovanje ili druge postupke rješavanja sporova.¹³

¹²⁾ Tako naprimjer, u Njemačkoj, radi zaštite interesa djeteta, sporazumi o staranju i kontaktu moraju biti odobreni od suda. U našem pravu, postignuti sporazum mora biti u interesu djeteta, tako da ako utvrdi da ovaj interes nije osiguran, sud sporazum neće prihvatiti, već će sam odlučiti o ovim pitanjima.

¹³⁾ Od drugih dokumenata koji se tiču djeteta, Konvencija o kontaktima s djecom je naglasila značaj posredovanja za rješavanje problema kontakata, naročito prekograničnih.

Na značaj odgovarajuće obuke i osposobljenosti posrednika ukazano je u *Smjernicama za bolju primjenu preporuka koje se tiču porodičnog i građanskog posredovanja* (decembar 2007. godine).¹⁴ Smjernice nisu obavezne za države članice, već treba da im pomognu u primjeni preporuka. U njima je naglašena potreba da se kvalifikacija posrednika obezbijedi adekvatnim programima obuke i zajedničkim standardima ovih programa. Kao minimum koji treba da bude obuhvaćen obukom, određeno je slijedeće: principi i ciljevi posredovanja; ponašanje i moral posrednika; faze postupka posredovanja; tradicionalno rješenje spora i posredovanje; označavanje, struktura i tok posredovanja; pravni okvir posredovanja; vještine i tehnike komunikacije i dogovaranja; vještine i tehnike posredovanja; odgovarajuća uloga drugih praktičnih treninga; specifičnosti porodičnog posredovanja i interes djeteta (obuka za porodično posredovanje); ocjena znanja i kompetencija osoba koje su prošle obuku. Obuku treba da slijede supervizija, mentorstvo i kontinuirani profesionalni razvoj.

U Smjernicama je istaknuto da države članice treba da priznaju značaj uspostavljanja zajedničkog kriterija za akreditaciju posrednika i/ili institucija koje nude usluge posredovanja i/ili koje obučavaju posrednike. Zbog rastuće mobilnosti na području Evrope, preporučuje se preduzimanje mjera za uspostavljanje zajedničkog međunarodnog kriterija za akreditaciju, kakav je, naprimjer, certifikat Evropskog posrednika.

Vezano za prijedlog nekih država članica da se uspostave veze i/ili kontinuirani programi obuke za posrednike i za osobe koje ih obučavaju (naprimjer Evropski centar za obuku), u Smjernicama je navedeno da će to omogućiti Vijeće Evrope u saradnji s Evropskom unijom.

U kontekstu evropskih dokumenata iz ove oblasti, pažnju zaslužuju *Osnovni standardi za obuku u porodičnom posredovanju*. Standardi nisu obavezujući dokument, ali su značajni kao vodič za organizovanje obuke na nacionalnom i evropskom nivou.

Osnovne standarde je donio Evropski forum za obuku i istraživanje u porodičnom posredovanju, imajući u vidu značaj obuke posrednika i potrebe osiguranja saradnje u toj oblasti, u skladu s visokim profesionalnim standardima.¹⁵ Cilj posredovanja je promocija interdisciplinarnog

pristupa i saradnje u obuci porodičnih posrednika visokim profesionalnim standardima.

Obuku u principima, metodama i vještinama posredovanja moraju vršiti posrednici koji su profesionalno kvalifikovani i praktičari, a u skladu s Pravilnikom o praksi u porodičnom posredovanju u rastavi i razvodu. U obuku mogu biti uključeni, pored trenera odgovornog za obuku u cjelini, i stručnjaci iz različitih oblasti – prava, psihologije, sociologije itd. Najkraće trajanje obuke je 30 dana u toku 12 mjeseci (180 sati, uključujući 120 sati postupka posredovanja). Obuka uključuje formalnu nastavu (prezentacije i predavanja), praktične vježbe, analizu slučaja, korištenje različitih sredstava obuke (video) i samorazvoj posrednika. Pomenuti pravilnik predviđa superviziju praktične obuke (minimalno 40 sati), koju vrši priznati posrednik – supervizor, o čemu se vodi evidencija.

3. Posredovanje u njemačkom pravu i praksi

3.1. Uvođenje posredovanja u praksu

U nacionalnim pravima postoje četiri različita pristupa posredovanju. Po jednom, posredovanje je obavezno prije početka sudskog postupka; po drugom, prisustvo informativnom sastanku o posredovanju je obavezno, ali ne postoji obaveza nastavljanja posredovanja; treći pristup polazi od toga da je posredovanje dobrovoljno i opcionalno, pa dok sud ili advokat mogu biti obavezni osigurati upoznavanje stranaka sa uslugama posredovanja, same stranke odlučuju hoće li ih koristiti; po četvrtom pristupu, posredovanje generalno nije upotrebljivo.¹⁶

Od prava evropskih zemalja izdvojit ćemo i pažnju usmjeriti na njemačko pravo. U Njemačkoj posredovanje nema dugu tradiciju. Proces prihvatanja prakse posredovanja u rješavanju pravnih sporova išao je sporo, trebalo je dugo vremena da se posredovanje prizna kao legitimna i vrijedna alternativa za parnični postupak, kao i da se privuče značajnija pažnja pravnih praktičara i šire zajednice za njega. Posredovanje u oblasti građanskog prava donedavno se nije koristilo u potrebnoj mjeri. Od svih njegovih oblika početkom ovog vijeka najčešće se praktikovalo porodično posredovanje,¹⁷ mada je u to vrijeme godišnje samo 10% predmeta razvoda braka išlo na posredovanje.¹⁸ Ovaj oblik posredovanja se pojavio

¹⁴ Smjernice je pripremila Radna grupa za posredovanje (CEPEJ-GT-MED), formirana od Evropske komisije za efikasnost pravosuđa (CEPEJ), a u cilju olakšanja efikasne primjene preporuka o porodičnom posredovanju i principa posredovanja sadržanih u njima. U smjernicama su određene mjere za promovisanje i uspostavljanje izvodljive šeme posredovanja na što je moguće širem geografskom prostoru, a radi širenja jednake dostupnosti usluga posredovanja.

¹⁵ http://www.europeanforum-familymediation.eu/index.php?option=com_content&task=view&id=22&Itemid=62, preuzeto 9. 5. 2011.

¹⁶ Supra note 2, str. 5.

¹⁷ Alexander, Nadja, What's Law Got To Do With It? Mapping Modern Mediation Movements in Civil and Common Law Jurisdictions, Volume 13, Issue 2 Article 5, 12-1-2001, str. 7. [http://epublications.bond.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?article=1209&context=blr&sei-redir=1#search=national+report:+germany+\(mediation\)](http://epublications.bond.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?article=1209&context=blr&sei-redir=1#search=national+report:+germany+(mediation)) Bond Law Review, preuzeto 9. 5. 2011. godine.

¹⁸ Alexander, Nadja, Gotwald, Walther, Trenczek, Thomas, Mediation in Germany: The long and winding Road, u knjizi: Global Trends in Mediation, Kluwer Law International BV, 2003. str. 184.,

sredinom osamdesetih godina prošlog vijeka u južnoj Njemačkoj, a otprilike deset godina kasnije u sjevernom dijelu.¹⁹ Rasprave o posredovanju su počele uživati više od akademske pažnje tek u drugoj polovini devedesetih godina. U zadnjih deset godina objavljeno je više knjiga i članaka o posredovanju, održane su brojne konferencije i seminari, a rasprave o reformi parničnog postupka usmjerene su na smanjenje broja predmeta na sudu putem sudski vezanog posredovanja.

U njemačkom pravu posredovanje (*Mediation*) se razlikuje i odvaja od mirenja (*Schlichtung*). Kod posredovanja se radi o interesno zasnovanom postupku u kojem posrednik rješava spor vođenjem stranke kroz pregovaranje (posredovanje), ali uz suzdržavanje od aktivnog davanja savjeta i donošenja odluke. Naprotiv, osoba koja vodi postupak mirenja u većoj mjeri utiče na njegov rezultat i spor rješava sa širim rasponom intervencije, koja može uključiti davanje savjeta i preporuka, čak i donošenje odluke.²⁰

3.2. Privatna udruženja za porodično posredovanje

Posredovanje pri razvodu i mirenje pri rastavi, od njihovog uvođenja u praksu, nudili su uglavnom praktičari u privatnoj praksi, mada su ga u okviru savjetovališta za rastavu i razvod nudili i uredi za mlade i druge društvene službe.

Od brojnih privatnih službi i organizacija za pružanje usluga posredovanja, formiranih od početka devedesetih godina prošlog vijeka, najpoznatija organizacija za porodično posredovanje je interdisciplinarno tijelo – Savezno udruženje za porodično posredovanje (*Bundesarbeitsgemeinschaft für Familienmediation* /u daljem tekstu BAFM/). Poznato je također i Savezno udruženje za posredovanje (*Bundesverband für Mediation* /u daljem tekstu BM/). U ova dva udruženja u vrijeme njihovog formiranja organizovan je najveći broj posrednika. BM se više bavi posredovanjem u najširem smislu društvenog sukoba, tako da u centru pažnje ovog udruženja nije bilo porodično posredovanje, nego različite oblasti sukoba,

kao što su odnosi u školama, odnosi u industriji koji uključuju mlade ljude, problemi u susjedstvu, sukobi vezani za okolinu. BAFM je osnovala 1992. godine grupa porodičnih posrednika koji su obuku iz teorijskih osnova posredovanja prošli u Sjedinjenim Američkim Državama. Njihova takva početna edukacija razlog je posebne usmjerenosti ovog udruženja na porodično posredovanje, a tek kasnije proširenje njegovog interesa i na druge oblasti sukoba.²¹

Osnovna razlika između ova dva udruženja je njihov stav o tome ko može biti osposobljen za posrednika i koja prethodna obuka je potrebna posredniku. BM ne zahtijeva da posrednik ima bilo kakvu prethodnu akademsku obuku, već dovoljnim smatra praktično iskustvo koje on posjeduje. Suprotno tome, BAFM obuku usmjerava na pravnike i stručnjake iz oblasti psihologije ili njoj bliskih oblasti. Ovo udruženje je od početka naglašavalo da je porodično posredovanje specifična oblast kojom treba da se bave stručnjaci različitih profila. Savezna advokatska komora, međutim, ne dijeli ovo mišljenje već posredovanje smatra čisto pravnom savjetodavnom djelatnošću, dakle, oblašću koja treba da bude rezervisana isključivo za pravnike.

BAFM je vremenom razvio vrlo visok standard obuke za svoje članove, kao i kodeks prakse koja u velikoj mjeri prati evropsku Preporuku iz 1998. Još 1993. godine je utvrdio smjernice za posredovanje u porodičnim sporovima, nakon čega je uslijedio razvoj programa akreditacije posredovanja.²² U međuvremenu, i BM je prihvatio kodeks prakse i standarde profesionalne obuke. Ipak, kako ovi standardi nisu obavezujući, obuke su različito orijentisane, a posrednici uglavnom učestvuju i u drugim specifičnim obukama, s obzirom na to da ne mogu zarađivati dovoljno radeći samo kao porodični posrednici.²³

3.3. Standardi i akreditacija

Što se tiče standarda i akreditacije u Njemačkoj, treba naglasiti da posrednici nisu subjekti čiju djelatnost uređuje nacionalni zakonodavac. Zbog toga se standardi i stilovi posredovanja jako razlikuju, a prisutni trendovi ukazuju na vjerovatnost razvoja akreditacije posredovanja i prakse prema standardima industrije. U odsustvu standarda određenih od zakonodavca, *de facto* nacionalnim standardima porodičnog posredovanja u Njemačkoj postali su standardi posredovanja i program obuke za porodičnopravne posrednike, odnosno smjernice za posredovanje, postavljene od BAFM. Naime, više od deset njemačkih instituta za obuku počelo je nuditi obuke i akreditacije posrednika u skladu s ovim smjernicama.²⁴

http://books.google.ba/books?id=Oj0xxNbIpK8C&pg=PA179&lpg=PA179&dq=nadja+alexander+mediation+in+germany&source=bl&ots=Rm-MucnRgx&sig=Lt1spMZaF72Tzrba7WJEFuPS_V8&hl=bs&ei=fK7PTdzOCMndsgaM8bGqCw&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=5&ved=0CC4Q6AEwBA#v=onepage&q=nadja%20alexander%20mediation%20in%20germany&f=false, preuzeto 9. 5. 2011.

¹⁹⁾ Supra note 1.

²⁰⁾ V. šire: Alexander, Nadja, Gotwald, Walther, Trenczek, Thomas, *Mediation in Germany: The long and winding Road*, u knjizi: *Global Trends in Mediation*, Kluwer Law International BV, 2006. str. 224., http://books.google.ba/books?id=_gq6iIxcyVgC&pg=PA224&lpg=PA223&ots=Zx_aRay1kD&dq=mediation+in+germany:+the+long+and+winding+road&hl=en#v=onepage&q=mediation%20in%20germany%3A%20the%20long%20and%20winding%20road&f=false, preuzeto 9. 5. 2011.

²¹⁾ Ibidem; Duman, Džamna, *Posredovanje u porodičnom pravu*, magistarski rad, Pravni fakultet u Sarajevu 2007., str. 42.

²²⁾ Supra note 17, str. 13.

²³⁾ Supra note 1, str. 11.

²⁴⁾ Supra note 17, str.16.

U vezi s pitanjem obrazovanja posrednika, interesantan je podatak da je veliki broj programa akreditacije posredovanja, na nivou poslijediplomskih studija, osmišljen na interdisciplinarnoj osnovi, s tim da se interdisciplinarnost odnosi i na instruktore i polaznike. Programi obično omogućavaju specijalizaciju u jednom području prakse posredovanja, kao što su porodično ili trgovačko posredovanje. Kao primjer navodimo Evropski master u posredovanju, kao inicijativu evropskog obrazovanja, koji nudi pravnički i ne-pravnički master studij u posredovanju. Njemački partner u toj evropskoj inicijativi je Univerzitet u Hagenu. U prvoj godini se uči posredovanje u interdisciplinarnom kontekstu (pravnih, komunikacijskih i psiholoških teorija). Na drugoj godini, koja je orijentisana na praksu, studenti se specijalizuju za određena područja posredovanja, npr. porodično posredovanje, a uključuju se i u program razmjene s drugim evropskim zemljama. Osim toga, niz drugih univerziteta i privatnih institucija nude obuke za posredovanje.²⁵

Što se tiče veze između posredovanja i pravničkog obrazovanja, može se konstatovati da su pravni fakulteti nerado u svoje nastavne planove i programe uključivali teorije i vještine posredovanja. Specijalizovane kurseve u posredovanju nisu nudili u okviru nastavnog plana i programa dodiplomskog pravnog obrazovanja. Naprotiv, programi certifikacije interdisciplinarnog posredovanja nudi su na poslijediplomskom nivou nepravničkih fakulteta. U 2001. godini, prva univerzitetska klinika za posredovanje, povezana s pravnim fakultetom, osnovana je na Evropskom univerzitetu Viadrina. Klinika djeluje u okviru lokalne zajednice, kao centar za posredovanje, a primjenom transformativnog pristupa posredovanju. Iste godine, pod uticajem evropeizacije i globalizacije prava, njemačka Konferencija ministara pravde (Justizministerkonferenz) je preporučila da se u univerzitetske programe prava uvrste vještine alternativnog načina rješavanja sporova (ADR vještine). U skladu s tim, njemački pravni fakulteti su morali hitno riješiti pitanje mogućnosti integracije i akreditacije posredovanja.²⁶

3.4. Zakonsko uređenje posredovanja u Njemačkoj

Posredovanje je uređeno u više materijalnih i procesnih zakona, a u toku je postupak donošenja prvog zakona o posredovanju, čiji je zvanični naziv Zakon o unapređenju posredovanja i drugih oblika vansudskog rješavanja spora.

Posredovanje u oblasti porodičnih sporova dijelom je uređeno Zakonom o postupku u porodičnim predmetima i u predmetima vanparničnog postupka. Radi se o vansudskom načinu rješavanja sporova u bračnim predmetima i predmetima u oblasti odnosa roditelja i djece.

Nacrt Zakona o posredovanju je predmet naučnih i stručnih rasprava, ističu su njegove dobre i loše strane. Njegovim donošenjem Njemačka je trebalo da (do 20. maja 2011. godine) ispuni obavezu "prenošenja" u svoje pravo evropske Direktive o određenim aspektima posredovanja u građanskim i trgovačkim predmetima.

U Nacrtu Zakona o posredovanju odredbe Zakona o postupku u porodičnim predmetima i u predmetima vanparničnog postupka su dijelom izmijenjene, a u skladu sa zahtjevima Direktive o posredovanju. Inače, potreba za usklađivanjem njemačkog prava s Direktivom nije jako izražena, s obzirom na to da su postojeća zakonska rješenja uglavnom u skladu s njom.

U Nacrtu je, u članu 1. (pod naslovom Zakon o posredovanju) sadržana definicija posredovanja. Ono je određeno kao povjerljiv i strukturiran postupak u kojem stranke uz pomoć jednog ili više posrednika slobodno i na vlastitu odgovornost teže saglasnom rješenju svog spora.

Kao oblici posredovanja normirani su:

1. posredovanje koje je nezavisno od suda (vansudsko posredovanje),
2. posredovanje za vrijeme sudskog postupka izvan suda, koje provodi vanjski posrednik (tzv. sudski vezano ili sudski blisko posredovanje)²⁷ i
3. posredovanje za vrijeme sudskog postupka pred sudijom koji ne vodi postupak (interno sudsko posredovanje). Posrednik je određen kao nezavisna i neutralna osoba, koja vodi stranke kroz posredovanje (§ 1).

U definiciji posredovanja sadržan je element dobrovoljnosti. Na značaj dobrovoljnosti upućuje i § 2, prema kojem posrednik provjerava da li stranke dobrovoljno učestvuju u posredovanju. U istoj odredbi strankama je ostavljena mogućnost da u svako doba okončaju posredovanje.

U članu 4. Nacrta sadržane su izmjene Zakona o postupku u porodičnim predmetima i u predmetima vanparničnog postupka. U njemu je odredba § a 135. ovog zakona izmijenjena samo utoliko što je termin "sukob" zamijenjen terminom "spor", tako da se i dalje normira mogućnost da sud odredi da bračni partneri učestvuju pojedinačno ili zajednički na besplatnom informativnom sastanku o posredovanju ili da iskoriste drugu mogućnost vansudskog rješavanja spora pred osobom ili tijelom određenim od suda. Ovaj nalog suda nema samostalno dejstvo i ne provodi se prinudno. Međutim, odredba stava 2. ovog paragrafa je izostavljena, a prema njoj je

²⁷⁾ Ovaj oblik posredovanja je prihvaćen pri nekim sudovima u Donjoj Saksoniji (zadržan nakon okončanja pilot projekta 2002–2005. godine), u Bavarskoj, Baden-Württembergu, Berlinu, Hamburgu, Hessenu, Mecklenburg-Vorpommernu, Nordrhein-Westfalenu i Rheinland-Pfalzu (u posljednjoj je ono specifično za porodičnopravne predmete). Obuku organizuju organizacije za posredovanje.

²⁵⁾ Ibidem.

²⁶⁾ Ibidem, str. 17.

sud, u određenim slučajevima, bračnim partnerima predlagao vansudsko rješenje spora.

Neizmijenjena je i odredba § 156 (FamFG) prema kojoj će sud "u slučajevima koji uključuju predmete o djeci – roditeljsko staranje o djeci pri rastavi i razvodu, prebivalište djeteta, pravo posjete ili predaju djeteta, podsticati u svakoj fazi postupka sporazum između stranaka, ako to nije u suprotnosti s dobrobiti djece." Sud upućuje na mogućnost savjetovanja u savjetovaništima službi za pomoć djeci i omladini, posebno vezano za razvoj dogovorenog plana za ostvarivanje roditeljskog staranja i roditeljske odgovornosti. Može naložiti roditeljima da učestvuju u savjetovanju, ali taj nalog nema samostalno dejstvo i ne može se prinudno provesti.

Umjesto obaveze suda, normirane u § 156 (FamFG), da ukazuje na mogućnost posredovanja ili drugih vansudskih načina rješavanja sporova, u Nacrtu je normirano: "Sud može naložiti da roditelji pojedinačno ili zajednički učestvuju na besplatnom informativnom sastanku o posredovanju ili drugoj mogućnosti vanskudskog rješavanja spora pred osobom ili tijelom određenim od suda, o čemu daje potvrdu." Ni ovaj nalog nema samostalno dejstvo niti se može prinudno provesti.

U odredbu § 156 (FamFG) koja normira da će sud, u postupku u kojem se odlučuje o pravu posjete roditelja i djece, odrediti učešće roditelja u savjetovanju, u Nacrtu je dodato i njihovo učešće na besplatnom informativnom sastanku o posredovanju ili drugim sredstvima alternativnog načina rješavanja sporova.

U Nacrt je unesena nova odredba (§278 ZPO) koja normira mogućnost da sud strankama predloži sudski vezano posredovanje ili drugi postupak vanskudskog rješenja konflikta. Ukoliko je pravom savezne države predviđeno, sud može predložiti i interno sudsko posredovanje, onda kada je to cjelishodno. Ako se stranke odluče za vođenje predloženog posredovanja ili drugog postupka za vanskudsko rješavanje sukoba, sud će odrediti mirovanje postupka.

Što se tiče kvalifikacije posrednika, Nacrt je odredio samo generalno: posrednik je sam odgovoran da osigura, adekvatnom obukom i daljom redovnom edukacijom, sticanje dovoljno teorijskog znanja i praktičnog iskustva kako bi strane mogao stručno voditi kroz posredovanje (§5). Nacrt ne sadrži preciznije odredbe, osim što normira da je posrednik obavezan stranke, na njihov zahtjev, informisati o svojoj profesionalnoj biografiji, obuci i iskustvu u oblasti posredovanja (§3/5). Zbog nepostojanja daljih propisa o kvalifikaciji posrednika, Nacrt je bio predmet kritike Bundesrata.

Ekspertna komisija, formirana od Saveznog ministarstva pravde, jednoglasno je utvrdila da posrednici moraju raspolagati određenim bitnim kompetencijama. Ovaj stav je u skladu s odredbom Direktive o posredovanju koja za države članice predviđa obavezu promovi-

sanja obuke za posrednika u cilju efikasnog, nepristrasnog i stručnog posredovanja.²⁸

U jednom komentaru Nacrta²⁹ zastupa se stav da je za stručno vođenje postupka, pored solidne osnovne edukacije, korisna i produbljena edukacija u posebnim oblastima, naprimjer u slučaju porodičnog posredovanja. Redovni programi obuke bi trebalo da pomognu posrednicima da prošire stečena znanja i vještine i da ih nastave razvijati. Međutim, na kraju se ipak konstatuje da detaljna zakonska odredba o obuci nije potrebna, već da je dovoljno ono što je normirano u § 5 Nacrta zakona o posredovanju.

Primjedbu na uređenje obuke posrednika upućuju i praktičari, odnosno sami posrednici: nepostojanje u Nacrtu pravila o obuci, imat će za posljedicu da će udruženja i dalje označavati svoje posrednike.³⁰

Kvalifikacija posrednika je predmet razmatranja i u dokumentu podnesenom Komitetu Evropskog parlamenta za pravna pitanja.³¹ U njemu stoji da u njemačkom pravu ne postoji profesija "posrednik", već da svako može nuditi "posredovanje", bez obzira na svoje kvalifikacije, ne vrijeđajući time zakon. Najefikasnijim načinom eliminisanja nekvalifikovanih posrednika smatra se tržišna selekcija. Ipak, naglašava se da potpuno odsustvo bilo kakve certifikacije stvara problem i potencijalnim stranama – učesnicama posredovanja i kvalifikovanim posrednicima. Potencijalne strane ne mogu prepoznati i znati da li je samoproglašeni posrednik zaista kvalifikovan, dok kvalifikovani posrednici ne mogu sami praviti i ukazivati na distinkciju između sebe i manje kvalifikovanih osoba. Radi otklanjanja ovog problema Njemačko ministarstvo pravde razmatra uvođenje posebne oznake za kvalifikovane posrednike.

Pored navedenih, Nacrtu se upućuju i druge primjedbe. Jedna od njih se odnosi na oblike posredovanja koji su u njemu normirani.³² Opravdanost vanskudskog posre-

²⁸) Više o ovome u: Gesetzentwurf der Bundesregierung: Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung, dostupno na stranici: <http://gesetzgebung.beck.de/sites/gesetzgebung.beck.de/files/RegE-Mediationsgesetz.pdf>

²⁹) Ibidem.

³⁰) Osten, Peter, Court based Mediation in Germany and transposition of the mediation directive 2008/52 EC, <http://www.gemme.eu/en/article/transposition-of-the-mediation-directive-2008-52-ec-germany>

³¹) Dokument pod naslovom: "Lessons learnt from the implementation of the EU Mediation Directive in Germany: the point of view of lawyers" dostupan je na stranici: <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201105/20110518ATT19590/20110518ATT19590EN.pdf>

³²) Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung, Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz, http://www.bdvr.de/aaa_Dateien/mediation_september2010.pdf, preuzeto 17. 5. 2011.

dovanja (bez sudskog postupka) i sudski vezanog posredovanja (nakon početka postupka) koje provodi vanjski posrednik, ne dovodi se u pitanje. Sporan je treći oblik posredovanja – interno sudsko posredovanje, na čijem provođenju, prema Nacrtu, ne može raditi sudija koji vodi postupak, a koje je dopušteno samo ako savezna država odluči da se ono može ponuditi u građanskim stvarima. O ovom obliku su postojale kontroverze i u pravnoj nauci. Iako se za njega u Nacrtu kaže da se ne dodaje pravosuđu, ipak je postavljen kao novi zadatak pravosuđa, shvaćen je kao sudska funkcija. A ako je sudska funkcija, ako je posao pravosuđa, onda se s pravom postavlja pitanje: Kako ga ne mogu obavljati sudije?

Pomenuto ovlaštenje saveznih država da odluče o (ne)dopuštenosti internog sudskog posredovanja je predmet kritike. Primjedba se tiče rastućeg uticaja hijerarhije: ovo posredovanje se može provoditi i po Nacrtu, ali mora biti posebno uređeno pravom saveznih država, što znači da je moguće da neka država ne primijeni Nacrt, tj. zakon kada bude donesen. Države su ovlaštene i na koncentrisanje posredovanja u posebnim sudovima.³³

Jedna od primjedbi se odnosi na izvršenje sporazuma postignutog pred sudski vezanim posrednikom (koji je sudija). Prema važećem pravu ovaj sporazum ima snagu sudske presude, dok se za Nacrt kaže da normira komplikovaniju proceduru: potrebno je da drugi sudija izvrši njegovu registraciju.³⁴

4. Posredovanje u domaćem porodičnom pravu

Za naše pravo interesantna i posebno značajna jesu dva pitanja: prvo je pitanje mogućnosti, ispravnosti i prihvatljivosti normiranja posredovanja kao obaveznog postupka, a drugo je pitanje **kvalifikovanosti**, odnosno obuke i osposobljavanja posrednika za uspješno obavljanje povjerenog zadatka. Stoga ćemo pažnju usmjeriti samo na ova pitanja.

4.1. (Ne)obaveznost posredovanja

Podsjećamo da Evropska unija preporučuje neobaveznost posredovanja, ali da nije ni isključila mogućnost da ono u nacionalnim pravima bude normirano kao obavezno. Ova mogućnost je priznata samo pod uslovom da se normiranjem obaveznog posredovanja nacionalni zakonodavci ne miješaju u pravo na pristup sudu. Iz ovoga se može zaključiti da obaveznost posredovanja, sama po sebi, ne znači povredu člana 6. Konvencije o zaštiti ljudskih prava.³⁵

U pravu evropskih zemalja rješenja su različita, mada je u najvećem broju zakona strankama ostavljeno da odluče hoće li spor pokušati riješiti u postupku posredovanja ili će odmah pokrenuti sudski postupak. Rješenje o neobaveznosti posredovanja prihvaćeno je u svim zemljama koje su u svoje zakone implementirale Direktivu iz 2008. godine.³⁶

Zakonodavac u Federaciji BiH je posredovanje pri razvodu braka izdvojio iz brakorazvodnog postupka, normirajući da se zahtjev za posredovanje podnosi prije pokretanja postupka za razvod braka (stav 1. člana 45. PZ). Nekoliko razloga ga je opredijelilo za prihvatanje ovog rješenja. Jedan od njih jeste ocjena da je za pokušaj uklanjanja nesporazuma i sukoba između bračnih partnera i za postizanje sporazuma idealan moment vrijeme prije nego što jedan od njih, ili oboje, pokrenu sudski postupak. Pokretanjem postupka za razvod bračni partneri su već pokazali svoju opredijeljenost i odlučnost za razvod, odredili su svoje pozicije, od kojih u pravilu teže odustaju. Naprotiv, u vrijeme kada još uvijek razmišljaju o razvodu, kada njihova odluka da se razvedu nije definitivna, razgovor s posrednikom će na njih djelovati psihološki povoljnije. Tada su spremniji pregovarati i postići sporazum, nego ako se s tim pokušava nakon podnošenja tužbe ili zahtjeva za sporazumni razvod braka. Među okolnostima koje utiču na uspjeh posredovanja, vremenu posredovanja pripada značajno mjesto.³⁷

Democracy, Date: June 15th, 2010; <http://www.cpdseminars.ie/articles/mandatory-mediation-and-the-hallmark-of-democracy>)

³⁶⁾ Naprimjer, grčki Zakon broj 3898/2010 o "Posredovanju u građanskim i trgovačkim sporovima" je napustio ranije rješenje o obaveznosti posredovanja. Italijanska Uredba br. 28 od 4. marta 2010. je ustanovila obavezno posredovanje u sporovima prije parnice, ali se ona ne primjenjuje na porodično posredovanje. (Implementation of the Directive in Italy by Giovanna Di Bartolo <http://www.gemme.eu/en/news/implementation-of-the-directive-in-italy-by-giovanna-di-bartolo>, preuzeto 27. 9. 2011.)

Obaveza provođenja mirenja (ne i posredovanja) normirana je u mađarskom pravu, a u islandskom pravu postupak mirenja je obavezan ako u porodici ima djece, osim ako oba bračna partnera zajedno traže razvod nakon zakonske separacije. (Šire vidjeti: Council of Europe, Family Policy Database, 4. Social policy and Family Law: Marriage, divorce and parenthood, str. 12.)

http://www.coe.int/t/dg3/familypolicy/Source/4_2_iii%20Family%20mediation.pdf:

³⁷⁾ U prilog ovome navodimo iskustvo u Belgiji: ono pokazuje da, iako se partneri mogu obratiti službi za posredovanje u bilo kojem momentu, idealan moment za posredovanje jeste prije nego što su strane iskristalisale svoje pozicije. Vrijeme posredovanja je jedan od faktora koji mogu uticati na uspjeh ili neuspjeh posredovanja u njegovom postupku i rezultatima, zajedno sa spremnošću strana na pregovaranje, sposobnostima za neposredan dijalog, kao i stav i vrsta saradnje drugih učesnika – sudija, tužilaca, advokata, socijalnih radnika. (Hélène van den Steen, Une autre manière d'aider les familles; La

³³⁾ Supra note 30.

³⁴⁾ Ibidem.

³⁵⁾ Na pitanje da li ulaženje u postupak posredovanja po odluci suda znači da se stranke odriču svog prava na suđenje, u literaturi se, s pravom, daje negativan odgovor. Za posredovanje se kaže da se ne može posmatrati kao podređeno sudskom postupku, već kao njegov integralni dio. (Wade, Gordon, Mediation: Article 6, Mandatory Mediation and the Hallmark

U prilog normiranju posredovanja prije i izvan sudskog postupka za razvod, može se navesti i to što se njegovim (uspješnim) provođenjem smanjuje kako broj sudskih postupaka, tako i troškovi postupka. Prednost ovakvog uređenja posredovanja može biti i u tome što stranke s lošim iskustvom u sudskom postupku u kojem su ranije učestvovala, mogu imati više povjerenja u posrednike nego u sudije, a vezano za njihovu neutralnost i nezavisnost.³⁸

Nažalost, sve ove prednosti kojima se zakonodavac rukovodio pri izdavanju posredovanja iz brakorazvodnog postupka, ostaju bez efekta, ostaju u sjeni zakonskog rješenja o obaveznom provođenju posredovanja.

Naime, u Porodičnom zakonu FBiH (član 45. stav 1.) zahtjev za posredovanje dužan je podnijeti bračni partner, odnosno oba bračna partnera koja imaju djecu nad kojom ostvaruju roditeljsko staranje. Bračni partner nema ovu dužnost samo u dva slučaja: kada je boravište drugog bračnog partnera nepoznato najmanje 6 mjeseci i ako je bračnom partneru oduzeta poslovna sposobnost (član 45. stav 4.). Neodazivanje na uredan poziv da učestvuju u postupku (u slučaju neopravdanja izostanka), sankcionisano je obustavljanjem postupka posredovanja. Kao jedini izuzetak od ovog pravila normiran je slučaj izostanka bračnog partnera koji se nasilnički ponaša prema drugom bračnom partneru. Posljedica obustavljanja postupka posredovanja je odbacivanje tužbe ili zahtjeva za sporazumni razvod braka podnesenih nakon obustave postupka posredovanja (član 49.).

Pri normiranju obaveznog učestvovanja u postupku posredovanja, zakonodavac se rukovodio potrebom zaštite interesa djeteta. Svojim dolaskom bračni partneri će pružiti priliku osobi ovlaštenoj za posredovanje da pokuša ukloniti uzroke koji su izazvali poremećenost bračnih odnosa i izmiriti ih, a u slučaju neuspjelog mirenja ova osoba će imati mogućnost da se angažuje na postizanju sporazuma između partnera o svim pitanjima koja se tiču maloljetne djece. Nažalost, bračni partner koji se ne želi pomiriti, zanemarujući interes djeteta da njegovi odnosi s roditeljima budu uređeni sporazumom, ne odaziva se na poziv i ne učestvuje u postupku posredovanja. A neodazivanjem na poziv za posredovanje, rukovoden različitim motivima, spriječit će drugog bračnog partnera da pokrene postupak za razvod braka. Ovakvim uređenjem ustanove posredovanja, a uz neodgovorno ponašanje jednog ili oba partnera, zakonodavac je ostavio prostor za povredu prava na pristup sudu. Da bi izbjegli da povrijede ovo pravo, sudovi postupaju suprotno zakonu: i onda kada je došlo do obustavljanja postupka

posredovanja zbog izostanka bračnog partnera, postupaju po tužbi partnera koji je pristupio posredovanju i koji želi razvod.

Zakonodavac je ovakvim uređenjem posredovanja dao prednost interesu djeteta u odnosu na pravo bračnih partnera na pokretanje postupka pred nadležnim sudom radi donošenja presude. Ovo pravo, kao jedno od ljudskih prava zagwarantovanih Evropskom konvencijom o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda (član 6. stav 1.), ne smije se povrijediti, odnosno njegovo ostvarivanje se ne smije onemogućiti, makar bi to bilo učinjeno radi zaštite najboljeg interesa djeteta. U slučaju sukoba ovog prava i interesa djeteta, prednost se mora dati pravu na pristup sudu, pošto se interes djeteta može zaštititi i na drugi način, mada ne uvijek jednako efikasno. Pravo na pokretanje sudskog postupka ne smije se povrijediti obavezivanjem stranaka da pristupe posredovanju kao jedinom sredstvu rješavanja njihovog spora. Naš zakonodavac stoga hitno mora izmijeniti rješenje kojim je posredovanje normirao kao obavezno. Nedopustivo je i neprihvatljivo da sudovi, pozivajući se na to da kršenjem zakonske odredbe sprečavaju povredu člana 6. stava 1. Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, postupaju *contra legem*.

Imajući u vidu probleme nastale u našoj sudskoj praksi zbog normiranja obaveznog postupka posredovanja, izdvojenog iz sudskog postupka za razvod braka, a u isto vrijeme uzimajući u obzir rezultate istraživanja evropskog i njemačkog prava, čini nam se najispravnijim i najprihvatljivijim posredovanje ponovo uključiti u brakorazvodni postupak. Njegovo uređenje kao faze brakorazvodnog postupka, odnosno njegovo provođenje nakon podnošenja tužbe ili zahtjeva za sporazumni razvod braka, čak i kada je normirano kao obavezno za strane, ne bi moralo značiti povredu prava na pristup sudu. Isto tako, ne bi se vrijeđalo ni pravo na suđenje u razumnom roku, kao drugi aspekt prava na pravično suđenje. Sud ne bi zakazivao pripremno ročište prije no što okonča postupak posredovanja.³⁹ Međutim, to ne bi dovelo do produženja trajanja brakorazvodnog postupka, jer strane u postupku posredovanja traženu pravdu mogu dobiti brže (pored toga i jeftinije), tako da posredovanje može pomoći u zaštiti i realizaciji ovih prava. Postizanje sporazuma o djeci u postupku posredovanja, oslobodit će sud obaveze raspravljanja i odlučivanja o pitanjima koja su predmet ovog sporazuma, tako da će brakorazvodni postupak kraće trajati.

Uz normiranje provođenja posredovanja nakon pokretanja postupka za razvod braka, smatramo nužnim izostaviti rješenje o obaveznosti posredovanja.⁴⁰ Zahtjevi

mediation familiale: Experience Belge, http://www.centrovolontariato.net/daphne/matilde/ancora_matilde/varna/belgio/02_mediation_familiale_fr.pdf (preuzeto 22. 10. 2011.)

³⁸⁾ Ibidem.

³⁹⁾ U članu 8. Direktive propisano je da se za vrijeme trajanja posredovanja moraju obustaviti ograničenja i rokovi.

⁴⁰⁾ V. šire: Duman, Džamna, op. cit. str. 78–81.

zbog kojih je ono u važećem pravu normirano kao obavezno su opravdani, ali se njima može udovoljiti i bez ovog obavezivanja. Slažemo se sa stavom da je od prisiljavanja na posredovanje efikasnije ohrabrivati strane na posredovanje, uz vršenje odgovarajućeg, pažljivo odmjerenog pritiska na njih. Uz to je važno da se one pripreme da posredovanje shvate kao fazu koja prethodi ostvarenju prava da sud donese odluku o njihovom zahtjevu.⁴¹

Ohrabrivanje i pomaganje bračnih partnera i određeni pritisak na njih da se uključe u posredovanje posebno je opravdan u fazi posredovanja namijenjenoj za postizanje sporazuma o pitanjima ostvarivanja roditeljskog staranja, ličnih odnosa i neposrednih kontakata te izdržavanja djece. Mislimo da bi se ovo pomaganje i podsticanje na posredovanje moglo postići prihvatanjem rješenja poput onog predloženog u njemačkom Nacrtu Zakona o medijaciji. Naime, umjesto da se bračnim partnerima samo ukaže na obavezu pokretanja postupka posredovanja, prihvatljivije je normirati obavljanje razgovora s njima, kroz koji bi se besplatno upoznali sa svrhom i značajem posredovanja te potrebom da se uključe u njegovo provođenje radi postizanja sporazuma o djeci. Nakon što budu informisani o ovome, sigurno će manje izbjegavati odazvati se na poziv posrednika. Na pozivanje ili nalažanje roditeljima da učestvuju na informativnom sastanku o posredovanju najbolje je ovlastiti sud, pogotovo ako se posredovanje uključi, po vremenu odvijanja, u brakorazvodni postupak. Osiguranjem na taj način prisustva i učešća roditelja u posredovanju, interes djeteta se štiti u većoj mjeri nego onda kada se prepusti samim partnerima da odluče hoće li se uključiti u postupak posredovanja ili će ga izbjeci, rukovođeni samo željom da se postupak razvoda braka okonča bez njihovog susreta, razgovora i pregovora pred posrednikom. U fazi posredovanja, u kojoj posrednik nastoji pomoći bračnim partnerima da prevaziđu međusobne nesporazume i sukobe i da se pomire, nije nužno insistirati na njihovom prisustvu, mada bi bilo dobro, radi očuvanja braka, da se oni i tada dobrovoljno odazovu. Ukoliko se ovakvo nalažanje učešća u razgovoru radi ohrabrenja posredovanja ne normira, onda bi trebalo ovlastiti posrednika, u slučaju neodazivanja bračnih partnera na poziv za posredovanje, da ih ponovo pozove radi uređenja, uz njegovu pomoć, posljedica razvoda. Pri tom pozivanju bi trebalo da ih upozori da, radi zaštite interesa djece, treba da se odazovu i uključe u postupak posredovanja. U isto vrijeme trebalo bi i da im ukaže na to da će se sporazumnim uređenjem ovih pitanja skratiti dalji tok brakorazvodnog postupka i ubrzati donošenje presude o razvodu braka, što im svakako ide u prilog.

4.2. Obuka i osposobljavanje posrednika

Postoje dvije mogućnosti organizovanja i regulisanja posredovanja. Jedna mogućnost jeste da ga reguliše država, a druga je njegovo uređenje propisima privatnih organizacija, kao što je to urađeno u Njemačkoj. Mislimo da je za nas prihvatljivije prvo rješenje. Uređenjem zakonskim ili podzakonskim aktima organizacije posredovanja, obuke posrednika i nadgledanja te obuke, izbjeći će se postojanje različitih standarda i stilova posredovanja.

Državno regulisanje trebalo bi da osigura u većoj mjeri poštovanje zahtjeva koji se postavljaju vezano za kvalifikaciju, tj. obuku, sposobnost i vještine posrednika te za njegovo ponašanje u skladu s pravilima profesionalnog ponašanja i etičkim standardima. Pri ovakvom rješenju udovoljenje svim pomenutim zahtjevima je predmet javne kontrole, što strankama može biti garancija kvaliteta posrednika i postupka posredovanja. Postupak posredovanja je također nužno urediti posebnim pravilima, koja bi u potpunosti udovoljila zahtjevima razmatranih evropskih dokumenata o posredovanju, a u prvom redu bi razradila osnovna načela kojih posrednik treba da se pridržava u radu i osnovna pravila postupka posredovanja.

Međutim, naši važeći podzakonski propisi ne idu u prilog iznesenom stavu. Pravilnik o uslovima koje mora ispunjavati osoba ovlaštena na posredovanje donijelo je Federalno ministarstvo rada i socijalne politike, ali osim ličnih svojstava⁴² i stručne spremljenosti posrednika⁴³ te prostora kojim mora raspolagati, ne normira ništa drugo (član 2.). Propušteno je normirati ono što garantuje uspješan rad posrednika: potrebna znanja i vještine, njegovu posebnu obučenosť, osposobljenost i stručnosť u oblasti posredovanja, stečene prethodnom edukacijom, te redovno obavezno nastavljanje obuke radi daljeg razvijanja vještina za unapređivanje i uspješno provođenje posredovanja. Lična svojstva posrednika jesu važna, ali nisu dovoljna. Pored njih, za uspješno obavljanje zadataka i sticanje povjerenja strana u sporu, nužna je njegova osposobljenost da uoči i shvati problem nastao u njihovim međusobnim odnosima, te sposobnost da im pomogne da u mirnoj atmosferi uklone eventualno prisutna neprijateljstva i druge smetnje koje onemogućavaju njihovo normalno komuniciranje. Posrednik treba da bude dovoljno obučen da strankama pomogne da razumiju sve aspekte i posljedice situacije u kojoj će se naći u slučaju nepostizanja sporazuma, da odrede svoje pozicije i interese. Ako se

⁴¹⁾ Supra note 35.

⁴²⁾ Na strani posrednika se zahtijeva: poslovna i zdravstvena sposobnost, nevođenje krivičnog ili istražnog postupka ili nepostojanje pravosnažne presude za učinjeno krivično protiv braka i porodice, dostojanstva ličnosti i morala, protiv života i tijela; nepostojanje izrečene zaštitne mjere u skladu s odredbama Zakona o zaštiti od nasilja u porodici.

⁴³⁾ Posrednik mora imati završen filozofski fakultet – odsjek za psihologiju, pravni fakultet ili fakultet političkih nauka – odsjek socijalnog rada, najmanje tri godine rada u struci te položen stručni ispit u struci.

nastali poremećaj ne uspije otkloniti, zadobijeno povjerenje u posrednika, u njegovu nepristrasnost i objektivnost, zajedno s njegovim daljim nastojanjima da pomogne u tom pravcu, mogu doprinijeti postizanju sporazuma između strana, posebno važnih onda kada one imaju maloljetnu djecu. Najbolji interes djeteta, i to ne samo trenutni, već i srednjoročni i dugoročni, ima prednost u odnosu na interes roditelja, o čemu oni treba da vode računa pri postizanju sporazuma, a na što im je dužan ukazati posrednik.

Sve ovo bi se moralo uvažiti pri reformi propisa o uslovima koje mora ispuniti posrednik u porodičnopravnim predmetima. Za ovom reformom postoji neodložna potreba, kako bi se otklonila postojeća situacija u praksi, kako bi se spriječilo da kao posrednici rade osobe bez potrebnih kvalifikacija, bez prethodne bilo kakve obuke i bez obaveze da se obučavaju nakon što dobiju ovlaštenje da rade na porodičnom posredovanju.

Mislimo da bi bilo dobro da se u edukaciju posrednika uključe pravni fakulteti. Iskustva stečena u Njemačkoj i drugim evropskim zemljama pokazuju korisnost organizovanja ove vrste obuke. Pravni fakulteti bi i kod nas mogli, bilo u okviru dodiplomskog bilo diplomskog studija, u nastavne planove uključiti teorije i vještine posredovanja. Nastavni program bi morao biti interdisciplinaran, nastavnici i praktičari uključeni u njegovo izvođenje bi morali biti stručnjaci iz svih relevantnih oblasti. Interdisciplinarnost bi se odnosila i na polaznike onda kada bi se edukacija organizovala u okviru diplomskog studija, dok bi u slučaju uključivanja ove obuke na diplomski studij polaznici bili studenti prava.

Pri normiranju obuke mogu se iskoristiti iskustva i dobra praksa njemačkih udruženja za posredovanje, kao i ranije razmatrani dokument Osnovni standardi za obuku u porodičnom posredovanju. U trening posrednika trebalo bi da bude uključen teorijski i praktični element, a pored opšte obuke za posredovanje, osobe koje se obučavaju za porodično posredovanje moraju pohađati i dodatnu, posebnu obuku. Nije dovoljna samo obuka koja prethodi imenovanju za posrednika, nego se ona mora nastaviti, nužno je da se posrednik profesionalno razvija, da unapređuje kvalifikacije kroz obuke čije trajanje je unaprijed određeno na utvrđeni broj dana, odnosno sati u svakoj godini. Korisni u procesu normiranja ovih pitanja mogu biti i bosanskohercegovački Zakon o postupku medijacije, Pravilnik koji se odnosi na program obuke za medijatora i Kodeks medijatorske etike, u kojima su sadržana rješenja koja osiguravaju kvalifikovanost posrednika, njihovu obuku i profesionalno ponašanje, uz obavezu poštovanje načela preuzetih iz evropskih dokumenata. I u ovoj, kao i u većini ostalih oblasti, poželjno je i bilo bi jako korisno harmonizovati rješenja zakonskih i podzakonskih akata Federacije BiH, Republike Srpske i Brčko distrikta BiH, jer bi to doprinijelo pravnoj sigurnosti građana.

Kod nas je u praksi uobičajeno provođenje posredovanja samo u vezi s razvodom braka. Upravo stoga, a imajući u vidu potrebu potpunije zaštite svih članova porodice, naročito maloljetne djece, na kraju ovog rada naglašavamo potrebu proširenja korištenja porodičnog posredovanja u svim slučajevima koji su zakonom normirani. Naime, u članu 5. PZ FBiH predviđena je nadležnost osobe ovlaštene za posredovanje na pružanje stručne pomoći i zaštite prava i interesa djeteta i ostalih članova porodice, na rješavanje sporova između članova porodice, kao i u svim slučajevima poremećenih porodičnih odnosa. Posredovanje je također normirano i za odlučivanje o tome s kojim roditeljem će živjeti dijete, u slučaju kada se roditelji o tome nisu sporazumjeli (član 142. stav 7.). Bez obzira na način na koji će posredovanje biti uređeno pri budućoj reformi, koja je nužna i neodložna, ono se mora koristiti uvijek kada za njim postoji potreba, kada se na taj način mogu zaštititi interesi porodice u cjelini i pojedinih njenih članova, a u prvom redu najbolji interes djeteta.

Zaključak

Porodično posredovanje je ustanova namijenjena rješavanju sporova između članova porodice izvan sudskog postupka. Načela na kojima se zasniva uređenje i vođenje postupka posredovanja treba da osiguraju njegovo stručno vođenje, zaštitu interesa učesnika u posredovanju i postizanje sporazuma koji će zamijeniti sudsku odluku, pa samim tim i eliminisati sudski postupak u kojem bi se odlučivalo o pitanjima o kojima su se stranke sporazumjele uz pomoć posrednika. Evropski dokumenti koji uređuju ovu oblast su brojni, a zbog njenog značaja u posljednje vrijeme oni su obavezujućeg karaktera – obaveze za države članice se normiraju direktivom koju one moraju implementirati u svoje zakone.

U domaćem pravu ustanovu posredovanja je nužno reformisati, jer u primjeni zakonskih rješenja postoje brojni problemi. Glavni i najveći se tiče povrede prava zagarantovanog članom 6. Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, tako da je nužno preispitati rješenje o obaveznosti provođenja posredovanja. Pri tome je, pored evropskih dokumenata, dobro slijediti rješenja prihvaćena u uporednom pravu, između ostalog i rješenja njemačkog zakonodavstva koja su se u praksi pokazala ispravnim i opravdanim.

Važno pitanje koje zasluži da bude uređeno na drugačiji način odnosi se na obuku i osposobljenost posrednika. Propuštanje normiranja kvalifikovanosti posrednika – njegove posebne edukacije, obuke i stalnog obnavljanja i proširivanja znanja i vještina, ima za posljedicu nedovoljno efikasne i uspješne postupke posredovanja vođene od nestručnih, odnosno nedovoljno stručnih osoba. Nadamo se da će prijedlozi izneseni u radu, u njegovom četvrtom dijelu, doprinijeti uspješnijem uređenju posredovanja, naročito onog u kojem se odlučuje o pitanjima koja se direktno tiču maloljetne djece.

Prof. dr. Suzana Bubić

Das Rechtinstitut der Mediation im Familienrecht im europäischen, deutschen und einheimischen Recht

(Zusammenfassung)

In der Arbeit der Autorin werden einige Aspekte des Rechtinstituts der Mediation im Familienrecht vorgestellt. Die Autorin kommt in Bezug auf das Familiengesetz der Föderation Bosnien-Herzegowina und die entsprechenden untergesetzlichen Akte zu dem Ergebnis, dass sich diesbezüglich in der Praxis Schwächen und Versäumnisse bei der Regelung dieses Rechtinstituts herausgestellt haben. Weiter unternimmt es der vorliegende Beitrag, Vorschläge auszuarbeiten, die zur Beseitigung der festgestellten Mängel, sowohl in der Rechtsprechung (Entscheidungen contra legem) wie auch bei der Regelung der Bedingungen, die eine Person, erfüllen muss, um als Mediator bestellt zu werden, beitragen sollen. Zu diesem Zwecke erfolgt eine Analyse der relevanten europäischen Vorschriften und der Lösungen, die im deutschen Recht de lege lata bestehen oder de lege ferenda diskutiert werden. Am Ende des Beitrages werden gesetzliche Regelungen vorgeschlagen, die zu besseren gesetzlichen Regelungen hinsichtlich der bearbeitenden Fragen führen könnten.

Upravno sudstvo u Češkoj Republici – razvoj i odabrani problemi – Dio II*

Doc. dr. Vojtěch Šimíček, Ph. D.

4. Izabrani problemi

Naredni dio priloga posvećen je određenim opštim problemima na koje češki upravni sudovi nailaze u praksi i koje moraju rješavati. Bilo bi preambiciozno navesti sve probleme, a sasvim je moguće da će kolege kod ocjene relevantnosti pojedinih problema imati mišljenje koje može značajno odstupati od subjektivnog stava autora.

4.1 Pojašnjenje pojma “organ uprave”

Ako pođemo od teze da je svrha upravnih sudova da kontrolišu rad javne uprave, a sve u cilju zaštite subjektivnih prava fizičkih i pravnih lica, vrlo je važno odrediti na koga se ta kontrola odnosi. Rješenje koje je sadržano u češkim zakonskim propisima ne zasniva se na pozitivnoj ili negativnoj definiciji pojma “organ uprave”, već jasno naginje prema materijalnoj definiciji. Zato je manje bitno kako je taj organ definisan ili kako je kadrovski popunjen,

* Ovo je drugi dio članka koji predstavlja pisanu verziju referata koji je autor održao u okviru konferencije “Doprinos upravnog sudstva razvoju pravne države: opći principi i sudska praksa u Njemačkoj, Makedoniji i Češkoj Republici”. Organizirana od strane IRZ fondacije i makedonske Akademije za obuku sudija i tužilaca. Prvi dio članka objavljen je u prošlom broju Nove pravne revije (NPR 1/2011, str. 29–33).

već su presudne njegove nadležnosti. Tako posmatrano može se tvrditi – pojednostavljeno i samo s pravnog aspekta – da organ uprave nije ništa više nego zbir njegovih nadležnosti.

Takav zaključak ima izuzetno značajne i praktične posljedice. Ako pođemo od pretpostavke da kvalifikacija organa uprave, da svojim radom zadire u pravnu sferu fizičkog lica, predstavlja značajan kriterij za njegovo podvrgavanje nadležnosti upravnih sudova, onda više ne važi ustavno načelo podjele vlasti kao odlučujući kriterij. To konkretno znači, na primjer, da upravni sudovi pored tradicionalnih organa uprave kao što su javni izvršni organi (poreske uprave, zavodi za gradnju, policijski organi itd.) i institucije s javnim ovlaštenjima (Češka advokatska komora, organi opštinske i okružne uprave itd.) preispituju i odluke predsjednika Republike¹, javnih čuvara prava (ombudsman)², medijskih vijeća (prvenstveno Vijeća za radio i televizijsko emitovanje³) i – mada samo u izuzetnim slučajevima – Parlamenta⁴.

¹) Konkretno se radi o slučaju pripravnika koji je ispunjavao sve zakonom propisane uslove za imenovanje na funkciju sudije: Vlada je predsjedniku dostavila zahtjev za imenovanje kandidata. Predsjednik je odbio da izvrši imenovanje, ali nije donio negativnu odluku (o odbijanju). Zato je sud prihvatio tužbu zbog šutnje i naložio predsjedniku da u određenom roku odluči o zahtjevu. Predsjednik, nažalost, nije postupio po tom rješenju. Više o tome možete pročitati u presudi (broj 4 Ans 9/2007), koja se nalazi na internet stranici Vrhovnog upravnog suda Češke (www.nssoud.cz).

²) Konkretno se radilo o pristupu informacijama u skladu sa zakonom br. 106/1999 Slg. o slobodnom pristupu informacijama po kojem svako ima pravo da dobije informacije o radu organa uprave. Ako se odbije dostavljanje informacija, takva se odluka može osporiti na jednom od upravnih sudova.

³) Radi se prvenstveno o novčanim kaznama koje se određuju TV emiterima, npr. za prikazivanje nasilja, “neobjektivnosti”, “vulgarnosti”. Najčešće se sankcioniraju TV emiteri za reality showove vrste “Big Brother”, koji su fenomen današnjice.

⁴) Radi se o slučaju u kojem je trebalo odlučiti o ponovnom početku rada jedne političke stranke. Prema češkim zakonskim propisima, političkoj stranci se odlukom Upravnog suda može zabraniti rad ako Parlamentu ne podnese godišnji finansijski izvještaj u predviđenom roku. Zakon takođe predviđa da Parlament odlučuje o ponovnom početku rada stranke kad su uklonjeni razlozi koji su doveli do zabrane rada. Upravni sud je morao riješiti (odluka pod brojem Obn 1/2006 može se naći na: www.nssoud.cz) šta bi se desilo da Parlament nije donio nikakvu odluku, odnosno da je donio negativnu odluku. Upravni sud je došao do zaključka da “političke stranke kod donošenja odluke o privremenoj zabrani rada (odn. ukidanju stranke) ne bi trebale biti prepuštene samovolji državnih organa. Iste na raspolaganju moraju imati dovoljno formalnopravnih sredstava kako bi se efikasno mogle suprotstaviti toj samovolji. Pri tome je očigledno da nezavisno i nepristrasno pravosuđe mora staviti ta sredstva na raspolaganje. Privremena zabrana rada političke stranke predstavlja duboko zadiranje u njen rad, jer se ista politički “paralizira” do srži. (...) Takva stranka na primjer ne može učestvovati na izborima, baviti se poslovnim aktivnostima i drugim aktivnostima koje su u skladu sa njenom funkcijom (...) U predmet-

Često suprotno mišljenje (prvenstveno iz redova češke političke elite), prema kojem nastaje "sudijokratija" i prema kojem sudije, iako nisu izabrane demokratskim putem i ne podliježu kontroli iz vana, uzurpiraju vlast, može se opovrgnuti tvrdnjom da problem leži upravo na suprotnoj strani. Naime, kad predsjednik Republike donese odluke koje su takve prirode da zadiru u konkretna prava fizičke osobe, ili ako Parlament sebi, pored zakonodavne vlasti, prisvoji i određene upravne nadležnosti, onda bi navedeno mišljenje dovelo do toga da te aktivnosti nabrojanih odgovornih osoba ne podliježu nikakvoj pravnoj kontroli. Ovo rješenje autor smatra mnogo lošijim od onog koje nude umjereno aktivistički organi uprave.

4.2 Odnos između javnog i privatnog prava

Veliki problem češkog upravnog sudstva predstavlja činjenica da upravni sudovi ne preispituju sve slučajeve o kojima je odlučio organ uprave, već samo one u kojima je organ uprave odlučio u javnopravnim stvarima. Ovaj koncept je preuzet u propisima koji su važili u periodu između dva svjetska rata. Bez obzira na to, danas je isti potpuno prevaziđen, neefikasan, nejasan i neracionalan.

S 1. 1. 2003., kada je novi zakonski propis o upravnom sudstvu stupio na snagu, došlo je do dualiteta u preispitivanju odluka organa uprave. U slučajevima u kojima je organ uprave donio odluku u sporu ili nekoj drugoj pravnoj stvari, koji su proistekli iz građanskopravnih, radnopravnih, porodičnopravnih ili privrednopravnih odnosa, odlučuju građanski sudovi u građanskom postupku.⁵ Kod primjene javnog prava upravni sudovi preispituju odluke upravnih organa. U praksi to izgleda tako da kada se podnese tužba, za koju sud kojem je upućena smatra da pripada

noj stvari je isključivo Parlament kao nadležni organ ovlašten da odlučuje o ispunjenju utvrđenih obaveza. Zato bi u slučaju privremene zabrane rada pravilan postupak podnosioca zahtjeva trebao biti da parlamentu dostavi nedostajuću dokumentaciju. Logično je da se ovdje postupak ne može tumačiti drugačije nego implicitni zahtjev za ponovni početak rada stranke. U uslovima pravne države se podrazumijeva da se o tom zahtjevu mora donijeti odluka, bilo pozitivna bilo negativna. Ako Parlament smatra da je politička stranka ispunila svoje obaveze, dolazi do ponovnog uspostavljanja njenog funkcionisanja, što praktično znači da je uklonjeno gore opisano stanje "paralize". U slučaju negativne odluke Parlamenta Upravni sud polazi od pretpostavke da se radi o odluci organa uprave, koja zadiru u subjektivna javna prava političke stranke, te koja se u okviru upravnog sudstva uz primjenu Zakona o Upravnom sudu može preispitati. Upravni sud tako ima pravo da ukine takvu odluku Parlamenta i da mu naloži pravno stajalište. Na kraju treba spomenuti situaciju u kojoj je politička stranka dostavila određenu dokumentaciju, ali je Parlament nije razmotrio niti je donio odluku. U takvom slučaju Upravni sud polazi od pretpostavke da bi tužba zbog šutnje organa uprave mogla predstavljati sudsku zaštitu političke stranke, na osnovu koje je Ustavni sud ovlašten da organu uprave (tj. Parlamentu) naloži donošenje odluke ili obrazloženja u određenom roku."

⁵ Čl. 244 stav 1 Zakona o građanskom postupku.

drugoj "grani" pravosuđa, isti odbacuje tužbu uz uputu da podnosilac ima pravo podnijeti tužbu stvarno nadležnom sudu. Ako je situacija nejasna, konačnu odluku o tome koji će sud rješavati donosi vijeće za sukobe koje je sastavljeno paritetno od sudija Vrhovnog suda (Nejvyšší soud) ili Upravnog suda.

Ovaj model autor iz više razloga ne preporučuje kao inspiraciju. U prvom redu je i dalje sporno u kojoj se mjeri uopšte mogu povući jasne granice između javnog i privatnog prava. Ako odbijemo Ulpijanovu klasičnu teoriju interesa, prema kojoj težište javnog prava leži u javnom interesu, a težište privatnog prava leži u privatnim interesima, postavlja se pitanje smisla ove podjele. Pravni naučnik V. Sedláček je još 1931.⁶ godine napisao da "razlika između javnog i privatnog prava danas u političkom smislu predstavlja anahronizam". I zaista, ne mogu se naći uvjerljivi argumenti koji bi potkrijepili da odluke u stvarima restitucije po svojoj prirodi spadaju u privatnopravnu oblast, dok je, na primjer, utvrđivanje poreza pitanje javnog prava. Treba imati na umu da oba slučaja predstavljaju zadiranje u pravo vlasništva.

Praksa čeških sudova koja je nastala zbog navedenog besmislenog zakonskog propisa, zbog toga ima za posljedicu da, npr. odluke o utvrđivanju odgovornosti za pravne delikte spadaju u nadležnost upravnih sudova, dok odluke o naknadi štete spadaju u nadležnost građanskih sudova. Donošenje odluka o upisu imovinskog prava u zemljišne knjige spada u nadležnost građanskih sudova, dok predmeti registracije koji proizlaze iz katastra spadaju u nadležnost upravnih sudova. Jedan dio izreke finansijskog arbitra, kojim se utvrđuje kazna, donose upravni sudovi, dok drugi dio u vezi sa sankcijama spada u nadležnost redovnih sudova.

Kako se situacija dalje razvijala, postala je još nepreglednija. O eksproprijaciji su, na primjer, prvo odlučivali upravni sudovi, a kasnije je donesen novi zakonski propis prema kojem građanski sudovi odlučuju o istoj stvari. Gdje je tu jasna podjela između javnog i privatnog prava? Drugi primjer je upisivanje zaštitnih znakova: 2003. godine je vladalo mišljenje da se radi o privatnopravnoj stvari, dok je godinu dana kasnije sudska praksa više bila naklonjena preispitivanju u upravnom sudstvu. Na primjer, tužitelj koji je tužbu podnio 2002. godine, dobio je negativnu odluku tek 2003., uz pouku da može podnijeti novu tužbu građanskom sudu. Da je tako postupio, opet bi dobio negativnu odluku uz obrazloženje da se radi o javnopravnom predmetu. Na taj bi način bez sumnje bio oštećen sa aspekta ažurnosti cjelokupnog sudstva i nastalo bi znatno i objektivno potpuno neopravdano odugovlačenje.

Zato je autor veliki zagovornik jedinstvenog sistema preispitivanja upravnih odluka, i to u idealnom slučaju isključivo u upravnom sudstvu. Pravni sistem i zaštita tog

⁶ Sedláček, Jaromír, Občanské právo, Prag, 1931, strana 53.

sistema trebali bi biti potpuno razumljivi, predvidivi i, po mogućnosti, “jednostavni za upotrebu”. Ako toga nema, ne možemo se ozbiljno držati načela “neznanje ne štiti od kazne”.

4.3. Procesno pravo i materijalno pravo

Još jednu neuralgičnu tačku češkog upravnog sudstva predstavlja odnos između procesnog i materijalnog prava. Autor tvrdi da svrha procesnog prava nije da služi samo sebi i da samo sebi bude dovoljno, te da bi ono izgubilo razlog postojanja ako bi se potpuno “odvojilo” od materijalnog prava. Međutim, sudska praksa nameće potrebu da se strogo pazi na procesnopravnu “čistoću” odluka, a da se pri tome zaboravlja da te odluke – čak i kada su procesnopravno savršene – nemaju neki značaj ako se, na primjer, donesu sa zakašnjenjem ili ako nije razjašnjena suština. Moglo bi se navesti stotine primjera u kojima je, na primjer, preispitana građevinska dozvola i donesena konačna sudska odluka, nakon što je objekat korišten nekoliko godina. Poslužit ćemo se češkom poslovicom koja kaže da i pored drveća treba vidjeti cijelu šumu. Obiman je to zadatak koji češki sudovi, nažalost, još ne mogu ispuniti.

Upravo preferiranje procesnopravne čistoće na uštrb rješavanja postavljenih pitanja u realnom vremenu, a ako tome dodamo još i česte neusaglašenosti, a samim tim i nepredvidivosti sudske prakse, predstavlja jednu od najvećih opasnosti za sudove. Za razliku od čitavog niza čeških političara, autor zastupa mišljenje da najveću opasnost ne predstavlja tako proklamirana sudijokratija, već nezainteresiranost sudova za tržište, koji nisu u stanju da sagledaju realnu društvenu potražnju. Većina privrednih subjekata ne ide na sud, već sporove uglavnom rješavaju vansudskim sredstvima, koja su uglavnom zakonita, ali ponekad i nezakonita. Tako se stvara slika virtualne sudske prakse kod koje su sudovi s jedne strane preopterećeni i imaju još hiljade neriješenih predmeta, dok je stvarni život tražio i našao druge mehanizme za rješavanje društvenih konflikata, a sudovi u stvari stvaraju mikrokosmos koji je javnosti, nažalost, potpuno nezanimljiv.

4.4. Diskreciona ocjena u rješavanju upravnih stvari

Tema diskrecione ocjene u rješavanju upravnih stvari zaslužuje posebnu monografiju, te će se autor zbog ograničenosti prostora fokusirati samo na bitne probleme: Može li se uopšte u uslovima demokratske pravne države govoriti o apsolutnoj diskrecionoj ocjeni u rješavanju upravnih stvari? Prema autoru je to nemoguće. Razvoj sudske prakse na upravnim sudovima u Češkoj Republici to u potpunosti potvrđuje.

Radi bolje ilustracije autor navodi konkretan primjer: sticanje državljanstva na zahtjev (naturalizacija).⁷ Ne tako

davno, 30-ih godina 20. stoljeća bilo je uvriježeno mišljenje da “prijem u državljanstvo predstavlja čin milosrđa države koja mora voditi računa da državljanstvo ne dodijeli osobama koje bi zbog svojih moralnih karakteristika, iz političkih ili privrednih razloga, mogle naškoditi državi ili postati nezgodne.”⁸

Ovo mišljenje, koje je važno kao načelo, preuzeto je u tadašnjoj sudskoj praksi, prema kojoj je “potpuno prepušteno na volju političkoj službi hoće li ili neće podnosiocu zahtjeva dati državljanstvo, a pri donošenju odluke služba nije vezana za pravne direktive za odobrenje ili neodobrenje zahtjeva. Budući da u zakonu ne postoji odredba iz koje bi se moglo izvesti subjektivno pravo stranke na dobijanje češkog državljanstva, u odbijenici službe na koju se stranka žalila ne mogu se naći elementi za povredu prava tužitelja, zbog koje bi se mogao žaliti Upravnom sudu. Ako stranka nema nikakvo pravo na sticanje češkog državljanstva, onda se ne može ni žaliti na to da u negativnoj odluci nisu navedeni razlozi za odbijanje njenog zahtjeva.”⁹ Dakle, možemo zaključiti da se polazilo od apsolutne diskrecione ocjene organa uprave, koja se potom nije morala ni obrazložiti, zbog čega se sudski nije mogla ni preispitati.

Ovaj pravni stav je načelno preuzet i nakon 1990. godine. Tako je Tribunal u Pragu¹⁰ presudio kako slijedi: “na sticanje državljanstva nije postojalo niti postoji zakonsko pravo. Prijem u državljanstvo na zahtjev stranog državljanina predstavlja, i istorijski gledano uvijek je predstavljao, znak suvereniteta države. Apsolutno je u sferi slobodne ocjene državnog suvereniteta hoće li ili neće stranog državljanina primiti u svoje državljanstvo. Ovaj princip je nepromjenljiv i nedvojbjen. Konstrukcija zakonskog prava na sticanje državljanstva bi u takvim slučajevima oborila princip suvereniteta države, što kao pojam nije ni izvodljivo. Zato uslovi koje zakon predviđa za sticanje državljanstva nemaju zakonsko značenje da se državljanstvo mora dodijeliti ako se ti uslovi ispune. Neispunjenje uslova znači da takva osoba, i po apsolutno slobodnoj ocjeni, ne može steći državljanstvo Češke Republike. Budući da ne postoji zakonsko pravo na češko državljanstvo, ne postoji ni subjektivno pravo podnosioca zahtjeva da mu se zahtjev odobri, čak i kada ispuni zakonom utvrđene uslove ili je oslobođen od ispunjenja istih. Samim tim što ovdje nema subjektivnog prava, podnosilac zahtjeva ni ne može biti uskraćen za takvo, nepostojeće pravo, što je, s druge strane, osnovni uslov za sudsko preispitivanje upravnog akta”.

Iz odluke Vrhovnog upravnog suda iz 2003. godine može se zaključiti da je došlo do određenih promjena u sudskoj praksi. Između ostalog, evidentna je težnja Uprav-

⁸) Slovník veřejného práva československého, svazek II., Polygrafia, Brno 1932 (reprint EUROLEX BOHEMIA, Vimperk 2000), strana 984.

⁹) Vidi npr. presude Upravnog suda Boh. A 2431/23 (19282/22), Boh. A 2459/23 (14695/22) odn. Boh. A 4538/25 (5879/25).

¹⁰) Odluka od 29. 12. 1997, br. 6 A 77/97.

⁷) Ovo je pitanje autor detaljno obradio (zajedno s P. Molek) u članku pod nazivom “Sticanje državljanstva – put od milosti države do slobodne ocjene organa uprave koja se može preispitati na sudu”, Právník Nr. 2/2005, strane 137–156.

nog suda da izvrši određeni pritisak na Ministarstvo da ono, kad donese negativnu odluku na zahtjev za prijem u državljanstvo, navede i valjano obrazloženje kako bi se rješenje moglo preispitati. Tako je, na primjer, Upravni sud u predmetu koji se vodi pod brojem 6 A 94/2002¹¹ presudio da se *“sama opšta konstatacija da ne postoji zakonsko pravo na sticanje državljanstva Češke Republike mora se ocijeniti nedovoljnom i nije u skladu sa Zakonom o upravnom postupku prema kojem se odluka mora zasnivati na pouzdano ispitanim okolnostima, a organ uprave u obrazloženju navodi na osnovu kojih je činjenica donio odluku, koje su činjenice bile osnov za njegovu odluku, kojim se razmišljanjima rukovodio kod ocjene dokaza i na osnovu primjene kojih zakonskih propisa zasniva svoju odluku.”*

Trenutna sudska praksa ide puno dalje.¹² Ista je došla do zaključka da, iako ne postoji pravo na sticanje državljanstva, to se pravo ipak može izvesti. Iz subjektivnog prava na sticanje državljanstva, dakle, ne proizlazi pravo na odobrenje zahtjeva, ali proizlazi obaveza organa uprave da povodom zahtjeva, koji ispunjava zakonom predviđene uslove sprovede valjan upravni postupak.

Zato se u tom upravnom postupku moraju ispoštovati procesna prava, te spriječiti diskriminacija i proizvoljnost. Zakonom utvrđena slobodna ocjena upravnog organa je zbog toga u takvim slučajevima uvijek limitirana ustavnim načelima iz kojih proizlazi da, u slučajevima kada donošenje odluke zavisi isključivo od odluke organa uprave, taj organ je zbog zabrane proizvoljnosti primoran da u sličnim slučajevima donosi slične, a u istim slučajevima iste odluke. Također je ograničen načelom jednakosti, načelom zabrane diskriminacije, obavezom čuvanja ljudskog dostojanstva, kao i obavezom da eksplicitno navede koje je kriterije primijenio kod svoje ocjene, koje je dokazne materijale pribavio, kojim se dokazima poslužio i kako ih je ocijenio, te do kog je činjeničnog stanja i pravnog zaključka došao. U tom kontekstu treba ukazati na preporuke evropskog Vijeća ministara broj (80) 2. u vezi sa diskrecionom ocjenom organa uprave, a koje postavljaju niz zahtjeva za primjenu diskrecione ocjene (zabrana slijeđenja drugog cilja osim onog koji je utvrđen pravom na diskrecionu ocjenu; objektivnost i neutralnost; jednakost i zabrana diskriminacije, srazmjernost između negativnih posljedica odluke na prava, slobode i interese osobe, s jedne strane, i cilja koji se želi postići, s druge strane), kao i pravo na preispitivanje zakonitosti diskrecione ocjene od strane suda ili nekog drugog nezavisnog organa. To u ovom konkretnom slučaju znači da je organ uprave dužan da postupi po zakonu i da ne smije izvoditi dodatne uslove za prijem u državljanstvo, osim onih koji su izričito predviđeni zakonom. Također kod ocjene ispunjenosti uslova koji su zakonom eksplicitno utvrđeni smije biti proizvoljnosti. I kod ove ocjene je tužena strana dužna

poštovati opšta ustavna načela i vrijednosti, prije svega: srazmjernost, jednakost, dostojanstvo, opravdano očekivanje učesnika, pravnu sigurnost, predvidivost itd. U tom pravcu treba poći od pretpostavke uobičajenog tumačenja u smislu srazmjernosti, koja se – u širem smislu riječi shvata kao zabrana prekomjernog miješanja u prava i slobode – i u sebi nosi tri podnačela: adekvatnost cilja koji se slijedi, tj. zaštita drugog temeljnog prava ili javnog vlasništva; neophodnost prema kojoj je opravdano primijeniti samo najblaže od svih primjenjivih sredstava, kao i primjerenost u užem smislu, što znači da odlučivanje na štetu osnovnog prava u odnosu na planirani cilj ne smije niti nesrazmjerno.

U zaključku možemo dodati da zamisao apsolutne diskrecione ocjene, ako se stavi u odnos sa osnovnim atributom pravne države, prema kojoj javna vlast može raditi samo ono što je zakonom decidno utvrđeno, nema nikakvu podlogu. U okviru pojedinih državnih organa morala bi postojati određena usaglašenost: zakonodavac utvrđuje opšte uslove, organ uprave ih primjenjuje u konkretnom slučaju, a upravni sud zatim preispituje da li je organ uprave postupio po zakonskim odredbama i da nije postojala neprihvatljiva proizvoljnost. I kod primjene nedorečenih pravnih termina uvijek treba insistirati da odlučivanje organa uprave bude predvidivo i racionalno. To konkretno znači, na primjer, da se jednom dato tumačenje uslova za ostvarivanje određenog prava mora poštovati i kod ocjene drugih zahtjeva za ostvarivanje prava.

4.5. Predvidivost odluka u upravnom postupku

Najjednostavnije rečeno, odluka organa uprave je predvidiva ako je donesena u skladu sa dotadašnjom praksom za donošenje odluka, i u postupku koji je u skladu ne samo s pravnim propisom već i sa prethodnim postupanjem tog organa. Uslov predvidivosti je normativno iskazan u Zakonu o upravnom postupku, te u raznim kodeksima i pravilnicima dobre upravne prakse. Ukazat ćemo samo na član 10. stav 2. Evropskog kodeksa dobre upravne prakse, koji predstavlja tumačenje člana 41. Povelje Evropske unije o ljudskim pravima¹³, prema kojoj *“službeno lice mora ispuniti opravdana i primjerena očekivanja javnosti u odnosu na ranije postupanje date institucije.”*

Pravo na predvidivost odluke u upravnom postupku je izuzetno važno, naročito iz dva razloga. Prvo, zato što ima određenu preventivnu funkciju: dobro informisani učesnik u postupku može unaprijed pretpostaviti kako će organ uprave postupiti i kakvi su mu izgledi za uspjeh. Kao drugo, predvidivost predstavlja zaštitu od samovolje organa uprave, koja u određenim slučajevima može dovesti do klijentelizma ili korupcije. Zato se uslov predvidivosti stalno naglašava u sudskoj praksi ne samo Upravnog već i Ustavnog suda.

¹¹⁾ Također vidi npr. i presudu Upravnog suda od 9. 1. 2004, br. 7 A 31/2002.

¹²⁾ Vidi presudu Upravnog suda od 4. 5. 2006, br. 2 As 31/2005.

¹³⁾ Član 41 Povelje reguliše i konkretizira pravo na dobru upravu, pogotovo u smislu garancije neutralnosti i pravičnosti kod donošenja odluka u primjerenim rokovima, pravo na saslušanje i pristup informacijama.

Ustavni sud je, na primjer¹⁴, naveo da je “*ministarstvo, kao organ koji ima javne ovlasti, vezano za ustavom utvrđene opšte granice za rad organa, što u načelu predstavlja postulat da može, odnosno mora, raditi ono što zakon propisuje. Jedna od karakteristika pravne države i njenih osnovnih vrijednosti svakako jeste načelo pravne sigurnosti, čije su trajne komponente ne samo predvidivost zakona već i legitimna predvidivost postupaka organa koji vrše javne ovlasti u skladu sa zakonom i zakonom propisanim uslovima. Ova predvidivost u postupcima organa koji vrše javne ovlasti je odraz načela da u demokratskoj pravnoj državi niko, ni fizička ni pravna osoba, u svojoj vjeri u važeće pravo neće biti razočaran. Sadržaj citiranih odredbi, tj. da je državna vlast primjenjiva samo u slučajevima, granicama i postupcima koji su zakonom utvrđeni, ne može se tumačiti kao diskreciona ocjena državnih organa da li će postupiti na određeni način ili ne, već naprotiv, kao obaveza da tu moć upotrijebe (na zakonom utvrđeni način) kad je neophodno, jer oni koji su podređeni državnoj vlasti čine, u oba navedena pravca zakonske ovlasti, bazu pravne države.*”

Upravni sud navodi¹⁵: “Čak i kad organ uprave u donošenju odluke nije vezan za zakonom tačno utvrđene kriterije, već odlučuje u okviru diskrecione ocjene, njegovo postupanje i odluka moraju biti razumljivi, te mora biti očigledno da isti nije odstupio od granica i stavova slobodne ocjene u rješavanju upravne stvari. Zato organ uprave i u takvim slučajevima mora poštivati i tok postupka i osnovna pravna načela koja važe za upravni akt (načelo pravne sigurnosti, načelo jednakog tretmana osoba o čijim se pravima odlučuje – slične odluke u sličnim slučajevima itd.). Nezakonitost odluke se samim tim, između ostalog, može sastojati upravo iz prekoračenja ili zloupotrebe utvrđene namjere diskrecione ocjene od strane organa uprave, ili može nastati na neki drugi način povredom procesnopравnih propisa.”

U jednoj drugoj presudi¹⁶ je Upravni sud utvrdio da “*načela zabrane proizvoljnosti i neosnovanog nejednakog tretmana proizlaze iz načela vezivanja organa uprave za vlastitu praksu u slučaju da mu zakon dozvoljava prostor za diskrecionu ocjenu, kad se stvori takva praksa; pod prostorom za diskrecionu ocjenu se ovdje podrazumijeva i u kom roku organ uprave donosi odluku o predmetu, osim ako taj rok nije eksplicitno utvrđen zakonskim propisima. Ovo se načelo redovno primjenjuje u razvijenim pravnim sistemima Zapadne Evrope (u Njemačkoj “samovezivanje uprave”). Ako je određena upravna praksa regulisana internim propisima, opravdano je (i potrebno) u određenom slučaju odstupiti od nje, ako se radi o posebnom i atipičnom slučaju. Međutim, organ uprave može samo generalno odstupiti od određene upravne prakse koja je uspostavljena pro futuro*

samo iz racionalnih razloga i za sve slučajeve na koje se, u praksi uvedeni postupak organa uprave, odnosi.”

U ovom konkretnom slučaju sud je odbacio mišljenje Poreske uprave koja se pozivala na to da nepoštivanje roka ne predstavlja povredu zakona, jer je rok za okončanje poreskog postupka bio utvrđen samo internim aktom, a ne zakonskim propisom.

Važno je napomenuti da kontrola poštivanja predvidivosti kod donošenja odluka organa uprave može biti efikasna samo ako su na raspolaganju informacije o prethodnoj praksi. Ako, na primjer, poreski subjekt podnese zahtjev za oslobađanje od prekršajne kazne, jasno je da mu to pravo ne pripada samo po sebi. Ali ako dokaže da je u drugim sličnim slučajevima u prošlosti ostvareno pravo na oslobađanje od prekršajne kazne i da se može govoriti o uobičajenoj praksi, onda se i njegov zahtjev treba odobriti, naravno ako organ uprave ne obrazloži po čemu se dati slučaj po činjeničnom stanju, odnosno zakonski razlikuje od ranijih slučajeva. Takvom poreskom subjektu treba preporučiti da prvo od organa uprave pribavi potrebne informacije (u duhu Zakona o slobodnom pristupu informacijama), čak i anonimno, i da tek na osnovu toga procijeni da li da podnese zahtjev za oslobađanje od prekršajne kazne ili ne. Transparentni trebaju biti i interni pravilnici po kojima organi uprave postupaju kod rješavanja sličnih zahtjeva.

Kad se utvrdi da pravna odluka nije predvidiva, logična posljedica treba biti njeno ukidanje od strane Upravnog suda. Zakon o Upravnom sudu predviđa da Sud ukine osporenu odluku zbog nezakonitosti. To važi i u slučajevima kad Sud utvrdi da je organ uprave prekoračio ili zloupotrijebio zakonom utvrđene granice diskrecione ocjene. Upravo u takvim slučajevima autor vidi zloupotrebu diskrecione ocjene u upravnim postupcima u smislu povrede načela opravdanog očekivanja.

4.6. Karakter presedana sudskih odluka

Problem koji prelazi granice upravnog sudstva jeste obaveznost sudskih odluka. U češkoj pravnoj kulturi i dalje je uvriježeno mišljenje da sudske odluke ne predstavljaju presedane, a samim tim ni pravne izvore, već samo pojedinačne pravne radnje sa isključivom obaveznošću *inter partes*. Ovo snažno zastupljeno mišljenje posebno se ogleda u nedostatku spremnosti sudija da poštuju praksu sudova višeg reda. To se u konačnici uvijek nepovoljno odrazi na učesnike u postupku, jer se time postupci odugovlače i povećavaju se troškovi.

Autor smatra da pravi razlog tog fenomena ne leži u spomenutom nedostatku spremnosti sudija, već u nerazumijevanju onoga što presedan u stvari predstavlja. U toj oblasti potrebno je još puno rada na informisanju. Treba poći od činjenice da je cjelokupni državni pravni sistem zasnovan na načelu unutrašnje usaglašenosti i hijerarhijskog reda. Ova osnovna načela moraju se uzeti u obzir kao dominantan aspekt kod tumačenja njegovih pojedinih elemenata. Ako je prema Ustavu sud vezan za zakon (čl. 95), iz

¹⁴⁾ Presuda broj IV, US 690/01, na www.nalus.usoud.cz.

¹⁵⁾ Presuda od 30. 11. 2004, broj 3 As 24/2004, na: www.nssoud.cz.

¹⁶⁾ Presuda od 28. 4. 2005, broj 2 Ans 1/2005, na: www.nssoud.cz.

toga nužno proizlazi da je vezan za ustavni poredak (argument *a minori ad maius*). Iz obaveze tumačenja i primjene zakonskih propisa u skladu sa Ustavom proizlazi da su svi oni koji primjenjuju zakon dužni postupati tako da izabrano tumačenje zakonskih propisa bude u skladu sa Ustavom. To važi kako u pogledu eksplicitnog teksta konkretne ustavne norme, tako i u pogledu ustavnih principa i vrijednosti koji u ustavnim tekstovima često nisu eksplicitno navedeni. Tek onda kad takvo tumačenje nije moguće, nameće se potreba da se raspoloživim mehanizmima ukinu odredbe zakonskih propisa koje nisu u skladu sa Ustavom. Posmatrano u tom kontekstu, ovo se tumačenje treba poštivati i u sličnim slučajevima. Kada, na primjer, Ustavni sud svojom odlukom formuliše tumačenje ustavnog propisa u skladu sa ustavnim pravom, onda to tumačenje posljedično mora biti obavezujuće i u drugom procesno odvojenom postupku. Bilo koje drugo tumačenje je neloogično, jer vezivanje za tumačenje normi s nadzakonskim (ustavnopravnim) dejstvom za sudove kod primjene redovnog prava mora biti mjerodavno.

Osim toga, ne može se zanemariti činjenica da bi suprotni zaključak doveo do nejednakog tretmana učesnika u pojedinim sudskim postupcima i nepredvidivosti sudskih odluka. To bi, pak, predstavljalo povredu ustavom zagaranovanih prava. Također se ne smije zanemariti činjenica da opšti sudovi i Ustavni sud imaju zadatak zaštite osnovnih prava i sloboda, utvrđen članom 4. Ustava. Zbog toga između svih elemenata pravosuđa mora postojati usaglašenost i harmonija, a ne animozitet. Pod uslovima pravne države bi zato bilo nezamislivo da neki sud – svjestan jedinstvene i prepoznatljive sudske prakse Ustavnog suda ili nekog drugog suda višeg reda – pozivajući se na slovo zakona izabere tumačenje koji bi dovelo do neustavnosti tog zakona. U skladu sa opštim poimanjem značaja presedana autor dalje tvrdi da se samo u četiri izuzetna slučaja može izvršiti odstupanje od odluke suda višeg reda, i to: (1) ako bi se u suprotnom izmijenila pravna situacija; (2) u tom bi slučaju sudska praksa bila nejasna i ne bi predstavljala čvrstu (konstantnu) sudsku praksu; (3) ako se ista ne bi u dovoljnoj mjeri bavila svim raspoloživim i ostvarenim osnovnim pozicijama argumentacije. Istovremeno bi se iz sadržaja takve odluke i iz konkretnih okolnosti predmeta zaključilo da izostanak poređenja nije bio namjeran već posljedica nečinjenja; (4) na kraju, nastupila bi suštinska promjena društvenih i ekonomskih odnosa, što je Opšti sud u svojoj presudi dovoljno obrazložio.¹⁷

Drugim riječima, osnova za nedovoljno razumijevanje pitanja obaveznosti odluka viših sudova je činjenica da češko pravosuđe koncept obaveznosti presedana često smatra modelom zakonske obaveznosti, dok angloamerički pravnik presedan smatra konceptom tumačenja. Zato je često pogrešno izjednačiti stalnu i po sebi nekontradiktornu

sudsku praksu sa zakonskim propisima (zakonima). Ipak je riječ o obavezujućoj smjernici za tumačenje za donošenje odluka u predmetima koji su slični po činjeničnom stanju i s pravnog aspekta. Moguća su odstupanja od praksi suda višeg reda, ali samo u izuzetnim i racionalno obrazloženim slučajevima gore opisane vrste.

4.7. Dopuštenost izbora predmeta o kojima treba odlučiti – mogu li viši sudovi birati predmete o kojima trebaju odlučivati?

I ova zadnja tema nadilazi granice upravnog sudstva. Najprije ovo pitanje treba staviti u širi kontekst. U svakom pravnom sistemu postoji antagonizam između dva interesa, tj. interesa za apsolutnom pravednošću, s jedne strane, i interesa za efektivno dejstvo prava, s druge strane. Osim toga, shvatanje polariteta ova dva interesa u prilikama Češke Republike je iskrivljeno zbog pogrešnog poimanja pojma "pravednost". Ovaj se pojam uglavnom tumači sa aspekta procesnog (vidi dio 4.3.), a ne sa aspekta materijalnog prava. Ustavni sud je stoga pravilno konstatovao¹⁸ *"da se nijedan pravni sistem sa aspekta sistema procesnopravnih sredstava za zaštitu prava i u pogledu sistema ustroja istražnih instanci ne može postaviti ad infinitum. Svaki pravni sistem sa sobom nosi određeni broj grešaka, zato svrha istražnog odnosno kontrolnog postupka treba biti da se takve greške svedu na realni minimum, ali se one nikada neće moći potpuno ukloniti. Sistem kontrolnih instanci je stoga rezultat odmjerenja snaga između težnje za vladavinom prava, s jedne strane, i efikasnosti odlučivanja i pravne sigurnosti, s druge strane. Sa aspekta ovog kriterija uvođenje vanrednih pravnih lijekova, tj. produženje postupka i proboj načela nepromjenjivosti pravosnažnih odluka adekvatno je samo u izuzetnim slučajevima."*

U Češkoj Republici su u zadnjih dvadeset godina institucionalne garancije pravičnosti u smislu stvaranja daljih instanci i žalbenih sredstava nevjerojatno porasle. Sudski postupak u dvije instance se već smatra minimumom. U krivičnim i građanskim predmetima postoji dodatna mogućnost podnošenja vanrednog pravnog lijeka kod tribunala, a da ne govorimo o širokoj lepezi ustavnih tužbi koje se mogu pokrenuti na ustavnom sudu. Riječ je, dakle, o sistemu s četiri instance. U oblasti upravnog prava to znači da postoji upravni postupak na dvije instance; pored toga dopuštena je žalba okružnom sudu i kasaciona žalba Upravnom sudu. Naravno, i ovdje postoji mogućnost daljeg preispitivanja od strane Ustavnog suda kroz postupak ustavne tužbe.

Sistem je u tom pogledu skup i neefikasan. Pored toga, ishod postupka je nerijetko neizvjestan, a postupak veoma dug. Ovaj se problem ne bi mogao riješiti ni povećanjem broja sudija ni povećanjem budžeta. Zato je sasvim opravdano pitanje da li bi bilo svrsishodno da se kod vrhovnih sudova (uključujući i Ustavni sud) makar djelimično ugleda

¹⁷ Vidi npr. i presudu Upravnog suda br. 2 Afs 180/2004, na: www.nssoud.cz.

¹⁸ Izreka broj Pl. ÚS 15/01, na: www.nalus.usoud.cz.

na model postupka američkog Vrhovnog suda (Supreme Court) i promijeni način na koji se obrađuju primljeni zahtjevi.

To bi značilo odustajanje od prava na individualnu pravičnost u svakom pojedinačnom slučaju (retrospektivno posmatranje) u korist selektivnog izbora presedana (perspektivno posmatranje). Drugim riječima: pitanje je da li bi bilo puno bolje kad bi vrhovni sudovi, umjesto da svake godine rješavaju hiljade predmeta pri čemu ne mogu dovoljno obrazložiti svoje odluke, radije izabrali nekoliko desetina predmeta o kojima bi rješavali na način i uz primjenu argumentacije koja premašuje značaj tog pojedinačnog predmeta, a da ostale predmete odbijaju *a limine*.¹⁹

U slučaju Češke Republike postoji jedan jedini slučaj takve zakonom utvrđene mogućnosti izbora, tj. prihvatanje kasacione žalbe po pitanjima azila od strane Upravnog suda. Prema zakonskim propisima, tj. članu 104a st. 1. Zakona o Upravnom sudu, *Upravni sud može odbiti kasacionu žalbu po pitanjima azila "zbog neprihvatljivosti" ako ista "po značaju ne prelazi lične interese žalitelja u značajnoj mjeri"*.

Također važi da prihvatanje takvog predmeta na rješavanje mora biti jednoglasno i da se odluka ne mora obrazložiti. Treba još dodati da je odlučivanje o takvim pitanjima povjereno vijećima od pet članova, umjesto prijašnja tri. *U obrazloženju zakona se navodi da*²⁰ *"žalitelj uvijek ima pravo da se obrati Vrhovnom sudu, koji je pak dužan da predmet prihvati i obavijesti žalitelja o tome, ali nema obavezu da raspravlja o predmetu (meritorna rasprava)*.

Sud po svom nahođenju (prema utvrđenim kriterijima) može ocijeniti da predmet nije značajan samo za žalitelja i da na osnovu toga odlučuje o neprihvatljivosti kasacione žalbe ili da sam raspravlja i (meritorno) odluči o predmetu."

Iz prakse odlučivanja Upravnog suda proizlaze četiri moguća razloga za prihvatanje kasacionih žalbi: (1) radi o pitanjima koja nisu razjašnjena dosadašnjom sudskom praksom, (2) pravna pitanja u vezi sa predmetom spora jesu razjašnjena sudskom praksom, ali na različite načine, što otvara mogućnost objedinjavanja sudske prakse; (3) radi se o tzv. odstupanju od sudske prakse, tj. vijeće koje odlučuje dolazi do zaključka da sud jeste donio odluku o određenom pravnom pitanju i to na jedinstven način utvrđen načelom, ali je sudska praksa pogrešna, i na kraju (4) kasaciona žalba se poziva na načelne procesne greške okružnog suda koje se odražavaju na materijalnopравни položaj žalitelja.

Mogućnost izbora od strane vrhovnih sudova predstavlja vjerovatno najracionalniji i najefikasniji način za unapređenje njihovog rada. S druge strane, dosadašnja iskustva s ovim prvim ozbiljnim pokušajem izbora na gore opisanom primjeru su bila više negativna nego pozitivna. Tu se pokazalo da prevaziđeni način razmišljanja čeških sudija predstavlja odlučujući faktor. Iskreno rečeno: većina sudija se ne može otrgnuti od uvriježenog mišljenja da je njihov zadatak da detaljno ispituju svaki primljeni zahtjev, a ne da "izaberu" samo nekoliko zahtjeva i da odlučuju o njima. U konačnici, odluke kojima se kasacione žalbe odbijaju kao neprihvatljive jednako su duge i detaljne kao odluke kojima su ranije odbijane meritorne odluke. Najveći je problem pri tome shvatiti da i kasaciona žalba, koja je na prvi pogled obrazložena, ne mora nužno biti prihvatljiva i ne mora se zbog toga odbiti sa upravnopravnog aspekta.²¹

Ovaj primjer jasno pokazuje da najteži dio bilo koje reforme pravosuđa nije donijeti novi zakonski propis ili pribaviti budžetska sredstva za Ministarstvo pravde ili povećanje broja zaposlenih, već je najteži dio promijeniti način razmišljanja sudija u pogledu njihovog dotadašnjeg načina rada.

Doc. dr. Vojtěch Šimíček, Ph.D.

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

(Zusammenfassung)

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

¹⁹ Ovo razmišljanje naravno nije originalno. Zasnovano je između ostalog na njemačkom izvještaju komisije za raspuštanje Saveznog ustavnog suda (Savezno ministarstvo pravde, Bonn, 1998), iz kojeg između ostalog proizlazi da sadašnji sistem ima za posljedicu da sud radi obrnutim redoslijedom prioriteta: što je predmet beznačajniji to je brže obrađen, dok su teže i značajnije stvari trajale duže. (S. 31).

²⁰ Glasnik Parlamenta br. 882/0 u verziji prijedloga za izmjenu iz glasnika br. 882/4, Parlament, IV izborni period, na: www.psp.cz.

²¹ Tipičan primjer je prigovor koji je zasnovan na tome da je okružni sud donio presudu bez zakazivanja javne usmene rasprave. Iako ovakav prigovor može biti osnovan jer je sud zaista prekršio procesnopravne propise o usmenoj raspravi, takva kasaciona žalba bi bila prihvaćena samo ako podnositelj žalbe pravilno obrazloži šta je mogao ostvariti na sudu da je bila zakazana usmena rasprava. Postupak pred sudom, prema tome, ne smije biti sam sebi svrha, nego treba dovesti do podnošenja konkretnih prigovora.

Novo nasljedno pravo u entitetima Bosne i Hercegovine *de lege lata* i *de lege ferenda*

Mag. sci. Darja Softić Kadenić, LL. M.*

Sažetak

Rad je posvećen ključnim novinama predviđenim novim Zakonom o nasljeđivanju Republike Srpske i novinama koje su u oblasti nasljednog prava planirane u Federaciji BiH de lege ferenda u skladu s Nacrtom zakona o nasljeđivanju Federacije BiH. Nijedan od ovih propisa ne znači radikalnu reformu nasljednog prava. U posljednje vrijeme ne samo zemlje regiona, ili tranzicijske zemlje općenito, nego i brojne zemlje članice Evropske unije razmišljaju o reformi, ili sprovode reformu nasljednog prava. Velika je šteta, što je prilikom izrade Zakona o nasljeđivanju Republike Srpske zakonodavac propustio priliku da uzme u obzir neke od tendencija koje su se ocrtale u okviru tih reformi i naučnom diskursu kojeg su one pokrenule. Zakon u najvećoj mjeri ostaje pri rješenjima starog Zakona o nasljeđivanju SRBiH, uz određene izmjene od kojih su najznačajnije u oblasti zakonskog nasljeđivanja u pogledu proširenja kruga zakonskih nasljednika i, premda nepotpuno, uređenja nasljednopravnog položaja vanbračnog partnera. Određene novine su unesene i u oblast testamentarnog nasljeđivanja, uzimajući u obzir propise koji uređuju notarijat, s obzirom na to da je nasljednopravne propise bilo potrebno uskladiti s nadležnostima dodijeljenim notarima u BiH. Nacrt zakona o nasljeđivanju FBiH u odnosu na Zakon o nasljeđivanju Republike Srpske predviđa neke dodatne izmjene. U određenom dijelu je kao uzor pri izradi Nacrta zakona o nasljeđivanju FBiH korišten hrvatski zakon o nasljeđivanju, pri čemu nisu preuzeta sva rješenja hrvatskog prava.

I. Uvod

Zakon o nasljeđivanju Republike Srpske¹ (u daljem tekstu ZN RS) koji je stupio na snagu u januaru 2009. godine je u ovom entitetu stavio van snage stari Zakon o nasljeđivanju SRBiH² (u daljem tekstu: ZN SRBiH), koji se do tada, u manje-više nepromijenjenom obliku, primjenjivao preko pedeset godina na cjelokupnom području Bosne i Hercegovine, a koji još uvijek predstavlja pozitivno pravo u Federaciji Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu: FBiH), te u Brčko distriktu BiH (u daljem tekstu: BDBiH). Oblast ostavinskog postupka je i dalje u oba entiteta i u BDBiH izdvojena iz zakona o nasljeđivanju i regulirana zakonima o vanparničnom postupku³. U FBiH je također planirana reforma nasljednog prava, te je izrađen Nacrt zakona o nasljeđivanju FBiH (u daljem tekstu: Nacrt ZN FBiH) koji se od početka 2010. godine nalazi u parlamentarnoj proceduri.

I ostale zemlje regiona čiji su propisi o nasljeđivanju stajali pod velikim uticajem Saveznog zakona o nasljeđivanju bivše SFRJ iz 1955. godine su u međuvremenu provele reformu nasljednog prava⁴, ili to planiraju u skorijoj budućnosti. Iako je u drugim oblastima građanskog prava, naročito u oblasti stvarnih prava, zakonodavac u BiH u velikoj mjeri slijedio rješenja susjednih zemalja, a posebno Hrvatske, ZN RS donekle slijedi srbijanski Zakon o nasljeđivanju⁵, ali ustvari u velikoj mjeri zadržava rješenja starog ZN SRBiH iz kojeg su uklonjeni neki socijalistički relikti i izvršene neke druge, ne suviše radikalne izmjene. S druge strane Nacrt ZN FBiH uvodi značajnije novine u odnosu na stari ZN SRBiH, te u nekim dijelovima odstupa kako od ZN RS, tako i od hrvatskog Zakona o nasljeđivanju, predstavljajući time izvjesno kompromisno rješenje.

Donošenjem ZN RS, odnosno izradom Nacrta ZN FBiH učinjen je još jedan korak dalje ka cjelovitoj i konzistentnoj reformi cjelokupnog građanskog prava, pri čemu navedeni zakonski tekstovi ne predstavljaju suštinsku reformu nasljednog prava u entitetima. Oblast nasljednog prava sasvim sigurno nije ni predstavljala oblast koju je trebalo reformirati s velikim prioritetom. Zakon o nasljeđivanju SR BiH iz 1973. godine, koji ustvari potiče još iz 1955. godine⁶ je, unatoč skromnom obimu, predstavljao

⁴ U Srbiji je 1995. godine donesen Zakon o nasljeđivanju (Službeni glasnik Republike Srbije 46/95, 101/2003), u Hrvatskoj je reforma nasljednog prava provedena 2003. godine (Zakon o nasljeđivanju, Narodne novine 48/03, 163/03). Crna Gora je novi Zakon o nasljeđivanju donijela 2008. godine (Službeni list Crne Gore 74/2008). U Sloveniji se još uvijek primjenjuje stari republički zakon iz 1976. godine, koji je međutim noveliran u nekoliko navrata (zvanični prečišćeni tekst: Zakon o dedovanju, Uradni list Republike Slovenije, 73/2004.)

⁵ Službeni glasnik Republike Srbije 46/1995.

⁶ Prvi Zakon o nasljeđivanju na nivou bivše Jugoslavije donesen je 1955. godine, ali je nakon ustavnih reformi 1971. nadležnost u oblasti nasljednog prava prenesena sa savezne države na tadašnje republike i autonomne pokrajine. Zakon o nasljeđivanju Bosne i Hercegovine donesen je 19. jula 1973. godine i u potpunosti je slijedio koncept i strukturu Zakona iz 1955., uz izvjesne punktualne, ali značajne izmjene (npr. sužavanje kruga zakonskih i nužnih nasljednika, posebne odredbe o nasljeđivanju autorskih djela, položaj vanbračne djece). Kasnije izmjene zakona su se odnosile na reguliranje ostavinskog postupka, čije je reguliranje u okviru ustavnih reformi iz 1974. godine također preneseno na bivše socijalističke republike i pokrajine. Zvanični prečišćeni tekst ovog zakona donesen je 1980. godine, i taj tekst je primjenjivan do donošenja novog Zakona o nasljeđivanju u RS 2009. godine, a primjenjuje se još uvijek u FBiH i BDBiH. Opširnije o historijskom razvoju nasljednog prava u BiH vidi: M. Povlakić, Grundzüge des Erbrechts in Bosnien und Herzegowina, u R. Welser (Hrsg), *Erbrecht-entwicklung in Zentral- und Osteuropa*, Manzschke Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 2009, str. 141–144; O. Antić, *Nasledno pravo*, Narodna knjiga, Beograd, 2004., str. 32–35.

* Autorica je viša asistentica na Pravnom fakultetu Univerziteta u Sarajevu

¹ Službeni glasnik Republike Srpske 1/09.

² Službeni list SRBiH 7/80, 15/80.

³ Republika Srpska: Zakon o vanparničnom postupku RS (Službeni glasnik RS 36/09); Federacija BiH: Zakon o vanparničnom postupku FBiH, Službene novine FBiH 74/98, 39/04; Brčko distrikt BiH: Zakon o vanparničnom postupku BDBiH (Službeni glasnik Brčko distrikta BiH 5/01).

solidno zakonodavno djelo⁷, koje je doživjelo potvrdu u pravnoj praksi i koje se može primjenjivati i u novonastalim okolnostima.

Ipak su postojale određene manjkavosti koje je bilo neophodno izmijeniti, odnosno otkloniti. Izmjene nasljednog prava nalagale su izvjesne društvene promjene u pogledu jačanja privatne autonomije i potpunije garancije prava vlasništva, zatim jače zaštite ličnih prava pojedinca, te sve šireg prihvatanja različitih oblika životnih zajednica izvan okvira tradicionalnih koncepata⁸. Na prostoru Bosne i Hercegovine je donošenjem novih propisa iz porodičnog prava, te uvođenjem notarijata i prenosom određenih nadležnosti iz oblasti nasljednog prava sa sudova na notare, također nastala potreba za usklađivanjem nasljednopravnih propisa s porodičnopravnim propisima i s propisima koji uređuju notarijat.

U ovom radu će biti predstavljene temeljne novine predviđene ZN RS, odnosno planirane Nacrtom ZN FBiH, uz kritičku analizu pojedinih rješenja i izvjesne prijedlog *de lege ferenda*.

Osim određenih novina koje će biti posebno prikazane u nastavku, i ZN RS i Nacrt ZN FBiH u suštini slijede sistematiku i strukturu starog Zakona o nasljeđivanju. ZN RS sa svoja 173 člana ni po obimu ne odstupa u velikoj mjeri od ZN SRBiH koji je, kada se izostave odredbe o ostavinskom postupku, koje se, kao što je već naglašeno, od donošenja entitetskih zakona o vanparničnom postupku više nisu primjenjivale, sadržavao 150 članova. Nacrt ZN FBiH se već u pogledu obima značajno razlikuje u odnosu na ZN SRBiH i u odnosu na ZN RS. On se sastoji od 277 članova, pri čemu veliki obim Nacrta u odnosu na ZN RS proizlazi iz opredjeljenja u FBiH, da se odredbe koje uređuju ostavinski postupak ponovo reintegriraju u okvire budućeg zakona o nasljeđivanju. Ovo je ujedno i jedna od krupnijih novina predviđenih Nacrtom ZN FBiH koja je usmjerena na bolju preglednost i povezanost materije, a i na efikasnije provođenje same reforme materijalnog nasljednog prava.⁹

Ako imamo u vidu, da nasljedno pravo treba omogućiti kontinuitet pravnih odnosa, spriječiti samopomoć i osigurati nesmetan transfer imovine nakon smrti, onda ovu funkciju nasljednog prava treba posmatrati s dva

različita aspekta – ekonomskog i socijalnog.¹⁰ U ekonomskom smislu funkcija nasljednog prava da omogući prelaz imovine po smrti određenog lica, ostvaruje se prvenstveno uz pomoć slobode testamentarnog raspolaganja, prema kojoj osoba, uz izvjesna ograničenja, može samostalno odlučivati o raspodjeli svoje imovine nakon smrti. Sa socijalnog aspekta, funkcija nasljednog prava leži u očuvanju i zaštiti porodice i dolazi do izražaja primarno u oblasti zakonskog i nužnog nasljeđivanja. U posljednje vrijeme se trendovi vezani za porodicu i porodični život mijenjaju, te nasljedno pravo mora pratiti ovaj razvoj,¹¹ što je pokušano, mada ne i u dovoljnoj mjeri ostvareno u oba entiteta, naročito ne u RS. Ukoliko Nacrt ZN FBiH bude usvojen u trenutnom obliku, uz pojedine nedostatke na koje će biti ukazano u nastavku, u ovom entitetu će postojati jedna solidna kodifikacija nasljednog prava koja je u duhu svoga vremena.

Temeljna načela nasljednog prava¹² na kojima se bazirao već i ZN SRBiH su ostala nepromijenjena, pri čemu su neka od njih u daljim odredbama dosljednije sprovedena u odnosu na raniji zakon. Misli se prvenstveno na načelo ravnopravnosti lica u jednakim odnosima sa ostaviocem, pošto se jedna od krupnijih novina odnosi na jačanje pravnog položaja vanbračnog druga, što će biti izloženo kasnije u tekstu (III.1.2.). Pored uvrštavanja vanbračnog partnera u krug zakonskih nasljednika, taj krug je dodatno proširen kako u ZN RS tako i u Nacrtu ZN FBiH, a ostale krupnije novine se odnose prvenstveno na oblast testamentarnog nasljeđivanja (V) i donekle nasljednopravnih ugovora (III.2., IV.)

II. Nužno nasljeđivanje

Odredbe o nužnom nasljeđivanju nisu suštinski mijenjane u odnosu na raniji zakon, što je interesantno u kontekstu žustrih diskusija u uporednom pravu. Naime, koncept nužnih nasljednika je predmet oštre kritike u sve većem broju pravnih sistema evropskog kontinentalnog pravnog kruga.¹³ Ističe se da se ustanova nužnih nasljednika bazira na prevaziđenim socijalnim pretpostavkama, te da zaslužuje temeljnu reviziju.¹⁴ U tom smislu je uočljiv

⁷) Ovako stari Zakon o nasljeđivanju ocjenjuje M. Povlakić, op. cit., fn 6, str. 143; također H. Kačer, Neka (prijeporna) pitanja hrvatskog oporučnog prava, u *Liber Amicorum Nikola Gavella, Građansko pravo u razvoju*, Pravni fakultet, Zagreb, 2007, str. 712. Vidi i: O. Jelčić, *Novo nasljedno-pravno uređenje – opći pregled*, u: M. Dika (red.), *Novo nasljednopravno uređenje*, Narodne novine, Zagreb, 2003, str. 3.

⁸) R. Welser, *Die Reform des österreichischen Erbrechts*, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 2009, str. 1.

⁹) U tom smislu vidi i Obrazloženje uz (radni) Nacrt Zakona o nasljeđivanju FBiH, str. 2.

¹⁰) U tom smislu: M. de Waal, A Comparative Overview, u: K. Reid et al. (ed.), *Exploring the Law of Succession*, Studies National, Historical and Comparative, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2007, str. 2; O socijalnoj funkciji nasljeđivanja vidi i: N. Gavella/V. Belaj, *Nasljedno pravo*, III. bitno izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Narodne novine, Zagreb, 2008, str. 6–9.

¹¹) M. de Waal, op. cit., fn 10, str. 2.

¹²) O načelima nasljednog prava vidi: N. Gavella/V. Belaj, op. cit., fn 10, str. 20 i dalje.

¹³) M. de Wall, op. cit., fn 10, str. 14. i dalje.

¹⁴) U ovom pravcu je 2009. vršena i reforma njemačkog nasljednog prava, vidi: D. Henrich, 'Familienerbrecht und Testierfreiheit im Europäischen Vergleich', *DNotZ* (2001), str. 441; također: B. Dauner-Lieb, 'Bedarf es einer Reform des

trend sužavanja kruga nužnih nasljednika¹⁵, određivanja nužnog nasljednog dijela isključivo u novcu, a ne u naturi, te predviđanja dodatnih razloga za isključenje nužnih nasljednika.¹⁶ U našem pravu ove tendencije nisu uzete u obzir, pri čemu se mora istaći da je krug nužnih nasljednika i u dosadašnjem nasljednom pravu u BiH bio veoma uzak; u bivšoj SFRJ je SRBiH imala najuži krug nužnih nasljednika (samo dva nužna nasljedna reda, ograničeno pravo predstavljanja u drugom, uz propisivanje dodatnih uslova kao pretpostavki za nužno nasljeđivanje). Međutim, moglo se razmisliti o eventualnim izmjenama odredbi o uračunavanju poklona i drugih raspolaganja učinjenih nasljednicima za života ostavioca, a koja se u okviru obračunske vrijednosti uzimaju u obzir u svrhu izračunavanja vrijednosti nužnog nasljednog dijela, a pod određenim uslovima se i vraćaju u svrhu namirenja nužnih nasljednika.¹⁷ Neki pravni sistemi uvode izričite odredbe o mogućnosti odgođenog plaćanja ili isplate u ratama vrijednosti nužnog nasljednog dijela. Ova obaveza u određenim slučajevima može predstavljati veliko opterećenje za nasljednika. Naročito u slučaju kada zaostavštinu čini preduzeće, isplata odgovarajućih dijelova nužnim nasljednicima može dovesti u pitanje opstanak preduzeća.

Za razliku od ZN RS, Nacrt ZN FBiH sadrži nekoliko novih odredbi kojima su se nastojale riješiti neke od dilema koje su se pojavile u pravnoj praksi za vrijeme primjene ZN SRBiH. Tu se misli prvenstveno na pitanje nasljedivosti nužnog nasljednog prava,¹⁸ koje je riješeno tako da pravo traženja zaštite nužnog nasljednog dijela s prvobitnog nužnog nasljednika prelazi na njegove nasljednike samo ukoliko je nužni nasljednik prije svoje smrti već podnio zahtjev za zaštitu nužnog dijela,¹⁹ gdje je

prihvaćeno rješenje novog hrvatskog nasljednog prava, te na pitanje komorijenata²⁰, koje je prvi put izričito uneseno zakonski tekst.

III. Zakonsko nasljeđivanje

III. 1. Krug zakonskih nasljednika

Krvno, građansko i bračno srodstvo, a sada i vanbračna zajednica sa ostaviocem predstavljaju činjenice za koje ZN RS i Nacrt ZN FBiH vezuju pravo na nasljeđivanje. U odnosu na stari zakon, u oba propisa je proširen krug zakonskih nasljednika uvođenjem četvrtog nasljednog reda u koji ulaze pradjedovi i prababe ostavioca s očeve i s majčine strane, te poslije njih i dalji preci ostavioca redom u okviru tzv. ostalih nasljednih redova.²¹ Ovo proširenje krugova zakonskih nasljednika trebalo bi biti objašnjivo dosljednijom zaštitom privatnog vlasništva. Ranije rješenje je predviđalo izrazito uzak krug zakonskih nasljednika naspram drugih zemalja regiona pa i šire²², što je dovodilo do relativno brzog iscrpljenja kruga zakonskih nasljednika i do nasljeđivanja od strane države kao posljednjeg zakonskog nasljednika, dok se prema novim rješenjima država samo u vrlo malom broju slučajeva može pojaviti kao nasljednik. Proširenje zakonskih nasljednih redova uvođenjem četvrtog ili petog nasljednog reda ovom cilju ne doprinosi u značajnijoj mjeri, jer mogućnost da ostavilac nema drugih nasljednika osim pripadnika četvrtog ili daljih redova nije vjerovatna. Međutim, ovom cilju sigurno može doprinijeti novina predviđena kako ZN RS, tako i Nacrtom ZN FBiH koja se odnosi na proširenje trećeg nasljednog reda ukidanjem ograničenja u pogledu primjene instituta prava predstavljanja koje je postojalo u starom zakonu.

U pogledu države kao zakonskog nasljednika *ultima ratio* postoje takođe određene novine. Dok ZN RS u pogledu zaostavštine bez nasljednika predviđa samo, da takva imovina postaje dio imovine Republike Srpske,²³ Nacrt ZN FBiH je ovdje precizniji, propisujući da zaostavština prelazi na općinu, odnosno grad na čijem području je ostavilac u trenutku smrti imao prebivalište/boravište, odnosno, kad se radi o nekretninama, grad na čijem području se te nekretnine nalaze. Za slučaj da ostavilac u momentu smrti nije imao ni prebivalište ni boravište na području FBiH, njegova zaostavština (izuzev nekretnina) prelazi na općinu, odnosno grad gdje je ostavilac u momentu smrti bio upisan u knjigu državljana.²⁴

Pflichtteilrechts?', *DNatZ* (2001), str. 460, te austrijskog nasljednog prava, vidi: R. Welser, *Erbrechtsentwicklung in Österreich und Deutschland: Reform des Pflichtteilrechts*, u: R. Welser (Hrsg.), *Erbrechtsentwicklung in Zentral- und Osteuropa*, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 2009, str. 1–18.

¹⁵ Krug nužnih nasljednika koji nasljeđuju po objektivno-subjektivnom kriteriju je sužen i u hrvatskom pravu, te braća i sestre ostavioca više ne ulaze u krug nužnih nasljednika.

¹⁶ Vidi: W. Pintens, *Europäisierung des Familien- und Erbrechts Teil II*, *FamRZ* 2003, Heft 7, str. 423.

¹⁷ U njemačkom pravu je reformom nasljednog prava iz 2009. godine u ovoj oblasti uvedeno neobično rješenje. U pogledu vrijednosti učinjenih poklona uzima se u obzir neka vrsta amortizacije, pa se vrijednost poklona svake pune godine umanjuje za 1/10 izvorne vrijednosti. Vidi: G. Müller, *Innovative Wege zur Pflichtteilsminimierung*, u: H. Grziwotz (Hrsg.), *Erbrecht und Vermögenssicherung*, Deutsche Notarrechtliche Vereinigung e.V., Würzburg, 2011, str. 44–45. U Austriji je pitanje uračunavanja i vraćanja poklona jedno od najspornijih pitanja u okviru naučnog diskursa o reformi nasljednog prava u Austriji – vidi: R. Welser, *Die Reform des österreichischen Erbrechts*, fn 8, str. 76.

¹⁸ Vidi i: N. Gavella/V. Belaj, op. cit., fn 10, str. 100–101.

¹⁹ Čl. 43. st. 2. Nacrta ZN FBiH.

²⁰ Čl. 157. st. 4. Nacrta ZN FBiH.

²¹ Čl. 18. i 19. ZN RS.

²² Stari zakon je predviđao samo tri zakonska nasljedna reda, pri čemu je u trećem redu, u koji su ulazile babe i djedovi ostaviočevi, pravo predstavljanja bilo ograničeno na prvo-stepeno potomstvo djedova i baba, tj. stričeve i tetke ostaviočeve – član 17.

²³ Čl. 7., 20. ZN RS.

²⁴ Čl. 7., 21. Nacrta ZN FBiH.

ZN RS je, po uzoru na ZN SRBiH zadržao ograničenja predviđena za nasljeđivanje autorskih imovinskih prava, dok su ove odredbe u Nacrtu ZN FBiH brisane. Ovo opredjeljenje federalnog zakonodavca je opravdano, s obzirom na to da su restrikcije prema kojima ova prava nasljeđuju samo bračni drug, djeca i roditelji ostavioca sa stanovišta garancije prava vlasništva vrlo sporne.²⁵

III. 2. Nasljednopravni položaj bračnog i vanbračnog druga

III. 2.1. Bračni drug

ZN RS nije donio nikakve novine u pogledu nasljednopravnog položaja bračnog druga ostavioca. Bračni drug se, kao i ranije, nalazi u prvom nasljednom redu u kojem nasljeđuje na jednake dijelove s djecom, a ukoliko iza ostavioca nije ostalo djece ni drugih potomaka, bračni drug prelazi u drugi nasljedni red, u kojem mu pripada pravo na pola zaostavštine.²⁶ U uporednom pravu je u okviru zakonskog nasljeđivanja u posljednje vrijeme uočljiva tendencija jačanja položaja preživjelog bračnog druga u odnosu na potomke ostavioca, a naročito u odnosu na njegove roditelje i braću i sestre.²⁷ Ovaj trend donekle prati i zakonodavac FBiH, a po uzoru na hrvatsko pravo, ograničavajući prava roditelja, odnosno braće i sestara ostavioca u korist bračnog druga. Kada su iza ostavioca ostala djeca ili drugi potomci s kojima bi bračni drug nasljeđivao u prvom nasljednom redu, ali su se svi nasljednici prvog nasljednog reda odrekli nasljedstva, bračni drug ostaje u prvom redu i nasljeđuje svu zaostavštinu.²⁸ Ovakvo rješenje ima svoje opravdanje. U posljednje vrijeme se prosječni životni vijek značajno produžio. U slučaju smrti, barem kada govorimo o prirodnoj smrti, djeca umrlog u velikom broju slučajeva imaju izgrađen vlastiti život i porodicu i obezbijedenu materijalnu podlogu pa više ne ovise o roditeljskoj pomoći. U takvim situacijama smrt ostavioca ustvari mnogo više pogađa preživjelog bračnog druga, nego odraslu djecu i druge potomke. Kada bi se u takvim situacijama sva djeca ostavioca odrekla svojih nasljednih dijelova, upravo kako bi obezbijedili preživjelog roditelja, rješenje prema kojem tada preživjeli bračni drug prelazi u drugi nasljedni red i dobija samo pola zaostavštine, a što bi se desilo prema rješenjima u pravu RS, nema svoga opravdanja. Drugačija je situacija kada nema djece ni drugih potomaka, pa tada bračni drug prelazi u drugi nasljedni red, gdje dobija pola zaostavštine, dok drugu polovinu dijele roditelji ostaviocevi.

Međutim, i u okviru drugog nasljednog reda je položaj bračnog druga u hrvatskom pravu poboljšan u odnosu na ostale srodnike, a ova rješenja nisu preuzeta u Nacrt ZN FBiH. Tako, ako su umrla oba roditelja ostavioceva, bračni drug nasljeđuje cjelokupnu zaostavštinu i ne primjenjuje se pravo predstavljanja u korist braće i sestara ostavioca. Pored toga je ukinuta i mogućnost smanjenja nasljednog dijela bračnog druga zbog uvažavanja posebnih prilika i potreba ostalih nasljednika (djece i roditelja ostavioca).²⁹ U nekim pravnim sistemima nasljednopravni propisi predviđaju i posebna pravila u pogledu položaja preživjelog bračnog druga u odnosu na porodičnu kuću odnosno stan.³⁰ Šteta je što prilikom reforme nasljednog prava u Republici Srpskoj ova razmatranja nisu uzeta u obzir, a u FBiH samo djelomično, jer se u diskusiji vezanoj za harmonizaciju i evropeizaciju nasljednog prava u okviru Evropske unije, ovaj trend jačanja položaja bračnog druga, koji se u literaturi označava još i kao prelazak s vertikalnog nasljednog prava, koje je favoriziralo djecu i ostale potomke, na horizontalno nasljedno pravo, u kojem se prava djece ograničavaju u korist prava preživjelog bračnog druga³¹, uzima kao jedna od zajedničkih tačaka u svim nasljednopravnim porecima. S obzirom na to da u FBiH novi zakon još nije usvojen, u ovom entitetu bi možda još izraženije mogle biti uzete u obzir ove tendencije.

III. 2.2. Vanbračni partner

Uvrštavanje vanbračnog partnera u krug zakonskih, a slijedom toga i nužnih nasljednika je jedna od krupnijih novina koje uvode ZN RS i Nacrt ZN FBiH. Pri tome su odredbe u oba propisa, a naročito u ZN RS, iz kojeg se ustvari samo ekstenzivnim tumačenjem može izvući zaključak da je vanbračni partner zakonski nasljednik, relativno nepotpune i ostavljaju otvorena pitanja.

ZN RS sadržava istovjetnu odredbu kao raniji Zakon o nasljeđivanju, prema kojoj se vanbračno srodstvo u

²⁵ U tom smislu i Obrazloženje (radnog) Nacrta Zakona o nasljeđivanju FBiH, str. 4.

²⁶ Čl. 9., čl. 11. ZN RS. čl. 9.

²⁷ Vidi: W. Pintens, op. cit., fn 16, str. 419; H. Klingelhöffer, *Pflichtteilsrecht*, 3. Auflage, C.H., Beck, München, 2009, str. 2.

²⁸ Čl. 165. st. 5. Nacrta ZN FBiH, čl. 130/5 hrvatskog Zakona o nasljeđivanju.

²⁹ Opširnije o novinama u nasljednom pravu Hrvatske: M. Dika (red.), *Novo nasljednopravno uređenje*, Narodne novine, Zagreb, 2003; J. Crnić et al., *Zakon o nasljeđivanju s komentarom, sudskom praksom, prilogima, primjerima i abecednim kazalom pojmova*, Organizator, Zagreb, 2003.

³⁰ Tako npr. u Austriji postoji ustanova tzv. "Vorausvermächtnis" (čl. 758 ABGB). To je privilegija preživjelog bračnog druga da ostane stanovati u porodičnoj kući/stanu s pokuštvom, nastavljajući time život u onim okolnostima i u skladu sa standardom na koji je navikao, bez obzira na to s kojim drugim nasljednicima ostavitelja konkurira. Ovo pravo se ne uračunava u nasljedni dio i nije ovisno o činjenici da li je preživjeli bračni drug testamentarni, zakonski ili nužni nasljednik. Vidi: S. Weiskopf/ R. Kappacher, *Das Vorausvermächtnis, Kanzlei/Aktuell*, Nr. 3/September 2009, dostupno na internetu: http://www.ratiot.at/wk_journal.september09.pdf (posljednja posjeta: novembar 2011. godine) str. 1.

³¹ Vidi: W. Pintens, *Europäisierung des Familien- und Erbrechts*, Teil I, *FamRZ* 2003, Heft 6, str. 331.

pogledu nasljeđivanja izjednačava s bračnim.³² Ova odredba se za vrijeme važenja starog Zakona o nasljeđivanju tumačila tako da se vanbračna djeca izjednačavaju s bračnom, dok se vanbračnom partneru nije priznavalo pravo nasljeđivanja na temelju ove odredbe.³³ ZN RS u daljim odredbama o zakonskim nasljednicima ne spominje vanbračnog partnera. Kako je porodičnim zakonima u oba entiteta u pogledu imovinskopravnih dejstava vanbračna zajednica izjednačena s bračnom, neprihvatanje vanbračnom partneru prava na nasljeđivanje bi se protivilo ovoj jednakosti, a to nije mogla biti intencija zakonodavca RS. U kasnijim odredbama u kojima se određuju zakonski i nužni nasljednici, ZN RS spominje isključivo pojam "supružnik"³⁴. Ako se uzmu u obzir odredbe Porodičnog zakona RS³⁵, uočljivo je da taj Zakon za bračnog druga koristi pojam "bračni supružnik", a za vanbračnog partnera pojam "vanbračni supružnik". Moguće bi stoga bilo tumačiti da ZN RS koristeći pojam "supružnik", bez preciziranja radi li se pri tome o bračnom ili vanbračnom supružniku, obuhvata i jednog i drugog.

Nacrt ZN FBiH izričito priznaje vanbračnog partnera kao zakonskog nasljednika, dok u pogledu određivanja vanbračne zajednice upućuje na odredbe Porodičnog zakona FBiH,³⁶ prema kojem vanbračna zajednica predstavlja zajednicu života žene i muškarca koji nisu u braku ili u vanbračnoj zajednici s drugom osobom i koja je trajala najmanje tri godine ili kraće, ako je u njoj rođeno zajedničko dijete.³⁷

U svim slučajevima u kojima bi se bračni drug pojavio kao potencijalni zakonski nasljednik, to može biti i vanbračni partner, te se sve odredbe koje se odnose na bračnog druga, na odgovarajući način primjenjuju i na vanbračnog partnera. Pravo na nasljedstvo vanbračnog partnera prestaje ako je zajednica života sa ostaviteljem prije njegove smrti bila trajno prestala;³⁸ ova razlika u odnosu na pravo nasljeđivanja bračnog druga je potpuno razumljiva i proističe iz drugačije prirode ove zajednice u odnosu na bračnu. Nažalost, ovakvo rješenje ne postoji u Republici Srpskoj.

Ukoliko je ostavilac vršio raspolaganja (testamentom) u korist svog bračnog druga, ta raspolaganja će se

smatrati ništavim, ukoliko je brak prestao pravomoćnom sudskom presudom nakon sačinjenja testamenta, osim ako je ostavilac u testamentu odredio drugačije. Ovu odredbu sadržava Nacrt ZN FBiH³⁹, dok se ovakva odredba ne nalazi u ZN RS. Postavlja se pitanje da li se ova odredba primjenjuje i za slučaj vanbračne zajednice, ako je vanbračni partner u testamentu imenovan za nasljednika, a vanbračna zajednica bude prekinuta nakon sačinjenja testamenta. Logika nalaže potvrđan odgovor, samo što ovaj prekid nije poput prestanka braka moguće dokazivati pravomoćnom sudskom presudom.

Postojanje braka već *per definitionem* isključuje mogućnost postojanja zakonski priznate vanbračne zajednice i pojavljivanja vanbračnog partnera kao zakonskog nasljednika. Ukoliko, međutim, brak samo formalno postoji, jer je, primjera radi, zajednica života sporazumno prestala već prije dužeg vremena, a možda je već pokrenut i postupak za razvod braka koji je prekinut smrću, tada se kao zakonski nasljednik ne bi pojavio ni bračni drug, a ni vanbračni partner, jer niti jedan niti drugi ne ispunjavaju zakonske uslove. Ovakve životne situacije nalažu nešto istančanija i diferenciranja zakonska rješenja.⁴⁰

Po smrti jednog vanbračnog partnera, drugi vanbračni partner, da bi imao pravo na nasljedstvo, mora predočiti dokaze o postojanju vanbračne zajednice. Te činjenice se ne dokazuju u ostavinskom postupku, nego se isti prekida i vanbračni partner se upućuje na parnicu radi utvrđenja postojanja vanbračne zajednice sa ostaviocem u času njegove smrti.⁴¹ Ovaj postupak dokazivanja nije jednostavan, te bi se *de lege ferenda* moglo razmisliti i o uvođenju jedne ili više oborivih pravnih pretpostavki, kako bi se olakšala pozicija vanbračnom partneru i izbjegle moguće zloupotrebe od strane drugih nasljednika.⁴² Ipak, ako među nasljednicima niko ne osporava postojanje vanbračne zajednice, a nijedna okolnost ne upućuje na mogućnost izigravanja zakona, onda se neki autori zalažu za to da ostavinski sud uvrsti vanbračnog partnera u krug zakonskih nasljednika bez posebnog dokazivanja statusa vanbračnog partnera.⁴³ Za ovakvo tumačenje se treba zalagati i u našoj praksi.

Ni porodično pravo, pa ni novo nasljedno pravo u entitetima još uvijek ne uzima u obzir istospolne zajednice, niti po uzoru na rješenja skandinavskih zemalja⁴⁴, koja su se proširila i na brojne druge zemlje Evropske unije, pred-

³²⁾ Čl. 4. St. 1. ZN RS, čl. 5. st. 1. Zakona o nasljeđivanju iz 1955.

³³⁾ Prema Uputstvu Saveznog vrhovnog suda o načinu rješavanja sporova u vanbračnoj zajednici iz 1954. god (U 42/54 od 4.3.1954.) vanbračnoj zajednici nije se mogao odvojeno priznati čitav niz prava, kao pravo na nasljeđivanje. Prema N. Traljić/S. Bubić, *Bračno pravo*, Pravni fakultet, Sarajevo, 2007., str. 142.

³⁴⁾ Npr. čl. 9. st. 1, čl. 11, čl. 30. st. 1 ZN RS.

³⁵⁾ Porodični zakon Republike Srpske (Sl. gl. RS 54/02, 41/2008), u daljem tekstu PZ RS.

³⁶⁾ Porodični zakon Federacije BiH (Sl. n. FBiH, 35/05, u daljem tekstu: PZ FBiH).

³⁷⁾ Čl. 3. PZ FBiH.

³⁸⁾ Čl. 25. St. 4. Nacrta ZN FBiH.

³⁹⁾ Čl. 123. Nacrta ZN FBiH.

⁴⁰⁾ U tom smislu vidi i: H. Kačer, 'Zakonski nasljednici u hrvatskom pravu', u: *Liber amicorum in honorem Jadranko Crnić*, Novi informator, Zagreb, 2009., str. 799.

⁴¹⁾ T. Josipović, 'Nasljeđivanje na temelju zakona', u: Dika (red.), op. cit., fn 7, str. 46–47.

⁴²⁾ Za ovo rješenje u hrvatskom pravu se zalaže Kačer, op. cit., fn 40, str. 797.

⁴³⁾ U tom smislu: V. Belaj/A. Čulo, 'Nasljedno pravo izvanbračnog druga', *Pravni vjesnik* 23(1–2) 2007., str. 129.

⁴⁴⁾ Vidi: Pintens, op. cit., str. 335.

viđaju set pravila za tzv. registrirane zajednice. U zemljama Evropske unije, a u skladu s različitim aktima Unije⁴⁵, ovakve zajednice proizvode i nasljednopravna dejstva. S obzirom na nastojanja BiH u pravcu članstva u Evropskoj uniji, pitanja istospolnih zajednica, djece rođene ili usvojene u okviru takvih zajednica i njihovo nasljednopravno dejstvo će se u skorije vrijeme morati naći na dnevnom redu.

III. 3. (Pred)bračni ugovor i ugovor o nasljeđivanju

U pogledu nasljednopravnog položaja bračnog i vanbračnog druga/partnera potrebno se osvrnuti i na mogućnosti zaključenja (pred)bračnog ugovora, a prema Nacrtu ZN FBiH i ugovora o nasljeđivanju između bračnih, odnosno vanbračnih drugova/partnera. Entitetski porodični zakoni su u pravni poredak Bosne i Hercegovine uveli ugovorni bračni imovinski režim, predviđajući mogućnost zaključenja (pred)bračnog ugovora kako između (budućih) bračnih drugova, ali i između vanbračnih partnera.⁴⁶ Postojanje ovakvog ugovora može značajno uticati i na sastav zaostavštine u slučaju smrti jednog od bračnih odnosno vanbračnih partnera. Domaća doktrina se nije bavila posljedicama postojanja ovakvog ugovora u pogledu sastava zaostavštine, te se postavlja pitanje tretmana imovine obuhvaćene ovim ugovorom u ostavinskom postupku. Bračni, odnosno vanbračni partneri bi ovim ugovorom mogli odrediti da dio posebne imovine jednog ili oba (van)bračna druga ulazi u bračnu stečevinu, ili da udjeli u bračnoj stečevini ne budu jednaki, nego da jednom od (van)bračnih drugova pripadnu recimo tri četvrtine bračne stečevine. Da li imovina obuhvaćena ovim ugovorom ulazi u sastav zaostavštine ili ne? Načelno bi ovo pitanje trebalo odgovoriti negativno, jer bi uvrštavanje imovine obuhvaćene bračnim ugovorom u sastav zaostavštine izigralo smisao postojanja ovog ugovora. Međutim, može li zaključenje bračnog ugovora predstavljati osnov za razbaštinjenje nužnih nasljednika ili oni pod određenim uslovima imaju pravo zahtijevati povrat ove imovine? Ako se radi o poklonima, u smislu odredbi u (pred)bračnom ugovoru da određeni pokloni učinjeni iz bračne stečevine uđu u posebnu imovinu jednog (van)bračnog partnera, s tim se raspolaganjima ima postupati kao s poklonima učinjenim zakonskim nasljednicima za života ostavioca. Međutim, ne mogu se sva

raspolaganja u okviru (pred)bračnog ugovora okarakterizirati kao pokloni. Radi se o vrlo osjetljivim pitanjima koja se u našoj sudskoj praksi još nisu otvorila, prvenstveno zbog činjenice što se mogućnost ugovornog reguliranja bračnog imovinskog režima u našoj praksi gotovo uopće ne koristi. Notari koji su nadležni za zaključivanje (pred)bračnih ugovora bi u postupku notarske obrade isprave trebali ugovorne strane upozoriti i na sve moguće nasljednopravne posljedice ovakvog ugovora.

Novina koju predviđa Nacrt ZN FBiH, jeste mogućnost zaključenja ugovora o nasljeđivanju između bračnih drugova odnosno vanbračnih partnera⁴⁷, kao izuzetak od načelne zabrane ugovora kojim neko ostavlja svoju zaostavštinu ili njen dio svome saugovaraču ili trećoj osobi.⁴⁸ Ova mogućnost nije predviđena u ZN RS.

Ugovor o nasljeđivanju prema Nacrtu ZN FBiH mogu zaključiti (budući) bračni ili vanbračni partneri, lično i u postupku notarske obrade isprave kao *forme ad solemnitatem*. Ovim ugovorom se ugovorne strane međusobno određuju za nasljednike, ili jedna drugu, a ugovorom može biti obuhvaćena cjelokupna imovina ili njen dio i to kako sadašnja, tako i buduća imovina. Postojanje ovog ugovora ima prednost pred nasljeđivanjem na osnovu testamenta i zakona, ali se njegovim zaključenjem ne može otkloniti primjena odredaba o nužnom nasljeđivanju. Moguće je da ova odredba može unijeti svjetlo i povodom dilema izraženih u pogledu djelovanja (pred)bračnog ugovora u ostavinskom postupku.

Uvođenje mogućnosti zaključenja ugovora o nasljeđivanju stoji u skladu s trendovima u uporednom pravu, gdje dolazi do izvjesnog potiskivanja testamentarnog raspolaganja upotrebom određenih supstituta testamenta, u koje bi se mogli ubrojati i nasljednopravni ugovori.⁴⁹ Iako su tradicionalno, još u rimskom pravu, ovakvi ugovori bili zabranjeni, a ova zabrana i dalje postoji u velikom broju romanskih zemalja, pravo FBiH se normiranjem ovog ugovora više okreće germanskom pravnom krugu u kojem su ovi ugovori načelno dozvoljeni.

IV. Ostali nasljednopravni ugovori

U pogledu druga dva nasljednopravna ugovora priznata u našem pravu, a to su ugovor o ustupanju i raspodjeli imovine za života i ugovor o doživotnom izdržavanju, ZN RS i Nacrt ZN FBiH nisu donijeli suštinske novine. Ovi ugovori su načelno ostali regulirani jednako kao i u ZN SRBiH, jedino je pitanje forme u kojoj se zaključuju ovi ugovori usklađeno s entitetskim propisima koji uređuju notarijat. I ZN RS i Nacrt ZN FBiH za zaključenje ova dva ugovora kao *formu ad solemnitatem* predviđaju notarsku obradu isprave. Iako je nadležnost notara za zaključenje ovih ugovora kada su njima obuh-

⁴⁵) Vidi npr. Proposal for a Council Directive on implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of religion or belief, disability, age or sexual orientation, dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0426:FIN:EN:HTML> (posljednja posjeta, novembar 2011.)

⁴⁶) Općenito o (pred)bračnom ugovoru i njegovim karakteristikama u pravu BiH vidi: D. Softić, 'Bračna stečevina prema porodičnom zakonu Federacije Bosne i Hercegovine', *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, L, 2007, Sarajevo, 2007, str. 510 i dalje.

⁴⁷) Čl. 126.–132. Nacrta ZN FBiH.

⁴⁸) Čl. 125. Nacrta ZN FBiH.

⁴⁹) Opširnije vidi: M. de Waal, op. cit., str. 9.

vaćene nekretnine, što će najčešće biti slučaj, mogla biti izvedena i bez izričite odredbe o tome, primjenom općih pravila tumačenja, pozitivno je to što je ova nadležnost izričito utvrđena, jer je u pogledu pitanja forme naročito ugovora o doživotnom izdržavanju već bilo brojnih problema u praksi.⁵⁰

Iako su u većini slučajeva u kojima je pitanje nadležnosti za pojedine pravne poslove nasljednog prava s obzirom na konkurenciju sudova i notara bilo sporno, novi entitetski propisi ovu dilemu razriješili u korist nadležnosti notara, ZN RS u ovome nije potpuno dosljedan. Nije previđeno da se izjava o odricanju od nasljeđa može dati osim u formi sudskog zapisnika i u formi notarski obrađene isprave.⁵¹ Isti propust je učinjen prilikom normiranja izuzetka od pravila da se nije moguće odreći nasljedstva koje nije otvoreno. Naime, kao što je to predviđao i ZN SRBiH, potomak koji ima poslovnu sposobnost može se sporazumom s pretkom odreći nasljeđa koje bi mu po smrti pretka pripalo. Sporazum se zaključuje u pismenoj formi uz ovjeru od strane suda⁵². Nacrt ZN FBiH za izjavu o odricanju po smrti ostavioca, propisuje alternativno formu sudskog zapisnika ili notarski obrađene isprave, a za odricanje od nasljeđa koje nije otvoreno propisuje isključivo formu notarski obrađene isprave. Osim toga Nacrt ZN FBiH razlikuje se od ZN RS i po tome što mogućnost sporazumnog odricanja od nasljeđa za života ostavioca osim potomcima priznaje i bračnom (i vanbračnom drugu).

V. Testamentarno nasljeđivanje

V.1. Sloboda testiranja

Nekoliko značajnijih novina su ZN RS, a naročito Nacrt ZN FBiH unijeli i u oblast testamentarnog nasljeđivanja. Izmjene su ciljale prvenstveno na dosljednije sprovođenje načela slobode testiranja, te na usklađivanje odredbi vezanih za formu testamenta s djelatnošću notara i propisima koji uređuju notarijat na području oba entiteta. Izmjene koje u ovoj oblasti predviđa Nacrt ZN FBiH su dalekosežnije u odnosu na ZN RS.

Dobna granica za sticanje testamentarne sposobnosti je u oba entiteta spuštena sa 16 na 15 godina života⁵³, pod pretpostavkom da je testator sposoban za rasuđivanje, pri čemu Nacrt ZN FBiH daje i definiciju sposobnosti za rasuđivanje u ovom kontekstu. S obzirom na to da sačinjenje testamenta predstavlja strogo lični pravni posao, opravdano je ovu mogućnost otvoriti što ranije, u našem

slučaju s petnaest godina kada jedno lice može zaključiti i radni odnos.⁵⁴

Nacrt ZN FBiH i u članu 105. još jednom potvrđuje da testament predstavlja jači pravni osnov za pozivanje na nasljeđe u odnosu na zakon, što posredno jača i slobodu testamentarnog raspolaganja, predviđajući da se u slučaju sumnje odredbe testamenta imaju tumačiti tako da se primijeni ono što je povoljnije za testamentarnog, a ne za zakonskog nasljednika. ZN SRBiH, a i sadašnji ZN RS sadrže suprotno pravilo tumačenja, u korist zakonskog nasljednika, što je u suprotnosti s opredjeljenjem zakonodavca da testament predstavlja jači pravni osnov u odnosu na zakon, te je ova odredba trebala biti izmijenjena i u pravu RS.

V. 2. Oblici testamenta

U novim propisima su zadržani svi raniji oblici testamenta koje je predviđao ZN SRBiH. To su dva oblika redovnog, privatnog i pisanog testamenta – olografski i alografski, zatim nekoliko oblika redovnog, javnog i pisanog testamenta – sudski testament, testament sačinjen u inostranstvu pred konzularnim ili diplomatskim predstavnikom, te međunarodni testament, i nekoliko oblika vanrednog testamenta u vidu testamenta na brodu, testamenta za vrijeme mobilizacije ili rata i usmenog testamenta. Neki od ovih oblika su doživjeli određene izmjene, a novi propisi su, pored navedenih, uveli i neke nove oblike testamenta koje naše pravo dosad nije poznavalo. U nastavku će biti prikazani samo oni oblici testamenta koji su u odnosu na stari zakon uređeni drugačije ili su novim propisima tek uvedeni.

V. 2.1. Redovni testamenti

V. 2.1.1. Svojeručni testament

Ostavilac može sačiniti punovažan testament pišući ga svojom rukom i stavljajući na njega svoj potpis.⁵⁵ Prema ZN SRBiH naznaka datuma sačinjenja ovakvog svojeručnog testamenta nije predstavljala uslov za njegovu punovažnost⁵⁶, premda je zakonodavac preporučio da se naznači i datum. Ovakvo rješenje je zadržano i u Nacrtu ZN FBiH, za razliku od ZN RS, gdje je naznaka datuma sačinjenja unesena kao uslov punovažnosti olografskog testamenta.⁵⁷

V. 2.1.2. Testament sačinjen pred notarom

Ovaj oblik privatnog javnog testamenta predstavlja novinu u oba entiteta, te predstavlja jednu od mjera usklađivanja nasljednopravnih propisa s propisima koji uređuju notarijat. ZN SRBiH ne poznaje ustanovu notarijata, a kako je ovaj zakon još uvijek na snazi u

⁵⁰ Opširnije vidi: V. Softić, 'Ugovor o doživotnom izdržavanju – problem dvostruke forme', *Nova pravna revija: časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo*, br. 1–2 (2010), str. 28–32.

⁵¹ Čl. 154. ZN RS.

⁵² Čl. 158. ZN RS.

⁵³ Čl. 64. ZN RS, čl. 62. Nacrta ZN FBiH.

⁵⁴ Obrazloženje uz (radni) Nacrt zakona o nasljeđivanju FBiH, str. 5.

⁵⁵ Čl. 68 st. 1. ZN RS, čl. 66. st. 1. Nacrta ZN FBiH.

⁵⁶ Čl. 66. st. 2. ZN SRBiH.

⁵⁷ Čl. 68. st. 2. ZN RS, čl. 66. st. 2. Nacrta ZN FBiH.

FBiH, u ovom entitetu notar ne može sačiniti punovažan testament, osim u okviru sačinjenja testameta po kazivanju tj. pismenog testameta pred svjedocima. S obzirom na to da su u nadležnost notara za notarsku obradu isprava ušli pravni poslovi čije zaključenje proizvodi važne pravne posljedice i u okviru kojih se radi o strankama čija prava treba posebno zaštititi⁵⁸, ne postoji razlog zbog kojeg bi se notarima trebala uskratiti mogućnost sačinjenja testameta. Postupak notarske obrade isprave⁵⁹ garantuje upravo onu sigurnost zbog koje se inače za sačinjenje testameta propisuje posebno stroga forma.⁶⁰ U tom smislu testament može zavještaocu sačiniti notar u formi notarski obrađene isprave⁶¹. Za razliku od Nacrta ZN FBiH, ZN RS predviđa da notar testament sačinjava u skladu s odredbama koje se odnose na sudski testament, osim ako Zakonom o notarima nije drugačije određeno. Ovo nije najsretnije rješenje. Naime, postupak notarske obrade garantuje svu sigurnost, pa i veću u odnosu na odredbe koje uređuju sudski testament, te upućivanje na odredbe o sudskom testamentu može jedino izazvati zabune vezane za potrebni oblik testameta sačinjenog pred notarom, što može dovesti i do pitanja punovažnosti testameta. Ovdje je ZN RS, poput Nacrta ZN FBiH, trebao izričito predvidjeti formu notarske obrade isprave za testament sačinjen pred notarom, te tako u tom pravcu treba i tumačiti ZN RS po ovom pitanju.

Logična posljedica uvođenja notarskog testameta, kao drugog oblika javnog testameta ekvivalentnog sudskom testamentu, jeste uvođenje mogućnosti predaje testameta na čuvanje notar, koja je izričito propisana u čl. 71. Nacrta ZN FBiH. ZN RS spominje samo mogućnost predaje testameta sudu na čuvanje, pri čemu bi se trebalo i u ovom entitetu zalagati za tumačenje prema kojem je ovo moguće učiniti i kod notara. Notar je također uvršten i u listu lica ovlaštenih za sačinjavanje međunarodnog testameta.⁶² Sačinjavanje međunarodnog testameta je bilo priznato i ranije, dejstvom Konvencije o jedno-obraznom zakonu o obliku međunarodnog testameta ove odredbe su unesene i u ZN RS (čl. 83.–98.), te u Nacrt ZN FBiH (čl. 82.–98.).

Priznanjem mogućnosti učešća notara prilikom sačinjavanja testameta trebalo je i u član 75. ZN RS odnosno čl. 73. Nacrta ZN FBiH, koji predviđaju zabranu raspolaganja u korist sudije, svjedoka i njihovih bližnjih srodnika uvrstiti i notara.

V. 2.2. Vanredni testamenti

U pogledu odredbi koje uređuju vanredne oblike testameta, novi propisi nisu donijeli suštinske izmjene. U Nacrtu ZN FBiH je mogućnost sačinjenja testameta na brodu dopunjena mogućnošću sačinjenja testameta na avionu pred zapovjednikom aviona, koji, kao i testament sačinjen na brodu, prestaje važiti po isteku 30 dana nakon povratka ostavioca u Bosnu i Hercegovinu.⁶³ Ova dopuna je izostala u ZN RS, a sasvim je opravdana s obzirom na učestalost korištenja aviona kao prevoznog sredstva.

ZN RS je pooštrio uslove za punovažnost usmenog testameta, propisujući da je za punovažnost ovog testameta, koji se sačinjava u izuzetnim prilikama usljed kojih ostavilac nije u mogućnosti sačiniti pismeni testament, potrebno prisustvo tri svjedoka.⁶⁴ Prema ranijem zakonu, a to rješenje zadržava i Nacrt ZN FBiH, potrebno je prisustvo dva svjedoka. S obzirom na to da ovaj oblik testameta u sebi nosi izvjestan potencijal za zloupotrebe, to je zakonodavca RS ponukalo da pooštiri uslove za punovažnost ovog testameta. Da li je ovom odredbom ova opasnost otklonjena, ili je time samo ostavitelju dodatno otežana mogućnost sačinjenja ovog testameta u izvanrednim situacijama, još će se pokazati. Ni ZN RS ni FBiH nisu izričito propisali da svjedoci trebaju biti prisutni istovremeno, što je već ranije dovodilo do različitih tumačenja. Zakoni o nasljeđivanju zemalja u regionu su u ovom pogledu izričiti i predviđaju obavezno prisustvo dvaju svjedoka istovremeno⁶⁵.

V.3. Upisnik testamenata

Nacrt ZN FBiH kao krupniju novinu predviđa i uspostavljanje upisnika testamenata po uzoru na hrvatsko pravo. Planirano je da ovaj upisnik vodi Notarska komora FBiH, te da se u njega evidentira činjenica da je testament sastavljen, pohranjen ili proglašen⁶⁶. U ovaj upisnik se unose i podaci o zaključenju ugovora o nasljeđivanju (III. 3.). Pri tome činjenica da određeni testament ili ugovor o nasljeđivanju nisu evidentirani u upisniku testamenata nema uticaja na valjanost tog testameta, odnosno ugovora o nasljeđivanju. Uvođenjem ovog upisnika se nastoji doprinijeti pravnoj sigurnosti i olakšati saznanje po smrti određenog lica o eventualnom postojanju testameta, mjestu njegovog nalaženja itd., što nekada u

⁵⁸ Čl. 73. Zakona o notarima FBiH (Službene novine FBiH 45/02), u daljem tekstu ZNot FBiH; čl. 68. Zakona o notarima Republike Srpske (Službeni glasnik RS 86/05, 91/06, 37/07, 50/10), u daljem tekstu ZNot RS; čl. 47. Zakona o notarima BDBiH (Službeni glasnik BDBiH 09/03), u daljem tekstu ZNot BDBiH.

⁵⁹ Više o postupku notarske obrade isprave vidi: M. Povlakić u Povlakić/Schalast/Softić V., *Komentar zakona o notarima u Bosni i Hercegovini*, Sarajevo, 2009, komentar uz čl. 73., str. 135. i dalje; Također V. Softić u Povlakić/Schalast/Softić V., op. cit., komentar uz čl. 74., str. 142. i dalje.

⁶⁰ Vidi umjesto mnogih: N. Gavella/V. Belaj, op. cit., str. 134 i dalje.

⁶¹ Čl. 70. Nacrta ZN FBiH.

⁶² Čl. 96. ZN RS/Nacrta ZN FBiH.

⁶³ Čl. 75. Nacrta ZN FBiH.

⁶⁴ Čl. 79. ZN RS.

⁶⁵ Vidi npr. čl. 37. Zakona o nasljeđivanju Hrvatske, ili čl. 88. Zakona o nasljeđivanju Crne Gore (Službeni list Crne Gore 1/2007).

⁶⁶ Čl. 124. Nacrta ZN FBiH.

praksi predstavlja problem.⁶⁷ Podaci iz ovog upisnika se prije smrti ostavitelja ne mogu nikome staviti na raspolaganje, osim samom testatoru ili licu koje je on ovlastio. ZN RS ne predviđa uspostavljanje upisnika testamenata.

VI. Zaključna razmatranja

Stupanje na snagu ZN RS nije značilo suštinsku reformu nasljednog prava u ovom entitetu. Rješenja starog ZN SR BiH su zadržana u najvećoj mogućoj mjeri. Izvršeno je nužno usklađivanje oblasti nasljednog prava sa ZN RS, pri čemu zakonodavac ni ovdje nije bio u potpunosti dosljedan, pa su prilikom određenih pravnih poslova, npr. kod izjave o odricanju ili kod sporazuma o odricanju od nasljedstva za života ostavioca, notari naprosto zaboravljeni. Čak su u zakonskom tekstu zadržane određene odredbe koje su odgovarale kontekstu u kojem je donesen ZN SR BiH, a koje danas, s obzirom na ustavom zagarantovano pravo vlasništva, te na slobodu testiranja, koja se, osim ograničenja ustanovom nužnog nasljeđivanja i općim granicama stranačke autonomije, nastoji osigurati u što većoj mjeri, više nemaju opravdanja. Misli se npr. na ograničenja kod nasljeđivanja autorskih imovinskih prava.

Potpuno nejasan ostaje pravni položaj vanbračnog druga prema ZN RS. Zakonski tekst pruža mogućnosti za različita tumačenja, što izaziva pravnu nesigurnost i što bi trebalo biti uklonjeno *de lege ferenda*. Stiče se dojam, kao da prilikom donošenja ZN RS nije postupljeno s dovoljnom pažnjom, te se nije iskoristila prilika, koju nameće nova kodifikacija određene pravne oblasti, da se uzmu u obzir i određeni trendovi i dostignuća uporednog prava.

U FBiH je izradi Nacrta ZN FBiH pristupljeno značajno temeljitije u odnosu na RS. Osim što je zakonski tekst oslobođen preostalih relikata socijalističkog režima i što su otklonjene određene nedoumice koje su postojale u praksi za vrijeme primjene ZN SR BiH, Nacrt predviđa brojne novine koje su u skladu s rješenjima u uporednom pravu, te predstavljaju adekvatnu razradu temeljnih načela nasljednog prava. Vanbračni drug je izričito uvršten u krug zakonskih nasljednika, a pozicija bračnog druga je u određenoj mjeri poboljšana u odnosu na nasljednike drugog zakonskog reda. Uvođenje mogućnosti zaključenja ugovora o nasljeđivanju između bračnih, odnosno vanbračnih drugova također slijedi isti cilj.

Odredbe Nacrta ZN FBiH su dosljednije usklađene s propisima koji uređuju notarijat, mada postoje određeni manji propusti u tom pogledu. Predviđanjem upisnika testamenata se doprinosi pravnoj sigurnosti i osigurava što potpunije ostvarenje posljednje volje ostavioca.

Ni u RS niti u FBiH nije se razmatrala mogućnost prenošenja nadležnosti za vođenje ostavinskog postupka sa sudova na notare, po uzoru na hrvatsko pravo. Koncept notarijata koji je usvojen u BiH pri tome omogućava da se na notare prenese cio niz nadležnosti vanparničnog pravosuđa, prvenstveno u cilju rasterećenja sudova, što bi bilo i u skladu s Preporukom Vijeća Evrope No. R (86) 12, o mjerama prevencije i smanjenja prevelikog opterećenja sudova. O ovom koraku bi također vrijedilo razmisliti *de lege ferenda*.

Mag. sci. Darja Softić Kadenić, LL. M.

Das neue Erbrecht der Entitäten Bosnien und Herzegowinas *de lege lata* und *de lege ferenda*

(Zusammenfassung)

Die Arbeit ist den wichtigsten Neuerungen, die durch das neue Erbgesetz der Republika Srpska (RS) eingeführt wurden bzw., die de lege ferenda durch den Entwurf des Erbgesetzes der Föderation Bosnien und Herzegowinas (FBiH) geplant sind, gewidmet. Keines dieser beiden Gesetze bedeutet eine radikale Reform des Erbrechts. In letzter Zeit sind es nicht nur die Länder der Region, oder Transformationsstaaten allgemein, sondern auch zahlreiche EU Mitgliedstaaten, die eine Reform des Erbrechts durchführen, oder zumindest über diesen Schritt nachdenken. Es ist schade, dass während der Ausarbeitung des Erbgesetzes der RS der Gesetzgeber es versäumt hat, manche der Tendenzen, welche sich im Rahmen dieser Reformen und des wissenschaftlichen Diskurses, den diese losgetreten haben, herauskristalisiert haben, zu berücksichtigen. Das Gesetz behält größtenteils die Bestimmungen des alten Erbgesetzes der Republik Bosnien und Herzegowinas bei, mit einigen Änderungen von denen sich die wichtigsten auf den Bereich der gesetzlichen Erbfolge beziehen. Der Kreis der gesetzlichen Erben wurde erweitert und die erbrechtliche Stellung des Lebensgefährten wurde, wenn auch nicht umfassend, geregelt. Im Bereich der testamentarischen Erbfolge beziehen sich die Änderungen hauptsächlich auf die Harmonisierung der erbrechtlichen Vorschriften mit denjenigen über das Notariat, da inzwischen einige Zuständigkeiten aus dem Bereich des Erbrechts an die Notare überführt worden sind. Der Entwurf des Erbgesetzes der FBiH sieht im Vergleich zum Erbgesetz der RS etwas weitreichendere Änderungen vor. Teilweise hat bei der Erstellung dieses Entwurfes das kroatische Erbrecht als Vorbild gedient, jedoch wurden nicht alle Vorschriften des kroatischen Rechts übernommen.

⁶⁷ U tom smislu i: N. Gavella/V. Belaj, op. cit., str. 184.

Značaj Haške konferencije za međunarodno privatno pravo za međunarodnu saradnju u građanskim stvarima*

Dr. Rolf Wagner, Berlin**

Studentima koji su se odlučili za izborni predmet “Međunarodno privatno pravo”, poznate su Haške konvencije. Šta se, međutim, krije iza tih konvencija? Koliko su one kvalitetne? Ko izrađuje ove međunarodne ugovore? Koja organizacija stoji iza toga? Kakva je to organizacija? Koji su njeni zadaci? I zar ne bi bilo poželjnije sklapati bilateralne međudržavne ugovore, umjesto Haških konvencija, kako bi se još više mogli uzeti u obzir interesi pojedinih država ugovornica? Odgovore na ova i druga pitanja nudi sljedeći prilog.

I. Općenito o Haškoj konferenciji za međunarodno privatno pravo

Takozvane Haške konvencije izrađuje Haška konferencija za međunarodno privatno pravo (u daljnjem tekstu: Haška konferencija). Radi se o globalnoj međuvladinoj organizaciji. Prvi put je održana 1883. godine na inicijativu nizozemskog državnog vijeća *T. M. C. Asser*.¹ Ona postaje stalna organizacija stupanjem na snagu njenog statuta 1955. godine.² Broj članova ove organizacije je velik s dugogodišnjom tendencijom rasta. Haška konferencija trenutno³ broji 72 člana sa svih kontinenata.⁴ Među članice spadaju 71 zemlja (od kojih i 27 zemalja

EU) i Evropska unija.⁵ Organizacija se financira iz prihoda svojih članova.⁶ Radni jezici Haške konferencije su engleski i francuski.

Naziv Haške konferencije mogao bi navesti na zaključak da je riječ o konferenciji koja u Haagu *neprekidno* zasjeda, te na kojoj učestvuju *stalni* predstavnici država članica.⁷ Tačno je da Konferencija zasjeda u Haagu. Ovdje se, međutim, ne radi o konferenciji u stalnom zasjedanju. Haška konferencija se, štaviše, samo s vremena na vrijeme sastaje radi održavanja sjednica, koje onda mogu da traju i do nekoliko sedmica. Na tim konferencijama se u prvoj liniji izrađuju nove konvencije, te se raspravlja o pitanjima iz prakse i problemima koji se javljaju u vezi s postojećim konvencijama.

Glavni organ Haške konferencije je *nizozemska Državna komisija*, koja je 20. februara 1897. godine kraljevskim dekretom formirana kao stalni savjetodavni organ Konferencije.⁸

Takozvano Vijeće za opća pitanja i politiku Konferencije, kojem pripadaju sve zemlje članice i koje se uglavnom održava jednom godišnje, glavni je donositelj odluka. Ono osigurava kontinuiranost rada uz pomoć takozvanog Stalnog ureda, kojeg vodi generalni sekretar Haške konferencije, dr. *Hans von Loon*. U ovom uredu sa sjedištem u Haagu, pored generalnog sekretara djeluje i pet rukovodećih pravica i pravnika, uz podršku dodatnog osoblja.

Kako slijedi iz njenog statuta,⁹ zadatak Haške konferencije je da radi na “kontinuiranom ujednačavanju pravila međunarodnog privatnog prava”. Pojam međunarodnog privatnog prava se u ovom kontekstu treba shvatiti šire, te pored međunarodnog privatnog prava u užem smislu, tj. pravnih normi o primjeni mjerodavnog prava (= koliziono pravo), obuhvata i međunarodno privatno procesno pravo. Kod međunarodnog privatnog prava se u tom smislu radi više o tehničkoj pravnoj materiji. Za ujednačavanje prava to, međutim, ima i velike prednosti, jer se na tom polju pravno ujednačavanje lakše postiže u odnosu na pravne oblasti kao što je npr. materijalno porodično pravo,¹⁰ koje se u posebnoj mjeri razvijalo pod nacionalnim i kulturološkim utjecajima¹¹ i gdje se prilično teško osloboditi nacionalnih odrednica.

* Ovaj prilog objavljen je u njemačkoj verziji časopisa “Juristische Ausbildung” JURA 12/2011, str. 891-896. Izdavaštvo i redakcija *Nove pravne revije* zahvaljuju se autoru i izdavačkoj kući De Gruyter za dozvolu objavljivanja prevoda ovog članka.

** Autor je rukovodilac odjeljenja (*Ministerialrat*) u Saveznom ministarstvu pravde, Berlin. U ovom prilogu on isključivo izražava svoje lično mišljenje. Riječ je o prerađenoj verziji izlaganja na međunarodnoj konferenciji “Haške konvencije kao sredstvo međunarodne saradnje”, koja je održana 15/16. oktobra 2010. godine u Bonnu.

¹ O počecima vidjeti *Kropholler*, Internationales Privatrecht, 6. izdanje (2006), § 9 I. O historijskom razvoju sa aspekta međunarodnog građanskog procesnog prava npr. *Schack*, *RabelsZ* 57 (1993) 224, 226 i dalje. Opće informacije o Haškoj konferenciji dostupne su na web stranici <http://www.hcch.net>. Pored engleske, francuske i španske verzije, web stranica Haške konferencije odnedavno je dostupna i na njemačkom jeziku. O najnovijim tendencijama izvještava prilog Stalnog ureda Haške konferencije u *Unif. L. Rev.* 2010, 154.

² Tekst: BGBl. 1959 II 981. Nova verzija u BGBl. 2006 II 1418.

³ Stanje: 1. mart 2011. god. Svi sljedeći podaci potječu iz tog razdoblja.

⁴ Lista članica dostupna je na web stranici Haške konferencije (vidjeti fn 1).

⁵ Evropska unija pravna je sljednica Evropske zajednice (čl. 1 III 2 Ugovora o EU). O pristupanju Evropske zajednice Haškoj konferenciji vidjeti pod II 2 d.

⁶ Specijalni programi se financiraju i iz drugih izvora.

⁷ O tome i *Bischoff*, *ZEuP* 2008, 334.

⁸ *Staudinger-Sturm/Sturm*, BGB, Einleitung zum IPR, izmijenjeno izdanje 2003, Einl zum IPR Rn. 368.

⁹ Čl. 1 novog Statuta (BGBl. 2006 II 1418) identičan je s paralelnim propisom u izvornom Statutu (BGBl. 1959 II 981).

¹⁰ Pošto, strogo uzevši, i međunarodno privatno pravo pripada materijalnom pravu, ovdje bi trebalo da se govori o stvarnom pravu.

¹¹ *Wagner*, *StAZ* 2007, 101, 102. Prema *Baratti*, *IPRax* 2007, 4, 10 porodično pravo nije ujednačeno čak ni unutar SAD.

Haška konferencija ne samo da je najstarija i najefikasnija,¹² nego i najuspješnija organizacija (što proizlazi iz stepena raširenosti njenih konvencija), koja se bavi pravnim ujednačavanjem na polju međunarodnog privatnog i privatnog procesnog prava.¹³ Konvencije Haške konferencije prethodno je potrebno ratifikovati da bi stupile na snagu.¹⁴ Haška konferencija izradila je čitavu mrežu konvencija. Pregled nad širokim spektrom ovih Haških konvencija, uključujući i ratifikacioni status, dostupan je na web stranici Haške konferencije.¹⁵

Zemlje potpisnice Haških konvencija između ostalog nisu samo članice Haške konferencije, nego u određenom broju i zemlje nečlanice. Danas je više od 130 zemalja potpisnica neke od Haških konvencija. Nisu, međutim, sve Haške konvencije tako uspješne. Izrazito dobro prihvaćene su dvije grupe Haških konvencija, koje bi se stoga trebale nabrojati primjera radi:

U prvu grupu spadaju Haške konvencije o *pravnoj pomoći u širem smislu*. Ovdje naročito spadaju Haška konvencija o ukidanju potrebe legalizacije stranih isprava (99 zemalja ugovornica),¹⁶ Haška konvencija o dostavi u inostranstvo sudskih i vanskudskih dokumenata (62 zemlje ugovornice),¹⁷ Haška konvencija o izvođenju dokaza u inostranstvu (53 zemlje ugovornice),¹⁸ kao i Haška konvencija o olakšanju međunarodnog pristupa sudovima (25 zemalja ugovornica).¹⁹

Kod druge grupe se radi o konvencijama iz oblasti međunarodnog roditeljsko-starateljskog prava.²⁰ Pri tome su od posebnog značaja Konvencija o međunarodnoj otmici djece (84 zemlje ugovornice),²¹ Konvencija o međunarodnom usvojenju djece (83 zemlje ugovornice),²² a u sve većoj mjeri i Haška konvencija o zaštiti djece (30 zemalja ugovornica).²³

¹² *Pirrung*, u: Basedow i dr. (Hrsg.), *Aufbruch nach Europa*, 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht, 2001, str. 785, 788.

¹³ *Schack*, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, 5. izd. (2010), Rn. 72.

¹⁴ *Kropholler* (fn1), § 9 I.

¹⁵ Konvencije Haške konferencije za međunarodno privatno pravo dostupne su na web stranici Haške konferencije (vidjeti fn 1).

¹⁶ Haška konvencija od 5. oktobra 1961. godine o ukidanju potrebe legalizacije stranih javnih isprava.

¹⁷ Haška konvencija od 15. novembra 1965. godine o dostavi u inostranstvo sudskih i vanskudskih dokumenata u građanskim ili trgovačkim stvarima.

¹⁸ Haška konvencija od 18. marta 1970. godine o izvođenju dokaza u inostranstvu u građanskim ili trgovačkim stvarima.

¹⁹ Haška konvencija od 25. oktobra 1980. godine o olakšanju međunarodnog pristupa sudovima.

²⁰ Vidjeti također *Pirrung* (fn 12), str. 785, 787 i dalje.

²¹ Haška konvencija od 25. oktobra 1980. godine o građansko-pravnim aspektima međunarodne otmice djece.

²² Haška konvencija od 29. maja 1993. godine o zaštiti djece i saradnji po pitanju međunarodnog usvajanja.

²³ Haška konvencija od 19. oktobra 1966. godine o nadlež-

Valja se nadati, da će i tri Haške konvencije novijeg datuma, koje još nisu stupile na snagu, dostići tako velik stepen rasprostranjenosti (Konvencija o sudskoj nadležnosti,²⁴ Konvencija o ostvarenju alimentacionih zahtjeva,²⁵ te Protokol o ostvarenju alimentacionih zahtjeva²⁶). Iskustva, međutim, pokazuju da je za ovo potrebno još neko vrijeme.

II. Značaj haških konvencija

1. Esencijalni značaj

Kakav značaj, dakle, imaju Haške konvencije za međunarodnu pravnu saradnju u građanskim stvarima? Odgovor na ovo pitanje vrlo je kratak. Uspješne Haške konvencije su od *esencijalnog* značaja za međunarodnu saradnju. Međunarodna saradnja bez Haških konvencija postala je nezamisliva. Na koncu nema alternative za Haške konvencije. Za neupitan značaj ovih konvencija po pitanju prekogranične saradnje u građanskim stvarima, naročito govore četiri razloga, koje valja podrobnije izložiti.

2. Razlozi

a) Široka međunarodna prihvaćenost Haških konvencija

aa) Neophodnost međunarodnopravnih okvirnih uvjeta

Zbog dalekosežnog otvaranja granica, sredstava moderne komunikacije i poboljšanih mogućnosti putovanja i poslovanja, danas sebi malo koja zemlja smije dozvoliti izolaciju. Prekogranična saradnja je neophodna. Za to su potrebni pouzdani pravni okviri, koji ulijevaju povjerenje. Bez takvih okvira, saradnja je nepredvidiva, rizična i na posljetku skupa. Izrazito je zahtjevno, naime, kad svako primjenjuje svoje pravo (uključujući i međunarodno privatno pravo) i u pogledu pravnog stanja u inostranstvu mora istraživati važeće nacionalne propise neke države. Zbog limitirajućih resursa – bilo da se radi o parlamentima, ministarstvima ili službama i sudovima – međunarodna saradnja mora da se odvija brzo i neometano. Svugdje se traži efikasnost. Stoga svaka država treba biti zainteresovana za stvaranje zajedničkih okvirnih uslova s drugim državama.

Država ne može *sama za sebe* izrađivati okvirne regulacije koje nadmašuju njenu jurisdikciju. Kao što npr.

nosti, mjerodavnom pravu, priznanju, izvršavanju i saradnji u odnosu na roditeljsku odgovornost i o mjerama za zaštitu djece.

²⁴ Haška konvencija od 30. juna 2006. godine o sudskoj nadležnosti.

²⁵ Haška konvencija od 23. novembra 2007. godine o međunarodnom ostvarenju alimentacionih zahtjeva djece i drugih članova porodice.

²⁶ Haški protokol od 23. novembra 2007. godine o mjerodavnom pravu kod obaveza izdržavanja.

Azerbejdžan nacionalnim zakonom ne može regulisati kakva će pravila važiti u Njemačkoj u pogledu pravne saradnje s Azerbejdžanom, ni Njemačka ne može da reguliše kako će Azerbejdžan postupati u pravnoj saradnji po pitanju pružanja pravne pomoći Njemačkoj. *Jedinstvene* okvirne uslove za prekograničnu saradnju učesnici mogu stvarati samo *zajedničkim* naporima.

bb) Bilateralni sporazumi

Da bi se izbjegli naprijed izloženi problemi, rješenje bi se moglo tražiti u izradi *bilateralnih* sporazuma, dakle u međunarodnim ugovorima između, primjerice, Njemačke i Azerbejdžana po pitanju međunarodne pravne saradnje u građanskim stvarima, koje bi se mogle ticati dostavljanja sudskih i vanskudskih akata, te izvođenja dokaza u drugoj zemlji ugovornici. Tako su bilateralni međunarodni sporazumi u prošlosti bili izraz posebnih prijateljskih odnosa između dvije zemlje. Daljnji specifikum bilateralnih ugovora jeste da zemlje ugovornice u naročitoj mjeri mogu da uvažavaju posebnosti svojih pravnih poredaka, te u tom smislu ugovore mogu prilagoditi potrebama vlastitog pravnog poretka, bar u onoj mjeri u kojoj to dopušta druga pregovaračka strana.

Ovdje ujedno postaje vidljiv prvi nedostatak ovog načina postupanja. Upravo zato što se u ovom postupku mogu uvažiti sve posebne želje pregovaračkih strana, teško da će biti moguće sklapati doslovno identične bilateralne sporazume s više zemalja, što će stvari dodatno zakomplicirati. K tome je izrada bilateralnih međudržavnih sporazuma izrazito dugotrajan proces, i to ne samo za pregovaračke timove vlada zemalja koje žele da sklope takav ugovor. I za parlamente je bavljenje pojedinim bilateralnim međudržavnim sporazumima mukotrpan rad. Bilateralni sporazum uostalom nije garancija za to da je njegov sadržaj zaista dobro usklađen. To će ovisiti o pregovaračkoj spretnosti, ali i o pregovaračkoj moći obje ugovorne strane. Istovremena primjena više sporazuma različitog sadržaja (teksta) otežava primjenu prava; te samo u ograničenoj mjeri jamči pravnu sigurnost.

cc) Multilateralni sporazumi

Koju uštedu vremena ratifikacija Haških konvencija znači, moguće je najbolje izraziti u brojevima. Kada bi država A ratificirala sedam gore²⁷ pomenutih uspješnih Haških konvencija, tako da godišnje poduzme *jednu* ratifikaciju – što je, doduše, dosta ambiciozan rok – posao ratifikacije bi završila nakon sedam godina. Zanimljivo je, kakva bi bila situacija za državu B, kada bi ova željela zaključivati samo bilateralne međunarodne sporazume. Nameće se jedno centralno pitanje: Koliko bi bilateralnih sporazuma država B morala sklopiti, da bi bilateralno bila povezana s istim zemljama kao država A, i to za svaku temu pojedinačno, nakon njenih sedam ratifikacija? Od-

govor začuđuje. Država B bi morala sklopiti 436 bilateralnih međunarodnih sporazuma. Kada bi država B sklapala po jedan sporazum godišnje, trebalo bi joj 436 godina da dostigne stanje na kojem se nalazi država A sa svojih sedam ratifikacija u sedam godina. Čak i kad bi država B godišnje ratificirala deset bilateralnih sporazuma, još uvijek bi joj bilo potrebno 40 godina, kako bi postigla isti učinak kao onaj koji ima potpisivanje sedam haških konvencija, koje su u ovom primjeru uzete u obzir.

Multilateralnost koju Haška konferencija slijedi, ispravna je i sa stanovišta onih koji primjenjuju pravo. Sudija ili advokat koji brzo i efikasno radi, po mogućnosti želi primjenjivati uvijek istu međunarodnu regulaciju, umjesto primjene bezbroj paralelnih i različitih pravila iz bilateralnih međunarodnih sporazuma. Sudija ili advokat koji uvijek primjenjuje samo *jedan* međunarodni sporazum, najčešće je i bolje upoznat s dotičnom materijom u odnosu na kolegu, koji mora da radi s više pravnih instrumenata istovremeno. Ograničenje broja propisa na određenu preglednu mjeru ne samo da osigurava kvalitet primjene prava, pa tako i pravnu saradnju, već dovodi i do uštede vremena. I s tog aspekta se multilateralni sporazumi iskazuju povoljnim za one koji primjenjuju pravo i za građane koji potražuju ostvarenje svog prava. I s ovog aspekta multilateralni sporazumi imaju veliku prednost za one koji primjenjuju pravo.

Zaključivanje multilateralnih sporazuma u Njemačkoj se praktikuje već dugi niz godina. Naročito nakon raspada Sovjetskog Saveza, za Njemačku se postavilo pitanje, da li je potrebno zaključivanje bilateralnih sporazuma sa svim državama sljednicama. Zbog naprijed izloženih razloga Njemačka se nije odlučila za takav potez, već je namjesto toga propagirala uvezivanje ovih zemalja u okvire Haške konferencije i ratifikaciju Haških konvencija.²⁸

b) Velika rasprostranjenost i visoki kvalitet Haških konvencija

aa) Velika rasprostranjenost

Mreža uspješnih Haških konvencija na koncu je bez alternative. Druge konvencije i organizacije koje se bave međunarodnim privatnim pravom su, naime, manje uspješne, ukoliko pojam uspjeha shvatamo u širem smislu.²⁹ K tome je ovo pravno područje regulisano samo malim brojem konvencija *drugih* organizacija.³⁰ Da bi se izbjegle

²⁷⁾ Vidjeti gore pod I.

²⁸⁾ Granice nacionalnih zakonodavaca sada su utvrđene vanjskim kompetencijama Evropske unije na području sudske saradnje u građanskim stvarima (vidjeti čl. 3 II i čl. 216 TFEU).

²⁹⁾ Vidjeti gore pod I.

³⁰⁾ Npr. Konvencija o priznavanju i izvršavanju sudskih odluka o pravu starateljstva nad djetetom i o ponovnoj uspostavi odnosa starateljstva Savjeta Evrope od 20. maja 1980. ili Konvencija o priznavanju ličnih imena Međunarodne komisije o građanskopravnom statusu od 25. septembra 2003. godine (još nije stupila na snagu); o Konvenciji o

pojave međusobne konkurencije i dvostruke regulacije iste materije, međunarodne organizacije svoje programe u novije vrijeme i u sve većoj mjeri međusobno usklađuju. Stoga treba pozdraviti inicijativu UNIDROIT-a i Savjeta Evrope, po kojoj se trenutno ujednačavanje međunarodnog privatnog prava načelno prepušta Haškoj konferenciji.

Sa stanovišta Haške konferencije pravni instrumenti Evropske unije ne predstavljaju stvarnu konkurenciju, nego tek (dopunsko) *regionalno* jedinstveno pravo.³¹ Pravni instrumenti Evropske unije ne predstavljaju "stvarnu" konkurenciju naspram Haških konvencija i iz razloga nedostupnosti, odnosno neprimjenjivosti u slučaju kada je riječ o zemlji nečlanici EU. Da bi se raznolikost normi održala u granicama prihvatljivosti, Njemačka se u okviru svojih mogućnosti neprestano zalagala za dogovaranje i usklađivanje rada između Evropske unije s jedne i Haške konferencije s druge strane. Ovi napori su uz podršku drugih djelimično bili uspješni.³² Tako je Evropska unija naprimjer odustala od izrade vlastitih regulacija o mjerodavnom pravu u slučaju alimentacionih zahtjeva. Umjesto toga čl. 15 Alimentacione uredbe EU upućuje na propise Haškog protokola o ostvarenju alimentacionih zahtjeva.³³

bb) Visoki kvalitet

Ratifikacija multilateralnih sporazuma nije i ne smije biti svrha samoj sebi.³⁴ I Haške konvencije bi trebale biti ratifikovane samo ako su višestruko korisne i značajne. Široka rasprostranjenost Haških konvencija nije slučajnost. Ona prevashodno potječe od visokog kvaliteta ovih sporazuma. Stalni ured Haške konferencije brine se za to da se rad obavlja povjerljivo i na visokom stručnom nivou. U Den Haagu, kako se zna reći, radi se na suštinskim stvarima,³⁵ iako i politička dimenzija dobiva na značaju. Zasjedanja u Den Haagu, uostalom, pokazuju da članovi Haške konferencije uglavnom veoma cijene njene konvencije. Ukoliko već postoji uspješna Haška konvencija, države članice nemaju razloga ići stranputicama, tražeći alternative izvan tog postojećeg djela Haške konferencije. Već iz razloga svrsishodnosti je malo vjerovatno da će članice Haške konferencije sa zemljama nečlanicama

izrađivati nove međunarodne ugovore, ako Haška konferencija u datoj oblasti već nudi uspješan sporazum za ratifikaciju. U tim slučajevima, zemlja članica će nečlanicu pokušati uvjeriti u prednosti Haške konvencije, potičući je na članstvo u ovoj organizaciji.

Široka rasprostranjenost Haških konvencija potječe iz činjenice da su kod ovih sporazuma intervencije u nacionalne pravne sisteme ograničene.³⁶ Razlog tome jeste, ali ne isključivo, i sama materija koja je predmet regulacije.³⁷ Stvoreno je jedinstveno pravo za privatnopravne odnose s elementom inostranosti; nacionalni pravni sistemi u velikoj mjeri ostaju netaknuti,³⁸ što je u interesu država članica. Ovo tim prije, jer se ne nalaže otkazivanje regionalnih sporazuma, kada zemlja želi da ratifikuje jednu Hašku konvenciju. Prema kolizionim pravilima Haških konvencija, regionalni pravni instrumenti, naime, načelno imaju prednost nad Haškim konvencijama.³⁹

U prošlosti se pokazalo, da se sporazumi Haške konferencije ne revidiraju svakih par godina. Oni, dakle, ne odgovaraju samo duhu određenog vremena, nego su koncipirani za dugoročni period. Iz tog razloga su ovi sporazumi tehnološki neutralni, što znači da ne moraju biti izmijenjeni nakon svake tehnološke inovacije (npr. uvođenje telefaksa ili e-maila). Ovo pošteđuje zemlje članice od ratifikacije noveliranih tekstova sporazuma. I ova svestremenost značajna je karakteristika, koja govori o kvalitetu Haških konvencija.

c) Široki spektar zadataka Haške konferencije

Haška konferencija se u prošlosti bavila isključivo izradom novih sporazuma. To vrijeme je, međutim, prošlo. S obzirom na već postojeću mrežu sporazuma, Haška konferencija u novije vrijeme *novim* projektima pristupa u vrlo ograničenom obimu.⁴⁰ Haška konferencija i dalje nije besposlena, iz razloga što je vremenom došlo do znatnog proširenja njenog prvobitnog spektra zadataka. Sve važnija postaju zasjedanja država članica o postojećim konvencijama, na kojima se razmjenjuju iskustva, analiziraju problemi (koje naposljetku ni kod uspješnih konvencija nije moguće izbjeći u potpunosti), te se iznalaze načini rješavanja istih, bez promjene ugovornog teksta, gdje je to moguće.⁴¹ Ova zasjedanja su potrebna i iz razloga što za Haške konvencije – za razliku od prava Evropske unije i njenog Suda Evropske unije – još uvijek nema jedinstvene sudske instance koja bi tumačila pravila konvencija.⁴² Nije dovoljna, međutim, sama ratifikacija

priznavanju ličnih imena više u MünchKomm-Birk, Bd. 10 (Internationales Privatrecht), čl. 10 EGBGB Rn. 168.

³¹⁾ U tom smislu Hess, Europäisches Zivilprozessrecht, 2010, § 5 Rn. 39. O prednosti pravnih instrumenata EU naspram Haških konvencija na osnovu pravila o konkurirajućoj nadležnosti iz Haške konvencije, vidjeti dolje pod II 2 b bb. O nadležnosti Evropske unije na području sudske saradnje u građanskim stvarima vidjeti dolje pod II 2 d.

³²⁾ Za ova pitanja odlučivanja vidjeti i Dutta, EuZW 2010, 530, 532 und Hess (Fn. 31), § 7 Rn. 13. O tehničkim mogućnostima Wagner, RabelsZ 73 (2009) 215, 228 i dalje.

³³⁾ Tačan naziv vidjeti gore fn. 26.

³⁴⁾ Schack, RabelsZ 57 (1993) 224, 225.

³⁵⁾ Vidjeti i Bischoff, ZEuP 2008, 334, 341.

³⁶⁾ Vidjeti i Schack, RabelsZ 57 (1993) 224, 258.

³⁷⁾ O ovome vidjeti i gore pod I (pravnotehnička materija).

³⁸⁾ Schack, RabelsZ 57 (1993) 224, 256.

³⁹⁾ Npr. čl. 26 VI Haške konvencije o nadležnosti sudova od 30. juna 2006.

⁴⁰⁾ Schack, RabelsZ 57 (1993) 224, 259.

⁴¹⁾ O tome također Pirrung (Fn. 12), S. 785, 791.

⁴²⁾ O tome Pirrung (Fn. 12), S. 785, 791 i Wagner, RabelsZ 73 (2009) 215, 238 i dalje.

konvencija od strane članica Haške konferencije. Te konvencije moraju i *funkcionisati*. Stoga je neophodna njihova inkorporacija u nacionalno pravo svake države.⁴³

Ovi uporedni legislativni poslovi vremenski se trebaju izvršiti tako da same konvencije funkcionišu od prvog dana njihovog stupanja na snagu. U protivnom ove konvencije stoje samo na papiru, te su od male ili ni od kakve koristi.

Mnoge konvencije Haške konferencije su za one koji su učestvovali u njihovim pregovorima relativno lako provedive u nacionalnom pravu. Jer u tom slučaju su historija i smisao svake pojedine norme konvencije poznati. K tome se već pri izradi konvencije razmišljalo o njenoj provodivosti u nacionalnom pravu, te se uz aktivno učešće članica pojedini problemi provodivosti već unaprijed mogu izbjeći. Potpuno je drugačija situacija za onog ko *nije* učestvovao u izradi konvencije i pregovorima vezanim za nju. Iako postoje informativni izvještaji o pojedinim konvencijama, te su prilozi i materijali s pregovora skupljeni u obimne zbirke,⁴⁴ što doprinosi pojašnjenju pojedinih propisa, nova članica pri provođenju konvencije u nacionalno pravo može biti suočena s nizom poteškoća.

Neke konvencije se, pored toga, teško daju integrisati u nacionalno pravo, iako je riječ o članicama, koje su učestvovala u izradi konvencije i pregovorima. Dobar primjer za takav slučaj je Haška konvencija o međunarodnom usvojenju djece,⁴⁵ koja se u metodološkom pogledu dosta razlikuje od drugih konvencija.⁴⁶ Da bi članicama u takvim situacijama pružila pomoć, Haška konferencija osnovala je *Međunarodni centar za pravne studije i tehničku saradnju* (u daljnjem tekstu: Haški studijski centar).

Haški studijski centar ne pruža samo pomoć pri ratifikaciji konvencija i prilagodbi nacionalnog prava, već vrši i obuku pravnih praktičara. K tome ovaj centar članicama stoji na raspolaganju i u onim situacijama, kada su radovi vezani za ratifikaciju završeni, ali se naknadno jave problemi glede primjene konvencije.

Od velike pomoći za države članice je i pristupačna web stranica Haške konferencije, koja se stalno ažurira.⁴⁷ Na ovoj stranici moguće je naći opće informacije o Haškoj konferenciji i tekstove konvencija, ali i druge značajne tekstove kao što su npr. važne odluke nacionalnih sudova vezanih za tumačenje Konvencije o međunarodnoj otmici djece (baza podataka o međunarodnoj otmici djece – IN-

CADAT⁴⁸). Parlamenti i vlade država članica, kod upita građana, više ne moraju sami da pružaju informacije o tekstovima, odnosno propisima pojedinih konvencija, već sada građane mogu da upute na web stranicu Haške konferencije. Na taj način se zemlje članice i ugovornice Haške konferencije u određenom obimu rasterećuju obaveze pružanja informacija.

d) Haška konferencija – jedna moderna organizacija

Haška konferencija ide u korak s vremenom. To ne proizlazi samo iz postepenog proširenja spektra zadataka ove organizacije i njenog postavljanja pomenute web stranice. Nego i iz generalnog razvoja Haške konferencije. Nakon što je Evropska unija od 1. maja 1999. godine⁴⁹ stekla zakonodavnu kompetenciju na području sudske saradnje u građanskim stvarima,⁵⁰ tj. u onim oblastima u kojima djeluje i Haška konferencija, u ovoj organizaciji je odmah došlo do dalekosežnih promjena. Te promjene se oslikavaju i na prerađeni Statut.⁵¹ Tako Haškoj konferenciji pored država odnedavno mogu da pristupe i "organizacije ili regionalne privredne organizacije"⁵²; tu pruženu priliku Evropska unija je iskoristila.⁵³ Novoizrađene konvencije, uostalom, sadrže klauzule, koje dozvoljavaju pristup ovih organizacija konvenciji.⁵⁴

Haška konferencija je dugo vremena bila pod velikim utjecajem Zapadne Evrope. Ovo se promijenilo marketinškom ofanzivom Haške konferencije⁵⁵ (kao odgovor na već pomenutu novu ovlast Evropske unije na području sudske saradnje u građanskim stvarima), što je rezultiralo pristupanjem novih, naročito neevropskih država članstvu Konferencije. Haška konferencija više ne može kao nekad, da se bavi samo kontinentalnoevropskim pitanjima,⁵⁶ već mora da se sučeljava s temama od univerzalnog značaja.⁵⁷ Haška konferencija je tako za mnoge zemlje postala atraktivnija. Pošto je ujednačavanje prava na globalnom planu

⁴³) Wagner, *RabelsZ* 73 (2009) 215, 226.

⁴⁴) O zasjedanjima izvještavaju *Actes et Documents*, u kojima su skupljeni tekstovi konvencija, najvažniji pripremni dokumenti, izvještaji i prilozi s diskusija, kao i informativni izvještaji. Haška konferencija pored toga izdaje priručnike o pojedinim konvencijama.

⁴⁵) Tačan izraz gore fn. 21.

⁴⁶) Z. B. Mansel, *RabelsZ* 70 (2006) 651, 713.

⁴⁷) Adresa gore fn. 1.

⁴⁸) Moguće učitati putem web stranice Haške konferencije <http://www.incadat.com>.

⁴⁹) O počecima *Struycken*, *ZEUP* 2004, 276.

⁵⁰) Pravni osnov u pozitivnom pravu je čl. 81 TFEU, koji je proizišao iz čl. 61 lit. c. u vezi s čl. 65 ex-EC.

⁵¹) Izvor vidjeti gore pod fn. 2.

⁵²) Prema čl. 2 IX Statuta Haške konferencije, riječ je o „međunarodnim organizacijama koje su isključivo formirane od strane suverenih država, a na koje su njihove članice prenijele nadležnost o pojedinim pitanjima, uključujući i nadležnost donošenja odluka o tim pitanjima, koje su za njihove članice pravno obavezujuće.”

⁵³) O pojedinostima Wagner, *IPRax* 2007, 375. Opširnije i u *Bischoff*, *ZEUP* 2008, 334.

⁵⁴) Vidjeti *Paulino Pereira*, *Rev. crit. dr. i. p.* 99 (2010) 1, 26 i dalje.

⁵⁵) O ovome Wagner, *RabelsZ* 73 (2009) 215, 222 i dalje.

⁵⁶) Vidjeti *Van Loon*, u: Kieninger (Hrsg.), *Denationalisierung des Privatrechts, Symposium anlässlich des 70. Geburtstags von Karl Kreuzer*, 2005, S. 33, 35 i dalje.

⁵⁷) *Kropholler* (Fn. 1), § 9 I. O dotičnom planu Haške konferencije vidjeti i *Mansel/Thorn/Wagner*, *IPRax* 2010, 1, 26.

daleko teži zadatak od ujednačavanja prava u manjim okvirima,⁵⁸ otvaranje Haške konferencije svim zemljama svijeta ujedno predstavlja veliki izazov. Ovo naročito dolazi do izražaja kod potrage za novim projektima.⁵⁹

Haška konferencija je i generalno poradila na svom imidžu, čime je za neke države postala još atraktivnija. Kako ne bi došlo do dominacije Haške konferencije od strane sve većeg broja zemalja članica EU, pri izradi novih pravnih instrumenata više se ne *glasa* o pojedinim prijedlozima, već se *konsenzualno* traži rješenje, koje bi bilo prihvatljivo za sve.⁶⁰ O pojedinim prijedlozima se samo još iznimno odlučuje putem glasanja. Ovo procesno pravilo jača poziciju *pojedinih* zemalja u postupku odlučivanja u Den Haagu, te povećava šanse ratifikacije novih pravnih instrumenata.

III. Sažetak i daljnji izgledi

Ko se bavi međunarodnim privatnim ili privatnim procesnim pravom ne može zaobići konvencije Haške konferencije za međunarodno privatno pravo. Primjena uspješnih Haških konvencija danas se u mnogim zemljama podrazumijeva. Te Haške konvencije su se – dijelom kroz nekoliko decenija – pokazale vrlo efikasnim u pravnoj praksi. One stoga čine solidan i mnogostruko ispitan osnov međunarodne saradnje u građanskim stvarima. Ne samo zbog uspjeha ovih konvencija, nego i iz ekonomskih razloga (efikasno korištenje resursa) bi se ovaj osnov međunarodne saradnje trebao proširivati putem većeg broja članstava i ratifikacija. Članstvo u Haškoj konferenciji na koncu koristi kako parlamentima, tako i vladama i pravnim praktičarima, što naposljetku znači i građanima, koji putem stalno ažurirane web stranice imaju direktan pristup radu ove organizacije.

Ovo ne znači, da bi Haška konferencija trebala samo da brine o novim članovima i daljnjim ratifikacijama, a ni o čemu drugom. Ona, štaviše, mora ulagati stalne napore u osiguranje funkcionalnosti svoje mreže, te da istu, tamo gdje je to potrebno, popravi. Ovo nije moguće bez pružanja podrške pojedinim zemljama članicama. Izradu novih konvencija ne bi trebalo potpuno zanemariti, ali se taj zadatak također ne bi trebao slijediti po svaku cijenu. Pored svega rečenog, jedno od centralnih pitanja u radu Haške konferencije neminovno je i pitanje financiranja. Rastući troškovi, koji nisu izazvani samo rastućim brojem država članica i ugovornica, nego i proširenim spektrom zadataka, više se ne mogu pokriti samo članarinama novih država članica.

Dr. Rolf Wagner

Die Bedeutung der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht für die internationale Zusammenarbeit in Zivilsachen

(Zusammenfassung)

Bei dem vorliegenden Beitrag handelt es sich um die Übersetzung des Aufsatzes "Die Bedeutung der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht für die internationale Zusammenarbeit in Zivilsachen", der in deutscher Sprache in der Dezemberausgabe 2011 der Zeitschrift "Juristische Ausbildung" (JURA 2011, 891-896) erschienen ist. Deutschsprachige Leser werden deshalb auf die deutsche Fassung in der genannten Zeitschrift verweisen. Verlag und Redaktion der NPR bedanken sich beim Autor und beim Verlag De Gruyter für die freundliche Genehmigung diesen Beitrag hier in Übersetzung veröffentlichen zu dürfen.

⁵⁸) Vidjeti i Pirrung (fn. 12), S. 785, 795 (Postupak na globalnom nivou realno moguć, ali uz mnogo veću suzdržanost).

⁵⁹) Vidjeti Mansel/Thorn/Wagner, IPRax 2010, 1, 26 i IPRax 2011, 1, 29 i dalje.

⁶⁰) Vidjeti Wagner, RabelsZ 73 (2009) 215, 224 i dalje.

Aktuelnosti iz bh. zakonodavstva i pravne prakse

Dileme oko notarskog testamenta – povodom Rješenja Općinskog suda u Sarajevu 650 O 13136110 O od 31. 10. 2011.

Prof. dr. Meliha Povlakić*

Zakon o nasljeđivanju Republike Srpske¹ predvidio je posebnu formu testamenta – notarski testament (član 69). Ovaj testament sačinjava notar po pravilima koja važe za sudski testament. Rješenje nije neproblematično, jer se odredbe o notarskoj obradi Zakona o notarima Republike Srpske i odredbe Zakona o nasljeđivanju u sastavljanju sudskog testamenta donekle razlikuju, što može izazvati probleme u praksi.

Nacrt Zakona o nasljeđivanju Federacije BiH od 2010. predviđa notarski testament tj. mogućnost sastavljanja notarskog testamenta po pravilima notarske obrade (član 70. Nacrta ZN). Međutim, ovaj zakon se nalazi tek na samom startu zakonodavne procedure (Nacrt još nije usvojen), a do njegovog donošenja proteći će još izvjesno vrijeme. U međuvremenu su se u praksi već pojavili problemi vezani za učešće notara u sastavljanju testamenta.

U jednom konkretnom sudskom postupku pred Općinskim sudom u Sarajevu postavilo se pitanje da li je alografski testament koji je sačinio notar po pravilima Zakona o nasljeđivanju i na kraju ga potpisao nevaljan zbog nedostatka forme?² U nizu drugih ostavinskih postupaka punovažnost ovakvih testamenata nije bila dovedena u pitanje.

Ovdje će biti tretirano i slijedeće pitanje – da li je nužno ništav notarski obrađen testament?

Odgovor na oba pitanje je negativan. U komentatorskoj literaturi izrečen je stav u pogledu važnosti notarskih testamenata koji je u praksi pogrešno protumačen, pa bi ga ovdje trebalo pojasniti.³

Alografski testament sastavljen od notara

Kako Zakon o nasljeđivanju (ZN) koji u osnovi potiče iz 1973. godine nije mijenjan nakon donošenja Zakona o notarima, u pravu BiH ne postoji notarski testament, kao forma javnog testamenta koja bi bila analogna npr. sudskom testamentu. Zakon o nasljeđivanju poznaje mogućnost sačinjavanja javnog testamenta pred sudom, odnosno diplomatsko-konzularnim predstavništvom BiH u inostranstvu, a pod određenim uvjetima ga može sačiniti vojni zapovjednik ili zapovjednik broda. Učešće notara je moguće samo kod tzv. alografskog testamenta tj. testamenta pred svjedocima (član 67. ZN). Takav testament sačinjava notar po kazivanju zavještaoca. Obavezno je sudjelovanje dva svjedoka. Oni, međutim, nisu svjedoci sadržaja testamenta i njima sadržaj testamenta ne mora biti poznat. Oni samo svjedoče da je zavještaocu testament pročitao i da ga je on priznao kao svoj.

U pogledu zahtjeva koje svjedoci ovog testamenta treba da ispune treba se držati odredaba Zakona o nasljeđivanju, a ne Zakona o notarima, jer se radi o testamentu koji ne sačinjava notar u svojoj posebnoj službenoj funkciji, već o testamentu koji po kazivanju nekog drugog može da sačini bilo koje lice. Alografski testament ostaje privatni testament. Njega notar ne sačinjava u formi notarski obrađene isprave, već na isti način na koji to npr. radi advokat.

Forma notarski obrađene isprave bi tražila da svjedoci budu prisutni notarskoj obradi ove izjave volje, da budu upoznati sa sadržajem, kao i da notar pouči stranku o pravnim posljedicama, te da na kraju stavi svoj službeni pečat i potpiše ispravu uz naznaku da je tako postupio. To nije postupak sačinjavanja alografskog testamenta kojeg prema ZN neko drugi sastavlja po kazivanju ostavioca, a ostavilac svojeručno to pismeno potpisuje u prisustvu dva svjedoka izjavljujući da se radi o njegovom testamentu. Svjedoci upravo te činjenice i potvrđuju. Lice koje je sastavilo testament na njemu se uopće ne potpisuje, odnosno njegov potpis uopće nije bitan.

S druge strane, ako bi bio notarski obrađena isprava, takav testament bi bio javna isprava, a prema ZN bi imao karakter privatnog testamenta! Sve dok se ne izmijeni Zakon o nasljeđivanju notar uopće neće biti u prilici da sačini notarsku obradu testamenta. Shodno tome on neće biti ni u posjedu izvornika, pa prema tome ni u situaciji da izda otpравke i prijepise. Alografski testament kao privatni testament u čijem sačinjavanju je učestvovao notar predaje se ostaviocu, osim ako mu ga ostavilac preda na čuvanje. Ovaj testament, kao i testament sačinjen na

* Autorica je vanredna profesorica na Pravnom fakultetu Univerziteta u Sarajevu.

¹⁾ Službeni glasnik Republike Srpske 1/09.

²⁾ U ostavinskom postupku koji je u toku osporena je valjanost testamenta koji je sačinio notar zbog nedostatka forme. Ostavinski sud je prekinuo postupak i uputio rješenjem testamentarnog nasljednika na parnicu (vidjeti Rješenje Općinskog suda u Sarajevu 650 O 13136110 O od 31. oktobra 2011.)

³⁾ Povlakić, M., u: Povlakić, M., Schallast, Ch., Softić, V., *Komentar zakona o notarima u BiH* (Sarajevo GTZ 2009), 254, Nr. 4.

drugi način, može ostavilac sam čuvati, a može se predati sudu na čuvanje.

Ovdje je nužno voditi računa o prirodi djelatnosti notara kod sačinjavanja privatnog alografskog testamenta pred svjedocima. Činjenica da u sastavljanju ovog testamenta učestvuje notar kao nosilac javne službe ne mijenja ništa na činjenici da se radi o privatnom testamentu. Ipak, ovaj će testament nužno izgledati drugačije kada ga je jedno lice dalo sačiniti od strane nekog trećeg privatnog lica, drugačije kada ga je sačinio advokat, a drugačije kada ga je sačinio notar. Advokati ove testamente najčešće sačinjavaju na papiru sa svojim memorandum, a kao znak svoga učešća stavljaju svoj potpis pa i pečat. Time ne utiču na valjanost testamenta pred svjedocima, ukoliko on ima sve zakonom propisane elemente. U praksi ovo nikada nije bilo osporeno.

Identično mora biti i kod alografskog testamenta kojeg je po kazivanju ostavioca uz prisustvo dva svjedoka sastavio notar. Notar svoje akte mora obilježiti u skladu s Pravilnikom o radu notara, taj broj mora biti unesen u Imenik raspolaganja za slučaj smrti (čl. 48. st. 2. Pravilnika). Notar naplaćuje tarifu predviđenu Tarifom za sačinjavanje testamenta, čime je nužno da akt ima vidljive oznake njegovog djelovanja. Potpis pa i pečat notara ne čine sami po sebi testament ništavim. Testament bi eventualno bio ništav samo ako bi notar izvršio notarsku obradu, ali ne i ako je u svemu postupio u skladu s odredbom člana 67. Zakona o nasljeđivanju, pri čemu je na testament stavio i dodatno svoje službene oznake, pečat i potpis.

Notarski obrađen testament

Zakon ne predviđa obavezno sačinjavanje testamenta u formi notarski obrađene isprave, ali ovdje ne bi čak došao u obzir ni izbor stranke da se takav pravni posao sačini u ovoj formi.

Smatram da i testament koji je notar notarski obradio ne bi automatski trebao biti ništav. Ukoliko bi takav testament sadržavao sve elemente propisane Zakonom o nasljeđivanju imao bi sve što zakon traži i nešto preko toga. Taj „višak“ po svojoj prirodi nije takav da može negativno uticati na valjanost elemenata alografskog testamenta. U principu on bi čak doprinio njegovoj valjanosti, a sve što bi notar učinio u postupku notarske obrade samo doprinosi sigurnosti ovog pravnog posla, ali je irelevantno.

Ovdje bi bez sumnje mogla biti primijenjena odredba člana 106. ZOO koja reguliše konverziju ništavih ugovora i njihovo pretvaranje u drugi ugovor. Ako jedan ugovor ispunjava uslove valjanosti nekog drugog ugovora, onda će među ugovaračima važiti taj drugi ugovor, ako bi to bilo u saglasnosti s ciljem koji su ugovarači imali u vidu kad su ugovor zaključili i ako se može uzeti da bi oni zaključili taj ugovor da su znali za ništavost svog ugovora. Ova zakonska odredba reguliše situaciju ugovora, ali se prema članu 25. st. 3. ZOO odredbe koje važe za ugovore

shodno primjenjuju i na druge pravne poslove, pa prema tome i na testament. Ostavilac koji sačinjava testament izjavljuje svoju posljednju volju s ciljem da zaostavštinu ostavi testamentarnim nasljednicima i odstupi od zakonskog nasljednog reda. Moguće je za sve slučajeve testament predvidjeti, da bi ostavilac učinio sve da taj testament bude valjan, i da zna da nisu ispunjeni svi zahtjevi forme, sigurno bi poduzeo mjere da se eventualne greške uklone, odnosno da bi održanje testamenta u formi nekog drugog testamenta odgovaralo njegovim ciljevima. Time su ispunjene relevantne činjenice za primjenu odredbe člana 106. ZOO na konverziju notarski obrađenog testamenta u alografski testament.

Ostavilac je sačinio notarski obrađen testament, koji nije predviđen našim zakonodavstvom, ali ako taj testament ima sve elemente potrebne za valjanost alografskog testamenta treba ostati na snazi, jer samo tako je moguće zaštititi ostaviočevu posljednju volju. U namjeri da bude potpuno siguran da će njegova volja biti pravilno zapisana, da će izjave biti u skladu sa zakonom, ostavilac je potražio notara. Notar ga je trebao upozoriti kakav testament može napraviti (samo alografski). Međutim, drugačije postupanje notara ne bi trebalo dovesti do ništavosti cijelog testamenta, već samo do toga da se notarski obrađen testament neće tretirati kao takav i kao forma javnog testamenta, već će konvertirati u privatni, alografski, ako su ispunjeni svi zahtjevi za njegovu valjanost.

U nekim drugim situacijama ZN, u želji da sačuva ostaviočevu posljednju volju, odstupa od nekih pravila koja važe za poslove *inter vivos*. Tako nedozvoljen i u pravilu nemoguć uvjet izaziva ništavost pravnog posla *inter vivos*, a kod testamenta se fingira da takav uvjet nije ni dodat pravnom poslu, te testament ostaje na snazi (član 86. st. 3. ZN). To isto treba da bude osnovna intencija u slučajevima da jedan testament ima više zahtijevanih elemenata u pogledu propisane forme.

Zaključak

Zakon o notarima Federacije BiH donesen je 2002. godine; u posljednjih devet godina bilo je više nego dovoljno vremena da se Zakon o nasljeđivanju uskladi sa Zakonom o notarima. Od 2007. godine je Zakon o notarima u primjeni. Najkasnije od tog momenta su aktualizirana pitanja nesaglasnosti ovog zakona s nekim ranije donesenim zakonima, što nije učinjeno. Problemi su nastali u vezi s formom ugovora o doživotnom izdržavanju, a sada i s testamentima sačinjenim pred notarom. U principu, pravila tumačenja zakona bi dopustila da se razriješi i ovaj sukob zakona; ima dovoljno elemenata da se u oba slučaja (alografski testament sačinjen od notara, notarski obrađen testament) pledira za valjanost notarskog testamenta. U svakom slučaju bi zakonodavna intervencija kojom se izričito predviđa notarski testament kao forma javnog testamenta zauvijek otklonila ovu dilemu.

Prof. dr. Meliha Povlakić

Dilemmata hinsichtlich des notariellen Testaments – anlässlich des Gerichtsbeschlusses des Amtsgerichts Sarajevo Nr. 650 O 13136110 O vom 31.10.2011

(Zusammenfassung)

Zur Zeit der Verabschiedung der Notargesetze in beiden Entitäten Bosnien und Herzegowinas (Föderation BuH und Republika Srpska), galt noch das Erbgesetz aus dem Jahr 1973, dem die Institution des Notariats vollkommen fremd war. In der Föderation BuH üben Notare seit 2007 ihr Amt aus, jedoch kam es bislang zu keiner Anpassung des Erbgesetzes an die notarrechtlichen Vorschriften. In der Föderation existiert das Notar testament als besondere Form des öffentlichen Testaments immer noch nicht. In der Republik Srpska ist die Lage etwas anders –

Notare bestehen seit 2008 und seit 2009 gibt ein neues Erbgesetz, welches das Notartestament ausdrücklich vorgesehen hat.

Hinsichtlich der gegenwärtigen Gesetzeslage ist es in der Föderation BuH in der Praxis umstritten, welche Rolle die Notare bei einer Verfügung von Todes wegen einnehmen können. In der Regel wird akzeptiert, dass der Notar lediglich ein Privattestament vor zwei Zeugen aufnehmen kann. Dabei ist es wichtig, dass dieses sog. alographische Testament alle im Erbgesetz vorgeschriebenen Voraussetzungen erfüllt.

In einem aktuellen Nachlassverfahren wurde die Gültigkeit eines auf diese Weise erstellten Testaments in Frage gestellt, und das Gericht war gezwungen, die Parteien mit seinem Beschluss anzuweisen, ein Streitverfahren einzuleiten. Dieser kurze Beitrag befasst sich mit diesem konkreten Fall und mit möglichen Entscheidungen, und bringt Argumente, die für das Aufrechterhalten dieses Testaments sprechen.

Aktuelnosti iz evropskog prava

Prijedlog Uredbe Evropskog parlamenta i Savjeta o Zajedničkom evropskom pravu prodaje KOM(2011) 635 final od 11. 10. 2011.

Prof. dr. Meliha Povlakić

Uvod

Komisija Evropske unije prezentirala je 11. oktobra 2011. godine Prijedlog Uredbe o Zajedničkom evropskom pravu prodaje¹ (KOM[2011]635 final) – u daljem tekstu i ZEPP. U najkraćem Uredbom je predviđeno stvaranje opcionalnog instrumenta za prekogranične kupoprodajne ugovore između preduzeća i potrošača koji za predmet imaju stvari ili digitalne sadržaje i s njima povezane usluge.

Prijedlogu Komisije od 11. oktobra 2001. godine prethodio je jedan intenzivan proces započet u martu 2010. kada je od strane Komisije formirana Ekspertna grupa sa zadatkom da pripremi nacrt opcionog instrumenta. Zelena knjiga "Opcije za uvođenje evropskog ugovornog prava za potrošače i preduzeće" objavljena u julu 2010. u

kojoj je Komisija predložila više opcija za koherentnije uređenje ugovornog prava. Nakon objavljivanja Zelene knjige Komisija je do 31. januara 2011. provela javnu diskusiju u sklopu koje je dostavljeno 320 mišljenja. Ekspertna grupa koju je odredila Komisija prezentirala je 3. maja 2011. studiju izvodljivosti o budućem evropskom ugovornom pravu. O ovoj studiji su provedene konsultacije sa zainteresiranim subjektima i građanima i dostavljeno je 120 mišljenja. Evropski parlament se 8. juna 2011. na plenarnoj sjednici pozitivno izjasnio o inicijativi za uvođenje fakultativnog evropskog ugovornog prava.²

Ukupne prethodne aktivnosti od formiranja ekspertne grupe do usvajanja Prijedloga trajale su nepune dvije godine. Ne može se oteti utisku da je priprema Prijedloga izvršena u žurbi. Naravno, moguće je ovako zgusnutu aktivnost opravdati i prethodnom dugom evolucijom evropskog ugovornog prava koja je u zadnjih dvadeset godina provođena različitim intenzitetom i u kojoj je stanovište i opredijeljenost Komisije imalo značajne oscilacije. Ipak je u posljednjih dvadeset godina od Saopćenja Evropske komisije o evropskom ugovornom pravu iz 2001. godine preko Akcionog plana za koherentnije evropsko ugovorno pravo iz 2003. godine, komunikacije Evropsko ugovorno pravo u svjetlu revizije *acquisa*: put naprijed iz 2004, Nacrta smjernice o pravima potrošača iz 2008, od koga se Komisija distancirala, pa do završetka

¹) Gemeinsames europäisches Kaufrecht (njem.).

²) MEMO/11/236.

Draft Common Frame of Reference (DCFR) 2009, s kojim se desilo isto, uz paralelni rad različitih ekspertnih grupa, a prije svega Landove komisije, Study Group on European Civil Code i docnije Acquis grupe, stvorena klima u kojoj je jasno da Komisija mora poduzeti slijedeći konkretan korak u pravcu stvaranja koherentnijeg ugovornog prava. S druge strane, nastao je enorman korpus nagomilanog znanja o evropskom ugovornom pravu koji je olakšao radove na izradi opcionog instrumenta. Prije svega je DCFR kao Toolbox u ovom slučaju za evropskog zakonodavca, sigurno omogućavao izradu Uredbe o ZEPP u relativnom kratkom vremenu. Ukratko, kratki rok pripremnih radnji ne mora značiti nužno loš kvalitet finalnog proizvoda.

Međutim, ono što se mora konstatovati je da provedene aktivnosti, principijelno opredjeljenje za opcionalni instrument kao i njegov ograničeni obim, što je bilo jasno najkasnije u momentu u kojem je ekspertna grupa formirana od strane Komisije prezentirala prvi privremeni nacrt³, te pravno-tehnička rješenja nisu naišli na bezrezervnu podršku. Naprotiv, opcionom instrumentu bilo je upućeno mnogo kritičkih zamjerki, pri čemu se ne čini da je Komisija kritičke primjedbe uvažila u Prijedlogu Uredbe o ZEPP.

Nadležnost

Jedno od prvih pitanja koje se otvara jeste da li postoji osnov nadležnosti na koji se Komisija poziva. U obrazloženju Prijedloga Uredbe je istaknuto da je pravna osnova ovog prijedloga član 114. Ugovora o funkcioniranju Evropske unije (dalje UFEU). Član 114. UFEU sadrži u stavu 1. tzv. "nadležnost unutarnjeg tržišta" (*Binnenmarktkompetenz*) prema kojoj Evropski parlament i Savjet donose mjere za ujednačavanje pravnih i administrativnih propisa koje imaju za predmet uspostavljanje i funkcioniranje zajedničkog tržišta. Prema stavu 3. istog člana je osiguranje visokog nivoa zaštite potrošača određeno kao cilj zakonodavca. Pitanja koja se neminovno postavljaju su prvo, da li je u skladu s načelom supsidijarnosti da organi Unije trebaju djelovati ili je u ovom domenu ciljeve moguće postići mjerama na nacionalnom nivou i drugo, da li predložena mjera odista osigurava veći nivo zaštite potrošača od onog koji je postignut dosadašnjom implementacijom direktiva u nacionalne pravne poretke.

Svoju kompetenciju u obrazloženju Komisija zasniva na tome da ova mjera treba da učvrsti unutarnje tržište i da ga učini funkcionirajućim tako što će se otkloniti "prepreke za vršenje osnovnih sloboda koje proizlaze iz različitih propisa pojedinih zemalja, naročito dodatni transakcijski troškovi i komplicirana pravna situacija za

preduzeća kod prekograničnog poslovanja kao i nedostatak povjerenja potrošača da će moći vršiti svoja prava pri kupovinama u inostranstvu."

Prema nekim autorima, budući da se Uredba odnosi na prekogranične ugovore, sasvim je očigledno da navedene ciljeve iz člana 114. nije moguće postići mjerama na nacionalnom nivou.⁴ Treba još dodati da ni Uredba Rim I ovdje ne pomaže, jer je njome samo ujednačeno koliziono pravo u materiji ugovornih odnosa, a kako se često ističe i jedinstvena kolizijska norma ukazuje ipak na različita nacionalna prava.

Međutim, ima razmišljanja da član 114. UFEU nije ispravno izabran kao pravni osnov za ovu mjeru, i da bi to trebao biti član 352. UFEU.⁵ Naime, prema članu 114. UFEU se poduzimaju mjere za ujednačavanje nacionalnih prava. Priroda opcionog instrumenta je međutim takva da on uopće ne utiče na ujednačavanje nacionalnih prava – ona ostaju potpuno nedirnuta, a opcioni instrument postoji kao 28. pravno uređenje. Moguće je ovdje povući paralelu s Odlukom Evropskog suda (sada: Suda Evropske unije) C-436/03 od 2. 5. 2006. u odnosu na Evropsko interesno udruženje (*Societas Cooperativa Europaea*) prema kojoj je pozivanje na tadašnji član 95 Ugovora o Evropskoj zajednici, dalje UEZ, (a sada 114. UFEU) nedopušteno. U navedenoj sudskoj odluci, kao osnov donošenja Uredbe o Statutu ESC je utvrđen tadašnji član 308. UEZ (a sada 352. UFEU).⁶ Situacije su uporedive: i Evropsko interesno udruženje i Evropsko pravo kupovine su opcioni instrumenti. Ovo razmišljanje naravno ima presudan uticaj na postupak donošenja ove uredbe – član 114. UFEU zahtijeva natpolovičnu većinu, a član 352. UFEU jednoglasnost prilikom donošenja odluke.

Ima mišljenja da Komisija nije pružila dovoljno dokaza da nepostojanje zajedničkog evropskog ugovornog prava odista u znatnoj mjeri ometa prekograničnu trgovinu.⁷

Opredjeljenje za opcionalni instrument

Osnovna karakteristika Evropskog zajedničkog prava kupovine jeste da je on opcioni instrument koji se primjenjuje samo ako ga stranke izričito izaberu (opt-in instru-

⁴) Graf von Westphalen, F., 'Das optionale Europäische Kaufrecht – eine Chance für Verbraucher und Unternehmen?' *ZIP-online* (2011) 1985 (<http://zip-online.de>).

⁵) Voßhoff, A., *Europäisches Vertragsrecht – zu viele Fragen offen!* 10 *Notar* (2011) 313, 313.

⁶) Dostupno na <http://curia.europa.eu>. U ovom je slučaju Evropski parlament tužio tražeći da se proglasi ništavim Uredba Savjeta Nr. 1435/2003 od 22. jula 2003. o Statutu Evropskog interesnog udruženja. Principijelno se radilo o tome da li Savjet ovakav pravni akt može donijeti na osnovu ex-Art. 308 UEZ. Sud je u osnovi razmatrao da li ex-Art. 95. UEZ može biti osnova donošenja. Zaključio je da ovaj opcioni instrument ne može biti donesen na osnovu ex-Art. 95 UEZ i da je pravna osnova član 308. UEZ (Nr. 98. i 99.).

⁷) Voßhoff, A., op. cit., Fn 5, 313.

³) Vidjeti Leible, S., 'Von einem Berg sowie Mäusen und anderen Tieren – Das optionale Instrument ante portas' 21 *EuZW* (2011) 809, 809.

ment). Ne radi se o prvom evropskom opcionalnom instrumentu (evropsko akcionarsko društvo, evropski žig, evropski dizajn, postoje prijedlozi za uvođenje evropske hipoteke itd.). Dobra strana opcionalnog instrumenta je što on neutralizira moguće iritacije i nacionalne osjetljivosti; on ne mijenja nacionalna prava, već postoji s njima paralelno. Negativna strana opcionalnog instrumenta je što se može dogoditi da ne bude izabran u značajnijem broju slučajeva i da ostane samo institut na papiru, bez praktičnog učinka.

U ovom pravcu evropska doktrina već izražava skepsu. Postoje i mišljenja da niko ne treba opcioni instrument koji se odnosi na prodaju,⁸ eventualno opcioni instrument koji sadrži propise općeg ugovornog prava i propise za sektore gdje su različita nacionalna prava odista problem, kao što je sektor osiguranja.⁹

Naravno da je odlučujuće pitanje kod opcionalnog instrumenta da li će on biti atraktivan subjektima na koje se odnosi, što će ih pokrenuti da ga ugovore. Prije nego se ukratko odgovori na pitanje da li su odredbe opcionalnog prava prodaje atraktivne za poduzetnike i potrošače, prvo je nužno dati kratki prikaz vršenja prava izbora.

Jasno da inicijativa za takvo ugovaranje neće poticati od potrošača, već da samo može biti opredjeljenje poduzetnika¹⁰ koje će on uključiti u svoje opće uvjete poslovanja. To će onda biti jedna od klauzula koja je jednostrano nametnuta od jedne ugovorne strane, o kojoj nije bilo pregovaranja, što, teoretski, može otvoriti i pitanje da li bi se moglo desiti da se u konkretnom slučaju može smatrati i nepravičnom klauzulom? Iskaz dat u saopštenju za štampu Evropske komisije povodom objavljivanja Prijedloga da se "tako potrošači mogu jednim pritiskom miša odlučiti za evropsko ugovorno pravo koje je lagano za korištenje" ipak više liči reklamu za novo sredstvo za čišćenje nego što pogađa suštinu stvari. Jedan pritisak na tastaturu je samo finalni korak, ali ne bi smio biti samo formalni korak u prihvatanju nečega što je potrošaču slabo razumljivo ili loše prezentirano. Izričito je propisano da se potrošač mora odlučiti da prihvati da se ugovor koji zaključuje ravna prema evropskom pravu prodaje. Ta odluka, međutim, nije jednostavna, njoj prethodi prethodna odluka poduzetnika da nudi takve ugovore, potrošač o tome mora biti adekvatno informiran, njemu poduzetnik mora uručiti propisan formular (definiran u Dodatku II Prijedloga Uredbe) i zatim pristati na primjenu opcionalnog instrumenta. Naravno pitanje je da li će poduzetnik nuditi alternativu, te ukoliko potrošač ne optira za opcioni instrument, da li će uopće

moći od tog proizvođača ili prodavca i pružaoca usluga nabaviti željenu stvar, digitalni sadržaj i povezanu uslugu.

U situaciji kada bi poduzetnici potrošačima nudili alternativu bili bi suočeni s još nepovoljnijom situacijom nego prije usvajanja ZEPP, jer bi morali biti spremni na poslovanje uz moguću primjenu 27 nacionalnih prava plus opcioni instrument, što bi sigurno povećalo transakcijske troškove, a glavni cilj Uredbe je upravo da se oni smanje na strani poduzetnika. Inače se u "reklamnoj kampanji" za opcioni instrument u pravilu tvrdi da će njegovom primjenom poduzetnik biti konfrontiran samo s dva pravna uređenja – pravom svoje zemlje i opcionalnim instrumentom.¹¹ Ovdje je još potrebno dodati da samo mogućnost da se opcioni instrument ugovori i za ugovore koji nemaju karakter prekograničnosti odista smanjuje troškove poduzetnika, jer on tada na cijelom unutarnjem tržištu posluje prema istim pravilima.

Postoje mišljenja da u pogledu B2B odnosa (*business to business* – poduzetnik ka poduzetniku) ne postoji potreba za posebnim opcionalnim instrumentom, jer jedan takav instrument već postoji, a to je Konvencija o međunarodnoj prodaji robe (CISG).¹² Uostalom, u personalnom pogledu je primjena ove uredbe ograničena primarno na B2C ugovore, uz mogućnost da to budu i B2B ugovori ako se radi o slučaju u kojem je kupac malo ili srednje preduzeće ("B2b" ugovor). Ali i u tom slučaju postoji mogućnost da prodavac i malo ili srednje preduzeće kao kupac ne isključe primjenu CISG-a i da im opcioni instrument ne treba.

Često se ističe da Uredba pruža viši nivo zaštite potrošačima. Slijedeće pitanje koje se postavlja je šta je relevantni faktor za poređenje – propisani nivo zaštite u ranijim potrošačkim smjernicama ili najviši nivo zaštite u pojedinim zemljama, budući da su smjernice s kojima Uredba korespondira (Smjernica 85/77/EEZ koja se odnosi na zaštitu potrošača u ugovorima zaključenim van poslovnih prostorija, Smjernica 97/7/EZ o zaštiti potrošača kod zaključivanja ugovora na daljinu, Smjernica 99/44/EZ o određenim aspektima potrošačke kupovine i garancije za potrošačka dobra) akti minimalne harmonizacije. Visoki nivo zaštite potrošača bi se prema tome morao mjeriti prema rješenjima onog nacionalnog poretku koji nudi najviši nivo zaštite u pojedinom pitanju. Kao primjer se navodi sloboda izbora koju nudi ZEPP i koju potrošač ima u slučaju neurednog ispunjenja (proizvod s nedostatkom).

Potrošači imaju pravo izbora između raskida ugovora, naknade ili popravke ili smanjenja cijene. Potpuno slobodan izbor trenutno postoji samo u pet zemalja članica, dok je u svim drugima uspostavljena određena

⁸ "U svakom slučaju to nikoga ne vrijeđa a pravnike čini sretima." Tako Basedow, J. 'European Contract Law – The Case for Growing Optional Instrument' in: Schulze, R., Stuyck, J., eds., *Towards a European Contract Law* (München, Sellier, 2011) 169, 169.

⁹ Basedow, loc. cit., Fn. 8, 169.

¹⁰ Basedow, loc. cit., Fn. 8, 169.

¹¹ Heiss, H., 'Optionales europäisches Vertragsrecht als 2. Regime' in Altmeppen/Fritz/Honsel, Hrsg., *Festschrift für Günter H. Roth zum 70. Geburtstag* (München 2011), 238, 238 ff.

¹² Basedow, loc. cit., Fn. 8, 170.

hijerarhija između pravnih lijekova koji stoje na raspolaganju kupcu.¹³

Može se postaviti i pitanje da li će za poduzetnike biti atraktivno da u svoje opće uvjete poslovanja uključe klauzulu o izboru opcionog instrumenta, pri čemu time optiraju i za eventualno viši novo zaštite potrošača. Optiranje za jedan stroži režim ima šanse ako ekonomska kalkulacija pokaže da će finansijski efekti biti pozitivni zbog povećanog broja zaključenih ugovora širom Evrope. Ne treba, međutim, gubiti iz vida da su B2C ugovori mahom zaključeni na niže iznose, te da je kao tendencija utvrđeno da su poduzetnici izloženi malom riziku sudskih sporova,¹⁴ što ih sigurno neće motivirati da nude zaključenje ugovora uz opciju primjene ZEPP.

Sadržaj Prijedloga Uredbe o ZEPP

Prijedlog Uredbe sadržava 16 članova i dva dodatka.

Cilj odredbe je da stvori pretpostavke za uspostavu i bolje funkcioniranje unutarnjeg tržišta stavljanjem na raspolaganje Zajedničkog evropskog prava prodaje kao opcionog instrumenta, nudeći pri tome visok stepen zaštite potrošača. ZEPP će se primjenjivati samo ako stranke izričito ugovore njegovu primjenu, pri čemu su propisana posebna pravila ako je jedna strana potrošač. Ukoliko je ugovorena primjena ZEPP na pitanjima koja su njime regulisana, primjenjuju se ova pravila, a isključuje se primjena nacionalnog prava (član 11.).

Uredba definira ograničenja u pogledu primjene opcionog instrumenata i to prostorna, predmetna i lična ograničenja. Njena je primjena primarno "prostorno" ograničena na prekogranične ugovore. Element prekograničnosti postoji ako poduzetnik ima "uobičajeno borište"¹⁵ u jednoj zemlji, a potrošač adresu, adresu za isporuku ili adresu na računu u drugoj zemlji članici. Predmetna ograničenja se tiču ugovora na koje se Uredba može primijeniti – to su u pravilu ugovori o prodaji, ali i ugovori o prodaji digitalnih sadržaja te sa njima povezani ugovori o uslugama kao što su usluge montaže, održavanja i sl. Doktrina kritizira podvrgavanje prodaje stvari s prenosom digitalnih sadržaja istim pravilima, budući da priroda ovih objekata često traži posebna pravila.¹⁶ Što se

tiče personalnih ograničenja, ona upućuju da prodavac može biti samo poduzetnik. Druga ugovorna strana je potrošač (tzv. B2C ugovori), ili malo i srednje preduzeće.¹⁷ Državama članicama je ostavljena sloboda da mogu učiniti proširenja u pogledu prostornih i personalnih ograničenja (član 13.). Moguće je dejstvo Uredbe u pojedinoj članici proširiti i na ugovore koji se zaključuju između poduzetnika i potrošača, odnosno malog ili srednjeg preduzeća iz jedne zemlje članice, ali i dopustiti mogućnost da se može primijeniti i na ugovore između dva poduzetnika (tzv. B2B ugovori).

Predviđena je obaveza za svaku zemlju članicu da nakon stupanja na snagu Uredbe dostavlja bez odlaganja Komisiji pravosnažne odluke svojih sudova koje imaju za predmet primjenu Uredbe kao i informacije o primjeni Uredbe, a stipulirana je obaveza Komisije da u određenom vremenskom periodu podnosi o tome izvještaj Parlamentu, Savjetu i Odboru za privredu i socijalna pitanja.

Dodatak I – Evropsko zajedničko pravo prodaje

U Dodatku I sadržan je tekst ZEPP-a. Odredbe su grupirane u osam dijelova: Dio I – Uvodne napomene, Dio II – Zaključenje ugovora, Dio III – Određenje sadržaja ugovora, Dio IV – Prava i obaveza stranaka ugovora o prodaji ili ugovora o stavljanju na raspolaganje digitalnih sadržaja, Dio V – Prava i obaveze stranaka kod ugovora o povezanim uslugama, Dio VI – Šteta i zatezne kamate, Dio VII – Restitucija (posljedice raskida ili poništenja ugovora), Dio VIII – Zastara.

Iz samog sadržaja je vidljivo da iako Prijedlog Uredbe o opcionom instrumentu nosi naslov Evropsko zajedničko pravo prodaje, da ono obuhvata širi sadržaj nego što su to samo odredbe kupoprodajnog ugovora. Regulirati samo ugovor o prodaji na jedinstven način i ostaviti da čitav niz pitanja općeg ugovornog prava bude i dalje podvrgnut različitim nacionalnim pravima bi u potpunosti osujetio ciljeve koji bi se trebali postići ugovaranjem ovog opcionalnog instrumenta.¹⁸

Na ovaj način je evropski zakonodavac za potrebe ugovora o prodaji stvorio gotovo potpun univerzum normi, koje bi inače u jednom cjelovitom građanskom zakoniku bile sadržane npr. u općem dijelu ili općem dijelu obligacija ili u općem ugovornom pravu (npr. mane volje, kao što su zablude (čl. 48.), prevara (član 49.), prijetnja (član 50.), zelenaški ugovor (član 51.), računanje vremena (čl. 11), tumačenje izjava volje, zastara i sl.).¹⁹ U principu

¹³) Pressemitteilung der Europäischen Kommission, Mehr Handel und ein größeres Angebot für den Verbraucher: Europäische Kommission schlägt Gemeinsames Europäisches Kaufrecht vor, dostupno na <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/11/1175&format=HTML>, 6. 11. 2011.

¹⁴) Basedow, loc. cit., Fn. 8, 170.

¹⁵) Vezanost pravnog lica za jedan pravni poredak upravo je ovako definirana, a u članu 2. stav 4. dato je objašnjenje šta se pod tim podrazumijeva za potrebe ove uredbe.

¹⁶) Zoll, F., 'The Influence of the chosen Structure of the Draft for the Optional Instrument on the Functioning of the System of Remedies' u: Schulze, R., Stuyck, J., eds., *Towards a European Contract Law* (München, Sellier, 2011) 151, 158.

¹⁷) U članu 7. je za potrebe ove uredbe data definicija malih i srednjih preduzeća.

¹⁸) Pred očima treba imati probleme sa Societas Europea, gdje je npr. niz pitanja bio prepušten nacionalnom pravu.

¹⁹) Moglo bi se postaviti pitanje kako bi postupio evropski zakonodavac kada bi bila donesena politička odluka da se slijedećim opcionalnim instrumentom uredi npr. ugovor o

se u EZPP smjenjuju odredbe općeg ugovornog prava i odredbe koje važe za jedan konkretni tip ugovora (npr. prava i obaveze prodavca), tako da postoji jedan strukturni disbalans.

Dio I sadrži opće principe evropskog prava prodaje. U principu se radi o općim principima ugovornog prava kao što su princip autonomije volje (član 1.), savjesnosti i poštenja (član 2.) princip saradnje u poslovnim odnosima (član 3.).

Dio II je posvećen zaključenju obvezujućeg ugovora. U ovom dijelu je regulirana predugovorna faza, prije svega obaveze stranaka na predugovorno informisanje i to posebno za ugovore B2C i ugovore B2B. U prvom slučaju je propisan imperativni karakter normi koje reguliraju predugovorno informiranje potrošača (čl. 22), a u drugom slučaju bi se informacije obaveze mogle već izvući iz osnovnog principa saradnje u ugovornim odnosima (član 3). Ova obaveza je u pravilu samo podrobnije razrađena u članu 23. kada su u pitanju ugovori između dva poduzetnika.

Odredbe o zaključenju ugovora reguliraju ponudu, povlačenje ponude, odbijanje i prihvatanje ponude, izmijenjenu i zakašnjelu ponudu). U okviru predugovorne faze nije direktno regulirana *culpa in contrahendo*. Postojanje odgovornosti za vođenje pregovora bez namjere zaključenja ugovora ili prekid pregovora bez opravdanog razloga može biti, kao što je u mnogim zemljama ugovornog prava, apstrahiran iz načela savjesnosti i poštenja. Ipak je ovaj institut bolje izričito predvidjeti.²⁰ Međutim, odustajanje od pregovora kod kojih je već data ponuda je u Prijedlogu regulirano na način da se može govoriti posredno o odgovornosti za pregovore. Ponuda je u principu opoziva ako ponuđenom stigne prije nego je on izjavio svoj prihvatanje. Jedan od izuzetaka od principijelne opozivosti je situacija u kojoj se primalac ponude razumno mogao pouzdati da ponuda neće biti opozvana i

postupao je s povjerenjem u to (čl. 32. stav 3 lit c)). Ovo rješenje se naslanja na princip savjesnosti i poštenja, na princip zabrane *venire contra factum proprium*, ali se može tretirati još specifičnije – kao jedan aspekt odgovornosti za pregovore.

Odredbe člana 40.–47. reguliraju pravo opoziva ugovora koje ima poseban značaj u pogledu zaštite potrošača. U principu je rok opoziva 14 dana, ali se početak računa različito s obzirom na okolnosti konkretnog slučaja. U slučaju da su stvari bile već poslane, potrošač je u obavezi da snosi troškove povratne otpreme, osim ako je poduzetnik pokazao spremnost da to učini ili ako potrošača na ovu obavezu nije upozorio. Eventualnu štetu na stvarima je potrošač dužan nadoknaditi samo ukoliko je šteta nastupila jer se on nije ponašao na način na koji zahtijevaju vrsta, osobine i funkcija predmeta prodaje. Potrošač nije obavezan da plati naknadu za korištenje stvari u vremenu u kome teče rok za opoziv.

Poglavlje 5 ovog dijela Evropskog zajedničkog ugovornog prava regulira mane volje. Interesantno je da se kao relevantna smatra i zabluda o činjenicama i pravu. Ne pravi se razlika između zablude i prevare, jer se pod zabludom smatraju i situacije u kojoj je zabludu skrivila druga ugovorna strana. Pobijanje je sankcija za zabludu, prevaru, prijetnju, ali i za zelenaški ugovor. Ne pravi se razlika između ništavosti i poboynosti, ali su rokovi kod pobijanja zbog lukave prevare, prijetnje i zelenašenja duži nego rokovi za pobijanje zbog zablude.

Dio III sadrži pravila o tumačenju ugovora. Ugovor se tumači u skladu s voljom stranaka, u odnosu na cjelinu ugovornih odredaba, individualno pregovarane odredbe imaju prednost pred formularnim odredbama, a u ugovorima B2C odredbe se tumače *in favorem* potrošača. Osim toga, u ovom poglavlju je određena definicija nepravilnih klauzula i njihovih posljedica i to ne samo u ugovorima B2C već i u ugovorima između poduzetnika.

U Dijelu IV definirane su obaveze prodavca i kupca kod ugovora o prodaji stvari ili prodaji digitalnih sadržaja. Potpuno je očigledno da se radi o centralnim odredbama u pogledu ugovora o prodaji i ovo je najopširniji dio EZPP – ovom je pitanju posvećeno čitavih 60 članova.²¹ Prava i obaveze su definirane prema pojedinim strankama (prodavac, kupac, izvršilac usluga, potrošač). Opravdani su prigovori da je došlo do određenog dupliranja odredaba jer se regulišu prava i obaveze jedne strane, a zatim inverzno i obaveze i prava druge strane.²² Odredbe su detaljnije i opširnije nego što je to bio slučaj sa Smjernicom 99/44/EZ o određenim aspektima potrošačke kupovine i garancije za potrošačka dobra.

osiguranju ili neki drugi ugovor. Da li bi u tom slučaju različiti opcion instrumenti, svaki za sebe, sadržavali i odredbe općeg ugovornog prava, ili bi važile opće odredbe već sadržane u evropskom zajedničkom pravu prodaje? Prema Grynbaumu nova uredba ne bi bila vezana odredbama ZEPP i ne bi bilo smetnji da se stvore nove opće odredbe za potrebe reguliranja novog ugovora. U tom smislu Grynbaum, L., 'Performance and Remedies' u: Schulze, R., Stuyck, J., eds., *Towards a European Contract Law* (München, Sellier, 2011) 161, 162. Naravno, ne bi bila isključena ni mogućnost da ove odredbe u dva akta budu različite. To sve govori o potrebi sveobuhvatnijeg i sistemskog reguliranja ugovornog prava na nivou Unije. Međutim, ova nekonzekventnost u strukturi je za neke šansa. Ako se u budućnosti promijene političke prilike ovo bi moglo biti praktično, jer bi se ZEPP jednostavno mogli dodati novi tipovi ugovora. Tako Zoll, F., loc. cit., Fn. 16., 153.

²⁰⁾ DCFR je regulirao institut *culpa in contrahendo* (Art. II. – 3: 301).

²¹⁾ Začudujuće je da je u prvim publikacijama kao npr. u Schulze, R., Stuyck, J., *Towards a European Contract Law* posvećeno najmanje pažnje. Vidjeti priloge Zoll, F., (Fn. 16) i Grynbaum, L. (Fn. 19).

²²⁾ Grynbaum, L., loc. cit., Fn. 19, 162.

U Dijelu V predviđena su pravna sredstva koja imaju strane ugovora o povezanim uslugama, u kojima se prodavac obavezao izvršiti usluge povezane s prodajom digitalnih sadržaja kao što su montaža, instalacija, popravak i održavanje. Prava i obaveze iz ovih ugovora ispoljavaju određene specifičnosti u odnosu na "obične" kupoprodajne ugovore.²³

Dio VI sadržava odredbe o naknadi štete za gubitak i plaćanje kamata zbog zakašnjelog plaćanja.

U dijelu VII reguliraju se pravila restitucije u slučaju da je ugovor okončan protekom vremena i pobijanjem. Pravilo je potpuna restitucija primljenog u pravilu u naturi, pa i plodova i prihoda od ispunjenih prestacija. Ukoliko je naturalna restitucija nemoguća, predviđeno je vraćanje u novcu.

Dio VIII reguliše rokove u kojima stranke mogu vršiti svoja prava iz ugovora. Prijedlog razlikuje kratke i duge rokove zastare, pri čemu se pod kratkim rokovima mogu shvatiti subjektivni rokovi, a pod dugim objektivni rokovi. Objektivni rokovi zastare veoma su dugi – oni iznose 10, odnosno 30 godina za štete na ličnim dobrima. Odredbe o zastari nisu imperativnog karaktera, jer se stranke mogu dogovarati o dužini zastarnih rokova, ali su određene okvirne vremenske granice, tako da se skraćanjem ili produženjem rokova te granice ne mogu prekoračiti.

Dodatak II

Dodatak II je standardni informacioni list kojeg poduzetnik mora uručiti potrošaču. Uvjet valjanosti izjave volje kojom se pristaje na primjenu Evropskog zajedničkog prava prodaje je da je potrošaču dostavljen informacioni list i da je on potvrdio svoju saglasnost. Informacioni list sadrži pouke o načinu pristanka na primjenu opcionog instrumenta, o pravima potrošača prije i poslije zaključenja ugovora, kao i link koji upućuje na tekst Evropskog zajedničkog prava kupovine.

Zaključak

Ako bi se željela dati ukupna ocjena ovog prijedloga kao i njegovih mogućih efekata na unutarnjem tržištu, možda je najbolje ponoviti slikovitu usporedbu koju je dao Leible započevši svoj prilog o ovom poduhvatu poslovičom "Tresla se gora rodio se miš", a zaključivši takođe jednom drugom poslovičom "Bolje vrabac u ruci nego golub na grani."²⁴ Ovim je jasno ocrtan jedan luk na čijoj

je jednoj strani iznevjereno očekivanje, a na drugoj politički realizam. Izradivši DCFR akademski su krugovi izradili nacrt evropskog građanskog zakonika, pri čemu nije bila nikada tajna da Komisija ne slijedi iste ambicije. S druge strane je jasno da je u ovom momentu predloženi opcion instrument maksimum koji će dobiti političku podršku. Svjesni događanja koja su slijedila nakon 11. oktobra ove godine i uzevši u obzir monetarnu i političku krizu Evropske unije može se izraziti i bojazan da je moguća i situacija u kojoj se sa iznenađenjem konstatira da je vrabac kojeg smo tako čvrsto držali u ruci uginuo.

Prof. dr. Meliha Povlakić

Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht KOM(2011) 635 endgültig vom 11.10.2011

(Zusammenfassung)

Das Ziel dieses Beitrags war es, kurze Zeit nach der Veröffentlichung des Vorschlags für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, diesen Vorschlag den Lesern in der Region vorzustellen. Die Veröffentlichung dieses Vorschlags und die dadurch mögliche Weiterentwicklung des europäischen Vertragsrechts stößt in der Region nicht auf gleichermaßen großes Interesse, wie dies in der EU der Fall ist. Der Ansatz lag daher eher darin, eine schnelle und aktuelle Information zu liefern, als eine profunde Analyse durchzuführen.

Zunächst wird an die ziemlich kurze Entstehungsgeschichte dieses Instruments hingewiesen, mit der Würdigung der Tatsache, dass diesem Vorschlag ein zwanzigjähriger Entwicklungsprozess des europäischen Vertragsrechts vorausgegangen war, welcher mit verschiedener Intensität durch die Kommission und die akademische Gemeinschaft betrieben wurde. Es werden einige Kritikpunkte oder Probleme, welche bereits in der Doktrin diskutiert wurden (mögliche Effektivität eines optionalen Instruments bzw. die Anwendungsbreite, die Attraktivität dieses optionalen Instruments für Unternehmer und Verbraucher, das gewisse Ungleichgewicht in der Struktur in der sich Bestimmungen des allgemeinen Vertragsrechts und solche, die sich lediglich auf einen speziellen Vertrag beziehen, inkonsequent aneinanderreihen, die Rechtsgrundlage für die Verabschiedung dieses Instruments usw.), kurz angesprochen.

Nach der kurzen Darstellung des Verordnungsvorschlags selbst und der Anhänge I und II hinsichtlich ihrer wichtigsten Merkmale, stimmt die Verfasserin mit denjenigen Autoren überein, die statt der Enttäuschung darüber, wie sehr der ambitionierte Ansatz des DCFR in dieser Verordnung geschrumpft ist, die politische Realität vor Augen haben.

²³) Ovakav je pristup kritiziran i predlaže se spajanje ovih odredaba jer se ne radi o dva posebna ugovora (ugovoru o prodaji i ugovoru o uslugama), budući da je ugovor o uslugama samo dopunski ugovor uz ugovor o prodaji. Tako Zoll, F., loc. cit., Fn. 16, 160.

²⁴) Leible, S., loc. cit., Fn. 3, 810.

Prikaz odluke Suda Evropske unije o tumačenju pojma "upotreba povlaštene informacije" u slučaju *Spector Photo Group*¹

Mag. sci. Dina Bajraktarević*

I. Uvod

Postupak odlučivanja o prethodnom pitanju predstavlja poseban vid djelovanja Suda Evropske unije (u nastavku: Sud EU) u okviru kojeg on tumači evropsko pravo na zahtjev nacionalnih sudova. Mogućnost da se nacionalni sudovi na temelju vlastite procjene, a u svjetlu specifičnih okolnosti spora, obrate Sudu EU s pitanjem koje smatraju važnim za rješavanje spora tokom vremena se pokazala kao izuzetno važan podsticaj u razvoju prava Evropske unije.² Naime, kako bi se izbjegle različite interpretacije relevantnih odredbi sekundarnog evropskog prava Sud EU je u mogućnosti da putem postupka prethodnog odlučivanja pruži njihovo jednoobrazno tumačenje neovisno od okolnosti u kojima treba da budu primijenjene. Dobra ilustracija prethodno navedenog je slučaj *Spector Photo Group* u kojem je pružena prilika Sudu EU da putem interpretacije odredbi Direktive 2003/6 o zloupotrebi tržišta redefinira zabranu trgovine povlaštenim informacijama na području Evropske unije.

Evropski pravni okvir sprečavanja tržišnih zloupotreba zasnovan je na Direktivi 2003/6 o zloupotrebi tržišta³ (u nastavku: Direktiva) čiji je cilj osiguranje integriteta finansijskih tržišta i unapređenje povjerenja investitora.⁴

Trgovina povlaštenim informacijama i tržišna manipulacija kao dva osnovna vida tržišnih zloupotreba sprečavaju potpunu i pravilnu tržišnu transparentnost koja je preduvjet za trgovanje na finansijskim tržištima za sve ekonomske učesnike. Zabrana trgovine povlaštenim informacijama zasnovana je na stajalištu da je potrebno osigurati ravnopravnost učesnika u tržišnim transakcijama koja se narušava u slučaju kada jedna strana raspolaže s povlaštenom informacijom. Primarnim i sekundarnim insajderima Direktiva zabranjuje da upotrijebe povlaštenu informaciju prilikom sticanja ili otpuštanja ili prilikom pokušavanja da steknu ili otpuste finansijske instrumente na koje se povlaštena informacija odnosi, neposredno ili posredno, za vlastiti račun ili za račun treće osobe.⁵ Međutim, prilikom preuzimanja navedene definicije zabrane trgovine povlaštenim informacijama u nacionalne propise, države članice nisu imale jedinstveno stajalište u pogledu tumačenja pojma "upotrebe povlaštene informacije" što je u konačnici rezultiralo s različitim nacionalnim rješenjima u okviru kojih je Evropska komisija izdvojila dva osnovna pristupa: prvi pristup se sastojao u tome da se zabrana trgovine povlaštenim informacijama krši uvijek kada osoba koja posjeduje povlaštenu informaciju trguje (ili pokuša da trguje), dok prema drugom pristupu do upotrebe povlaštene informacije dolazi samo kada osoba trguje (ili pokuša da trguje) na temelju te informacije.⁶ Iz navedenih pristupa je vidljivo da izraz "upotreba povlaštene informacije" predstavlja ključan element u definiranju zabrane trgovine povlaštenim informacijama koji da bi vodio ka usklađenoj primjeni na području Evropske unije mora biti dovoljno jasno određen. Slučaj *Spector Photo Group* pružio je mogućnost Sudu EU da odgovori na pitanje kako tumačiti spornu odredbu i zbog toga privukao značajnu pažnju javnosti.

* Autorica je viša asistentica na Fakultetu za kriminalistiku, kriminologiju i sigurnosne studije Univerziteta u Sarajevu.

¹ Odluka Suda Evropske unije od 23. decembra 2009, C-45/08, *Spector Photo Group, Chris Van Raemdonck vs. Commissie voor het Bank-, Financie- en Assurantiewezen (CBFA) (Spector Photo Group)*.

² Pogledati: N. Misita, *Osnovi prava Evropske unije*, 2. dopunjeno i izmijenjeno izdanje, (Sarajevo, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, 2007) str. 814–832.

³ Direktiva Evropskog parlamenta i Vijeća 2003/6/EZ o trgovini povlaštenim informacijama i tržišnoj manipulaciji (tržišnim zloupotrebama), OJ L 96/16/03. U pitanju je Direktiva koja je rezultat Lamfalussyevog modela zakonodavnog postupka ona osigurava osnovni pravni okvir, a na drugom nivou sljedeće direktive specificiraju tehničke detalje: Direktiva 2003/124/EZ od 22. 12. 2003. o definiciji javne objave povlaštene informacije i definiciji tržišne manipulacije (OJ L 339/70/03), Direktiva 2003/125/EZ od 22. 12. 2003. o pravednoj prezentaciji investicionih informacija i objavi sukoba interesa (OJ L 339/73/03) i Direktiva 2004/72/EZ od 29. 4. 2004. o prihvaćenim tržišnim praksama, definiciji povlaštene informacije u odnosu na robne derivative, listi insajdera (...) (OJ L 162/70/04) i Uredba 2273/2003 od 22. 12. 2003. o izuzeću programa otkupe i stabilizaciji finansijskih instrumenata (OJ L 336/33/03).

⁴ Preambula Direktive, tačka 12.

⁵ Direktiva, čl. 2(1).

⁶ European Commission, *Call for evidence Review of Directive 2003/6/EC on insider dealing and market manipulation (Market Abuse Directive)*, od 20. aprila 2009, str. 11–12. Ukoliko bi se slijedio prvi pristup, općenito bi bilo dovoljno da se dokaže da je osoba koja ima u svom posjedu povlaštenu informaciju, znala ili trebala da zna da je u pitanju povlaštena informacija kada je trgovala (ili pokušala da trguje). Ovaj pristup omogućava sankcionisanje relativno širokog kruga situacija jer se povreda utvrđuje na temelju objektivnih elemenata što je relativno jednostavan zadatak, pri čemu su mogućnosti oslobođanja insajdera od odgovornosti ograničene na one koje su izričito navedene u Direktivi. Prema drugom pristupu, trgovina povlaštenim informacijama se dokazuje tako što je potrebno utvrditi da je temeljni motiv za trgovinu bilo posjedovanje te informacije. Kao rezultat ovog pristupa neke situacije su mogle ostati izvan dosega inkriminacije: a) kada je stranka u pitanju sposobna da uvjeri nadležno tijelo da je odluku o trgovanju donijela prije posjedovanja povlaštene informacije (npr. dokazivanjem da je obavljeno istraživanje); i b) kada nadležno tijelo nije u mogućnosti da prikupi dokaze o razlozima stranke da trguje.

II. Činjenično stanje

Spector je privredno društvo osnovano u Belgiji čije dionice kotiraju na berzi. Kao dio svoje politike raspodjele dobiti ono je ponudilo zaposlenicima program opcija na dionice i u skladu sa zahtjevima belgijskog zakonodavstva, koje je tada bilo na snazi, o svojoj namjeri da kupi određeni broj svojih dionica u sklopu realizacije programa opcija na dionice 21. maja 2003. godine informiralo Euronext Brisel. U periodu od 28. maja 2003. godine do 30. augusta 2003. godine Spector je kupio ukupno 27.773 dionica. Kupovina se odvijala na temelju šest naloga: pet za 2.000 dionica, koji su svi izvršeni i jedan od 18.000 dionica koji je izvršen u odnosu na 17.773 dionica. U početku su izvršene četiri sukcesivne transakcije od 2.000 dionica. Potom, 11. i 13. augusta 2003. godine Chris Van Raemdonck je izdao dva naloga koja su omogućila Spectoru da stekne 19.773 dionica s prosječnom cijenom od € 9.97 (izvršna cijena opcija u vrijeme emisije je bila € 10.45). Ubrzo nakon toga, 21. augusta 2003. godine društvo je objavilo moguće preuzimanje, kao i prve polugodišnje rezultate date finansijske godine, pri čemu su obje činjenice na tržištu percipirane kao pozitivne vijesti. Cijena dionica se povećala na iznos od € 12.50. Komisija za bankarstvo, finansije i osiguranje (Commissie voor het Bank-, Financie- en Assurantiewezen - CBFA) je naložila da interni revizor obavi istragu u pogledu zloupotrebe povlašćenih informacija u slučaju dvije kupovine dionica izvršene za račun Spector: nalog za 2.000 dionica od 11. augusta 2003. godine i nalog za 18.000 dionica od 13. augusta 2003. godine. Oba naloga su izdana od strane Chrisa Van Raemdoncka u ime Spector.

Revizor je u svom izvještaju naveo da je od 13. augusta 2003. godine uzorak kupovine bio naknadno izmijenjen u pogledu broja dionica i cjenovnih limita te da je kupovina imala obilježje hitnosti za što nikakvo opravdanje nije moglo biti pruženo. Stoga je to smatrao nezakonitim trgovanjem povlašćenim informacijama i istaknuo da su Spector i Chris Van Raemdonck pretpostavljali da će cijena dionica porasti kada detalji prenosa budu objavljeni kao i Spectorovo planirano preuzimanje drugog društva što bi u konačnici rezultiralo s finansijskim gubitkom za Spector. Nakon objave detalja cijena je porasla za 8%. Odlukom od 28. novembra 2006. godine CBFA je označila kupovinu obavljenju na temelju naloga 11. i 13. augusta 2003. godine kao trgovinu povlašćenim informacijama zabranjenu članom 25. stav 1. belgijskog Zakona o superviziji finansijskog sektora i finansijskih usluga (Zakon o finansijskoj superviziji)⁷ i izrekla novčane kazne od € 80.000,00 Spectoru i € 20.000,00 Van Raemdoncku.

⁷⁾ Navedenim zakonom je Direktiva, odnosno njen nacrt budući da tada još nije bila usvojena, implementirana u belgijsko pravo. U pitanju je preuranjena (anticipatorna) implementacija direktive koja prema stajalištu sudske

Potom su te stranke podnijele žalbu na odluku CBFA pred Hof van beroep te Brussel (Žalbeni sud) u kojoj su tvrdile da CBFA nije uspjela da dokaže uzročno-posljedičnu vezu između znanja o predstojećim pozitivnim vijestima i transakcije. Navedeni član Zakona o finansijskoj superviziji je u prvom stavu propisivao da: "Svakoj osobi koja posjeduje povlaštenu informaciju je zabranjena: (a) upotreba te informacije prilikom sticanja ili otpuštanja, ili pokušaja da se stiče ili otpusti, za svoj račun ili račun neke treće osobe, neposredno ili posredno, finansijske instrumente na koje se ta informacija odnosi ili povezane finansijske instrumente. (b) (...)".⁸ S obzirom na to da je odredba člana 2. st. 1. Direktive transponirana gotovo doslovno u članu 25. st. 1. Zakona o finansijskoj superviziji njegova interpretacija je bila važna za donošenje odluke u procesu pred nacionalnim sudom koji se obratio Sudu EU sa zahtjevom za donošenjem prethodne odluke o nekoliko pitanja među kojima je kao prioritarno izdvojeno sljedeće pitanje:

Da li član 2(1) Direktive treba biti tumačen u smislu da sama činjenica da osoba navedena u članu 2(1) te Direktive, (koja) posjeduje povlaštenu informaciju i stiče ili otpušta ili pokuša da stekne ili otpusti finansijske instrumente na koje se ta povlaštena informacija odnosi, za vlastiti račun ili za račun treće osobe, neposredno ili posredno, znači da je ta osoba upotrijebila (tu) povlaštenu informaciju?

III. Odluka Suda EU

Prema članu 2. st. 1. Direktive države članice će "zabraniti bilo kojoj osobi navedenoj u drugoj lineji koja posjeduje povlaštenu informaciju da upotrijebi tu informaciju prilikom sticanja ili otpuštanja ili prilikom pokušavanja da steknu ili otpuste finansijske instrumente na koje se informacija odnosi, neposredno ili posredno, za vlastiti račun ili račun treće osobe". Dakle, definicija sadržana u članu 2. st. 1. sadrži bitne elemente – osobe koje su obuhvaćene i zabranjene radnje. Međutim, izraz "upotreba povlaštene informacije" bio je podložan različitim interpretacijama prilikom transponiranja navedene odredbe u nacionalna prava te se stoga od Suda EU očekivalo da otkloni sve nedoumice i utvrdi da li je za klasifikaciju određene transakcije kao trgovine povlašćenim informa-

prakse mora biti tretirana na isti način kao i "pretjerana implementacija", s tim u vezi pogledati: Mišljenje generalne pravozastupnice Kokott od 10. 9. 2009. u: *Spector Photo Group NV and Chris Van Raemdonck v Commissie voor het Bank-, - Financie- en Assurantiewezen (CBFA)*, para 28.

⁸⁾ Nakon usvajanja Okvirnog zakona 2003. godine izmijenjeni član 25. st. 1. je glasio: "Svakoj osobi koja posjeduje informaciju za koju zna ili treba da zna da predstavlja povlaštenu informaciju je zabranjeno: (a) sticanje ili otpuštanje, za svoj račun ili račun treće osobe, neposredno ili posredno, finansijskih instrumenata na koje se ta informacija odnosi ili na povezane finansijske instrumente. (b) (...)".

cijama dovoljno da primarni insajder u posjedu povlaštene informacije trguje finansijskim instrumentima na tržištu ili je neophodno dodatno utvrditi da je ta osoba 'upotrijebila' tu informaciju 's punim znanjem'?

U pogledu pravilne interpretacije člana 2. st. 1. Direktive, koja je bila zahtijevana neposredno ili posredno u prvom, drugom i trećem pitanju, Sud EU je zauzeo stajalište da "činjenica da je osoba iz druge linije istog člana (primarni insajder) u posjedu povlaštene informacije sticala ili otpuštala ili pokušala da stekne ili stekne ili otpusti finansijske instrumente, neposredno ili posredno, za vlastiti račun ili za račun treće osobe, implicira da je ta osoba 'upotrijebila tu informaciju' u okviru značenja te odredbe, ali bez dovođenja u pitanje prava na odbranu i posebno prava da se opovrgne ta pretpostavka."¹⁰

U obrazloženju gore navedene odluke Sud EU je iznio kompleksnu argumentaciju koja polazi od toga da odredba čije tumačenje je zahtijevano ne propisuje izričito subjektivne uvjete u pogledu namjere koja je u pozadini materijalnih radnji, jer član 2(1) Direktive ne precizira da li primarni insajder mora imati špekulativnu ili prevarnu namjeru ili djelovati namjerno ili iz nehata.¹¹ Nadalje, u tom članu nije navedeno ni da je potrebno ustanoviti da je povlaštena informacija bila odlučujući faktor za donošenje odluke da se stupi u tržišne transakcije niti da primarni insajder mora biti svjestan da informacija koja se nalazi u njegovom posjedu jeste povlaštena informacija.¹² Stoga, Sud zaključuje da čl. 2. st. 1 Direktive definira trgovinu povlaštenim informacijama objektivno, bez izričitog upućivanja na namjeru.¹³ Činjenicu da spomenuti član izričito ne predviđa subjektivni element, Sud objašnjava posebnom prirodom trgovine povlaštenim informacijama koja omogućava pretpostavku postojanja namjere, onda kada su prisutni temeljni elementi na koje se referira u toj odredbi.¹⁴ Odnos povjerenja koji povezuje primarne insajdere navedene u čl. 2. st. 1. s emitentom vrijednosnih papira na koje se ta povlaštena informacija odnosi, prema mišljenju Suda, implicira da na njihovoj strani postoji posebna odgovornost što zajedno s činjenicom da stupanje u tržišne transakcije predstavlja rezultat niza odluka koje čine kompleksan kontekst koji u suštini omogućava isključenje mogućnosti djelovanja bez svijesti o radnjama na strani poduzimača transakcije navodi Sud na zaključak da stupanje u transakcije u vrijeme posjedovanja povlaštene informacije znači da je ta informacija u principu morala imati ulogu u donošenju odluke.¹⁵ Ovakav odnos Suda prema subjektivnim elementima zabrane proizlazi iz osnovnog cilja Direktive da se osigura

integritet finansijskih tržišta Evropske unije i da se unaprijedi povjerenje investitora u ta tržišta.¹⁶ Dakle, Direktivom je uspostavljen pravni mehanizam sprečavanja trgovine povlaštenim informacijama čija bi efikasnost prema mišljenju Suda bila umanjena, ako bi bila podvrgnuta detaljnoj analizi postojanja namjere.¹⁷ Stoga, Sud smatra da se u situacijama kada su prisutni osnovni elementi zabrane propisane u članu 2. stav 1. Direktive može pretpostaviti namjera poduzimaoca tih transakcija.¹⁸ Imajući u vidu da primjena ove pretpostavke o namjeri može biti sporna s obzirom na princip pretpostavke nevinosti garantirane članom 6. stav 2. Evropske konvencije o ljudskim pravima,¹⁹ Sud EU u obrazloženju ističe da je iz prakse Evropskog suda za ljudska prava vidljivo da pretpostavke u pogledu činjenica ili prava koje postoje u gotovo svakom pravnom sistemu nisu zabranjene, ali da se zahtijeva od država da ih ograniče, posebno kada je u pitanju krivično pravo, uz istovremeno osiguranje prava na odbranu.²⁰ Stoga, Sud smatra da princip pretpostavke nevinosti ne isključuje pretpostavku sadržanu u članu 2. stav 1. Direktive da se o postojanju namjere počinioča trgovine povlaštenim informacijama može implicitno zaključiti iz sastavnih materijalnih elemenata te povrede, pod uvjetom da je ta pretpostavka oboriva i da su prava na odbranu zagarantovana. Dakle, iz argumentacije Suda je evidentno da je uspostavljanje učinkovitog i jedinstvenog sistema prevencije i sankcionisanja trgovine povlaštenim informacijama (s legitimnim ciljem zaštite integriteta finansijskih tržišta i unapređenja povjerenja investitora) opredijelilo evropskog zakonodavca da usvoji objektivnu definiciju osnovnih elemenata zabranjene trgovine.²¹

Međutim, Sud je pokušao izbjeći preširoko tumačenje sporne odredbe te je istakao da činjenica da odredba (čl. 2. st. 1. Direktive) ne predviđa izričito namjeru ne znači da ta odredba mora biti tumačena na način da je svaki primarni insajder koji ima u svom posjedu povlaštenu informaciju i koji stupi u tržišnu transakciju automatski obuhvaćen zabranom trgovine povlaštenim informacijama.²² Takvo tumačenje nosi rizik širenja dosega zabrane izvan onoga što je prikladno i nužno da bi se da bi se ostvarili ciljevi Direktive i može rezultirati u praksi

⁹⁾ *Spector Photo Group*, para. 30.

¹⁰⁾ *Ibidem*, para. 62.

¹¹⁾ *Ibidem*, para. 32.

¹²⁾ *Ibidem*.

¹³⁾ *Ibidem*, 35.

¹⁴⁾ *Ibidem*, para. 36.

¹⁵⁾ *Ibidem*.

¹⁶⁾ Preambula Direktive, tačke 2. i 12.

¹⁷⁾ *Spector Photo Group*, para. 37.

¹⁸⁾ *Ibidem*, para. 38.

¹⁹⁾ Vijeće Evrope, *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*, Rim, 4. XI 1950. godine objavljena u "Sl. glasnik Bosne i Hercegovine", broj 06/9. Isti princip je sadržan i u članu 14. stav 2. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima (usvojen na Općoj skupštini Ujedinjenih naroda, 16. prosinca 1966. godine (Rezolucija br. 2200 A /XXI/) stupio na snagu 23. 3. 1976. godine).

²⁰⁾ *Spector Photo Group* para. 43.

²¹⁾ *Ibidem*, para. 45.

²²⁾ *Ibidem*.

sa zabranama tržišnih transakcija koje nužno ne krše interese zaštićene Direktivom.²³

U obrazloženju svoje odluke Sud je razmatrao i osnovne razloge zabrane trgovine povlaštenim informacijama gdje pored već navedenih ciljeva zaštite integriteta finansijskih tržišta i unapređenja povjerenja investitora,²⁴ navodi i osiguranje jednakosti izmeu ugovornih strana u berzanskim transakcijama.²⁵ Naime, povlaštena informacija uslijed svojih specifičnih obilježja²⁶ pruža insajderu, u čijem posjedu se nalazi, nepravednu prednost u odnosu na sve druge tržišne učesnike na tržištu, što praktično znači da ta osoba iz tržišnih transakcija ostvaruje ekonomske koristi, pri čemu se ne izlaže rizicima kao drugi tržišni učesnici tzv. autsajderi.²⁷ Ovakvo ponašanje u konačnici dovodi do podriivanja integriteta finansijskih tržišta i povjerenja investitora.²⁸

Zanimljivo je da Sud, iako se u suštini opredijelio za izostavljanje subjektivnog elementa namjere iz definicije zabrane sadržane u članu 2. st. 1. Direktive, ipak u svojoj odluci ograničava obim svog tumačenja zabrane navodeći da određene situacije mogu zahtijevati detaljno ispitivanje činjeničnih okolnosti kako bi se utvrdilo da je upotreba povlaštene informacije zaista nepravedna i da kao takva treba biti zabranjena²⁹ i upućuje na primjere navedene u Preambuli Direktive koji predstavljaju izuzetke od propisanih zabrana.³⁰

Na temelju prethodno iznesenih argumenata evidentno je da se pitanje da li je određena osoba prekršila zabranu trgovine povlaštenim informacijama mora razmatrati u kontekstu cilja same Direktive, a to je zaštita integriteta finansijskih tržišta i unapređenje povjerenja investitora zasnovanog na uvjerenju da su ravnopravni i zaštićeni od zloupotrebe povlaštenih informacija.³¹

²³) *Ibidem*, para. 46.

²⁴) *Ibidem*, para. 47.

²⁵) *Ibidem*, para. 48.

²⁶) Povlaštena informacija je svaka informacija koja je dovoljno precizna i nije objavljena, te koja se odnosi, direktno ili indirektno, na jednog ili više emitenata finansijskih instrumenata ili na jedan ili više finansijskih instrumenata. S tim da informacija koja može imati značajan uticaj na razvoj i formiranje cijena na uređenom tržištu, odnosno da se kao takva može smatrati kao informacija koja se indirektno odnosi na jednog ili više emitenata finansijskih instrumenata ili jednog ili više povezanih derivativnih instrumenata – Preambula Direktive, tačka 16.

²⁷) *Ibidem*, para. 50., 51., i 52.

²⁸) *Ibidem*, para. 52.

²⁹) Kako se ne bi proširio obim zabrane određen u čl. 2. stav 1. Direktive izvan onoga što je prikladno i neophodno da bi se ostvarili ciljevi te direktive – *Spector Photo Group*, para. 55.

³⁰) *Ibidem*, para. 56. Pogledati sljedeće tačke Preambule Direktive: 18, 29, i 30.

³¹) *Ibidem*, para. 61. i 62.

Sud je sveobuhvatnom argumentacijom sadržanom u odgovoru na pitanje broj dva ujedno odgovorio i na prvo i treće pitanje koja su bila s njim povezana.³²

IV. Rezime

Od Suda EU u slučaju *Spector Photo Group* je očekivano da povodom drugog pitanja pruži tumačenje pojma “upotreba povlaštene informacije” sadržanog u članu 2. stav 1. Direktive, odnosno da odredi da li je za klasifikaciju određene tržišne transakcije kao trgovine povlaštenim informacijama dovoljno da je primarni insajder u čijem posjedu se nalazi povlaštena informacija trgovao finansijskim instrumentima na koje se ta informacija odnosi ili je potrebno još dodatno utvrditi da je ta osoba “upotrijebila” povlaštenu informaciju s “punim znanjem”.³³ U ovom pitanju belgijskog suda sadržana je suština debate “posjedovanje ili upotreba” prisutna već duži niz godina u američkom pravu.³⁴ Odluka Suda EU da činjenica da primarni insajder u posjedu povlaštene informacije trguje ili pokušava da trguje finansijskim instrumentima na koje se povlaštena informacija odnosi implicira da je upotrijebio tu informaciju u okviru značenja navedene odredbe izazvala je kritiku i to posebno u akademskim krugovima.³⁵ Sudu EU se prvenstveno zamjera da se ide ka radikalnom pojednostavljivanju dokazivanja trgovine povlaštenim

³²) Pogledati: *Spector Photo Group*, para. 30. i 64. To su pitanja: (1) Da li odredbe Direktive i to posebno njenog člana 2. zahtijevaju potpunu harmonizaciju, sa izuzetkom odredbi koje izričito dozvoljavaju da države članice interpretiraju mjere kako žele ili one u njihovoj cijelosti podrazumijevaju minimum harmonizacije? i (3) Ako je odgovor na drugo pitanje negativan, mora li se onda pretpostaviti da primjena člana 2. Direktive podrazumijeva da je donesena odluka s namjerom da se upotrijebi povlaštena informacija? Ako takva odluka može također biti i nepisana, da li je onda potrebno da odluka o upotrebi povlaštene informacije bude očita iz okolnosti koje nisu podložne nikakvom drugom tumačenju ili je dovoljno da se te okolnosti mogu tumačiti na taj način?

³³) *Spector Photo Group*, para. 30.

³⁴) K. Langenbucher, ‘The use or possession’ debate revisited – *Spector Photo Group and insider trading in Europe*, *Capital Markets Law Journal* (2010). vol. 5, No. 4, str. 454. Više o regulaciji trgovine povlaštenim informacijama u Sjedinjenim Američkim Državama pogledati u: S. M. Bainbridge, ‘The Iconic Insider Trading Cases’, *Law & Economics Research Paper Series*, Research Paper No. 08-05; S. M. Bainbridge, ‘An Overview of US Insider Trading Law: Lessons for the EU?’, *Law & Economics Research Paper Series* (2004), Research Paper No. 05-5.

³⁵) Pogledati: Langenbucher, loc. cit. 33; L. Klöhn, ‘The European Insider Trading Regulation after the ECJ’s *Spector Photo Group* – decision’, *European Company and Financial Law Review* (2010); i J. L. Hansen, ‘What Constitutes insider dealing? – The Advocate General’s Opinion in Case C- 45/08, *Spector Photo Group*’, *International and Comparative Corporate Law Journal*.

informacijama jer nakon *Spector Photo Group* potrebna su samo dva osnovna elementa za postojanje nezakonite trgovine povlaštenim informacijama i to: (i) trgovac koji je kvalificiran kao primarni insajder koji u svom posjedu ima povlaštenu informaciju; i (ii) "materijalne radnje" tj. tržišne transakcije, bez zahtjeva za dodatnim elementom koji se odnosi na stanje svijesti (postojanje namjere) ili na kauzalnu vezu između ova dva elementa.³⁶

Nadalje, Langenbucher smatra da Sud uopće nije dao upute u pogledu interpretacije pojma "upotreba" niti je naznačio da li Direktiva zahtijeva kauzalnu vezu između informacije i transakcije, već je u cijelosti izbjegao odgovoriti ovo pitanje tako što je pribjegao pretpostavci: Kada god insajder izvrši transakciju u pogledu određenog finansijskog instrumenta, pretpostavlja se da je "upotrijebio" povlaštenu informaciju.³⁷ Sud EU je u svom obrazloženju naglasio da su iz relevantne odredbe izostavljeni subjektivni uvjeti koji upućuju namjeru insajdera jer samo zabrana trgovine povlaštenim informacijama koja je provediva u praksi može garantirati funkcionisanje finansijskih tržišta na najbolji mogući način, što je i zaključak generalne pravozastupnice Kokott.³⁸ Ovo stajalište nije posve novo, budući da je uzeto u obzir još prilikom usvajanja Direktive, jer se prethodna Direktiva 89/592³⁹ o trgovini povlaštenim informacijama pokazala kao neuspješna u borbi s tržišnim zloupotrebama. Pravozastupnica Kokott je istakla da pojmu "upotreba" treba dati široko tumačenje oslobođeno subjektivnih zahtjeva, jer se samo tako garantira realizacija cilja evropskog zakonodavstva o provedbi zabrane trgovine povlaštenim informacijama.⁴⁰ Međutim, ovaj argument tzv. "učinkovitost procesuiranja" prema mišljenju kritičara nije dalekosežan sve dok se ne preformulira odredba sadržana u članu 2. stav 1. Direktive u skladu s "čistim pristupom posjedovanja", odnosno dok se iz definicije ne izostavi pojam "upotreba".⁴¹

Odluka Suda EU u *Spector Photo Group* kritizirana je i zbog toga što u njoj nisu precizno određene situacije u kojima ne postoji nepravedna informaciona prednost, a prema tome ni trgovina povlaštenim informacijama, umjesto toga Sud EU je samo uputio na izuzetke trgovine povlaštenim informacijama sadržane u Direktivi i njenim

mjerama implementacije drugog nivoa,⁴² pa je njegov stav različit od mišljenja generalne pravozastupnice Kokott – dok je izuzetak razvijen od strane generalne pravozastupnice posebno razmatrao namjeru pojedinca potencijalno uključenog u trgovinu povlaštenim informacijama, Sud je stvorio standard koji traži da se općenito razlikuje bilo koji slučaj "poštene" upotrebe povlaštene informacije i koji je zbog toga puno obuhvatniji.⁴³ Drugim riječima, dok pravilo predloženo od strane pravozastupnice podrazumijeva sudsku suzdržanost, Sud je u svojoj odluci pokazao značajnu mjeru sudskog aktivizma.⁴⁴

Sud EU je svojom argumentacijom da se pitanje da li je insajder u posjedu povlaštene informacije počinio trgovinu povlaštenom informacijom mora razmatrati u svjetlu svrhe Direktive, a to je zaštita integriteta finansijskih tržišta i unapređenje povjerenja investitora koje je zasnovano na uvjerenju da imaju ravnopravan položaj i zaštitu od zloupotrebe povlaštene informacije,⁴⁵ izdvojio "jednak pristup" investitora, odnosno tržišni egalitarizam na nivo principa.⁴⁶ Kreiranjem takvog principa u slučaju *Spector Photo Group* Sud EU je stvorio izvor prava kojem se može pribjeći u slučaju potrebe da se ispune praznine u Direktivi tj. kada se pojavi pravno pitanje za koje Direktiva ne pruža izričit odgovor, ali je istovremeno stvorio rizik povećanja ukupnog broja pitanja pred nacionalnim sudovima koja trebaju biti interpretirana u svjetlu Direktive jer nije pružio iscrpnu definiciju principa "jednakog pristupa".⁴⁷

Na temelju prethodno iznesenog vidljivo je da dugo očekivana odluka Suda u EU nije ispunila očekivanja i pružila adekvatan odgovor na pitanje kako tumačiti pojam "upotreba povlaštene informacije". Važnost sudske odluke u ovom slučaju je bila dodatno naglašena činjenicom da se Direktiva trenutno nalazi u procesu revizije u okviru koje je izričito naznačeno da se čeka stajalište Suda prije nego se predlože ikakva pojašnjenja.⁴⁸ Odluka Suda EU u *Spector Photo Group* imat će značajne praktične

³⁶⁾ Langenbucher, loc. cit. 33, str. 454.

³⁷⁾ Ibidem, str. 456.

³⁸⁾ Mišljenje generalne pravozastupnice loc. cit. 7. para. 55.

³⁹⁾ Council Directive 89/592/EEC of 13 November 1989 coordinating regulations on insider dealing, OJ L 334/89/30.

⁴⁰⁾ Mišljenje generalne pravozastupnice loc. cit. 7. para. 59.

⁴¹⁾ Langenbucher, loc. cit. 33, str. 459. S obzirom na to da je Sud EU u svom obrazloženju istakao potrebu da se razlikuju situacije u kojima je upotreba povlaštene informacije nepravedna i kao takva zabranjena (s ciljem osiguranja integriteta finansijskih tržišta i povjerenja investitora) od onih koje to nisu, autorica smatra da to govori da se još uvijek nije u cijelosti opredijelio "za čisti pristup posjedovanja".

⁴²⁾ Klöhn, loc. cit. 34, str. 6. Autor smatra da je ovakvo postupanje Suda EU u suprotnosti s rješenjima sadržanim u najrazvijenijim zakonima o trgovini povlaštenim informacijama izvan EU (Sjedinjene Američke Države, Australija Novi Zeland).

⁴³⁾ Ibidem, str. 10.

⁴⁴⁾ Ibidem.

⁴⁵⁾ *Spector Photo Group*, para. 61.

⁴⁶⁾ Klöhn, loc. cit. 41, str. 9.

⁴⁷⁾ Princip "jednakog pristupa" ili "tržišni egalitarizam" je princip formalne, a ne materijalne jednakosti što znači da evropska regulacija vrijednosnih papira može biti usmjerena samo na pružanje investitorima jednakog pristupa tj. jednake mogućnosti da iskoriste relevantnu informaciju, a ne osiguranje da će investitori zaista biti sposobni da jednako iskoriste takvu informaciju – Klöhn, loc. cit. 41, str. 14.

⁴⁸⁾ European Commission, loc. cit. 6, str.12.

posljedice kada su u pitanju nacionalna zakonodavstva kojima se regulira zabrana trgovine povlaštenim informacijama, jer je većina prilikom implementacije Direktive usvojila definicije u kojima je sadržan uvjet da trgovina povlaštenom informacijom mora biti obavljena *na temelju* povlaštene informacije, naime na taj način su definirali pojam upotrebe. Tako prema rješenju prisutnom u engleskom pravu, u kojem je postavljen zahtjev da trgovina povlaštenim informacijama mora biti obavljena “na temelju” povlaštene informacije,⁴⁹ samo trgovanje u vrijeme posjedovanja povlaštene informacije nije dovoljno da bi postojala povreda.⁵⁰ Slično je rješenje sadržano u njemačkom pravu u koje je u cijelosti transponovana odredba člana 2. st. 1. Direktive,⁵¹ ali se u praktičnoj primjeni insistira na ograničenju dosega zabrane u situacijama kada povlaštena informacija nije uticala na ponašanje osobe.⁵² Ova, ali i zakonodavstva drugih država članica nakon *Spector Photo Group* očekuju izmjene definicije zabrane trgovine povlaštenim informacijama, koju će u praksi primjenjivati nacionalni sudovi. U kojoj mjeri će oni slijediti interpretaciju “upotrebe povlaštene informacije” pruženu u odluci Suda EU još je rano govoriti, kao i o tome da li je argumentacija iznesena u odluci proizvela samo još dodatne nejasnoće koje će u budućnosti zahtijevati daljnje intervencije Suda EU.

Mag. sci. Dina Bajraktarević

Vorstellung der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes über Auslegung des Begriffes “Nutzung von Insiderinformationen” im Falle Spector Photo Group

(Zusammenfassung)

Der Beitrag stellt die Entscheidung des EuGH vom 23. Dezember 2009 C-45/08 (“Spector Photo Group”) dar. Hierbei wird insbesondere auf das Vorabentscheidungsverfahren und seine Bedeutung eingegangen. Darüber hinaus werden die wesentlichen Punkte der Begründung der Entscheidung und die Kritik, die diese Entscheidung hervorgerufen hat, zusammengefasst. In diesem Zusammenhang wird insbesondere hervorgehoben, dass dem Gericht vorgeworfen wird, einer wesentlichen Vereinfachung des Nachweises des Handels unter Nutzung von Insiderinformationen Vorschub zu leisten. Außerdem wird betont, dass die Entscheidung verschiedene nationale Gesetzgeber dazu zwingen dürfte, ihre bisherigen gesetzlichen Definitionen des Handels zu ändern um sie an die Rechtsprechung des EuGH anzupassen.

⁴⁹ Financial Services and Markets Act (Market Abuse) Regulations 2005, SI 2005/381. Section 118.

⁵⁰ Pogledati: The British Institute of International and Comparative Law, *Comparative Implementation of EU Directives (I) – Insider Dealing and Market Abuse*, (London, Corporation of London 2005) str. 24.

⁵¹ German Securities Trading Act 2004 (Wertpapierhandelsgesetz, WpHG), Section 14.

⁵² The British Institute of International and Comparative Law, op. cit. 48. str. 40.

Inicijativa za kontinentalno pravo

Dr. Stefan Pürner*

Pet organizacija – Savezna notarska komora (*Bundesnotarkammer*, BNotK), Savezna advokatska komora (*Bundesrechtsanwaltskammer*, BRAK), Njemačko udruženje notara (*Deutscher Notarverein*, DNotV) i Njemački savez sudija (*Deutscher Richterbund*, DRB) – je zajedno s francuskom Fondacijom za kontinentalno pravo (*Fondation pour le droit continental*) pokrenulo zanimljivu njemačko-francusku inicijativu.

One su mišljenja da je evropsko kontinentalno pravo, u utrci s anglosaksonskim pravim sistemom, do sada nedovoljno ukazivalo na svoje prednosti. Stoga su izradile zajedničku brošuru o kontinentalnom pravu pod nazivom “Kontinentalno pravo: globalno, sigurno, fleksibilno, ekonomično”, koja je izdata na njemačkom, engleskom i francuskom jeziku. Brošura je u februaru 2011. godine u Berlinu i Parizu uručena njemačkoj saveznoj ministrici pravosuđa, Sabini Leutheusser-Schnarrenberger, i francuskom ministru pravosuđa, Michelu Mercieru. Cilj brošure je da informiše o prednostima kontinentalnog prava i da promovise njegovu primjenu. Brošura se na njemačkom i engleskom jeziku besplatno može preuzeti s interneta: www.kontinentalesrecht.de, a na francuskom jeziku je dostupna preko: http://www.fondation-droitcontinental.org/jcms/c_7660/brochure-de-droit-continental. Ova brošura također je odgovor na napore “Law Society of England and Wales”, udruženja koje promovise pravo Engleske i Walesa i njihovih sudova kao najpodobnijih za rješavanje međunarodnih građanskopravnih sporova. To udruženje prvo je pripremilo brošuru takvog tipa, međutim, samo na engleskom jeziku pod nazivom “England and Wales Jurisdiction of Choice”, koja se također može besplatno preuzeti s interneta: http://www.lawsociety.org.uk/documents/downloads/jurisdiction_of_choice_brochure.pdf.

Dr. Stefan Pürner

Initiative für kontinentales Recht

(Zusammenfassung)

Der Beitrag stellt die Broschüre “Kontinentales Recht: global sicher, flexibel, kostengünstig”, die von der französischen “Fondation pour le droit continental” gemeinsam mit der Bundesnotarkammer (BNotK), der Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK), dem Deutschen Anwaltverein (DAV), dem Deutschen Notarverein (DNotV) und dem Deutschen Richterbund (DRB) herausgegeben wurde, vor.

* Autor je advokat, rukovodilac projektne oblasti Bosna i Hercegovina IRZ-fondacije.

Aktuelnosti iz njemačkog prava

Aktuelne odluke Saveznog suda u skraćenoj formi

Dr. Stefan Pürner

Savezni sud je isključio međunarodnu nadležnost njemačkih sudova za tužbe protiv publikacija na internetu koje nemaju jasnu povezanost s domaćim pravnim poretком.

Internet suočava sudove u cijelom svijetu s novim pitanjima. S obzirom na to da se internetu može pristupiti iz cijelog svijeta, posebno su značajna pitanja nadležnosti. To uključuje i presudu VI građanskog senata Saveznog suda od 29. 3. 2011. (VI. ZR 111/10), koja je predstavljena u Saopćenju za javnost 50/11. U presudi se radilo o pitanju da li postoji jasna povezanost s domaćim pravnim poretком, koji je osnov za nadležnost domaćih sudova, samim time što se u Njemačkoj nalazi prebivalište (pored prebivališta u inostranstvu) i sjedište servera preko kojeg se vodi internet stranica. U saopćenju za javnost rečeno je sljedeće:

Tužitelj je ruski poduzetnik. On pored stana u Moskvi ima i prebivalište u Njemačkoj. Tužena, koja je zajedno s tužiteljem pohađala školu u Moskvi, u međuvremenu živi u SAD-u. Stranke su se srele u stanu tužitelja u Moskvi prilikom sastanka s drugim bivšim drugovima iz razreda koji su ostali u Rusiji. Nakon toga je tužena u SAD-u objavila izvještaj na ruskom jeziku i ćirilčnim pismom o internet portalu www.womanineurope.com kojeg vodi davalac usluga sa sjedištem u Njemačkoj. U tom izvještaju se ona, između ostalog, izjašnjava i o uslovima života i fizičkom izgledu tužitelja. Tužitelj traži povlačenje nekih komentara, naknadu štete i informacije o tome u kojem periodu i na kojim internet stranicama su ovi komentari bili dostupni. Prve dvije sudske instance odbile su međunarodnu nadležnost njemačkih sudova i odbacile su tužbu kao nedopuštenu.

VI građanski senat Saveznog suda koji je, između ostalog, nadležan za zaštitu ličnih prava je odbacio reviziju tužitelja. Njemački sudovi imaju međunarodnu nadležnost za odlučivanje o tužbama radi povrede ličnosti zbog publikacija koje su dostupne na internetu, kada je sadržaj, za koji se smatra da predstavlja povredu prava, objektivno jasno povezan s domaćom državom i to u smislu da je kolizija sukobljenih interesa – interesa tužioca da njegova lična prava budu zaštićena, s jedne

strane, interesa tužene da dizajnira svoju internet prezentaciju kao i da sastavi izvještaj, s druge strane – u domaćoj državi zaista nastupila ili bi mogla nastupiti. To se utvrđuje prema okolnostima konkretnog slučaja, posebno s obzirom na sadržaj konkretne poruke. Iz sadržaja izvještaja koji je predmet tužbe ne može se utvrditi jasna povezanost s domaćom državom. Putopis koji je sastavljen na ruskom jeziku i ćirilčnim pismom opisuje privatni sastanak stranaka u Rusiji. Opisane okolnosti iz privatnog života tužitelja su prvenstveno interesantne onima koji su prisustvovali sastanku. A svi oni, osim tužitelja, imaju uobičajeno prebivalište izvan Njemačke. Samim time što je tužitelj preuzeo izvještaj u mjestu prebivališta u Njemačkoj nije uspostavljena jasna povezanost s domaćom državom, čak i da su pojedini poslovni partneri tužitelja saznali za komentare koje su predmet tužbe. Nadležnost njemačkih sudova se ne može zasnivati ni na sjedištu servera koje je u Njemačkoj.

Savezni sud zabranjuje reklame s precrtanim cijenama kod ponuda prilikom otvorenja

Reklame s (navodnim) sniženjima cijena su nerijetko problematične s aspekta prava konkurencije. To posebno vrijedi u slučaju kada je ponudilac nov na tržištu. Ovakav slučaj je predmet presude I građanskog senata Saveznog suda od 17. 3. 2011. (I ZR 81/09) o kojem se izvještava u Saopćenju za javnost 44/11:

“I građanski senat Saveznog suda koji je, između ostalog, zadužen za pravo konkurencije, odlučio je da je reklama sa istaknutim niskim promotivnim cijenama pored kojih se nalaze precrtane više cijene dopuštena samo ako iz reklame proizlazi koliko dugo će trajati promotivne cijene i od kada će se tražiti više precrtane cijene.

Tuženi trgovac tepiha od 2007. godine ima prodavnicu u Friesenheimu kod Freiburga. On je u jednom prospektu u novinama ‘Badische Zeitung’ reklamirao kolekciju tepiha ‘Original Kanchipur’ s promotivnim cijenama pored kojih su stajale znatno više precrtane cijene. U prospektu je pisalo da kolekcija predstavlja svjetski novitet i da on kao proizvođač nudi visoke popuste pri njihovom uvođenju na tržište.

Tužiteljica, konkurent iz Freiburga, smatrala je ovu reklamu obmanom i povredom načela transparentnosti prema pravu konkurencije. Ona je uspjela s tužbom u prve dvije instance. Savezni ustavni sud je odbio reviziju protiv ranije odluke.

Savezni sud je potvrdio odluku Apelacionog suda da nisu bili ispunjeni uslovi jasnosti i nedvosmislenosti,

prema § 4 Nr. 4 Zakona o nelojalnoj konkurenciji (UWG), kako bi se ova metoda poticanja veće prodaje mogla koristiti prilikom reklamiranja. Pored toga je ta reklama bila protivna zabrani dovođenja u zabludu. Onaj ko reklamira višu precrtanu cijenu mora jasno naznačiti na šta se ta cijena odnosi. Ako se radi o redovnoj cijeni koju će prodavac tražiti nakon završetka promotivne reklame, onda mora naznačiti od kada će tražiti redovnu cijenu. Za razliku od rasprodaje kod koje prodavac, prema sudskoj praksi, nema obavezu da odredi vremensko ograničenje, promotivna ponuda koja se reklamira višim precrtanim cijenama mora imati vremensko ograničenje.”

Dr. Stefan Pürner

Aktuelle Entscheidungen des deutschen Bundesgerichtshofs in Kurzform

(Zusammenfassung)

In der Rubrik “Aktuelles aus dem deutschen Recht” werden in der vorliegenden Ausgabe Urteile des deutschen Bundesgerichtshofs (BGH) vorgestellt. Diesmal wurden das Urteil des VI. Zivilsenats vom 29.3.2011 (Aktenzeichen VI. ZR 111/10), in welchem der BGH die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte für Klagen gegen Internetveröffentlichung ohne deutlichen Inlandsbezug verneint, sowie das Urteil des I. Zivilsenats vom 17.3.2011 (Aktenzeichen I. ZR 81/09) in dem der Bundesgerichtshof die Werbung mit durchgestrichenen Preisen bei Eröffnungsangeboten untersagt, ausgewählt. Die Darstellung erfolgt durch Auszüge aus den Pressemitteilungen des Gerichts zu den jeweiligen Entscheidungen.

Aktueltnosti iz prava regiona

Načelo oficijelnosti u založnom pravu Republike Srbije *de lege ferenda*

Mag. sci. Jelena Brkić*

Sažetak

Potreba za brzom i efikasnom procedurom koju nameće pravni promet, dovela je do normiranja sve većeg broja izuzetaka od načela oficijelnosti u reformisanom založnom pravu Republike Srbije. Uvođenjem registrovane zaloge u naš pravni sistem i stupanjem na snagu Zakona o hipoteci, zalogoprinci stižu pravo da unapred, pod zakonom predviđenim uslovima, ugovore vansudsko namirenje, odnosno privatnu prodaju založene stvari bez obraćanja sudu, ili prisvajanje iste na ime ispunjenja duga. Imajući u vidu činjenicu da je dužnik u unapred podređenom položaju i da ne postoje adekvatne zakonske mere kontrole vansudskog namirenja, ova odstupanja mogu otvoriti put mnogim zloupotrebama. Prateći zakonske aktivnosti u našem pravu koje su usmerene na celovito regulisanje materije stvarnog prava, autor će u radu nastojati da odredi domašaj načela oficijelnosti u založnom pravu Republike Srbije de lege ferenda, kroz prikaz rešenja Nacrta Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima. U tom cilju ćemo analizirati odredbe koje konkretizuju važenje ovog načela kod zaloge, kao i predložene izuzetke koji isključuju njegovu primenu, uporediti ih sa regulativom de lege lata i sagledati u kojoj meri zakonodavac njihovim propisivanjem ide nauštrb načela oficijelnosti i njegovoj zaštitnoj funkciji za dužnika, zarad ostvarenja poveriočevog prava na brz i efikasan postupak naplate.

Ključne reči: načelo oficijelnosti, komisorna klauzula, marcijanski pakt, sudsko namirenje, vansudsko namirenje

Uvodne napomene

Klasično načelo oficijelnosti založnog prava određuje da se realizacija poveriočevog prava na namirenje vrši prodajom založene stvari sudskim putem uz zabranu ugovaranja komisorne klauzule i marcijanskog pakta. Načelo oficijelnosti je pravilo da se založni poverilac, kome založni dužnik nije u roku platio dug, može naplatiti iz vrednosti založene stvari u sudskom postupku.¹ U skladu s ovim pravilom, u našem pravnom sistemu je zabranjena komisorna klauzula (*lex commissoria*) i marcijanski pakt. *Lex commissoria* predstavlja odredbu u ugovoru o zalozi kojom se predviđa da će založena stvar preći u svojinu založnog poverioca, ako njegovo potraživanje ne bude namireno o dospelosti, a marcijanski pakt je ugovorna odredba

* Autorica je asistentica na Fakultetu za evropske pravno-političke studije u Novom Sadu, Univerzitet Singidunum Beograd.

¹ Babić, I., *Osnovi imovinskog prava – Uvod u građansko i stvarno pravo*, 6. izdanje (Beograd, Službeni glasnik 2008) str. 291.

kojom se utvrđuje da će založni poverilac, ako mu dug ne bude isplaćen o dospelosti, na založenoj stvari steći pravo svojine po unapred određenoj ceni.² Načelo oficijelnosti prvenstveno štiti založnog dužnika, kao ekonomski slabiju stranu u založnopravnom odnosu. Takođe, pravo kasnijih založnih poverilaca da naplate svoje potraživanje iz vrednosti založene stvari, bilo bi osujećeno bez važenja ovog načela. Poverilac koji bi sam prodavao stvar i pri tome ne bi bio kontrolisan od strane suda, prodaju bi mogao sprovesti isključivo s ciljem namirenja svog potraživanja ne vodeći računa o postizanju optimalne cene, te eventualnom vraćanju viška postignute cene dužniku.³

U pravu Republike Srbije načelo oficijelnosti ima dugu tradiciju. Prinudno namirenje putem suda se dugo shvatalo kao jedino dobar postupak koji pruža adekvatnu zaštitu dužniku.⁴ Međutim, ovako shvaćeno načelo oficijelnosti se pokazalo kao smetnja razvoju tržišne privrede. Da bi poverilac prinudno namirio svoje dospelo potraživanje putem zaloge, morao je da prođe kroz parnični i izvršni postupak, što znatno usporava postupak realizacije. Neefikasnost naplate potraživanja je delimično otklonjena pojavom sporazumne sudske zaloge na pokretnim i nepokretnim stvarima, koja je u pravni sistem bivše SFRJ, odnosno Srbije uvedena izmenama i dopunama saveznog Zakona o izvršnom postupku iz 1978. godine.⁵ Osnovna karakteristika ove zaloge je da sporazum stranaka ima snagu sudskog poravnjanja, na osnovu koga sud kada utvrdi da je postao izvršan, donosi rešenje o izvršenju i sprovodi izvršenje bez prethodnog vođenja parnice. Međutim, potreba za brzom i efikasnom procedurom koju nameće pravni promet, dovela je do normiranja sve većeg broja izuzetaka od načela oficijelnosti u reformisanom založnom pravu Republike Srbije. Uvođenjem registrovane zaloge u pravni sistem Republike Srbije, Zakonom o založnom pravu na pokretnim stvarima upisanim u Registar (ZZP)⁶ i stupanjem na snagu Zakona o hipoteci (ZH)⁷, zalogoprincipi stiču pravo da unapred, pod zakonom predviđenim uslovima, ugovore vanskudsko namirenje, odnosno privatnu prodaju založene stvari bez obraćanja sudu, ili prisvajanje iste na ime ispunjenja duga.⁸ Odstupanja od redovnog izvršnog postupka imaju za cilj olakšanje nami-

renja poverioca i predviđaju niz odstupanja od načela oficijelnosti založnog prava, kao i olakšanje pribavljanja izvršnog naslova.⁹ Međutim, ovi izuzeci nose i značajne rizike za dužnika i treća lica, budući da zakonodavac ne predviđa nikakve zakonske mere kontrole vanskudskog namirenja. Imajući u vidu činjenicu da je dužnik u unapred podređenom položaju, njegovi interesi ne mogu biti zaštićeni u dovoljnoj meri samo principom *bona fides*.¹⁰ Ne treba zanemariti i opšte pravilo o realizaciji zaloge, koje predviđa primenu samopomoći, pa poverilac po samom zakonu stiče pravo na državinu ako dužnik ne ispunji svoju obavezu o dospelosti¹¹, kao ni restriktivno postavljene uslove za osporavanje vanskudskog namirenja u postupku realizacije.¹² Primena ovih rešenja može onemogućiti i lica koja su kasnije stekla založno pravo na stvari da naplate svoje potraživanje, čime je dovedena u pitanje mogućnost višestrukog zalaganja.

Pri Ministarstvu finansija i ekonomije Srbije sredinom 2003. godine formirana je radna grupa za izradu nacrtu novog zakona o svojinskim odnosima, čija je konačna verzija završena tri godine kasnije.¹³ Predloženo je da tekst bude usvojen pod nazivom Zakonik o svojini i drugim stvarnim pravima (Nacrt).¹⁴ Ovom prilikom bih ukazala na rešenja Nacrta koja regulišu namirenje poverilaca kod zaloge, a koja će konkretizovati važenje načela oficijelnosti u založnom pravu Republike Srbije *de lege ferenda*, ukoliko ovaj tekst bude stupio na snagu.

I Načelo oficijelnosti kod založnog prava na pokretnim stvarima *de lege ferenda*

Važenje načela oficijelnosti kod *pignusa* u regulativi *de lege ferenda* je očuvano pravilom o sudskoj prodaji založene stvari¹⁵ i propisivanjem zabrane ugovaranja komisorne klauzule i marcijanskog pakta.¹⁶ Kako bi se ubrzao postupak naplate, u Nacrtu su predviđena odstupanja od ovih pravila, a koje poznaje i važeći Zakon o obligacionim odnosima (ZOO).¹⁷ Prvi takav izuzetak je predviđen

Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu 2009), str. 404–406. i str. 410–416.

⁹⁾ Povlakić, M., Organizacija i funkcija registara za prava osiguranja na pokretnim stvarima u jugoistočnoj Evropi, 1 *Evropski pravnik* (2008), str. 29 na str. 73.

¹⁰⁾ Sić, M., Reforma založnog prava u Srbiji, 11 *Pravni život* (2007), str. 449 na str. 452.

¹¹⁾ V. čl. 35. st. 1. ZZP.

¹²⁾ V. čl. 49. ZZP, čl. 31. ZH.

¹³⁾ Nikolić, D., *Uvod u sistem građanskog prava*, 9. izdanje, (Novi Sad, Univerzitet u Novom Sadu Pravni fakultet 2008), str. 111.

¹⁴⁾ *Ka novom stvarnom pravu Srbije – Nacrt Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima*, Beograd, Nemačka organizacija za tehničku saradnju – Ministarstvo pravde Republike Srbije 2007, str. 89–112.

¹⁵⁾ V. čl. 487. Nacrta.

¹⁶⁾ V. čl. 482. st. 1. tač. 1, 2. i 3. Nacrta.

¹⁷⁾ Službeni list SFRJ br. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, Službeni list SRJ br. 31/93, 22/99, 23/99, 35/99, 44/99.

²⁾ Popov, D., Zabranjene odredbe u ugovoru o zalozi, 2. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* (2010), str. 83.

³⁾ Medić, D., et al. *Komentar Zakona o stvarnim pravima Republike Srpske*, (Sarajevo, Privredna štampa 2011) str. 499.

⁴⁾ Tešić, N., *Registrovana zaloge*, (Beograd, Službeni glasnik – Pravni fakultet u Beogradu 2007), str. 214.

⁵⁾ Službeni list SFRJ, br. 20/78, 6/82, 74/87, 20/90, 27/90, 35/91, Službeni list SRJ, br. 27/92, 31/93, 23/94, Službeni glasnik RS 124/04. Identično rešenje sadrži i važeći Zakon o izvršenju i obezbeđenju (Sl. glasnik RS, br. 31/2011).

⁶⁾ Službeni glasnik RS, br. 57/2003, 61/2005, 64/2006.

⁷⁾ Službeni glasnik RS, br. 115/05.

⁸⁾ V. čl. 15. ZH. Više o tome Živković, M., *Novo hipotekarno pravo u Republici Srbiji u Josipović, T. (red.) Stvarnopravna uređenja tranzicijskih zemalja – stanje i perspektive* (Zagreb,

odredbom prema kojoj se, ako je u zalogu data stvar čija je cena propisana, ugovarači mogu sporazumeti da će poverilac moći po unapred određenoj ceni prodati založenu stvar ili je zadržati za sebe.¹⁸ Isto dejstvo ima i pravilo po kome sud može odlučiti da poverilac proda stvar po ceni utvrđenoj procenom stručnjaka, ili da je zadrži za sebe po toj ceni¹⁹; kao i mogućnost da sud na zahtev zalagodavca dozvoli prevremenu prodaju založene stvari.²⁰ Pravo namirenja poverilaca iz ugovora u privredi izmiče važenju načela oficijelnosti. Poverioci iz privrednopravnog odnosa, kao i u važećoj regulativi, mogu svoje založno pravo da realizuju bez obraćanja sudu tako što će stvar izložiti na javnoj prodaji, ili prodati po tržišnoj i berzanskoj ceni ako stvar ima ovakvu cenu.²¹ Nacrtom je propisano da po dospelosti obezbeđenog potraživanja, zalagodavac i zalogoprimac mogu ugovoriti i *lex commissoria*, kao i marcijansku klauzulu.²² Prema zastupljenom stavu u pravnoj teoriji, ugovaranje ovih klauzula nakon dospelosti potraživanja je moguće i u pozitivnom pravu, iako nije izričito predviđeno odredbama ZOO.²³

Navedena odstupanja od načela oficijelnosti bi se mogla sintetizirati kao mogućnost vanskudske javne ili slobodne prodaje bez sticanja izvršnog naslova, ili mogućnost vanskudske prodaje odlukom suda.²⁴ Značajan izuzetak od načela oficijelnosti, koji nije predviđen ZOO, predstavlja odredba Nacrta po kojoj je moguće da ugovorne strane u trenutku zaključenja ugovora o zalozi predvide prodaju založene stvari po unapred određenoj ceni, kao i prisvajanje iste na ime ispunjenja duga. Reč je o odredbi koja je preuzeta iz važećeg ZZP, a kojom se u pozitivnom pravu isključuje načelo oficijelnosti kod registrovane zaloge. Vanskudsko namirenje kod ručne zaloge je moguće ugovoriti pod uslovom da zalagodavac nije fizičko lice koje zaključuje ugovor o zalozi izvan okvira privredne delatnosti i ako je unapred određena tržišna, odnosno berzanska cena, a u nedostatku ove razumna cena.²⁵ U tom slučaju, ako se obezbeđeno potraživanje ne namiri o dospelosti, zalogoprimac može po ovoj ceni prodati založenu stvar, ili je zadržati za sebe.²⁶

Nacrt predviđa još jedan izuzetak od načela oficijelnosti koji nije regulisan u ZOO. Zalogoprimac koji zaključuje ugovore o ručnoj zalozi u okviru redovne delatnosti, a nije banka, ili druga finansijska organizacija, može da naplati svoje potraživanje sticanjem svojine na založenoj stvari ako dužnik ne ispunji obavezu o dospelosti.²⁷ Za razliku od prethodnog izuzetka, gde se načelo oficijelnosti unapred isključuje voljom ugovornih strana pod uslovom da zalagodavac nije fizičko lice koje ugovor o zalozi zaključuje izvan okvira privredne delatnosti, u ovom slučaju određeni poverioci će se namirivati sticanjem svojine na založenoj stvari po samom zakonu, ako dužnik ne ispunji obavezu.

Kod druge vrste založnog prava na pokretnim stvarima, registrovane zaloge, Nacrtom je predviđeno da se založni poverilac može namiriti sudskom ili vanskudskom prodajom, nakon što stekne fizičku državinu založene stvari. Državinu založene stvari zalogoprimac stiče na osnovu zakona, po dospelosti obezbeđenog potraživanja, pri čemu je ovlašćen da sam uzme stvar od zalagodavca ili trećeg lica kod koga se ista nalazi "pod uslovima za dozvoljenu samopomoć."²⁸ Predviđen je i sudski postupak za ostvarivanje ovog zalogoprimčevog prava.²⁹ Nakon uzimanja založene stvari u fizičku državinu, zalogoprimac može da zahteva da sud stvar proda na javnoj prodaji, ili po tekućoj ceni, u skladu s načelom oficijelnosti.³⁰ Sudska prodaja se sprovodi po pravilima izvršnog postupka, na osnovu overenog izvoda iz javnog registra koji je izvršna isprava.³¹ Vanskudski poverilac se može naplatiti prodajom založene stvari na javnoj prodaji, ili po tekućoj ceni ako stvar ima tržišnu ili berzansku cenu.³² Na ovaj način zalogoprimac može prodati založenu stvar zalagodavca privrednog subjekta, koje je zaključilo ugovor o registrovanoj zalozi u okviru privredne delatnosti, ali i zalagodavca fizičkog lica koje je zaključilo ugovor o registrovanoj zalozi izvan okvira privredne delatnosti.³³ Prodaju založene stvari zalagodavca koji nije fizičko lice, poverilac može sprovesti po isteku osam dana od dana pisanog obaveštenja o nameravanoj prodaji.³⁴ Za zalagodavce fizička lica, ovaj rok iznosi trideset dana i počinje da teče od upisa početka namirenja u javnom registru.

Ovaj izuzetak od načela oficijelnosti predstavlja značajnu novinu u odnosu na važeće zakonodavstvo. Prema odredbama ZZP, zalogoprimac se može naplatiti vanskudskom prodajom založene stvari po unapred određenoj ceni, samo ako zalagodavac ima svojstvo privrednog subjekta i ako je takav način namirenja unapred ugo-

¹⁸⁾ V. čl. 973. st. 2. ZOO i čl. 482. st. 2. Nacrta.

¹⁹⁾ V. čl. 980. st. 2. ZOO i čl. 487. st. 3. Nacrta.

²⁰⁾ V. čl. 983. ZOO i čl. 491. Nacrta.

²¹⁾ V. čl. 981. ZOO i čl. 488. Nacrta.

²²⁾ V. čl. 489. st. 5. Nacrta.

²³⁾ Orlić, M., *Odrednica Založno pravo u Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada (tom III)*, (Beograd, Novinsko-izdavačka ustanova Službeni list SFRJ 1978) str. 952, Babić, I., *Leksikon obligacionog prava*, 3. izdanje, (Beograd, Službeni glasnik 2008) str. 170, Rašović, Z., *Stvarno pravo*, 4. izdanje, (Podgorica, Pravni fakultet Podgorica 2010) str. 417–418, Lazić, M., *Prava realnog obezbeđenja*, 1. izdanje, (Niš, Punta Niš 2009) str. 116.

²⁴⁾ Medić, D., op. cit. fusnota 3, str. 499.

²⁵⁾ V. čl. 482. st. 1. tač. 4. Nacrta.

²⁶⁾ V. čl. 489. Nacrta.

²⁷⁾ V. čl. 486. Nacrta.

²⁸⁾ V. čl. 521. st. 1. i 2. Nacrta.

²⁹⁾ V. čl. 521. st. 3. i 4. Nacrta.

³⁰⁾ V. čl. 523. Nacrta.

³¹⁾ V. čl. 523. st. 4. Nacrta.

³²⁾ V. čl. 524. st. 3. Nacrta.

³³⁾ V. čl. 524. st. 1. Nacrta.

³⁴⁾ V. čl. 524. st. 2. Nacrta.

voren.³⁵ Izuzetno zalagodavac može pristupiti vanskudskoj prodaji založene stvari na javnoj prodaji ili po tekućoj ceni i kad je zalagodavac fizičko lice koje je zaključilo ugovor o zalozi izvan okvira privredne delatnosti, ako su se založni poverilac i zalagodavac o tome sporazumeli u trenutku dospelosti poveriočevog potraživanja.³⁶ Mišljenja smo da ova odredba važi i ako je zalagodavac privredni subjekt, a nije ugovoreno vanskudsko namirenje po unapred određenoj ceni. Zakonodavac *de lege ferenda* poveriocu registrovane zaloge, nakon dospelosti potraživanja i sticanja državnine na založenoj stvari, daje pravo da optira između sudske i vanskudske prodaje, nezavisno da li je zalagodavac fizičko lice ili privredni subjekt. Nije potrebno ni prethodno ugovaranje takvog načina namirenja, niti pribavljanje saglasnosti zalagodavca po dospelosti potraživanja. Pored vanskudskog namirenja putem prodaje stvari na javnoj prodaji i po tekućoj ceni, zalogoprimec se može vanskudski namiriti i prodajom stvari po unapred određenoj ceni, kao i sticanjem svojine na istoj na ime ispunjenja duga. Kao i u važećem pravu, kod subjekata koji obavljaju privrednu delatnost, dopušteno je ugovaranje marcijanskog pakta u trenutku zaključenja ugovora o zalozi i to pod uslovom da je unapred određena tržišna, odnosno berzanska cena, a u nedostatku ove razumna cena.³⁷ Kod fizičkih lica, u skladu sa načelom oficijelnosti, ove odredbe su ništave.³⁸ Pravo zalogoprimeca da se namiri vanskudskim putem, zalagodavac može osporavati tužbom koja se mora podneti u roku od 30 dana od dana upisa početka namirenja u javnom registru.³⁹ Ovom tužbom zalagodavac može isticati da ne postoji zalogoprimecovo potraživanje, odnosno registrovana zalog, da potraživanje nije dospelo za naplatu ili da je dug isplaćen. Zakonodavac predviđa pravilo po kome podnošenje ove tužbu ne sprečava postupak namirenja, osim ako zalagodavac javnom ili privatnom ispravom, overenom na zakonom propisan način, ne dokaže ove činjenice.

II Načelo oficijelnosti kod hipoteke *de lege ferenda*

Kod založnog prava na nepokretnosti, važenje načela oficijelnosti *de lege ferenda* zakonodavac različito normira s obzirom na svojstvo zalagodavca. Namirenje poverilaca

iz hipotekovane nepokretnosti dobijene njenom prodajom putem suda, ostaje osnovno pravilo ako je zalagodavac fizičko lice koje ugovor o hipoteci zaključuje izvan okvira privredne delatnosti. Ako se obezbeđeno potraživanje ne namiri o dospelosti, hipotekar pismenim putem obaveštava zalagodavca i dužnika, kad to nije isto lice, o nameri da svoje dospelo potraživanje namiri iz vrednosti hipotekovane nepokretnosti.⁴⁰ Hipotekar može tražiti da se u javnom registru izvrši zabeležba započetog namirenja⁴¹, a sudska prodaja se sprovodi po odredbama izvršnog postupka.⁴² Ako zalagodavac nije fizičko lice koje je zaključilo ugovor o hipoteci izvan okvira privredne delatnosti, hipotekar se može vanskudski namiriti prodajom stvari na javnoj prodaji ili po tekućoj ceni po isteku dva meseca od dana upućivanja dužniku i zalagodavcu, kad to nije isto lice, pisanog obaveštenja o nameravanoj prodaji.⁴³ Hipotekar se može vanskudski namiriti i prodajom hipotekovane nepokretnosti po unapred određenoj ceni, kao i prisvajanjem iste na ime ispunjenja duga, pod uslovom da je tako punovažno ugovoreno u trenutku zaključenja ugovora o hipoteci i ako zalagodavac nije fizičko lice.⁴⁴ Vanskudsku prodaju hipotekar može realizovati tek pošto se dospelost obezbeđenog potraživanja i obaveza da se ono isplati utvrde pravnosnažnom sudskom odlukom ili s njom izjednačenom ispravom. Kada je u pitanju vanskudska javna prodaja, zakonodavac vremenski ograničava hipotekara da mora prodati hipotekovanu nepokretnost u roku od 12 meseci od dana kad je mogao pristupiti prodaji.⁴⁵ U suprotnom on se može namiriti jedino sudskom prodajom, a ako to odbije hipoteka prestaje i bez prestanka potraživanja. U slučaju prodaje nepokretnosti po ceni koja je unapred utvrđena u trenutku zaključenja ugovora o hipoteci, hipotekar je vanskudskom prodajom mora postići.⁴⁶ Zalagodavac može osporavati pravo hipotekara da se namiri vanskudskim putem, nakon otpočinjanja namirenja, podnošenjem tužbe sudu kojom će isticati da ne postoji potraživanje, odnosno hipoteka, da potraživanje nije dospelo ili da je dug isplaćen.⁴⁷ Podnošenje tužbe sudu ne odlaže postupak namirenja, osim ako zalagodavac podnese javnu ili privatnu ispravu overenu na zakonom propisan način kao dokaz za ove činjenice. U skladu sa načelom oficijelnosti, Nacrtom je propisana zabrana ugovaranja komisorne klauzule prilikom zasnivanja založnog prava na nepokretnosti, kao i marcijanske klauzule ako je zalagodavac fizičko lice koje ugovor o hipoteci zaključuje izvan okvira privredne delatnosti.⁴⁸ Po dospelosti obezbeđenog potraži-

³⁵⁾ V. čl. 27. i čl. 44. ZZP.

³⁶⁾ V. čl. 46. st. 2. ZZP.

³⁷⁾ "Ako zalagodavac ima svojstvo privrednog subjekta (lice koje se profesionalno bavi privrednom delatnošću) ugovorom o zalozi može se predvideti da založni poverilac ima pravo da predmet založnog prava proda na vanskudskoj javnoj prodaji, ako njegovo potraživanje ne bude namireno o dospelosti. Ako predmet založnog prava ima tržišnu ili berzansku cenu, ugovorom o zalozi može se predvideti da založni poverilac ima pravo da ga proda po toj ceni, ili da ga po toj ceni zadrži za sebe." čl. 27. st. 1. i st. 2. ZZP.

³⁸⁾ V. čl. 516. st. 1. tač. 3. Nacrta.

³⁹⁾ V. čl. 527. Nacrta.

⁴⁰⁾ V. čl. 581. st. 1. Nacrta.

⁴¹⁾ V. čl. 581. st. 3. Nacrta.

⁴²⁾ V. čl. 583. st. 1. Nacrta.

⁴³⁾ V. čl. 583. st. 2. Nacrta.

⁴⁴⁾ V. čl. 583. st. 6. čl. 576. st. 4. Nacrta.

⁴⁵⁾ V. čl. 584. Nacrta.

⁴⁶⁾ V. čl. 583. st. 6. Nacrta.

⁴⁷⁾ V. čl. 587. Nacrta.

⁴⁸⁾ V. čl. 576. Nacrta.

vanja, ove odredbe se mogu punovažno ugovoriti. Zakonodavac u rešenjima Nacrta znatno drugačije postavlja pravila o namirenju poverilaca kod zaloge na nepokretnosti, u odnosu na važeće pravo. Važeći ZH isključuje načelo oficijelnosti kod hipoteke uvođenjem vanskudskog namirenja kao osnovnog načina na koji hipotekarni poverioci realizuju svoje potraživanje iz vrednosti hipotekovane nepokretnosti. Ako dužnik ne ispuni dug o dospelosti, poverilac iz verodostojne i izvršne isprave sprovodi i vodi postupak namirenja, koji je detaljno urađen ZH.⁴⁹ Postupak namirenja uređen je tako da poverilac za slučaj da dužnik ne isplati dug o dospelosti, može sam u relativno kratkom vremenu da realizuje svoje potraživanje iz vrednosti hipotekovane nepokretnosti, bez vođenja parničnog i izvršnog postupka. Nacrtom se ne isključuje mogućnost realizacije potraživanja mimo suda, ali se vanskudskom namirenju može pristupiti tek pošto se pravno-snažnom sudskom odlukom ili s njom izjednačenom ispravom utvrdi dospelost potraživanja i obaveza da se ono isplati.

Zaključna razmatranja

Načelo oficijelnosti ostaje važeći princip kod zaloge i u rešenjima Nacrta. U skladu s ovim pravilom, zadržana je mogućnost namirenja poverilaca u sudskom postupku i propisana zabrana ugovaranja komisorne klauzule i marcijanskog pakta, ako je zalagodavac fizičko lice koje ugovor o zalozi zaključuje izvan okvira privredne delatnosti. Načelo oficijelnosti *de lege ferenda* nije shvaćeno kao apsolutno pravilo. Kod *pignusa* i registrovane zaloge, u trenutku zaključenja ugovora o zalozi moguće je ugovoriti vanskudsku prodaju založene stvari po unapred određenoj ceni, kao i prisvajanje iste na ime ispunjenja duga. Nedostatak ovog rešenja je što nisu propisane određene mere kontrole koje bi zaštitile interese dužnika i trećih lica. Zakonodavac prenebregava činjenicu da dužnik pristaje na ove odredbe prilikom zaključenja ugovora o zalozi, kada se nalazi u zavisnom i podređenom položaju, a u postupku realizacije jedino pravno sredstvo kojim može osporavati pravo založnog poverioca da se namiri vanskudskim putem jeste tužba sudu. Međutim, mogućnost njenog podnošenja je ograničena, kako u pogledu činjenica koje se mogu isticati, tako i u pogledu dokaza kojima se iste mogu utvrditi. Kod ručne zaloge založni dužnik i nema na raspolaganju ovo pravno sredstvo. Pri tome ne treba zanemariti rešenje po kome kod registrovane zaloge zalogoprimalac stiče državinu založene stvari po samom zakonu u trenutku dospelosti potraživanja, dok se kod ručne zaloge, po pravilu, sve vreme trajanja založno-pravnog odnosa založena stvar nalazi kod njega. Ove odredbe su punovažne samo ako zalagodavac ima svojstvo privrednog subjekta, pa je pretpostavka da su lica koja obavljaju privrednu delatnost dovoljno iskusna da

shvata značaj posledica ovih rešenja. Kod registrovane zaloge, zalogoprimalac se vanskudski može namiriti i prodajom založene stvari na javnoj prodaji ili po tekućoj ceni, nezavisno da li je zalagodavac fizičko lice ili privredni subjekt i da li je takav način namirenja unapred ugovoren. Mišljenja smo da ovo rešenje može otvoriti put mnogim zloupotrebama, imajući u vidu činjenicu da poverilac stiče državinu založene stvari po samom zakonu u trenutku dospelosti potraživanja, a zakonodavac ne propisuje nikakva ograničenja u pogledu poveriočevog prava optiranja između sudske i vanskudske prodaje založene stvari.

Načelo oficijelnosti kod hipoteke u regulativi *de lege ferenda* ima prioritet, za razliku od rešenja važećeg ZH, gde je poveriočevo pravo na brz i efikasan postupak naplate postavljeno kao pravilo višeg ranga. Stoga su u predloženom tekstu izostavljene odredbe o tzv. vanskudskoj izvršnoj hipoteci, kojom se čini gruba disproporcija položaja ugovornih strana kod zaloge. Zakonodavac Nacrtom ne isključuje mogućnost vanskudskog namirenja, ali ne zanemaruje interese dužnika, kao ekonomski slabije strane u založnopravnom odnosu. Poverilac se može namiriti prodajom stvari mimo suda, samo ako zalagodavac nije fizičko lice koje ugovor o zalozi zaključuje izvan okvira privredne delatnosti. Time se obezbeđuje zaštita fizičkim licima kod kojih je zaključenje ugovora o zalozi izuzetak u odnosu na redovne životne aktivnosti.⁵⁰ Za očuvanje načela oficijelnosti, posebno je značajna odredba po kojoj hipotekar može pristupiti vanskudskoj prodaji pošto se dospelost obezbeđenog potraživanja i obaveza da se ono isplati utvrde pravno-snažnom sudskom odlukom i s njom izjednačenom ispravom. To znači da će samom postupku namirenja, koji se sprovodi mimo suda, uvek prethoditi jedan sudski postupak kako bi se utvrdile ove činjenice. Iako je podnošenje ove tužbe ograničeno, kao i kod registrovane zaloge i *pignusa*, treba imati u vidu da se hipotekovana nepokretnost sve vreme trajanja zaloge nalazi u državini zalagodavca, koju hipotekar ne stiče po samom zakonu ako dug ne bude isplaćen. Izgleda da su i redaktori novog Zakona o parničnom postupku imali u vidu značaj ovih odredbi pa su u radnoj verziji predložili rešenje po kome se tužba za utvrđenje može podneti i radi utvrđenja postojanja, odnosno nepostojanja činjenica kada je to predviđeno posebnim propisom.⁵¹

Mišljenja smo da zakonodavac u regulativi *de lege ferenda*, nastoji da očuva načelo oficijelnosti kod hipoteke, vodeći računa o njegovoj zaštitnoj funkciji za dužnika, dok je kod zaloge na pokretnim stvarima ova tendencija slabije izražena. Iako fizičke i ekonomske razlike između pokretnih i nepokretnih stvari uslovljavaju njihov različit pravni režim⁵², ne treba izgubiti iz vida nova rešenja ZZP

⁴⁹⁾ Tešić, N., op. cit. fusnota 4, str. 219.

⁵¹⁾ Radna verzija Radne grupe za Zakon o parničnom postupku, čl. 188, www.mpravde.gov.rs.

⁵²⁾ Orlić, M. et. al., *Stvarno pravo*, 9. izdanje, (Beograd, Nomos 1999), str. 27.

⁴⁹⁾ V. čl. 29–38. ZH.

o predmetu založnog prava kod registrovane zaloge, kao i činjenicu da postoje pokretne stvari ogromne vrednosti, koje za vlasnike mogu imati isti značaj kao i nepokretnost. Uostalom, načelo oficijelnosti kod zaloge ne štiti samo privatni interes dužnika, već i opšti društveni interes sprečavajući da “nadmoć jedne, ekonomski jače strane, bude zloupotrebljena na štetu druge, slabije.”⁵³

Mag. sci. Jelena Brkić

Das Amtsprinzip im Pfandrecht der Republik Serbien de lege ferenda

(Zusammenfassung)

Der Rechtsverkehr verlangt ein schnelles und effektives Verfahren. Dies führte dazu, dass im Rahmen der Reform des Pfandrechts der Republik Serbien eine immer größere Zahl von Ausnahmen vom Prinzip der amtlichen Verwertung normiert wurde. Durch die Einführung von Registerpfandrechten und das Inkrafttreten des Gesetzes über die Hypothek hat der Pfandgläubiger die Möglichkeit unter den gesetzlich vorgesehenen Bedingungen im Voraus die außergerichtliche Befriedigung beziehungsweise den privaten Verkauf einer verpfändeten Sache ohne Einschaltung des Gerichts oder die Aneignung dieser Sache zur Erfüllung der Schuld vertraglich zu vereinbaren. Da sich der Schuldner von vornherein in einer schlechteren Position befindet und keine adäquaten gesetzlichen Möglichkeiten zur Kontrolle der außergerichtlichen Befriedigung bestehen, kann es zu Missbrauch kommen. Die Autorin versucht in diesem Beitrag anhand der Darstellung der Lösungen des Entwurfs für das Gesetz über das Eigentum und andere dingliche Rechte, den Anwendungsbereich des Prinzips der amtlichen Verwertung im Pfandrecht der Republik Serbien de lege ferenda zu bestimmen. Zu diesem Zwecke werden die Bestimmungen, die dieses Prinzip im Zusammenhang mit einem Pfand konkretisieren, analysiert. Ebenso werden die vorgeschlagenen Ausnahmefälle, in denen dessen Anwendung ausgeschlossen sein soll, untersucht und mit den de lege lata bestehenden Regelungen verglichen. Außerdem wird überprüft, in welchem Maße der Gesetzgeber das Prinzip der amtlichen Verwertung und seine schuldnerschützende Funktion hintanstehen lässt, um dem Gläubiger ein schnelles und effektives Verfahren zur Befriedigung seiner Forderung zu ermöglichen.

Osvrt na novo međunarodno privatno pravo Crne Gore

Prof. dr Maja Kostić-Mandić*

Uvodne napomene

U tekućoj godini višegodišnji rad na novom zakonu u materiji međunarodnog privatnog prava je priveden kraju i očekuje se skoro usvajanje ovog zakona u Skupštini Crne Gore. Do stupanja na snagu i početka primjene novog zakona¹ najznačajniji izvor međunarodnog privatnog prava Crne Gore je Zakon o rješavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja² (u daljem tekstu: ZRSZ). U vrijeme svog donošenja ZRSZ se u međunarodnim razmjerama smatrao izuzetno kvalitetnim tekstom, a u nepromijenjenom obliku važi i danas u Crnoj Gori, iako je još na osnovu Povelje državne zajednice Srbije i Crne Gore nadležnost iz oblasti međunarodnog privatnog prava prenijeta na države članice i od tada se ZRSZ primjenjuje kao propis Crne Gore.

Protek vremena od skoro tri decenije i razvoj međunarodnog privatnog prava uslovio je potrebu da se u određenim odnosima izvrši usaglašavanje sa osloncem na regulativu Evropske unije (u daljem tekstu: EU), međunarodne ugovore, kao i uporednopravna zakonska rješenja koja su se pokazala uspješnim.

Uticaj prava EU na novo međunarodno privatno pravo Crne Gore

Nove tendencije na međunarodnom planu odrazile su se i na Crnu Goru, pa novi zakon, u skladu s članom 80 Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između EU i Crne Gore, koji je stupio na snagu 1. maja 2010. godine, ide ka usklađivanju nacionalnog prava s pravom EU i u ovoj oblasti.

Polazeći od činjenice da će se kada Crna Gora postane članica EU sve uredbe iz oblasti koje su predmet regulisanja međunarodnog privatnog prava³ neposredno primjenjivati i kod nas, smatrali smo da je pri izradi novog zakona o međunarodnom privatnom pravu i odlučivanju o stepenu usaglašavanja njegovih odredbi s pravom EU cjelishodno imati diferenciran pristup prema vrsti

* Autorica je vanredna profesorica na Pravnom fakultetu u Podgorici, Univerzitet Crne Gore.

¹) Prijedlogom zakona je predviđeno da će se zakon početi primjenjivati šest mjeseci nakon stupanja na snagu, zbog potreba stvaranja preduslova za njegovu primjenu.

²) “Sl. list SFRJ”, br. 42/82, 72–82 i “Sl. list SRJ”, br. 46/96. Za izvore međunarodnog privatnog prava Crne Gore vidi: Maja Kostić-Mandić, Maja Stanivuković, Mirko Živković, *Private International Law of Montenegro*, International Encyclopedia of Laws, Kluwer Law International, 2010, pp. 31–46.

³) Za tekstove svih akata vidi:

http://ec.europa.eu/justice/civil/law/index_en.htm

⁵³) Nikolić, D., op. cit. fusnota 14, str. 130.

materije koja je predmet evropske regulative, u zavisnosti od pretežnih nacionalnih interesa. Tako, u oblasti određivanja mjerodavnog prava za ugovorne i vanugovorne obaveze, recepcija pravila Uredbe br. 593/2008 o mjerodavnom pravu za ugovorne obaveze (Uredba Rim I) i Uredbe br. 864/2007 o mjerodavnom pravu za vanugovorne obaveze (Uredba Rim II), uz neophodna prilagođavanja, samo može biti u interesu Crne Gore, tim prije što je ovim uredbama predviđeno da imaju univerzalnu primjenu, pa se kao mjerodavno pravo u zemljama EU primjenjuje i na države koje nijesu članice Unije. Organi primjene prava u Crnoj Gori će imati vremena da se upoznaju s praksom u primjeni ovih uredbi, a u tekstu prijedloga zakona stoji da će se tumačenje i primjena odredbi koje se odnose na ugovore, odnosno vanugovorne obaveze vršiti u skladu s Uredbama Rim I i Rim II (član 49 i 67). U pogledu određivanja mjerodavnog prava za obaveze izdržavanja, što je i sada neadekvatno regulisano i to samo s dvije odredbe važećeg zakona, preuzete su odredbe Haškog protokola o mjerodavnom pravu za obaveze izdržavanja iz 2007. godine (koji je dio prava EU). I oblast nasljeđivanja je regulisana po uzoru na rješenja Prijedloga Uredbe o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznanju i izvršenju presuda i autentičnih instrumenata u oblasti nasljeđivanja i stvaranja evropskog uvjerenja o nasljeđivanju iz 2009.⁴

I u oblasti međunarodne nadležnosti, u značajnoj mjeri su preuzeta rješenja Uredbe br. 44/2001 o nadležnosti i o priznanju i izvršenju presuda u građanskim i trgovinskim stvarima (Uredba Brisel I).

Za razliku od navedenog, u pogledu pravila o određivanju mjerodavnog prava za druge privatnopravne odnose, kao i pravila o međunarodnoj nadležnosti osim što je vođeno računa o novim tendencijama u pravu EU, kao i na međunarodnom planu, prevashodno je vođeno računa o nacionalnim interesima, pravnoj tradiciji i potrebama pravne sigurnosti.

Osnovne odredbe i mjerodavno pravo

U Prijedlogu zakona o međunarodnom privatnom pravu zadržan je istovjetan predmet regulisanja odnosa i sistematika kao i u ZRSZ-u (Osnovne odredbe, Mjerodavno pravo, Nadležnost i postupak, Priznanje i izvršenje stranih odluka, Posebne odredbe i Prelazne i završne odredbe). Značajno je uvećan broj članova, koji su grupisani u logičan niz, s podnaslovima odjeljaka, dati su i naslovi članovima, što će značajno olakšati primjenu zakona. Došlo je do suštinskih izmjena u sadržaju najvećeg broja odredbi kao i do značajno detaljnijeg regulisanja oblasti mjerodavnog prava.

Najznačajniji novi instituti sadržani u Prijedlogu zakona, su: klauzula odstupanja (član 8), norme nepo-

sredne primjene (član 10) i uobičajeno boravište (član 12, 40 i 51).

Klauzula odstupanja je koncipirana na način sličan švajcarskoj opštoj klauzuli odstupanja.⁵ Opredjeljujući se za ovakvo rješenje, u tekstu Prijedloga zakona su izostale tzv. posebne klauzule odstupanja, predviđene Uredbama Rim I i Rim II.⁶

Koncept normi neposredne primjene u novom međunarodnom privatnom pravu Crne Gore značajno je inspirisan ne samo rješenjima iz određenih nacionalnih zakonodavstava (Švajcarska, Belgija, Bugarska i dr.),⁷ već i pravom Evropske unije, a pogotovo rješenjima iz Uredbe Rim I⁸. Ovo se odnosi kako na definiciju koncepta, tako i na činjenicu da se pojam normi neposredne primjene ne ograničava samo na one prinudne propise domaćeg prava od čije primjene se ne može odstupiti, već se predviđa i mogućnost primjene normi neposredne primjene prava koje nije ni domaće, ni mjerodavno, ali s kojim okolnosti slučaja imaju blisku vezu.

Uobičajeno boravište je na "velika vrata" ušlo u novo međunarodno privatno pravo Crne Gore, u oblast mjerodavnog prava, ali i kao jedan od osnova međunarodne nadležnosti. Prijedlog zakona o međunarodnom privatnom pravu Crne Gore sadrži tri člana koja definišu uobičajeno boravište,⁹ kao i veći broj članova gdje se ono javlja kao primarna ili supsidijarna tačka vezivanja za čitav niz odnosa, po prvi put u Crnoj Gori van višestranih međunarodnih ugovora.¹⁰ I dok su u oblasti mjerodavnog prava za ugovore i vanugovorne odnose preuzeta rješenja iz

⁵ Vidi čl. 15 švajcarskog Saveznog zakona o međunarodnom privatnom pravu iz 1987. Detaljnije o ovom konceptu vidi: Maja Kostić-Mandić, *Generalna klauzula odstupanja od redovno mjerodavnog prava*, doktorska disertacija, Pravni fakultet u Beogradu, 2001.

⁶ Uredba Rim I sadrži opštu klauzulu odstupanja za ugovore (čl. 4 st. 3) i posebne klauzule odstupanja za ugovore o prevozu (čl. 5 st. 3) i individualne ugovore o radu (čl. 8 st. 4). Uredba Rim II, sadrži čak jednu opštu i četiri posebne klauzule odstupanja (odstupanje od opšteg pravila za vanugovorne obaveze – čl. 4 (3), kod odgovornosti za proizvode – čl. 5 (2), kod sticanja bez osnova – čl. 10 (4), posloводства bez naloga – čl. 11 (4) i predugovorne odgovornosti – čl. 12 (2) c).

⁷ Vidi: švajcarski Savezni zakon o međunarodnom privatnom pravu iz 1987. (čl. 18. i 19.), belgijski Zakonik o međunarodnom privatnom pravu iz 2004. (čl. 20) i bugarski Zakonik o međunarodnom privatnom pravu iz 2005. (čl. 46).

⁸ Vidi čl. 9 Uredbe Rim I.

⁹ Članovi 12, 40 i 51 Prijedloga zakona o međunarodnom privatnom pravu.

¹⁰ Ovaj institut postoji u pozitivnom međunarodnom privatnom pravu kroz haške konvencije, koje obavezuju Crnu Goru: Konvenciju o sukobu zakona u pogledu oblika testamentarnih odredaba (1961); Konvenciju o zakonu koji se primjenjuje na drumske saobraćajne nezgode (1971); Konvenciju o zakonu koji se primjenjuje u slučajevima odgovornosti proizvođača za svoje proizvode (1973); Konvenciju o olakšanju međunarodnog pristupa sudovima (1980); Konvenciju o građansko-pravnim aspektima međunarodne otmice djece (1980).

⁴ COM/2009/154 final – COD 2009/0157.

Uredbi Rim I i Rim II, za druge oblasti je vođeno računa o ulozi ovog koncepta u pravu Evropske unije. Tako, i u oblasti mjerodavnog prava za nasljeđivanje, preuzimaju se osnovna rješenja Prijedloga uredbe o nasljeđivanju, a isto važi i za oblast izdržavanja.

Za bračne odnose ovaj princip je zamijenio koncept prebivališta, ali je zbog specifičnih nacionalnih interesa zadržano prvenstvo državljanstva kao tačke vezivanja.

Takođe, predviđeno je značajno proširenje polja primjene kolizionopravne autonomije volje, odnosno mogućnosti izbora prava za privatnopravne odnose sa stranim elementom. Pored kolizionopravne autonomije volje, za ugovore, u skladu s rješenjima Uredbe Rim I, po prvi put se javlja i u drugim oblastima međunarodnog privatnog prava, gdje ranije nije bila predviđena pozitivnim zakonodavstvom (u određenim statusnim, porodično-pravnim i nasljednopravnim odnosima, kao i kod vanugovornih odnosa). Za razliku od ugovornih odnosa, kod drugih odnosa ona je ograničena na izbor mjerodavnog prava u skladu s mogućnostima koje navodi Prijedlog.

U dijelu opštih odredaba izmijenjen je koncept instituta uzvratanja i upućivanja (*renvoi* – član 4). U odnosu na ZSRZ, a polazeći od uporednopravno normativnih rješenja, kao i rješenja EU regulative, znatno je sužena mogućnost primjene kolizionih normi druge države, a to je učinjeno preciziranjem za koje vrste odnosa uzvratanje i prepućivanje nije dopušteno.

Prijedlogom se više ne sankcioniše institut *fraus legis*, jer tom cilju doprinose drugi instituti, posebno uvažavanje normi neposredne primjene i opšti princip zabrane zloupotrebe prava.

Prijedlogom zakona se po prvi put propisuje mjerodavno pravo za određivanje i promjenu ličnog imena (član 17), za organizacione oblike bez svojstva pravnog lica (član 20), kao i za odnose iz ugovornog zastupanja (član 24). Sveobuhvatno su razrađene i odredbe o mjerodavnom pravu za stvarna prava na pokretnim i nepokretnim stvarima i predmetima intelektualne svojine (član 26–37 Prijedloga).

U osnovi kolizionopravnih rješenja za nasljeđivanje predviđenih Prijedlogom zakona je opredjeljenje da se uobičajeno (redovno) boravište ostavioca u vrijeme smrti javlja kao osnovna tačka vezivanja, dakle kao opšte pravilo. Umjesto državljanstva i mjesta nalaženja stvari, tačaka vezivanja koje su još uvijek najšire rasprostranjene u uporednim međunarodnim privatnim pravima, crnogorski zakonopisac se po ugledu na evropskog, opredijelio za uobičajeno boravište, kao fleksibilno rješenje.

Posebno je značajno što se eksplicitno polazi od sistema jedinstvene zaostavštine, jer se opšte pravilo primjenjuje na cjelokupnu imovinu. Opšte pravilo se primjenjuje samo ako Prijedlogom zakona nije šta drugo predviđeno, kao i ako nije iskorišćena kolizionopravna autonomija volje.

S obzirom na činjenicu da je bračno pravo uopšte, pa i pitanja vezana za određivanje mjerodavnog prava za razvod braka, osjetljiva materija na koju se primjenjuju nacionalni propisi, Prijedlog zakona kao i ZRSZ takođe polazi od zajedničkog državljanstva kao odrednice za mjerodavno pravo kod razvoda braka. Dalje tačke vezivanja su fleksibilnije i težište je na uobičajenom boravištu. Prijedlogom je predviđena mogućnost izbora mjerodavnog prava za razvod braka, ali strane mogu izabrati samo pravo s kojim postoji određena bliska, personalna veza.

I u domenu ugovornih imovinskih odnosa supružnika, uključujući i imovinske odnose lica u vanbračnoj zajednici (član 82–84), predviđena je mogućnost izbora mjerodavnog prava.

I u materiji koja se odnosi na porodični status djeteta (priznanje, utvrđivanje ili osporavanje očinstva, odnosno materinstva) sadržan je novi pristup koji se rukovodi interesima djeteta (član 87). Na elastičniji način propisano je i mjerodavno pravo za odnose roditelja i djece (član 88), a na drugačiji način je regulisano i pitanje mjerodavnog prava za usvojenje (član 89).

Prijedlogom zakona su doslovno preuzete odredbe Haškog protokola o mjerodavnom pravu za obaveze izdržavanja.

Nadležnost i postupak

U oblasti međunarodne nadležnosti došlo je do značajnijih izmjena, u skladu s rješenjima Uredbe Brisel I i Konvencije o nadležnosti i priznanju i izvršenju presuda u građanskim i trgovinskim stvarima iz Lugana, koja je revidirana 2007. godine. Crna Gora još nije potvrdila ovu konvenciju, koja praktično preuzima pravila sadržana u Uredbi Brisel I.

Tradicionalno, opšta nadležnost suda Crne Gore određuje se prema prebivalištu, odnosno sjedištu tuženog u Crnoj Gori. Ako tuženi nema prebivalište u Crnoj Gori niti u drugoj državi, nadležnost suda Crne Gore postoji ako tuženi ima boravište u Crnoj Gori (član 99).

Takođe je od načelnog značaja zasnivanje, kao izuzetne, nadležnosti suda ili drugog organa u Crnoj Gori s kojim predmet ima dovoljnu vezu, ako se postupak ne može pokrenuti u inostranstvu ili se ne može razumno zahtijevati da tamo bude pokrenut (član 113).

Eliminisane su neke ranije odredbe iz ZRSZ-a da bi se izbjegla tzv. pretjerana jurisdikcija, a da se na sud Crne Gore kao najprikladniji prenese međunarodna nadležnost po objektiviziranim kriterijumima.

U okviru posebnih odredaba o nadležnosti po prvi put je regulisana nadležnost za lično ime (član 116), prava intelektualne svojine (član 122), potrošačke ugovore (član 124), individualne ugovore o radu (član 125) i dr.

Gledano u cjelini na potpuno nov način uređena je međunarodna isključiva sudska nadležnost. Najznačajnija

novina je da se isključiva nadležnost više uopšte ne predviđa za statusne odnose fizičkih lica, porodično-pravne i nasljednopravne odnose, dok se po prvi put predviđa set novih pravila sa osloncem na Konvenciju iz Lugana i Uredbu Brisel I. Takođe, zadržava se isključiva nadležnost pravosuđa Crne Gore za postupke povodom nepokretnosti koje se nalaze u Crnoj Gori, bez obzira na to da li se radi o stvarnopravnom odnosu ili zakupu nepokretnosti, osim ako se radi o ugovoru o zakupu nepokretnosti koji je zaključen za privremenu privatnu upotrebu najduže na šest uzastopnih mjeseci, ako je zakupac fizičko lice i ako i zakupac i vlasnik nepokretnosti imaju prebivalište u drugoj državi (član 119).

Značajnu novinu predstavlja i način na koji je regulisana nadležnost za nasljeđivanje (član 127–129). Propisuje se kao opšte pravilo da je sud Crne Gore nadležan za nasljeđivanje ako ostavilac u vrijeme smrti ima uobičajeno boravište u Crnoj Gori (član 127). Propisuje se i nadležnost suda u Crnoj Gori pod određenim uslovima kad ostavilac u vrijeme smrti nije imao u njoj uobičajeno boravište, a na osnovu činjenice da se stvari koje čine zaostavštinu nalaze u Crnoj Gori (član 128). Izborom mjerodavnog prava za nasljeđivanje dozvoljen je i izbor nadležnog suda za raspravljanje cjelokupne ili dijela zaostavštine (član 129).

Slijedeći savremene tendencije u uporednom pravu, nadležnost suda Crne Gore u bračnim i s njima povezanim sporovima regulisana je na način što se ublažava dosadašnje prenatraglažavanje državljanstva Crne Gore kao odrednice za nadležnost suda Crne Gore i uvažava se i uobičajeno boravište u Crnoj Gori.

Državljanstvo više nije isključiva odrednica za nadležnost i u sporovima koji se odnose na utvrđivanje ili osporavanje očinstva i materinstva (član 131).

I u materiji roditeljskog staranja, nadležnost suda ili drugog organa Crne Gore postoji na osnovu državljanstva ili uobičajenog boravišta djeteta u Crnoj Gori, a u materiji usvojenja dovoljno je da je bilo koji od subjekata ovih odnosa državljanin Crne Gore ili da ima uobičajeno boravište u Crnoj Gori (član 133).

Nadležnost suda u Crnoj Gori u materiji izdržavanja uspostavlja se pored opšteg pravila koje polazi od uobičajenog boravišta tuženog i prema uobičajenom boravištu povjerioca izdržavanja, s tim što se o izdržavanju odlučuje i u sporu koji se vodi pred sudom Crne Gore o statusnim odnosima ili roditeljskom staranju.

Dio Prijedloga zakona koji se odnosi na nadležnost i postupak, kao i do sada sadrži odredbe o parničnim troškovima (obezbjeđenju, oslobađanju od obaveza obezbjeđenja, rješenju o obezbjeđenju troškova). Strani državljani imaju pravo na oslobađanje od plaćanja parničnih troškova pod uslovom uzajamnosti.

Priznanje i izvršenje stranih sudskih i arbitražnih odluka

U pogledu smetnji za priznanje strane sudske odluke, najznačajnija novina koju uvodi Prijedlog zakona je da se više ne traži postojanje uzajamnosti, kao uslov za davanje egzekviture stranoj sudskoj odluci, jer se kroz institut zaštite javnog poretka ostvaruje i zaštita u slučaju da je dejstvo priznanja strane sudske odluke očigledno u suprotnosti s javnim poretkom Crne Gore. Trend i u uporednom međunarodnom privatnom pravu, pa i u našem neposrednom okruženju (npr. Makedonija i Albanija), a naročito u pravu EU je da se ne traži postojanje uzajamnosti kao uslova za davanje egzekviture stranoj odluci. U Crnoj Gori do sada se tražilo postojanje faktičkog reciprociteta (a ne ugovornog ili zakonskog), dakle postojala je pretpostavka postojanja uzajamnosti, a strana koja je osporavala postojanje uzajamnosti je bila dužna da to i u konkretnom slučaju dokaže. Takođe, u uslovima pojačane mobilnosti ljudi, roba i usluga ovaj zahtjev predstavlja prepreku međunarodnoj saradnji, tim prije što i za postojanje faktičkog reciprociteta neka država mora prva da ga uspostavi.

Prijedlogom je postupak za priznavanje stranih presuda znatno detaljnije regulisan nego što je u ZRSZ-u (član 151–154).

U pogledu priznanja i izvršenja stranih arbitražnih odluka Prijedlog se ograničava na definiciju strane arbitražne odluke (član 149) uz izričito upućivanje da se na priznanje i izvršenje stranih arbitražnih odluka primjenjuje Konvencija o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka iz 1958. godine (Sl. list SFRJ – Međunarodni ugovori, broj 11/81). Na jedinstven način regulisan je postupak za priznanje i izvršenje kako stranih sudskih tako i stranih arbitražnih odluka.

U Posebnim odredbama koje se odnose na diplomatsko-konzularne brakove, poslove starateljstva za državljane Crne Gore u inostranstvu, diplomatsko-konzularne testamente, ovjeru propisa, rukopisa i prepisa, kao i uvjerenja o propisima koji su važili ili važe u Crnoj Gori, Prijedlog zakona se kreće u okviru dosadašnjih, inače standardnih uporednopravnih rješenja.

Zaključna razmatranja

Novo međunarodno privatno pravo Crne Gore predstavlja spoj tradicije i novih rješenja, preuzetih iz evropskog zakonodavstva, konvencijskog prava i uporednopravnih zakonodavstava.

Zadržava se sistematika Zakona o rješavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja, kao i čitav niz odredaba u nepromijenjenom obliku. Za određene oblasti, polazi se od odredaba ovog zakona, ali se vrše određene izmjene.

U domenu mjerodavnog prava, pravo Evropske unije je izvršilo najznačajniji uticaj na odredbe Prijedloga novog zakona o međunarodnom privatnom pravu. Izvršena je recepcija pravila Uredbi Rim I i Rim II (za ugovorne i vanugovorne obaveze), uz neophodna prilagođavanja, a takođe su preuzete odredbe Haškog protokola o mjerodavnom pravu za obaveze izdržavanja. U domenu mjerodavnog prava za nasljeđivanje, polazna osnova su bila rješenja Prijedloga uredbe o nasljeđivanju.

Za razliku od navedenog, u pogledu pravila o određivanju mjerodavnog prava za druge odnose vođeno je računa o novim tendencijama u pravu Evropske unije, kao i na međunarodnom planu, ali prevashodno o nacionalnim interesima, pravnoj tradiciji i potrebama pravne sigurnosti. Državljanstvo, kao osnovna tačka vezivanja zadržava se za statusne odnose fizičkih lica i bračne odnose, dok uobičajeno boravište sve više dobija na značaju u drugim odnosima. Mogućnost izbora mjerodavnog prava je značajno proširena i na one oblasti u kojima tradicionalno nije bila dozvoljena (bračno pravo, izdržavanje, nasljeđivanje, vanugovorna odgovornost i dr.).

U oblasti međunarodne nadležnosti, rješenja novog zakona su usklađena s rješenjima Uredbe Brisel I, odnosno Konvencije o nadležnosti i priznanju i izvršenju presuda u građanskim i trgovinskim stvarima iz Lugana. Za druge odnose polazi se od tradicionalnih rješenja, ali i uobičajenog boravišta.

Prof. dr. Maja Kostić-Mandić

Zum neuen internationalen Privatrecht in Montenegro

(Zusammenfassung)

Nach mehreren Jahren Vorbereitungsarbeiten, wird in Montenegro die baldige Verabschiedung des neuen IPR-Gesetzes erwartet. Der Beitrag stellt die Struktur des Gesetzesvorschlages und die wichtigsten geplanten Neuerungen vor. Der Gesetzestext stellt eine Verbindung der traditionellen Lösungen, die aus ehemaligen jugoslawischen Recht übernommen wurden mit europarechtlich geprägten Lösungen, sowie den Bestimmungen verschiedener internationaler Abkommen und rechtsvergleichender Gesetzesvorschriften dar. Das europäische Recht ist insbesondere im Bereich der Regelung des anwendbaren Rechts, stark in das neue Gesetz eingeflossen. Die Bestimmungen der Rom I und Rom II Verordnungen wurden rezipiert und im Bereich der internationalen Zuständigkeit wurden die neuen Bestimmungen denen der Verordnung Brüssel I bzw. des Lugano-Übereinkommens angepasst.

Propisi i materijali

Slučaj "Emmely" njemačkog Saveznog suda za radnopravne sporove

(Presuda od 10. 6. 2010. godine, 2 AZR 541/09)

Advokatica dr. Karolina Mihaljević-Schulze* i
advokat dr. Stefan Pürner

Uvod

U rubrici "Propisi i materijali" se, uz kratki uvod za svaki, objavljuju tekstovi o interesantnim stranim propisima, presudama i drugim pravnim tekstovima. U ovom broju radi se o prijevodu "presude Emmely" Saveznog suda za radnopravne sporove (Presuda od 10. 6. 2010. godine, 2 AZR 541/09). U uvodnom dijelu je ukratko problematizirano pitanje otkaza od strane poslodavca zbog prekršaja. Osim toga, navodi se prijevod teksta § 626 Njemačkog građanskog zakonika (BGB), te nude reference za relevantne odredbe u pravu Bosne i Hercegovine. Konačno, dato je i objašnjenje sistema ispitivanja koji primjenjuje Savezni sud za radnopravne sporove.

"Emmely-služaj" i dosadašnja sudska praksa Saveznog suda za radnopravne sporove

Njemački savezni sud za radnopravne sporove¹ je u ljeto 2010. donio presudu koja je značila promjenu dugogodišnje sudske prakse i bila razlog za veliku javnu diskusiju.²

U središtu presude je pitanje da li prekršaj, kojeg zaposlenik učini prema svom poslodavcu, opravdava poslodavca da bez prethodnog upozorenja vanredno otkaze radni odnos. U dosadašnjoj sudskoj praksi je Savezni sud za radnopravne sporove u sličnim slučajevima odlučivao na način da prekršaj učinjen prema poslodavcu zaista predstavlja tako bitno kršenje obaveze iz ugovora o radu, te da može opravdati vanredni otkaz bez prethodnog upozorenja. U

* Autorica je advokatica u Berlinu.

¹⁾ Sljedeći prijevod je nastao u okviru projektnog rada IRZ fondacije za razne radnopravne seminare koji su u prvom polugodištu 2011. provedeni u saradnji s Centrom za edukaciju nosilaca pravosudne funkcije Crne Gore u Podgorici i s javnom ustanovom Centar za edukaciju sudija i javnih tužilaca u Republici Srpskoj u Mrakovici.

²⁾ Interesantni su ovdje (na njemačkom jeziku) članci na internetu iz "Welt Online" od 10. 6. 2010. (<http://www.welt.de/debatte/article7995530/Das-Emmely-Urteil-ist-ein-Sieg-der-Vernunft.html>) "Das Emmely"-Urteil ist ein Sieg der Vernunft", "Spiegel Online" od istog dana. "Zeit online" (<http://www.zeit.de/karriere/beruf/2010-06/emmely-urteil-contr>) "Das Urteil wird weitreichende Beachtung in der arbeitsrechtlichen Welt finden".

tom kontekstu je najpoznatiji slučaj "Bienenstichfall"³. U ovom slučaju je prodavačica, koja je bila zaposlena na odjelu za životne namirnice, dobila vanredni otkaz bez opomene, zato što je za vrijeme trajanja radnog vremena pojela komad kolača ("Bienenstich") u vrijednosti od tadašnjih 60 feniga (danas 0,30 €), bez da ga je platila. Savezni sud za radnopravne sporove je tada odlučio da prekršaj predstavlja bitni razlog za vanredni otkaz bez prethodnog upozorenja. Činjenica da je pri tome poslodavcu učinjena samo neznatna šteta nije dovoljan razlog da vanredni otkaz ne bude moguć, odnosno da se može dati tek nakon izricanja prethodnog upozorenja.

Prije su sudovi za radnopravne sporove u slučajevima, u kojima su prekršaji počinjeni od strane zaposlenog protiv poslodavca ili njegovog vlasništva, odlučivali na način da je tim djelima u toj mjeri izgubljeno povjerenje, te da su povrijeđene ugovorne obaveze zaposlenika, da se ne može očekivati od poslodavca da takvog zaposlenika dalje drži na poslu. Zbog ovakvih stajališta interesi poslodavca (za okončanjem radnog odnosa) u većini slučajeva vrijede više nego interesi zaposlenika (za održanjem radnog odnosa).

Presuda Saveznog suda za radnopravne sporove iz ljeta 2010. (presuda od 10. 6. 2010., Az. 2 AZR 541/09) potvrđuje da je i prekršaj važan razlog koji u principu dozvoljava otkaz. Ali sud je utvrdio i obavezu detaljnije provjere načela razmjernosti i postupka odmjeravanja suprotstavljenih interesa u svakom slučaju otkaza. To je u aktuелnoj presudi iz 2010. vodilo do rezultata da je Savezni sud za radnopravne sporove vanredni otkaz u slučaju "Emmely" ocijenio kao protivzakonit, zato što je Emmely radila 30 godina bez ikakvih problema kod svog poslodavca, a otkaz je dat samo radi vrijednosti od 1,30 €. Sud je značajnijim ocijenio 30 godina radnog staža nego "krađu" u vrijednosti od 1,30 €.

Ova presuda je dobar primjer za detaljnost u obrazlaganju presuda koju primjenjuju njemački sudovi, a naročito Savezni sud.

Zakonske odredbe primijenjene u ovom slučaju

Presuda se temelji na § 626 Njemačkog građanskog zakonika koji uređuje otkaz iz bitnog razloga. Član nosi naslov "Vanredni otkaz iz bitnog razloga", a stav 1 glasi:

- (1) Radni odnos može biti otkazan od svake ugovorne strane iz opravdanog razloga bez poštivanja otkaznog roka, ako postoje činjenice radi kojih se od onog koji daje otkaz uz uvažavanje svih okolnosti pojedinačnog slučaja i nakon odmjeravanja interesa ugovornih strana ne može očekivati da nastavi radni odnos do isteka otkaznog roka ili drugog ugovorenog kraja radnog odnosa.

Taj član je sličan čl. 88. Zakona o radu FBiH i čl. 98. stav 1 i 2, tačka 11 Zakona o radu RS. Tako tekst presude, koja slijedi u nastavku, može biti koristan za diskusiju u vezi tumačenja tih članova. Isto tako čl. 143. stav 1 tač. 2 Zakona o radu Crne Gore ima barem uporednu odredbu (Službeni list Crne Gore br. 49/08 od 15. 8. 2008. i br. 26/09 od 10. 4. 2009. Odredba glasi: "1) Poslodavac može otkazati ugovor o radu zaposlenom, ako za to postoji opravdani razlog koji se odnosi na radnu sposobnost zaposlenog, njegovo ponašanje i potrebe poslodavca, i to ... 2) ako ... je njegovo ponašanje takvo da ne može nastaviti rad kod poslodavca").

Redoslijed provjere otkaza iz opravdanog razloga

Kod provjere otkaza prema § 626 Njemačkog građanskog zakonika, njemački sudovi za radnopravne sporove se drže provjere otkaza radi ponašanja ili lično uvjetovanog otkaza koja se sastoji od četiri koraka.

1. Objektivni razlog za otkaz

Kao prvo se provjerava da li je ponašanje zaposlenika prikladno/dovoljno da vodi do otkaza.

Ovdje se gleda da li postoji protivzakonita i krivična (dovoljno je da se radi o nenamjernom, nepažljivom ponašanju) povreda glavne ili sporedne ugovorne obaveze.

2. Načelo razmjernosti

U ovoj fazi se provjerava da li je moguća blaža mjera reakcije, npr. prethodno upozorenje, otkaz sa ponudom promjene ugovora, instrukcija.

3. Odmjeravanje interesa u pojedinačnom slučaju

Ovdje se prema procjeni svih okolnosti pojedinačnog slučaja provjerava da li interes poslodavca da prekine radni odnos vrijedi više nego interes zaposlenika da zadrži radno mjesto. Značajna za odmjeravanje interesa mogu npr. biti sljedeća razmišljanja: trajanje radnog odnosa zaposlenika u preduzeću, utjecaj preduzeća na nastalu situaciju, krivica radnika, utjecaj ponašanja zaposlenika na radnu klimu u poduzeću, starost radnika i njegova šansa na radnom tržištu, dosadašnji razvoj radnog odnosa. Kod dosadašnjeg razvoja radnog odnosa posebno se uzima u obzir npr. da li je ranije bilo problema, porodični odnosi zaposlenika, povreda u sferi povjerenja, obim i težina smetnje, obim štete za poduzeće, negativna ili pozitivna prognoza, npr. ponovljeno protivpravno ponašanje bi doprinijelo negativnoj prognozi.

U nekim posebnim slučajevima, na primjer u slučaju bolesti ili otkaza radi sumnje u postojanje krivičnog djela, postoje i drugi kriteriji koje je potrebno provjeriti, ali gore navedena načela važe kao minimum koji u svakom slučaju mora biti provjeren.

³) Presuda od 17. 5. 1984. 2 AZR 3/83.

Odluke

SAVEZNI SUD ZA RADNOPRAVNE SPOROVE

Presuda od 10. 6. 2010. godine, 2 AZR 541/09

Otkaz ugovora o radu bez otkaznog roka

– Odmjeravanje interesa – Opomena

– Slučaj "Emmely"

Dispozitiv

1. Protivpravni i namjerni postupci zaposlenog lica, koji su neposredno usmjereni protiv imovine poslodavca, mogu da budu važan razlog za vanredni otkaz, i ako se radi o povredi obaveza za predmete vrlo male vrijednosti ili ako je došlo samo do male štete, pa čak i ako nije nastala šteta.
2. Zakon ne poznaje apsolutne razloge za otkaz u kontekstu kažnjivih postupaka zaposlenog lica. U svakom slučaju je potrebna sveobuhvatna provjera svakog pojedinačnog slučaja i odmjeravanje interesa u smislu da li je za davanje otkaza prihvatljiv nastavak radnog odnosa ili ne, i pored narušenog povjerenja – barem do isteka otkaznog roka.

Obrazloženje

1. Na osnovu revizije tužiteljice ukida se presuda Zemaljskog suda za radnopravne sporove Berlin-Brandenburg od 24. februara 2009. godine – 7 Sa 2017/08.
2. Na osnovu žalbe tužiteljice mijenja se presuda suda za radnopravne sporove u Berlinu od 21. augusta 2008. godine – 2 Ca 3632/08:
Utvrđuje se da radni odnos između stranaka nije raskinut vanrednim otkazom bez otkaznog roka ni pomoću dodatnog redovnog otkaza od 22. februara 2008. godine.
3. Tuženi snosi troškove sudskog postupka.

Činjenično stanje

- 1 Među strankama je sporno dejstvo vanrednog i redovnog otkaza.
- 2 Tužiteljica, rođena 1958., radila je kod tužene parnične stranke i njegovog pravnog prethodnika od aprila 1977. godine kao prodavačica i na blagajni.
- 3 Tužena parnična stranka je trgovinsko preduzeće na malo koje je rasprostranjeno širom zemlje. U nekim filijalama, kao u filijali u kojoj je radila tužiteljica, postoji mogućnost predaje prazne ambalaže na automatu uz povratno dobijanje bona. Ukoliko se taj bon unovči na blagajni, kasirka treba da stavi svoj potpis na bon. Saradnici filijale imaju uputstvo da praznu ambalažu koju su ponijeli sa sobom pri ulazu u prodavnicu pokažu šefu filijale i da poslije predaje prazne ambalaže u automat, dobijeni bon šef filijale posebno potpisuje, prije nego što se isti unovči na blagajni. U tom slučaju se tretira kao bon koji je predala mušterija i još jednom ga kasirka potpisuje. Ova

pravila, koja treba da onemoguće manipulaciju sa praznom ambalažom, poznata su tužiteljici.

- 4 U jesen 2007. godine je tužiteljica učestvovala sa još sedam od ukupno 36 zaposlenih iz njihove filijale u štrajku, koji je bio organizovan od strane sindikata. Vremenom je spremnost za štrajk ostalih zaposlenih lica slabila, ali tužiteljica je do kraja učestvovala u istom. U januaru 2008. godine šef filijale je častio sva zaposlena lica koja nisu učestvovala u štrajku sa jednom proslavom van filijale. Iz tog razloga je dobio opomenu od tužene parnične stranke i premješten je u drugu filijalu.
- 5 12. januara 2008. godine je jedna saradnica kod blagajne u pekarskom odjeljenju našla dva bona za praznu ambalažu, koja nisu potpisana, u vrijednosti od 0,48 Eura i 0,82 Eura. Datum na bonovima je bio od tog dana i izdati su na automatu u razmaku od otprilike 45 minuta. Saradnica je predala te bonove šefu filijale. On ih je predao tužiteljici sa uputstvom da ih skloni u kancelariju gde je blagajna, za slučaj da se pojavi mušterija i iste zatraži; u suprotnom treba da se knjiže kao "stornirani bonovi". Tužiteljica je bonove stavila na vidljivo mjesto u kancelariju za blagajnu, koja je dostupna svim saradnicima.
- 6 22. januara 2008. godine tužiteljica vrši privatnu kupovinu u filijali van svog radnog vremena. Na blagajni predaje svojoj kolegici dva bona za praznu ambalažu koja nisu potpisana. Prema blagajničkom registru vrijednost bonova iznosila je 0,48 Eura i 0,82 Eura. Pri plaćanju na blagajni bila je prisutna šefica za blagajnu koja je istovremeno i pretpostavljeno lice tužiteljice.
- 7 Radi razjašnjenja porijekla predatih bonova, tužena parnična stranka vodi razgovor sa tužiteljicom, počev od 25. januara 2008. ukupno četiri razgovora u prisustvu dva člana savjeta zaposlenika, čiji su članovi izabrani predstavnici zaposlenih lica – osim na prvom razgovoru. Optužili su je da unovčeni bonovi nisu bili potpisani, te da su u pogledu iznosa i datuma identični kao oni bonovi koji su se nalazili na čuvanju u kancelariji za blagajnu. Postoji ozbiljna sumnja da je ona – tužiteljica – te "bonove od mušterija" koji su bili sklonjeni na čuvanje, uzela i u svoju korist upotrijebila. Tužiteljica je to osporila i izjavila da, čak i da su isti bonovi u pitanju, postoji mogućnost da je jedna od njenih kćerki ili neko treće lice njoj predalo te bonove. Kao primjer navodi, da je 21. ili 22. januara 2008. godine predala svoj novčanik jednoj kolegici sa molbom da ga skloni u njen ormarčić. Tužena parnična stranka je tražila od nje izjavu pod zakletvom od njene kćerke, kao dokaz za njenu tvrdnju. Osim toga pitala je i navedenu kolegicu, koja je osporila navode tužiteljice. Prilikom posljednjeg razgovora koji je vođen 15. februara 2008. godine, tužiteljica je predala pismenu izjavu u kojoj jedna od njenih kćerki

potvrđuje da povremeno vrši kupovinu za svoju majku kod tužene parnične stranke, pri čemu predaje i praznu ambalažu, kao i da je joj dozvoljeno da "koristi" novčanik svoje majke.

- 8 Sa dopisom od 18. februara 2008. godine, tužena parnična stranka sazvala je savjet zaposlenika u vezi namjere da se izrekne vanredni otkaz, a svakako redovni otkaz, zbog sumnje da je unovčila bonove. Savjet zaposlenika je izrazio svoje nedoumice protiv vanrednog otkaza i protivio se redovnom otkazu, te uputio na mogućnost postojanja intrige upućene prema tužiteljici.
- 9 Sa dopisom od 22. februara 2008. godine, tužena parnična stranka dala je otkaz bez otkaznog roka, a kao alternativu redovni otkaz sa 30. septembrom 2008. godine.
- 10 Tužiteljica je podnijela tužbu radi zaštite od neosnovanog otkaza. Ona tvrdi da nije svjesno unovčila bonove za praznu ambalažu koji joj ne pripadaju. Ukoliko se kod tih registrovanih bonova radi stvarno o onim bonovima koji su bili u kancelariji za blagajnu, mora se uzeti u obzir mogućnost zamjene bonova u toku naplate na blagajni. Motiv za to nalazi u njenom učešću u štrajku, za koji smatra da je pravi razlog njenog otkaza. Drugačije se ne može objasniti zašto njena kolegica i njena šefica – nesumnjivo – nisu već u toku naplate na blagajni ili neposredno poslije toga ukazale na nedostatak potpisa na predatim bonovima za praznu ambalažu. Zbog nastalih tenzija među saradnicima u filijali u vezi štrajka, besmisleno je pretpostaviti da je baš kod kolegice sa kojom je u lošim odnosima, u prisustvu svog pretpostavljenog unovčila bonove koji nisu bili potpisani i koji su se nalazili u kancelariji za blagajnu. Tužiteljica zastupa mišljenje da je zbog čl. 6. stav 2 EMRK, gde je postavljena presumcija o nevinosti, ionako nedozvoljen otkaz zbog izražene sumnje. To važi u posebnoj mjeri kad se sumnja odnosi na oduzimanje predmeta male vrijednosti. I kada bi se to djelo dokazalo u postupku, ne postoji važan razlog u smislu § 626 stav 1 GZ. Pogotovo u njenom slučaju je otkaz neprimjeren, imajući u vidu da je to jedinstven slučaj, te dugogodišnji radni staž kod tog preduzeća, a pogotovo što tuženoj parničnoj stranci nije nastala šteta.
- 11 Tužiteljica je podnijela zahtjev
 1. da se utvrdi da radni odnos nije raskinut trenutnim otkazom ni redovnim otkazom od strane tužene parnične stranke od 22. februara 2008. godine;
 2. da se tužena stranka osudi i da je zaposli prema uslovima iz ugovora o radu kao prodavačicu sa radom na blagajni.
- 12 Tužena stranka zahtijeva da se odbaci tužba. Navela je da postoji osnovana sumnja da je tužiteljica koristila bonove za praznu ambalažu koji su se nalazili u kancelariji za blagajnu. U prilog tome govore činje-

nice koje su navedene pri saslušanju, kao i okolnost da, neposredno poslije izvršene kupovine od strane tužiteljice, bonovi nisu bili više na položenom mestu. Treba isto uzeti u obzir da je tužiteljica u toku svoje odbrane nekoliko puta mijenjala svoju odbranu i nijedna nije bila ubjedljiva. Time je nepovratno izgubljeno povjerenje u iskrenost pri izvršavanju radnih zadataka od strane tužiteljice. Radni odnos nije bio bez tenzija. Tužena stranka je tužiteljicu u 2005. godini opomenula zbog nedoličnog ponašanja prema kolegi. Osim toga, tužiteljica je u jednoj privatnoj kupovini 22. novembra 2007. godine iskoristila poseban kupon iz jednog sistema bonova, iako ukupna kupovna suma nije dostigla iznos vrijednosti za taj kupon, a to je tek naknadno saznala. Isti kupon je tri puta "registrovan u blagajni". Zbog toga je tužiteljica neosnovano pripisala sebi poene u vrijednosti od 3,00 Eura. Njena tvrdnja da je njen pretpostavljeni htio da je – bezuspješno – navede na takvu manipulaciju, nije uvjerljiva; pretpostavljeni nije radio toga dana – što je nesporno.

- 13 Sud za radnopravne sporove je odbio tužbu. Zemaljski sud za radnopravne sporove je odbio žalbu tužiteljice. Sa revizijom koju je Savezni sud za radnopravne sporove dopustio, tužiteljica dalje traži materijalni i procesni tužbeni zahtjev.

Razlozi odluke

- 14 Žalbeni postupak je osnovan. Niže instance su neopravdano odbile tužbu. Radni odnos između stranaka nije raskinut ni vanrednim otkazom ni redovnim otkazom od 22. februara 2008. godine. Presuda Zemaljskog suda za radnopravne sporove morala je biti ukinuta (§ 562 stav 1 ZPP). Nije bilo potrebno da se vrati na ponovno razmatranje. Predmet je poslije utvrđenog činjeničnog stanja bio zreo za donošenje konačne odluke (§ 563 stav 3 ZPP).
- 15 A. Vanredni otkaz nema dejstva. Ne postoji važan razlog u smislu čl. § 626 stav 1 GZ.
- 16 I. Prema § 626 stav 1 GZ radni odnos može zbog važnog razloga da se raskine bez pridržavanja određenog otkaznog roka, ukoliko se radi o činjenicama zbog kojih se ne može očekivati od davaoca otkaza, uzimajući u obzir sve okolnosti svakog pojedinačnog slučaja i uz odmjerenje interesa ugovornih stranaka, produženje radnog odnosa do isteka otkaznog roka. Prema tome, zakon ne poznaje "apsolutne" razloge za davanje otkaza, nego se svaki slučaj posebno tretira. Najprije treba provjeriti da li činjenično stanje, bez svojih posebnih okolnosti "po sebi", može da se tretira kao tipičan važan razlog. Dalje, slijede dodatne provjere da li se može očekivati od davaoca otkaza, uzimajući u obzir sve okolnosti svakog pojedinačnog slučaja i uz odmjerenje interesa ugovornih stranaka, produženje radnog odnosa do isteka otkaznog roka. (*st. Rspr., senat*

26. mart 2009. god. – 2 AZR 953/07 – Rn. 21 mwN, AP GZ § 626 br. 220; 27. april 2006. god. – 2 AZR 386/05 – Rn. 19, odluka Saveznog suda za radnopravne sporove 118, 104).
- 17 II. Provjera preduslova tog važnog razloga je u prvoj liniji stvar instance koja utvrđuje činjenice. I pored toga, radi se o primjeni zakona, a ne o utvrđivanju činjeničnog stanja. Ocjenjivanjem žalbenog suda provjerava se u revizionoj instanci da li je pravni pojam u svom opštem značenju pogrešno primijenjen, da li je kod podvođenja činjeničnog stanja pod pravne norme povrijeđen zakon logike ili opšta iskustva, i da li je sve razumne okolnosti bez protivrječnosti uzeo u obzir (*st. Rspr., senat 27. novembar 2008. god. – 2 AZR 193/07 – br. 22, AP GZ § 626 br. 219; 6. septembar 2007. god. – 2 AZR 722/06 – Rn. 40, odluka Saveznog suda za radnopravne sporove 124, 59*).
- 18 III. I pored ograničavajućih mjerila u tom smislu, ocjena odluke Zemaljskog suda za radnopravne sporove nije održiva u žalbenom postupku. Tačno je da prema utvrđenom činjeničnom stanju "po sebi" postoji važan razlog za davanje otkaza. Međutim, Zemaljski sud za radnopravne sporove nije uzeo u obzir sve bitne aspekte pri provjeri pojedinačnog slučaja i odmjeravanja interesa, i nije ih tačno procijenio.
- 19 1. Suprotno mišljenju revizije, zamjerke na odluku Zemaljskog suda za radnopravne sporove nisu zbog toga što je pravno vrednovanje sporne povrede radnih obaveza u vidu dokazane činjenice, a ne, kao i od strane tuženog, na osnovu odgovarajuće sumnje.
- 20 a) Zemaljski sud za radnopravne sporove je polazio od činjenice da su pronađena dva bona za praznu ambalažu 12. januara 2008. godine i da su ista predata tužiteljici od strane šefa filijale. Poslije dokaznog postupka utvrdio je kao istinito da je tužiteljica oba bona u vrijednosti od 0,48 eura i 0,82 eura, najprije ostavila u kancelariji za blagajnu i u jednom neodređenom momentu ih uzela, da bi 22. januara 2008. godine pri kupovini te bonove u svoju korist unovčila; time se smanjila kupovna vrijednost za 1,30 eura. Taj postupak tužiteljice je ocijenjen kao namjeran i nezakonit.
- 21 b) Senat je vezan za utvrđene činjenice od strane Zemaljskog suda za radnopravne sporove § 559 stav 2 ZPP. Tužiteljica je izričito odustala od osporavanja dokaznog postupka koji je izveden pred Zemaljskim sudom za radnopravne sporove, iako je i dalje tvrdila da se nije radilo o namjernoj zloupotrebi službenog položaja.
- 22 c) Kod ocjene događaja, pod pretpostavkom da je tužiteljica dokazano zloupotrijebila službeni položaj, ne može se pravdati time da se tuženi radi opravdanja davanja otkaza poziva samo na određenu sumnju, te da se na sastanku sa savjetom preduzeća vodio razgovor samo o mogućem otkazu.
- 23 aa) Zemaljski sud za radnopravne sporove na taj način nije uzimao u obzir navode tuženog koje on nije ni naveo. Sumnja na zloupotrebu službenog položaja predstavlja samostalni osnov za davanje otkaza u odnosu na navedeno krivično djelo (*st. Rspr., senat 23. juni 2009. godine – 2 AZR 474/07 – Rn. 55 mwN, AP GZ § 626 Sumnja na izvršenje krivičnog djela br. 47 = EzA GZ 2002 § 626 Sumnja na izvršenje krivičnog djela Nr. 8*). Oba razloga nisu bez međusobne povezanosti. Ukoliko se otkaz obrazloži sumnjom na zloupotrebu službenog položaja, stoji naspram toga uvjerenje suda da se stvarno radi o zloupotrebi službenog položaja i to nema uticaja na materijalnopravno dejstvo otkaza. Mjerodavno je jedino objektivno činjenično stanje koje sud utvrđuje na osnovu izjava stranaka i, prema potrebi, izvođenja dokaznog postupka. Ukoliko se na osnovu procjene činjeničnog stanja, od strane suda, pokaže da se radi o zloupotrebi službenog položaja, sud nije spriječen da to uzme kao osnovu za svoju odluku. Nije potrebno da se poslodavac u toku postupka pozove na to da je otkaz zasnovan na dokazanom djelu. (*senat 23. juni 2009. godine – 2 AZR 474/07 – aaO mwN*).
- 24 bb) Okolnost da se savjet preduzeća izjasnio samo o planiranom otkazu zbog izražene sumnje ne predstavlja kontradiktornost. To što sud događaj uzima u obzir kao dokazanu činjenicu i pretpostavlja da su savjetu preduzeća – u okviru dozvoljenog dodavanja – saopštene one okolnosti koje potvrđuju ne samo sumnju na izvršenje krivičnog djela nego, prema uvjerenju suda, i optužbu za izvršenje krivičnog djela. (*senat 23. juni 2009. godine – 2 AZR 474/07 – Rn. 59 mwN, AP GZ § 626 Sumnja na izvršenje krivičnog djela br. 47 = EzA GZ 2002 § 626 sumnja na izvršenje krivičnog djela br. 8*). U ovoj situaciji zadovoljena je svrha norme § 102 stav 1 Upravnog suda, saslušanjem u vezi planiranog otkaza. Savjetu preduzeća nije time ništa uskraćeno. Saopštenje poslodavca, da se zaposlenom licu samo zbog sumnje zloupotrebe službenog položaja može dati otkaz, daje savjetu preduzeća više povoda za sveobuhvatnu aktivnost, nego saslušanje zbog jednog već dokazanog djela (*senat 3. april 1986. godine – 2 AZR 324/85 – zu II 1 c cc razlozi, AP GZ § 626 Sumnja na izvršenje krivičnog djela br. 18 = EzA Betr Upravni sud 1972 § 102 br. 63; KR/Fischermeier 9. izdanje. § 626 GZ Rn. 217*). Ove pretpostavke su ispunjene u predmetnom sporu. Zemaljski sud je za svoju odluku uzeo isključivo – iz svog ugla dokazane – činjenice, koje su bili predmet saslušanja kod savjeta preduzeća.
- 25 2. Činjenično stanje koje je utvrdio Zemaljski sud za radnopravne sporove je "samo po sebi" važan razlog u smislu § 626 stav 1 GZ. Imovinska i novčana krivična djela koja su izvršena na štetu poslodavca, ali isto tako i nekažnjive radnje koje imaju sličnu težinu neposredno usmjerene prema imovini poslodavca, uzimaju se tipično – nezavisno od vrijednosti predmeta i visine nastale štete – kao razlog za vanredni otkaz.

- 26 a) Ukoliko zaposleno lice u toku ili u kontekstu svog rada učini protivpravne i namjerne – odnosno krivične – radnje, neposredno protiv imovine svog poslodavca, krši istovremeno na ozbiljan način krivičnopravnu obavezu na savjesno ponašanje (§ 241 stav 2 GZ) i zloupotrebljava dato povjerenje. I takvo ponašanje može da predstavi važan razlog u smislu § 626 stav 1 GZ ako se protivpravna radnja odnosi na predmete male vrijednosti, ili ako je došlo do male ili možda nikakve štete (*senat 13. decembar 2007. godine – 2 AZR 537/06 – Rn. 16, 17, AP GZ § 626 Nr. 210 = EzA GZ 2002 § 626 br. 20; 12. august 1999. godine – 2 AZR 923/98 – zu II 2 b aa razlozi odluka Saveznog suda za radnopravne spore, 92, 184; 17. maj 1984. godine – 2 AZR 3/83 – zu II 1 razlozi, AP GZ § 626 Sumnja na izvršenje krivičnog djela br. 14 = EzA GZ § 626 nF br. 90*).
- 27 b) Senat se pridržava te sudske prakse. Suprotno mišljenje, da zloupotreba službenog položaja u oblasti imovinskog prava zbog beznačajnosti treba da se izostavi iz oblasti primjene § 626 stav 1 GZ (*prema odluci Zemaljskog suda Köln 30. septembar 1999. godine – 5 Sa 872/99 – u vezi dva razloga, NZA-RR 2001, 83; Zemaljski sud Hamburg 8. jula 1998. godine – 4 Sa 38/97 – u vezi II 3 a aa razlozi, NZA-RR 1999, 469; Radno pravo Reutlingen 4. juni 1996. godine – 1 Ca 73/96 – RzK I 6 d br. 12; Däubler Radno pravo 2 12. izdanje. Rn. 1128; ograničeno Gerhards BB 1996, 794, 796*), nije ubjedljivo. Zaposleno lice koje namjerno i protivpravno povrijedi integritet vlasništva i imovine svog poslodavca, pokazuje ponašanje koje je pogodan povod za postavljanje pitanja prihvatljivosti daljeg zapošljavanja. “Potres” koji je izazvan takvim ponašanjem i koji ugrožava osnovnu bazu povjerenja, koja je bitna za ugovorni odnos, nastaje nezavisno od toga koje su konkretne ekonomske štete povezane s njim. Iz tog razloga ne može se objediniti utvrđivanje vrijednosti prema pragu relevantnosti s očiglednim činjeničnim stanjem iz § 626 stav 1 GZ. To bi proizvelo još dodatnih problema – kao na primjer tačno određivanje vrijednosti višestrukih, a pojedinačno gledano “nebitnih”, prekršaja kao i tretman marginalnih graničnih prekršaja – te zbog toga ne može da služi za odmjereno usaglašavanje interesa.
- 28 c) Sa svojim stavom senat nije u suprotnosti sa vrijednostima iz § 248a KZ. Na osnovu ove odredbe krivično gonjenje se vrši kod krađe i pronevjere manje vrijednih stvari samo na osnovu prijave, ili kad je u pitanju posebni javni interes. Po ovoj odredbi zakonodavac vrši procjenu gdje je granica za obavezno izricanje državnih sankcija kod kršenja prava iz te oblasti. Takva osnova nije poznata u dužničkom pravu. Tu se radi o razmjeni usluga bez smetnje. Osnovanost otkaza zbog određenog ponašanja ne može se po tome mjeriti da li je – upoređujući s državnim sankcijom – odmjerena kao sankcija za sporno kršenje ugovora. Umjesto principa
- sankcije važi princip prognoze. Otkaz zbog određenog ponašanja opravdan je ako se ne može ubuduće očekivati ispunjenje ugovora bez smetnje, a buduće kršenje ugovornih obaveza može samo raskidom ugovora da se spriječi (*st. Rspr., senat 26. novembar 2009. godine – 2 AZR 751/08 – Rn. 10, AP ZZO (Zakon o zaštiti od neosnovanog otkaza) 1969 § 1 otkaz zbog određenog ponašanja br. 61 = EzA GZ 2002 § 611 opomena br. 5; 23. juni 2009. godine – 2 AZR 103/08 – Rn. 32, AP ZZO 1969 § 1 otkaz zbog određenog ponašanja br. 59 = EzTöD 100 TVöD-AT § 34 Abs. 2 otkaz zbog određenog ponašanja br. 17*).
- 29 d) Isto tako ne postoji protivrječnost u vrednovanju između mišljenja Senata i sudske prakse Saveznog upravnog suda. Kod ocjenjivanja disciplinarnih prekršaja sličnih zloupotrebi službenog položaja službenika, Savezni upravni sud uzima u obzir beznačajnost određenih imovinskih objekata kao olakšavajuću okolnost (*Savezni upravni sud 13. februar 2008. godine – 2 WD 9/07 – DÖV 2008, 1056; 24. novembar 1992. godine – 1 D 66/91 – u vezi s tri razloga, Savezni upravni sud 93, 314; kod kontrole blagajne: Savezni upravni sud 11. novembar 2003. godine – 1 D 5/03 – u vezi navedenih razloga iz tačke 4b*). To se dešava uz pozadinu postepenih disciplinarnih mogućnosti reakcije poslodavca. One mogu biti u vidu naredbe za novčanu kaznu (§ 7 Saveznog zakona o disciplinarnom prekršaju “BDG”) preko umanjavanja ličnih prihoda (§ 8 BDG) i degradacije u službi (§ 9 BDG) do otpuštanja iz službe (§ 13 stav 2 BDG). Takva širina reakcija ne postoji u radnom pravu. Poslodavac ne bi mogao da zamijeni “otpuštanje iz službe” za umanjavanja ličnog dohotka. Vrednovanje državne službe za službenike i vojna lica, po pravilu se radi o postavljenjima za čitavi radni vijek, koja su karakteristična zbog posebnih obaveza privrženosti i odatnosti, ne mogu se redovno prenijeti na privatnopravni odnos međusobnih obaveza (*Keiser JR 2010, 55, 57 i slj.; Reuter NZA 2009, 594, 595*).
- 30 e) Zemaljski sud je ponašanje tužiteljice ocijenio kao “imovinski delikt” na štetu tuženog, nije međutim pružio odgovor koji je krivični i/ili građanski delikt u pitanju. To ne proizvodi štetu za sam rezultat. Ponašanje tužiteljice dolazi i tada u obzir kao važan razlog u smislu § 626 stav 1 GZ i kada nije kažnjivo – kao što revizija zastupa mišljenje na osnovu izjava u stručnoj literaturi (*Hüpers Jura 2010, 52 i slj.; Schlösser HRRS 2009, 509 i slj.*), barem ne u smislu imovinskog delikta na štetu tuženog. Za ocjenjivanje pravne osnove za otkaz nije mjerodavna ni krivičnopravna ni stvarnopravna ocjena. Odlučujuće je kršenje glavnih i sporednih ugovornih obaveza i s njima povezano gubljenje povjerenja (*senat 19. april 2007. godine – 2 AZR 78/06 – Rn. 28, AP GZ § 611 direktivno pravo t Nr. 77 = EzTöD 100 TVöD-AT § 34 stav 2 otkaz zbog određenog ponašanja br. 8; 2. mart 2006. godine – 2 AZR 53/05 –*

Rn. 29, AP GZ § 626 bolest br. 14 = EzA GZ 2002 § 626 br. 16; 21. april 2005. godine – 2 AZR 255/04 – u vezi B II 1 razlozi, odluke Saveznog suda za radnopravne sporove AGE 114, 264; Prei AuR 2010, 242 i slj.). Isto tako može nekažnjiva, ali bitna povreda radnih obaveza, koja proizlazi iz radnog odnosa da bude važan razlog u smislu § 626 stav 1 GZ. To važi pogotovo u slučajevima u kojima je povreda obaveza iz radnog odnosa povezana s namjernim kršenjem uputstva poslodavca, protiv njegovih neposrednih imovinskih interesa (KR/Fischermeier 9. izdanje § 626 GZ Rn. 459).

- 31 f) Prema tome, radi se o značajnoj povredi radnih obaveza koje prelaze prag i time postaju važan razlog. Tužiteljica je time, što je unovčila bonove za praznu ambalažu sebi stvorila imovinsku korist koja joj ne pripada, a na štetu je tuženog. Njeno ponašanje je utoliko gore, pošto se nije pridržavala konkretnog uputstva šefa filijale u vezi ophođenja s bonovima. Nije bitno da li je već time prekršila svoje glavne radne obaveze kao kasirka ili svoje obaveze obzirnog ponašanja iz § 241 stava 2 GZ. U svakom slučaju postoji obaveza na bezuslovno čuvanje imovinskog interesa tuženog i to je suštinski dio njenih radnih obaveza. Težina povrede radnih obaveza ne zavisi od njenog tačnog određivanja. Uputstvo šefa filijale da se bonovi poslije određenog vremena knjiže kao "stornirani bonovi" trebalo je da obezbijedi da ih tuženi neće koristiti. Da li je to u interesu mušterija ili ne, to nije od značaja za odnos stranaka. U svakom slučaju tužiteljica nije smjela da iskoristi te bonove u svojoj korist.
- 32 3. Trenutni otkaz nije opravdan kad se uzmu u obzir sve okolnosti ovog slučaja i na osnovu odmjeravanja suprotnih interesa. Dovoljna bi bila reakcija tuženog da izvrši opomenu zbog pogrešnog ponašanja tužiteljice. To može senat sam da odluči.
- 33 a) Revizion sud ima u okviru § 626 stav 1 GZ prostor za ocjenjivanje pri odmjeravanju interesa (senat 11. decembar 2003. godine – 2 AZR 36/03 – u vezi II 1 f razlozi, AP GZ § 626 br. 179 = EzA GZ 2002 § 626 br. 5). I samostalno odmjeravanje od strane revizionog suda je moguće, ako je odmjeravanje od strane žalbenog suda bilo pogrešno ili nepotpuno, a sve bitne činjenice su utvrđene (senat 23. juni 2009. godine – 2 AZR 103/08 – Rn. 36, AP ZZO 1969 godine § 1 otkaz zbog određenog ponašanja br. 59 = EzTöD 100 TVöD-AT § 34 stav 2 otkaz zbog određenog ponašanja br. 17; 12. januar 2006. godine – 2 AZR 179/05 – Rn. 61, AP ZZO 1969 godine § 1 otkaz zbog određenog ponašanja br. 54 = EzA ZZO § 1 otkaz zbog određenog ponašanja br. 68). Ovdje se radi o takvom slučaju.
- 34 b) Pri vršenju provjere da li je za poslodavca prihvatljiv dalji radni odnos zaposlenog lica, i pored značajne povrede radnih obaveza, u svakom slučaju do isteka roka za davanje otkaza, treba cjelokupno da se vrednuje interes poslodavca koji želi trenutni raskid radnog od-

nosa, naspram interesa zaposlenog lica koje želi održavanje radnog odnosa. Sud treba da vrši vrednovanje uzimajući u obzir princip uravnoteženosti. Okolnosti na osnovu kojih treba da se izvrši procjena da li je za poslodavca prihvatljivo dalje zapošljavanje tog lica ili ne, ne mogu se definitivno odrediti. Svakako treba redovno uzeti u obzir težinu i posljedice kršenja ugovornih obaveza – na primjer u pogledu gubitka povjerenja i ekonomskih posljedica – i stepen krivice zaposlenog lica, moguću opasnost recidiva, kao i dužinu radnog odnosa i njegov besprijeekorni tok (senat 28. januar 2010. godine – 2 AZR 1008/08 – Rn. 26 mwN, DB 2010, 1709; 10. novembar 2005. godine – 2 AZR 623/04 – Rn. 38 mwN, AP GZ § 626 br. 196 = EzA GZ 2002 § 626 br. 11). Vanredni otkaz dolazi u obzir samo ako ne postoji odmjeran način da se nastavi radni odnos, pošto za poslodavca nisu prihvatljive sve druge blaže reakcije (st. Rspr., senat 19. april 2007. godine – 2 AZR 180/06 – Rn. 45, AP GZ § 174 br. 20 = EzTöD 100 TVöD-AT § 34 stav 2 otkaz zbog određenog ponašanja br. 7). Kao blaže reakcije smatraju se pogotovo opomene i redovni otkaz. Tada predstavljaju alternativne mjere i pored toga što su pogodne da postignu svrhu kao i vanredni otkaz – a to je sprečavanje rizika budućih smetnji (KR/Fischermeier 9. izdanje. § 626 GZ Rn. 251 mwN).

- 35 c) Nužnost provjere da li bi redovni otkaz bio dovoljan kao reakcija, proizlazi iz teksta § 626 stav 1 GZ. Potrebno da se dalje provjerava da li bi i opomena bila dovoljna, proizlazi iz principa proporcionalnosti (otkaz kao "ultima ratio") i poštuje istovremeno princip prognoze kod otkaza zbog određenog ponašanja (senat 19. april 2007. godine – 2 AZR 180/06 – Rn. 47 i slj., AP GZ § 174 br. 20 = EzTöD 100 TVöD-AT § 34 stav 2 otkaz zbog određenog ponašanja br. 7; 12. januar 2006. godine – 2 AZR 179/05 – Rn. 55 mwN, AP ZZO 1969 godina § 1 otkaz zbog određenog ponašanja br. 54 = EzA ZZO § 1 otkaz zbog određenog ponašanja br. 68). Ovaj zahtjev važi isto kad su u pitanju smetnje kod povjerenja. Nije uvijek i unaprijed isključeno da se izgubljeno povjerenje kroz buduće poštovanje ugovornih obaveza može povratiti (senat 4. juni 1997. godine – 2 AZR 526/96 – u vezi II 1 b razlozi, odluke Saveznog suda za radnopravne sporove 86, 95).
- 36 aa) Ukoliko do povrede ugovornih obaveza zaposlenog lica dolazi zbog vršenja stranog uticaja, može se principijelno prihvatiti, da se na njegovo buduće ponašanje može pozitivno uticati i samom prijetnjom posljedica, koje mogu nastati u vezi s radnim odnosom (Schlachter NZA 2005, 433, 436). Redovni kao i vanredni otkaz, zbog povrede ugovornih obaveza, podrazumijevaju redovno prethodnu opomenu. Opomena služi objektivizaciji negativne prognoze (senat 23. juni 2009. godine – 2 AZR 283/08 – Rn. 14 mwN, AP ZZO 1969 § 1 opomena br. 5 = EzA ZZO § 1 otkaz zbog određenog ponašanja br. 75; Staudinger/Preis <2002> § 626 GZ Rn.

- 109). Ukoliko zaposleno lice poslije uredne opomene i dalje krši svoje ugovorne obaveze iz ugovora o radu, tada se može redovno zaključiti da će i ubuduće dolaziti do kršenja ugovornih obaveza (*senat 13. decembar 2007. godine* – 2 AZR 818/06 – Rn. 38, AP ZZO 1969 godine § 4 br. 64 = EzA ZZO § 4 nF Nr. 82).
- 37 bb) Prema principu proporcionalnosti otkaz nije opravdan ukoliko su na raspolaganju blaža sredstva koja bi mogla otkloniti buduća kršenja ugovornih obaveza. Ovaj aspekt je kroz regulaciju § 314 stav 2 GZ u vezi s § 323 stav 2 GZ dobio zakonodavnu potvrdu (*senat 12. januar 2006. godine* – 2 AZR 179/05 – Rn. 56 mwN, AP ZZO 1969 § 1 otkaz zbog određenog ponašanja br. 54 = EzA ZZO § 1 otkaz zbog određenog ponašanja br. 68). Opomena nije potrebna samo u onim slučajevima kad se ima u vidu princip proporcionalnosti, ako se promjena ponašanja ubuduće i pored opomene ne može očekivati, ili ako se radi o vrlo značajnom kršenju obaveza, te da je za poslodavca dalje prihvatanje radnog odnosa očigledno isključeno – a i zaposlenom licu je to vrlo jasno (*uporediti senat 23. juni 2009. godine* – 2 AZR 103/08 – Rn. 33, AP ZZO 1969 § 1 otkaz zbog određenog ponašanja br. 59 = EzTöD 100 TVöD-AT § 34 stav. 2 otkaz zbog određenog ponašanja br. 17; 19. april 2007. godine – 2 AZR 180/06 – Rn. 48 mwN, AP GZ § 174 br. 20 = EzTöD 100 TVöD-AT § 34 stav 2 otkaz zbog određenog ponašanja br. 7).
- 38 cc) Ovi osnovni principi važe neograničeno čak i kod poremećaja u povjerenju zbog izvršenih krivičnih djela protiv vlasništva ili imovine poslodavca (*senat 23. juni 2009. godine* – 2 AZR 103/08 – Rn. 33, AP ZZO 1969 § 1 otkaz zbog određenog ponašanja br. 59 = EzTöD 100 TVöD-AT § 34 stav. 2 otkaz zbog određenog ponašanja br. 17; 27. april 2006. godine – 2 AZR 415/05 – Rn. 19, AP GZ § 626 br. 203 = EzA GZ 2002 godine § 626 br. 17). I u ovom domenu ne postoje “apsolutni” razlozi za otkaz. Uvijek se konkretno mora utvrditi da li je opravdana objektivna prognoza da će se zaposleno lice, u svakom slučaju poslije izrečene opomene, ubuduće pridržavati ugovornih obaveza (*uporediti isto s Erman/Belling GZ 12. izdanje. § 626 Rn. 62; KR/Fischermeier 9. izdanje. § 626 GZ Rn. 264; Preis AuR 2010, 242, 244; Reichel AuR 2004, 252; Schlachter NZA 2005, 433, 437*).
- 39 d) Shodno tome opomena u ovom slučaju nije bila potrebna.
- 40 aa) Zemaljski sud polazi od tačne pretpostavke da nije bila potrebna opomena radi otklanjanja moguće pretpostavke kod tužene da bi tuženi mogao biti saglasan s korištenjem bonova za vlastitu korist tužiteljice. Pretpostavljena saglasnost – koja se u drugim slučajevima može pretpostaviti, kao što je korištenje bezvrijednih i kao otpad deklariranih predmeta za sopstvene potrebe, ili radi davanja ugroženim licima, ili punjenje mobilnog telefona na električnoj mreži poslodavca – bila je u predmetnom sporu suprotna uputstvima šefa filijale, koja su nesumnjivo jasno stavila do znanja kako tuženi želi da se postupa s bonovima. Ovdje se ne radi o eventualnoj nejasnoći kod opštih uputstava tuženog u vezi s tretmanom pronađenih stvari ili novca.
- 41 bb) S pravom je Zemaljski sud pretpostavio da ponašanje tužiteljice predstavlja objektivno tešku povredu radnih obaveza koja značajno opterećuje odnos povjerenja između stranaka.
- 42 (1) Korištenjem bonova za praznu ambalažu za vlastitu korist tužiteljica se svjesno ponašala suprotno uputstvu šefa filijale. Samo to je bilo dovoljno da se ugrozi povjerenje tuženog u savjesno ispunjenje obaveza koje su joj dodijeljene za radno mjesto kasirke. Otežavajuća okolnost je pogotovo što su njoj predati bonovi radi čuvanja, odnosno radi knjiženja kao “stornirani bonovi”. Zloupotreba službenog položaja prožima suštinski dio njenih radnih obaveza. Ona je bila zaposlena kao prodavačica s radom na blagajni. Na tom radnom mjestu morala je ispoštovati, shodno uputstvu, način ophođenja s bonovima za praznu ambalažu, kao i s novcem koji je njoj povjeren. Tuženi mora u većoj mjeri da ima povjerenja u pouzdanost i poštenje zaposlenog lica koje je zaduženo za blagajnu. Tuženi mora da se osloni na činjenicu da se njegova uputstva korektno izvršavaju u ophođenju sa stvarnim i imovinskim vrijednostima, nezavisno od njihove vrijednosti i konkretnog vlasničkog odnosa. Kao trgovinsko preduzeće na malo, tuženi je pogotovo osjetljiv na visoke gubitke, koji u zbiru stvaraju mnogobrojne, pojedinačno posmatrane, male štete. Ukoliko zaposleno lice, čiji je osnovni zadatak da štiti i knjiži naplaćene novčane iznose, namjerno i radi ličnog bogaćenja krši svoju radnu obavezu, koja treba da služi upravo zaštiti vlasništva i imovine poslodavca ili mušterije, to je redovno značajno kršenje ugovora s uticajem na odnos povjerenja prema zaposlenom licu.
- 43 (2) Prigovor tužiteljice da od strane poslodavca svakako ne postoji povjerenje prema zaposlenim licima, pošto su postavljene video kamere u filijalama, nije osnovan. Svako zaposleno lice ima obavezu da se ponaša na takav način da zbog njega nije potrebno vršenje kontrole. Ukoliko se neko nespecifično generalno “nepovjerenje”, koje nije usmjereno na određeno lice, od strane poslodavca pokaže kao osnovano prema određenom licu, od tog momenta se može smatrati da postoji nepovjerenje u njegovo poštenje.
- 44 cc) I pored toga što je ponašanje tužiteljice značajno opterećivalo povjerenje od strane poslodavca, Zemaljski sud za radnopravne sporove nije u dovoljnoj mjeri uzео u obzir specifičnosti u korist tužiteljice.
- 45 (1) Zemaljski sud za radnopravne sporove je pretpostavio da tužiteljica nije mogla da računa na to da tuženi prihvati njeno ponašanje kao jedinstven slučaj bez davanja otkaza. Tužiteljica je prekršila svoje radne obaveze kao kasirka “na najteži način”. S ovim vrednova-

njem nije se dovoljno vodilo računa o specifičnosti u predmetnom sporu. Tužiteljica je na blagajni u neposrednom prisustvu svoje pretpostavljene šefice unovčila bonove za praznu ambalažu kod kolegice s kojom nije u prijateljskim odnosima. Da ne postoji osnova da se unovči bon za praznu ambalažu pošto nije prethodno potpisan, prema važećim pravilima preduzeća, bilo je očigledno za pretpostavljenu šeficu kao i kolegicu na blagajni. To isto znala je i tužiteljica, koja bi sa svoje strane izazvala pažnju i dodatne provjere. To pokazuje da je ona procijenila – pogrešno – da se njeno ponašanje toleriše ili da se može svakako korigovati, te da očigledno nije bila svjesna težine prekršaja. Za procjenu stepena krivice i mogućnosti uspostavljanja povjerenja, nema objektivno razlike da li se kod povrede radne obaveze radi o ponašanju koje je sveukupno usmjereno na – kao na primjer tajno uzimanje novca iz blagajne – prikrivanje ili ne.

46 (2) Zemaljski sud za radnopravne sporove je naveo da se radi o jedinstvenom slučaju povrede radnih obaveza i da je tužiteljica skoro tri decenije bez ikakvih prigovora radila u preduzeću, ali nije toj činjenici pripisao odgovarajuću težinu.

47 (a) Za prihvatanje nastavka radnog odnosa može biti od velikog značaja ako je zaposleno lice već duže vremena radilo na povjerljivoj poziciji, bez ikakve povrede radnih obaveza. To važi i za povrede obaveza iz neposrednog imovinskog domena. (*senat 13. decembar 1984. – 2 AZR 454/83 – u vezi III 3 a razlozi, AP GZ § 626 br. 81 = EzA GZ § 626 nF br. 94*). Dugogodišnji odnos od povjerenja između dvije ugovorne stranke ne mora da bude potpuno i nepovratno uništen zbog jednog jedinstvenog kršenja povjerenja. Što je duže trajao odnos povjerenja u ugovornom odnosu, to je više opravdana prognoza da se dugogodišnje zalihe povjerenja ne mogu zbog jednog događaja skroz uništiti. Pri tome se ne radi o subjektivnom osjećaju ili procjeni poslodavaca ili određenih osoba koje za njega rade. Objektivna procjena je odlučujuća. Nije bitno da li poslodavac stvarno ima i dalje dovoljno povjerenja u zaposleno lice. Mjerodavno je da li bi ga i dalje morao da ima iz ugla objektivnog posmatrača. Kod radnog odnosa ne radi se o sveobuhvatnom međusobnom povjerenju po pitanju moralnih kvaliteta ugovornih stranaka. Tu se radi jedino o pitanju da li se objektivno može očekivati ispunjenje ugovornih obaveza.

48 (b) Tužiteljica je kroz besprijekorni rad u trajanju od trideset godina kao prodavačica i kasirka pokazala svoju lojalnost prema tuženom.

49 (aa) Senat treba od toga da polazi da je taj radni staž protekao bez pravno relevantnih primjedbi. Predmet jedne opomene bio je ponižavajući komentar usmjeren prema kolegi koji je izrečen pred mušterijama. Ovo ponašanje nije u nikakvoj vezi s optužbama za koje se prijeti davanjem otkaza; uostalom, ta opomena je

godinu dana kasnije otklonjena iz njenog dosjea. Nabitno je iz činjeničnih razloga događaja u vezi predaje posebnih kupona iz novembra 2007. godine. Tužiteljica je detaljno i uvjerljivo saopštila zašto nije dobila apoene iz tog bonusa i zašto ne može da polaže pravo na njih. Tuženi se tome nije dovoljno ubjedljivo protivio.

50 (bb) Visoko se vrednuje stepen povjerenja u korektnom izvršavanju radnih obaveza i poštovanje imovinskih interesa tuženog, koje je stekla u toku svog radnog odnosa. S obzirom na to da se poslije deset dana čekanja ne očekuje opravdano raspitivanje od strane mušterije gdje se nalaze bonovi za praznu ambalažu čija je vrijednost samo nekoliko centi i zbog ekonomske beznačajnosti nastale štete za tuženu stranu, to povjerenje treba više vrednovati nego želju poslodavca da se nastavi radni odnos samo s takvom saradnicom, koja je apsolutno bez grešaka i mana. Ta opravdana želja ne predstavlja osnov da se ne prihvati nastavak radnog odnosa i pored povrede radnih obaveza, uzimajući u obzir dosadašnju saradnju. Objektivno nije u tolikoj mjeri narušeno povjerenje kad je u pitanju pouzdanost tužiteljice da se ne može ponovo uspostaviti povjerenje i buduća dobra saradnja među strankama.

51 (3) Procesualna argumentacija odbrane tužiteljice nije suprotna ovom ocjenjivanju.

52 (a) Dejstvo otkaza treba principijelno ocijeniti prema objektivnim okolnostima u trenutku dešavanja. Taj trenutak je u okviru § 626 stav 1 GZ mjerodavan kako zbog provjere razloga za davanje otkaza, tako i za odmjeravanje interesa. Okolnosti koje su tek naknadno nastale ne mogu opravdati već izjavljen otkaz. Mogu poslužiti jedino kao osnov za dodatni otkaz ili kod zahtjeva za ukidanje radnog odnosa prema § 9, 10 Zakona o zaštiti od neosnovanog otkaza (*senat 28. oktobar 1971. godine – 2 AZR 15/71 – u vezi II 2 d razlozi, AP GZ § 626 br. 62 = EzA GZ § 626 nF br. 9; 15. decembar 1955. godine – 2 AZR 228/54 – u vezi III razlozi, odluke Saveznog suda za radnopravne sporove 2, 245*).

53 (b) Okolnosti koje su naknadno nastupile mogu prema sudskoj praksi senata biti od značaja za sudsku procjenu, ukoliko na nov način razjašnjavaju događaje koji su doveli do otkaza (*senat 13. oktobar 1977. godine – 2 AZR 387/76 – u vezi III 3 d razlozi, AP ZZO 1969 § 1 otkaz zbog određenog ponašanja br. 1 = EzA BetrVG 1972 § 74 br. 3; 28. oktobar 1971 godine – 2 AZR 15/71 – u vezi II 2 d razlozi, AP GZ § 626 br. 62 = EzA GZ § 626 nF br. 9; 15. decembar 1955. godine – 2 AZR 228/54 – u vezi III razlozi, odluke Saveznog suda za radnopravne sporove 2, 245*). Između novih događaja i starih razloga mora da postoji tako jaka unutrašnja povezanost da se ni jedan ni drugi ne mogu izostaviti bez da se raskida jedinstven životni događaj (*senat 15. decembar 1955. godine – 2 AZR 228/54 – aaO; ErfK/Müller-Glöße 10. izdanje. § 626 Rn. 54; KR/Fischermeier 9. izdanje. § 626 GZ Rn. 177; SPV/Preis 10. izdanje. Rn. 551; uporediti*

isto s Walker NZA 2009, 921, 922). Međutim, prvobitno neopravdani otkaz ne može retroaktivno da postane opravdani otkaz zbog ponašanja koje je kasnije nastupilo (senat 15. decembar 1955. godine – 2 AZR 228/54 – aaO). Osim toga treba tačno provjeriti koji su konkretni zaključci u vezi davanja otkaza dozvoljeni na osnovu kasnijeg ponašanja. Isto važi kad je u pitanju argumentacija u postupku (uporediti s odlukama Senata od 24. novembra 2005. godine – 2 AZR 39/05 – AP GZ § 626 br. 197 = EzA GZ 2002 § 626 br. 12 i 3. juli 2003. godine – 2 AZR 437/02 – AP GZ § 626 sumnja na krivično djelo Nr. 38 = EzA ZZO § 1 otkaz zbog sumnje Nr. 2).

- 54 (c) Prema tome nema povećanog značaja njena povreda radnih obaveza zbog ponašanja u toku postupka. Nije pogodno za razjašnjenje činjeničnog stanja u vezi otkaza. A to je da je tužiteljica neovlašteno unovčila dva bona za praznu ambalažu u svoju korist, koja ne pripadaju njoj već mušterijama.
- 55 (aa) Ovaj postupak se ne pokazuje u drugom svjetlu, za tužiteljicu nepovoljnom, u pogledu opasnosti od recidiva pošto je ona negirala identitet bonova koje je ona unovčila, i onih bonova koji su se nalazili na čuvanju u kancelariji za blagajnu. To isto važi za tvrdnju da je tužiteljica u toku postupka uključila mogućnost određenih događaja koji bi mogli objasniti zašto nije – kao što je stalno tvrdila – i pri utvrđenom identitetu bonova znala da je unovčila bonove koji joj ne pripadaju. Mogućnosti koje je tužiteljica navela, zajedno s intrigom koja se protiv nje vodila, mogle su da izazovu nemir u radnoj atmosferi preduzeća zbog ispitivanja određenih saradnika. Međutim, to nije bio razlog za davanje otkaza. Nezavisno od toga, argumentacija odbrane od strane tužiteljice ne ide u pravcu optužbe na teret trećih lica za povredu konkretnih radnih obaveza. Razlog za davanje otkaza ne postaje jasniji time što tužiteljica zastupa pravno shvatanje da imovinski delikti na štetu poslodavca koji su prvi put počinjeni, s malom ekonomskom štetom, ne mogu bez prethodne opomene da budu opravdanje za vanredni otkaz. Tu je u jednom spornom pravnom pitanju zauzela povoljan stav za sebe. Iz toga se ne može izvesti zaključak da bi se ona u budućnosti na isti način ponašala i kršila ugovor.
- 56 (bb) Ponašanje tužiteljice u samom postupku takođe ne umanjuje povjerenje koje je neophodno pri odmjerenju interesa. Da bi se utvrdilo to povjerenje, treba da se uvaži trenutak davanja otkaza. Iz te perspektive, i u pogledu realizovanog činjeničnog stanja u vezi s otkazom, treba se zapitati da li se s ponovnim uspostavljanjem povjerenja može računati na buduće korektno ispunjenje ugovornih obaveza. U tom pogledu je argumentacija u postupku od strane tužiteljice bez uvjerljivog iskaza. Njeno promjenjivo izlaganje i uporno negiranje da je namjerno kršila radne obaveze, ne pružaju mogućnost donošenja zaključka o njenoj budućoj pouzdanosti na radnom mjestu kasirke. To isto važi za

moguće, u toku postupka iznesene, tvrdnje od strane tužiteljice o navodnoj manipulaciji od strane uprave blagajne, u vezi s unovčenjem posebnih kupona u novembru 2007. godine i moguće izjave za medije.

- 57 (cc) Time se ne “otvaraju vrata” kršenju obaveze na iznošenje istine u toku postupka, kao što tuženi misli. U slučaju svjesne i lažne argumentacije postoji mogućnost davanja još jednog otkaza, ili podnošenja zahtjeva za ukidanje radnog odnosa prema §§ 9, 10 ZZO. Pri tome se ne može svaka argumentacija stranke ocijeniti kao “laž”. Percepcija jednog događaja, generalno, nije bez spoljnog i unutrašnjeg stava osobe koja ga doživljava. To isto važi za pamćenje i ponavljanje, pogotovo u jednom odnosu koji je izrazito polarizovan, kao što je često slučaj između stranaka u postupku. Kad sud prema pravilima procesnog prava iz § 138, 286 ZPP stvori svoje uvjerenje – pravno obavezujuće, ali ipak isto tako izloženo opasnosti od zablude – da se jedan događaj odvijao na određeni, a ne na neki drugi način, ako je u ranijem iskazu stranka iznijela jedan drugi opis događaja, to ne mora da predstavlja ciljanu obmanu suda ili druge stranke. Potrebne su posebne indicije da bi se dokazala tako teška optužba.
- 58 B. Redovni otkaz koji je alternativno objavljen 30. septembra 2008. godine nema dejstva. Po tom pitanju senat može samostalno da odluči. Otkaz je iz socijalnih razloga neopravdan. Nije uslovljen razlozima u ponašanju tužiteljice u smislu § 1 stav 2 ZZO. Redovni otkaz je zasnovan na istom životnom činjeničnom stanju kao i vanredni otkaz. Za tuženog je bilo prihvatljivo da na osnovu iznesenih razloga koristi blaže sredstvo opomene.
- 59 C. Zahtjev za nastavak radnog odnosa za vrijeme otkaznog roka, a koji se odnosi na period trajanja sudskog spora o otkazu, nema više opravdanje zbog okončanja postupka.

Rechtsanwältin Dr. Karolina Mihaljevic-Schulze
und Rechtsanwalt Dr. Stefan Pürner

**Vorschriften und Materialien:
Die “Emmely – Entscheidung” des BAG
(Urteil vom 10.6.2010, 2 AZR 541/09)**
(Zusammenfassung)

In der Rubrik “Vorschriften und Materialien” werden interessante ausländische Vorschriften, Urteile und sonstige Rechtstexte mit einer kurzen Einleitung veröffentlicht. In dieser Ausgabe handelt es sich dabei um eine Übersetzung der “Emmely – Entscheidung” des BAG (Urteil vom 10.6.2010, 2 AZR 541/09). Einleitend wird kurz die Frage der arbeitgeberseitigen Kündigung wegen Bagatelldelikten dargestellt. Außerdem wird der Wortlaut des § 626 BGB in Übersetzung widergegeben und Hinweise zu den entsprechenden Vorschriften im Recht Bosnien und Herzegowinas gegeben. Abschließend wird das vom BAG angewandte Prüfungsschema erläutert.

Studentski radovi

Rod i nasilje

**Bosna i Hercegovina
– društvo u suočavanju sa žrtvama
rodno zasnovanog nasilja**

Mujo Vilašević

Sažetak

Tema ovog rada je rod i rodno nasilje u bosanskohercegovačkom društvu. Prije svega, autorovo je nastojanje ukazati na ključno nerazumijevanje pojmova prilikom otvaranja bilo kakve rasprave o rodu i nasilju. Zatim, navodi se i izvještaj o trenutnom stanju u državnom i entitetskom zakonodavstvu u pogledu date tematike. Naglasak se posebno stavlja na ulogu nacionalizma, kao temeljne ideologije i baze rodnog nasilja, kao i empirijski primjeri rodnog nasilja nad ženama i seksualnim manjinama. Namjera je, dakle, ne samo ukazati na pojam i prisustvo rodnog nasilja, nego i njegove nužne posljedice, kao i načine mogućeg djelovanja društva s ciljem mijenjanja postojećeg stanja.

Ključne riječi: rod, nasilje, seksualnost, nasilje nad ženama, nacionalizam

Uvod

Rodno zasnovano nasilje, kao izuzetno složen problem globalnih razmjera, pogađa sve veći broj žena, muškaraca, djece, a posebice mladih ljudi. Naime, sama tema ovog istraživačkog rada ukazuje na činjenicu sve većeg porasta rodno zasnovanog nasilja nad mladima. Počevši od činjenice nedovoljne informisanosti društva o uopće pojmovnom pristupu rodu, rodno zasnovanom nasilju, nasilju uopće kao i u posebnim određenjima prema mladima, kao specifičnoj kategoriji društva, prosto se nameće potreba, pa i svojevrsna dužnost dubljeg istraživanja navedene problematike. Nadalje, rodno zasnovano nasilje nad mladima posebice je nužno analizirati i spriječiti iz razloga njegovog odraza na dalji tok i razvoj svakog pojedinca/ke, i na taj način spriječiti i produženje takvog nasilja i njegovih posljedica. Nužno je da se društvo u tranziciji, kao što je naše, suoči s problemima poput nasilja i njegovim žrtvama, počevši od definicije, ka pristupanju problemu pa prema direktnim institucionalnim i posebice stvarnim putevima rješavanja. Dakako, ključno je i odrediti da li postoje pravni mehanizmi zaštite od ovog tipa nasilja, kao i kakva je stvarna reakcija društva i provedba takve zaštite.

1. Rod

1.1. Pojam i pristup rodu, determinante seksualnosti

Rod je svugdje. On je upisan u socijalnu interakciju i ispoljava se u načinu na koji doživljavamo sebe, svoje identitete, svoje slobode, prava i mogućnosti. Osim u samorefleksiji, on se ispoljava i u načinu na koji nas drugi vide i kako se odnose prema nama. U isto vrijeme može se tvrditi da rod nije nigdje, jer načini na koje doživljavamo jedni druge u društvenom smislu toliko su naturalizovani da se čine normalnim i prirodnim. Naizgled prosto pitanje – muškarac ili žena, automatizmom povlači i drugo – zbog čega ih svrstati u jednu ili drugu kategoriju? Naime, moguće je da svakog dana organizujemo svoje doživljaje sebe i drugih prema rodno obojenim pretpostavkama o kojima možda ne razmišljamo mnogo. Upravo iz tog razloga, ključno je identificirati pojam roda. Termin “rod” koristi se da opiše niz osobina i ponašanja koja društvo očekuje od muškaraca i žena. Rod nije biološka kategorija; djevojčice i dječaci ne rađaju se sa spoznajom o tome kako treba da izgledaju, da se oblače, da govore, da se ponašaju, razmišljaju ili reaguju.¹

Kao što navodi Judith Butler: “Rod nije tačno ono što neko ‘jeste’ niti je tačno ono što neko ‘ima’. Rod je aparat kojim se proizvodnja i normalizacija muževnoga/muškoga i ženstvenoga/ženskoga odigrava skupa sa međuprostornim formama hormonalnog, hromozomnog, psihičkog i performativnog koje rod preuzima. Pretpostaviti da rod uvijek i isključivo znači matricu ‘muževnog’ i ‘ženstvenog’ isto je što i mašiti kritički uvid da je proizvodnja te koherentne dvojnosti uvjetovana, da ima svoju cijenu i da su one permutacije roda koje ne odgovaraju dvojnosti jednako tako dijelom roda kao i njegovo najnormativnije oprijemljenje”.²

Ako započnemo s ovakvim stavom, jasno je da se koncepti roda razlikuju zavisno od vremenskog perioda u kojem se izgrađuju, kao i s obzirom na društveni kontekst u kojem se situiraju, te se poimaju u relaciji s drugim aspektima i označiteljima identiteta, kao što su starosna dob, klasa, etnicitet, tjelesne sposobnosti i seksualna orijentacija. Analiza roda podrazumijeva posmatranje različitih načina na koje se socio-kulturalni kodovi pojmova biti žena i biti muškarac razumiju i žive, norma-

¹ D. Van de Veur, K. Vrethem, G. Titley, G. Tothy, *Rod i nasilje – priručnik o rodno zasnovanom nasilju koje pogađa mlade*, (Ministarstvo za ljudska i manjinska prava Crne Gore, Podgorica, 2010.), str. 18.

² J. Butler, *Raščinavanje roda*, (TKD Šahinpašić, Sarajevo, 2005.), str. 39.

* Autor je student Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu.

lizuju i regulišu, pregovaraju i izazivaju. Ona uključuje promišljanje o različitim tipovima ženskosti i muškosti kao setu ideja, definicija i prakse koje ljudi nasljeđuju i koriste da bi dali smisao svom identitetu, izgledu i ponašanju, a naročito da bi dali smisao "seksualnim i reproduktivnim kapacitetima" svog tijela. Analiza roda istražuje načine na koje se naizgled očigledne i prirodne razlike između žena i muškaraca vremenom stvaraju i oblikuju u socijalnom smislu, kao i načine na koje te pretpostavljene razlike igraju centralnu ulogu u odnosima moći i neravnopravnosti. Za mnoge analitičare/ke pol predstavlja biološku činjenicu: mogu se roditi dva biološki različita tipa djeteta – djevojčica ili dječak. Rod se može razumjeti kao sve ono što od tog trenutka nadalje oblikuje poimanja i praksu "djevojčice" i "dječaka". Definicije Svjetske zdravstvene organizacije ilustruju ovo na sljedeći način:

Aspekti pola neće se bitnije razlikovati u različitim ljudskim društvima, dok se aspekti roda mogu uveliko razlikovati. Nije sve osobe lako kategorisati kao "muško" ili "žensko" čak ni na striktno biološkoj osnovi. Stoga, nužno je odrediti nekoliko značajki u definisanju roda: rod je osjetljivo pitanje: poimanja roda i osjećanja vezana za rod i pitanja roda nerijetko mogu biti krajnje lična, dok bavljenje ovim pitanjima može da podstakne osjećanja i emocije vezane za prošla ili sadašnja iskustva. Zbog toga je nužna i etika u svakom ozbiljnijem pokušaju razmatranja roda. Rod je političko pitanje: diskusije o rodu često su, također, vrlo "žučne" i politički obojene, i mogu dovesti u pitanje različite tipove ideoloških, religioznih i drugih čvrsto ukorijenjenih uvjerenja. Vođenje takvih diskusija ili srodnih kurseva obuke predstavlja izazov i podrazumijeva jasnu svijest o našim vlastitim stavovima i uvjerenjima i o tome šta je neophodno da bi se dozvolilo drugima da diskutuju o ovim pitanjima na smislen način.

Rod je pitanje jezika: uprkos gore navedenim definicijama i diferencijacijama, može se dogoditi da se termini "rod" i "pol" koriste u društvu bez razlike u značenju. Na primjer, u nekim upitnicima ili formularima može se postaviti pitanje koji je vaš "rod", a da se pritom kao ponuđene mogućnosti za odgovor nađu dvije kategorije: "muški" i "ženski". U mnogim jezicima ne postoji ekvivalentna podjela između pola i roda, ili je rod tek nedavno uveden, što predstavlja važno pitanje kada je riječ o nacionalnim i internacionalnim omladinskim kontekstima. To stalno pomjeranje s jednog termina na drugi može biti indikator nekih konfuzija do kojih dolazi kada diskutujemo o rodu u našem društvu.

Rod je pitanje koje se tiče svakoga: S obzirom na to da je rasprostranjena svijest o rodu prvenstveno rezultat feminističke politike³ (koja je prešla s preispitivanja položaja i uloga žena u društvena istraživanja stvaranja

rodno određenih subjekata), često postoji tendencija da se rodno pitanje pretpostavlja isključivo kao žensko pitanje, te da se rodne analize neopravdano svode isključivo na pitanje položaja žena. Odsustvo analize muškaraca i poimanja muškaraca u ovoj pretpostavci govori svoju vlastitu priču. Rod podrazumijeva ispitivanje kako biološki različita tijela vremenom akumuliraju značenja kao žena ili muškarac, i u odnosu jedno prema drugom. Rod takođe uključuje istraživanje složenih načina na koje muškost i ženskost mogu osnaživati jedno drugo ili se takođe preklapati.

Rod je pitanje moći:⁴ posvećena analiza roda ne preispituje stvaranje muških i ženskih identiteta u međusobnom odnosu, a da istovremeno ne razmotri kako se ti odnosi stvaraju i kako reprodukuju razlike u moći i ravnopravnosti. U globalu, ovi mikro i makro odnosi teže da stave muškarca u privilegovan položaj, a ženu u položaj potčinjenosti. Dakle, jasno je da u osnovi rodne nejednakosti i neravnopravnosti leži pitanje moći. To proizlazi iz same definicije patrijarhata kao rukovođenja od strane patrijarha (oca). Patrijarhat je društveni sistem koji podrazumijeva moć muškarca i daje mu dominantnu ulogu u odnosu na žene. Ta dominantna društvena uloga jeste uloga moći. Moć je, iako suvremeno društvo postepeno i polako napušta tradicionalne obrasce ponašanja, uglavnom muška moć. Simbol moći je muškarac.

1.2. Rodno određenje i seksualnost

"Seksualnost" je kompleksan termin, jer se on istovremeno odnosi na reprodukciju, erotsku želju za drugim ljudskim bićem, i centralni je aspekt rodnog identiteta.⁵ Zbog veze između heteroseksualnog polnog odnosa i reprodukcije, često se smatra da seksualnost ima prirodan odnos sa stabilnim muškim i ženskim ulogama. Međutim, u seksualnosti ima mnogo više od toga: ako potražimo knjigu o seksualnosti u bilo kojoj internet knjižari, pronaći ćemo naslove koji se odnose na fiziologiju, kulturu, moral i etiku, historiju, organizovanu religiju i duhovnost. Seksualnost i seksualni identiteti variraju u vremenu, a seksualnost je uvijek bila važna u pitanjima prirode i granica ljudske slobode.

Debata između "esencijalističkih ideja" (koje zagovaraju jasne biološke razlike između muškaraca i žena) i "konstruktivističkih ideja" (koje naglašavaju fundamentalne uticaje društva i kulture na rodne identitete) takođe je od značaja kada se govori o seksualnosti. Ideja da je seksualnost jedno potpuno prirodno stanje dvosmislena je: s jedne strane, zločini nad ženama često su "objašnjavani" kroz esencijalni seksualni nagon muškaraca, a slično tome, utemeljene ideje o rodu i seksualnosti igraju značajnu ulogu kada je riječ o heteroseksualnim normama karakterističnim za patrijarhat: na primjer, u mnogim zemljama tek odnedavno se silovanje u braku smatra zlo-

³) Op. cit. 1. str. 23.

⁴) Op. cit. 1. str. 33.

činom. Očigledno, ideja da biološka reprodukcija definiše “normalne” seksualne identitete služi kao osnova za diskriminaciju nad seksualnim identitetima koji se u tom smislu doživljavaju kao različiti i abnormalni. Ideju o fiksnim kategorijama seksualnosti, baš kao i ideju o nepromjenjivim, esencijalnim rodnom identitetima, podrijevaju razne historije seksualnosti koje pokazuju smjene obrazaca i vrijednosti koji se vezuju za oblike seksualnog ponašanja među ljudima. Jedna od najpoznatijih među njima je trotomna “Istorija seksualnosti”, djelo francuskog filozofa Mišela Fukoa. U prvom tomu, primjerice, Fuko pokazuje da prije nego što je “homoseksualnost” kategorisana kao oblik seksualnog identiteta u 19. stoljeću, seksualni odnosi između muškaraca u različitim kontekstima smatrani su činom koji se može slaviti ili kažnjavati, ali koji nije definisao identitet ljudi o kojima se radilo. Glavna poruka, možda, nije da društveni radnici/e i lideri/ke moraju da razriješe trajnu debatu između biologije i kulture, već da imaju na umu da seksualnost, kao što je slučaj i s rodom, predstavlja nešto što podrazumijeva ogromnu raznolikost, a što se ipak uvijek u izvjesnoj mjeri disciplinuje društvenom praksom i očekivanjima.

2. Pojam rodnog nasilja

2.1. Razlika između nasilja nad ženama i rodno zasnovanog nasilja

“Rodno zasnovano nasilje” je noviji termin koji se još uvijek uspostavlja. U početku je uglavnom služio kao zamjena za termin “(muško) nasilje nad ženama”, pošto se riječ “žena” odnosi kako na osobe ženskog pola, tako i na ženske rodne uloge u društvu. Oni koji su radili na ovom terminu željeli su da naglase da je nasilje nad ženama pojava koja je povezana s rodom i žrtve i počinioaca. Mnoge definicije i dalje su isključivo usredsređene na činjenicu da su žene žrtve nasilja. Na primjer, odbor UNHCHR-a za CEDAW (Konvencija o eliminaciji svih oblika diskriminacije žena, član 16.) navodi da je rodno zasnovano nasilje “(...) nasilje koje je usmjereno protiv žene zbog toga što je žena ili koje posebno pogađa žene”. Međutim, teži se proširenju ove definicije na sve oblike nasilja koji su povezani s društvenim očekivanjima i društvenim pozicijama zasnovanim na rodu i nepoštovanju društveno prihvaćene rodne uloge. Tako je rodno zasnovano nasilje sve više termin koji povezuje svaki čin nasilja koji potiče iz nekog oblika “patrijarhalne ideologije”⁶, a koji, prema tome, mogu počiniti muškarci ili žene protiv muškaraca ili žena, da bi očuvali društvenu moć (heteroseksualnih) muškaraca. Opis koji slijedi može prikazati razvoj ove definicije: Rodno zasnovano nasilje je krovni

termin za bilo kakvu štetu nanесenu protiv nečije volje, koja negativno utiče na fizičko ili psihičko zdravlje, razvoj i identitet te osobe, a predstavlja rezultat rodno uslovljenih nejednakosti u odnosima moći koje eksploatišu razlike između muškaraca i žena, razlike među muškarcima i razlike među ženama. Mada se ne odnosi isključivo na žene i djevojke, one su u svim kulturama prvenstveno pogođene ovim nasiljem. Nasilje može biti fizičko, seksualno, psihičko, ekonomsko ili socijalno-kulturno. Među kategorije počinilaca mogu spadati članovi porodice, članovi zajednice ili oni koji djeluju u ime ili u mjeri nepoštovanja kulturnih, vjerskih, državnih ili institucija na nivou nižem od državnog. Nasilje pogađa kako privatnu, tako i javnu sferu, jer, bez obzira na to koliko društvo zatvaralo oči prema nasilju na radnom mjestu, u javnim institucijama, školama, univerzitetima, pa i najuočljivijim mjestima poput gradskog prijevoza ili ulice, ono je prisutno i to možda čak i u većem stepenu nego u okviru porodične privatnosti. Od posebnog značaja je termin seksualnog nasilja. Seksualno nasilje je često dovedeno u vezu s ponašanjem žrtve (eksplicitno seksualno ponašanje ili oblačenje u javnoj sferi, uskraćivanje seksa u privatnoj sferi) ili je dovedeno u vezu sa seksualnim potrebama počinioaca (seksualna frustracija).⁷ To se naziva “relativizacija” i predstavlja jedan od načina na koje razni akteri u društvu pokušavaju da prenebregnu ozbiljnost rodno zasnovanog nasilja. Relativizacija znači da se o krivičnom djelu silovanja, na primjer, ne donosi sud kao o samom činu, već se povezuje s onim kako se vidi ponašanje žrtve. To može uključiti i pogrešno usmjerene pokušaje da se sagledaju faktori koji se tiču počinioaca, a zbog kojih takav čin postaje “razumljiv”.

2.2. Rodno zasnovano nasilje u okviru ljudskih prava

U današnjem svijetu, konvencije i deklaracije o ljudskim pravima postale su značajni simbolički i pravni instrumenti za niz različitih pitanja. Riječ je o relativno novom toku događaja – rasprostranjeno priznavanje ljudskih prava u suštini nije bilo prisutno u međunarodnim odnosima do kraja Drugog svjetskog rata. Međutim, holokaust je poslužio kao katalizator “da ljudska prava postanu pitanje svjetske politike”.⁸ Jedan od najznačajnijih međunarodnih dokumenata iz oblasti ljudskih prava koji se bavi ženskim pravima je Konvencija Ujedinjenih nacija o eliminaciji svih oblika diskriminacije žena (CEDAW).

Države potpisnice Konvencije obavezne su da usvoje sve neophodne mjere da bi se osigurala ravnopravnost žena s muškarcima, što znači da treba da usvoje neophodne zakone za borbu protiv diskriminacije i za

⁵) <http://www.who.int/gender/whatisgender/en/>, preuzeto 1. 4. 2011.

⁶) Op. cit. 1. str. 46.

⁷) Op. cit. 1. str. 56.

⁸) *Međunarodni dokumenti pravni okvir za suzbijanje nasilja protiv žena u obitelji*, <http://www.biofuels-dubrovnik.org/azkz/assets/files/brosura.pdf>, preuzeto 1. 4. 2011.

unapređenje ženskih prava. CEDAW analizira koliko države poštuju Konvenciju. Naime, države imaju obavezu podnošenja periodičnih izvještaja o mjerama koje preduzimaju u cilju sprovođenja Konvencije. CEDAW komitet prati koliko države poštuju Konvenciju; smatra se, međutim, da je mehanizam za sprovođenje slab i da se oslanja na snagu moralnog uvjerenja. Drugi nedostatak je postojanje mnogih rezervi i izuzetaka koje su pregovorima isposlovale države koje su se pridružile ovom dokumentu. Nasilje nad ženama, za razliku od pitanja kao što je univerzalno pravo glasa, ravnopravnosti ili diskriminacije, tek je nedavno uvršteno u platformu ljudskih prava. Konvencija Ujedinjenih nacija o eliminaciji svih oblika diskriminacije žena (CEDAW) datira iz 1979. a stupila je na snagu 1981. godine. U ovoj konvenciji diskriminacija se pominje dvadeset dva puta, ravnopravan ili ravnopravnost trideset četiri puta, ljudska prava pet puta, ali se uopšte ne pominje nasilje, silovanje, zlostavljanje ili premlaćivanje. Međutim, 1992. godine, CEDAW komitet je objavio Opštu preporuku broj 19, kojom se preporučuje državama potpisnicama da podnesu izvještaj i o nasilju nad ženama. CEDAW je nedavno uvela dodatni mehanizam individualne predstavke, što omogućava pojedincima da, nakon što se iscrpe svi domaći pravni lijekovi, podnesu predstavku povodom kršenja odredbi Konvencije od strane određene države. Evropska konvencija o ljudskim pravima ne sadrži posebne odredbe koje se tiču ženskih prava ili rodno zasnovanog nasilja. Pa ipak, ona propisuje zaštitu privatnog i porodičnog života (član 8), pravo na brak žena i muškaraca odgovarajuće dobi (član 12), kao i da bračni drugovi treba da imaju jednaka prava u braku (član 5, Protokol 7). Konvencija ima snažan i dobro poznat mehanizam za sprovođenje, Evropski sud za ljudska prava, kojem predstavke protiv država podnose pojedinci ili druge države.

3. Bosanskohercegovačko društvo i (ne)prepoznavanje rodno nasilja

3.1. Društvo u tranziciji i slijepa ulica "Rod"

Nakon potpisivanja Dejtonskog mirovnog sporazuma, Bosna i Hercegovina je postala država dva entiteta, Federacije Bosne i Hercegovine, sastavljene od 10 kantona i Republike Srpske, unitarnog dijela države. Međunarodni stručnjaci danas jednom od većih polemika savremenog doba smatraju upravo pravno i ustavno uređenje BiH. Unutar Bosne i Hercegovine, na snazi su Ustav BiH, Ustav FBiH, ustavi svih 10 kantona i Ustav RS. Istovremeno, zakonodavnu nadležnost imaju država, entiteti i kantoni. Na prvi pogled, s obzirom na brojnost parlamentarnih zastupnika i rasprostranjenost zakonodavne nadležnosti, moglo bi se zaključiti da je Bosna i Hercegovina pravna država, sa izuzetnim napretkom i prosperitetom, pa samim time i aspektom zaštite ljudskih prava, no, situacija je sasvim suprotna. Dvadeset godina je prošlo od

raspada Jugoslavije, a BiH je još uvijek u procesu tranzicije s vrlo malim pomakom od devedesetih godina, u vrlo dubokoj političkoj i ekonomskoj krizi. S obzirom na navedenu situaciju, proizlazi logično da i zaštita od nasilja u svakom obliku, pa i onog rodno uvjetovanog neće biti efikasna, nego će sasvim suprotno nasilje sve više postajati svakodnevna zanimacija društva u nazadovanju, jer tamo gdje sve propada, barbarstvo cvjeta. Pravna slika zaštite od nasilja mora se nužno analizirati od ustavnog uređenja preko zakona, a zatim i stvarnih akcija u cilju educiranja o nasilju, preventivnom, pa i represivnom djelovanju. Rezultati brojnih sprovedenih istraživanja od strane nevladinih organizacija (od kojih se posebno ističe Fondacija Cure) pokazuju poražavajuće rezultate o svijesti populacije uopće o pojmu roda, diskriminacije, jednakopravnosti, i rodno uvjetovanog nasilja. Zbog toga je nužno prije svega kao najpreventivniju moguću ulogu postaviti smjernice u ovom društvu ka definisanju ključnih pojmova, njihovo povezivanje s terminom nasilja, te ulaskom u srž problema nastojati da se pronađu mogući načini suzbijanja rodno uvjetovanog nasilja.

3.2. Određenje osnovnih pojmova

Rodno uvjetovano nasilje prije svega prati nedovoljna informiranost o ključnim pojmovima, ali i cjelokupnoj situaciji "na terenu". Bosna i Hercegovina zasigurno spada u red država apsolutne ignorancije problema koji su preočiti, ali moralno diskutabilni, pod snažnim uticajem domaće kulture, tradicije i izuzetno religije. Upravo zbog toga, ključno je poznavati pojmove:

Heteroseksizam – Razlikovanje ili diskriminacija zasnovana na društvenim vrijednostima prema kojima sve osobe treba da budu heteroseksualne orijentacije, te privilegovanje heteroseksualnosti i osoba heteroseksualne orijentacije. Privilegovanje se najčešće manifestuje mogućnostima koje se svjesno daju ili nesvjesno podrazumijevaju za osobe heteroseksualne orijentacije, te negiranjem osoba drugih orijentacija. Npr. neke od privilegija mogle bi da budu javno bez straha od nasilja pokazivanje privlačnost i emocije, otvoreno razgovaranje o partnerkama i partnerima i odnosima, prednostima a osnovu stava da je heteroseksualnost jedina "normalna", prihvaćenost u društvu i porodici, automatsko priznanje i prihvatanje bračnog ili vanbračnog partnera, pravo na odgajanje djece, bez straha da će biti odbačeno u društvu, itd.

Homofobija – Iako u izvornom značenju strah (grčki – *phobos*) u kontekstu ljudskih prava označava i mržnju, neprijateljstvo i odbojnost prema osobama homoseksualne orijentacije te se u tom smislu odnos može smatrati ravnim diskriminaciji, npr. rasizmu, seksizmu i sl. Homofobična ponašanja mogu uključiti npr. prijetnje, maltretiranje, fizičko i seksualno nasilje, odbacivanje u društvu i porodici, pogrdne komentare, uvrede i šale, povezivanje homoseksualnosti sa psihičkim oboljenjima, polno prenosivim bolestima, prijetnjama društvenom po-

retku, pedofilijom ili drugim krivičnim djelima, optuživanjem za promociju modela ponašanja i "regrutaciju" drugih da se pridruže toj seksualnoj orijentaciji.

LGBTIQ – Skraćenica za lezbijke, gej, biseksualne, transseksualne/transrodne, interseksualne i kvir osobe. Termin lezbijka označava ženu koja osjeća emocionalnu i fizičku privlačnost prema ženama. Gej označava osobu koja osjeća emocionalnu i fizičku privlačnost prema osobama istog pola, najčešće se koristi za muškarce. Biseksualna osoba osjeća privlačnost prema osobama oba pola. Transseksualna osoba je osoba čiji je rodni identitet različit od biološkog pola koji im je pripisan pri rođenju. Neke od njih imaju jak osjećaj da su rođene u pogrešnom tijelu. Neke od njih se odlučuju da javno žive u skladu sa svojim rodnom identitetom, oblačeći se i ponašajući na način koji im odgovara, neki se podvrgavaju hirurškim intervencijama i hormonalnim terapijama, kako bi prilagodili svoje tijelo svom identitetu. Ove osobe trpe diskriminaciju i dijele neke od problema s kojima se suočavaju osobe koje nisu heteroseksualne orijentacije, ali se suočavaju i s drugim specifičnim problemima. Interseksualne osobe su osobe čiji se pol razvija van tipičnog razvoja pola kao "muškog" ili "ženskog". Termin kvir (*queer*) se koristi prilikom označavanja svih navedenih osoba, u nastojanju da se neutralizuje niz negativnih termina.

Mizoginija – Organizovana, insitucionalizovana mržnja, neprijateljstvo i nasilje prema ženama.⁹

Svi navedeni pojmovi itekako su dio svakodnevnice bosanskohercegovačkog društva, nažalost. Rodno uvjetovano nasilje samo je javni odraz psihološkog stanja ignorancije prema navedenim pojmovima, ali ne ignorancije koja bi bila pozitivna, u smislu da je ovo društvo niti poznaje niti praktikuje, nego ne samo da je praktikuje, već vrlo često i formalnopravno odobrava.

3.3. Ustavno i zakonsko određenje (rodnog) nasilja

Ustav BiH, prema mnogima, predstavlja semantički ustav ili ustav značenja jer postoji ogromna razlika između onoga što je deklarirano i implementirano, pa se stoga s rezervom treba uzimati široka lepeza zagarantovanih prava i sloboda jer ne dolazi do njihovog stvarnog provođenja. Bosna i Hercegovina je određena kao pravna država, odnosno kao demokratska država koja funkcioniše u skladu sa zakonom i na osnovu slobodnih i demokratskih izbora. Država Bosna i Hercegovina i entiteti se obavezuju da osiguraju najviši nivo međunarodno priznatih ljudskih prava i sloboda. Kao posebno značajan međunarodni standard zaštite ljudskih prava i sloboda uvodi se Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda s protokolima. Ustav BiH navodi direktnu primjenu u BiH, te da on ima prioritet nad

ostalim zakonima.¹⁰

Ustav navodi katalog ljudskih prava i sloboda (limitiranog sadržaja) koja su zagarantovana svakoj osobi na teritoriji Bosne i Hercegovine. Uživljanje tih prava i sloboda koja su predviđena u ovom članu, osigurana su svim licima u BiH po bilo kojem osnovu kao što je spol, rasa, boja, jezik, vjera, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, povezanost s nacionalnom manjinom, imovina, rođenje ili drugi status. Ustav BiH nije taksativno nabrojao zabranjene osnove diskriminacije, već ih navodi samo *exempli causa*. Karakteristike kao što su rod, seksualna orijentacija, spolni identitet, rodni identitet i/ili izražavanje i interpolne karakteristike se mogu podvesti pod dio odredbe drugi status.¹¹ Aneks Ustava Federacije BiH sadrži više međunarodnih instrumenata za zaštitu ljudskih prava i sloboda: ukupno 21. Ustav Republike Srpske prilikom navođenja osnovnih ljudskih prava i sloboda ni u jednom svom članu ne navodi: seksualnu orijentaciju, spolni identitet, rodni identitet i/ili izražavanje, i interseksualne karakteristike. Donošenjem Zakona o ravnopravnosti spolova u BiH 2003. godine na jedinstven način je okvirno uređena problematika neravnopravnosti spolova/rodova, to jeste izričito je navedena i zabranjena diskriminacija na osnovu spola/roda i seksualne orijentacije. Pitanje spolnog identiteta, rodnog identiteta i/ili izražavanja tih interseksualnih karakteristika u smislu prava i sloboda u pogledu tih osobina ni u jednom pravnom aktu nije izričito spomenut. Ministarstvo za ljudska prava i izbjeglice vrši nadzor nad provođenjem Zakona o ravnopravnosti spolova, a praćenje primjene ovog zakona vrši Agencija za ravnopravnost spolova BiH. Posebno značajna funkcija Agencije jeste ocjena zakona, akata i podzakonskih akata koje usvaja Vijeće ministara. Gender centar FBiH i Gender centar RS imaju pravo nadgledanja provođenja ovog zakona, podnošenje izvještaja jednom godišnje Ministarstvu; ispitivanje kršenja ovog zakona na zahtjev Ministarstva, građana/ki, nevladinih organizacija, ili na vlastitu inicijativu; nadležnost za davanje inicijative za pokretanje postupka za promjenu zakonskog ili podzakonskog akta zbog neusklađenosti sa ovim zakonom. Također, na općinskom nivou su formirane gender komisije.¹²

Krivični zakon BiH od značajnih za LGBTIQ populaciju sadrži slijedeća krivična djela:

- član 145, povreda ravnopravnosti čovjeka i građanina;
- član 147, protupravno lišenje slobode;
- član 148, povreda prava na podnošenje žalbi i molbi;

¹⁰⁾ D. Banović, S. Đurković, *Prava i slobode LGBT&Q osoba u Bosni i Hercegovini – analiza relevantnih pravnih akata*, (Udruženje Q, Sarajevo, 2006), str. 17.

¹¹⁾ Op. cit. 9. str. 25.

¹²⁾ Op. cit. 9. str. 78.

⁹⁾ Aleksandar Živanović, *Rječnik različitosti*, http://www.fondacijacure.org/cms/js/tiny_mce/plugins/advimage/uploads/rjecnik.pdf preuzeto 2. 4. 2011.

- član 149, nedozvoljeno korištenje ličnih podataka.¹³

Zakon o radu Federacije BiH ni u jednoj od odredbi članova izričito ne spominje seksualnu orijentaciju, spolni identitet, rodni identitet i/ili izražavanje i interseksualne karakteristike. Međutim, ovaj zakon navodi zabranu stavljanja u nepovoljniji položaj osobe koja traži zaposlenje, kao i osobe koja se zaposli, zbog rase, boje kože, pola, jezika, vjere, političkog ili drugog mišljenja, itd., te se pri kraju navođenja zabranjenih osnova diskriminacije koristi jedna generalna klauzula 'ili kakve druge okolnosti'.

Zakon o radu Brčko distrikta, pored ostalih zabranjenih osnova diskriminacije, navodi i seksualno opredjeljenje osobe koja je zaposlena ili koja traži zaposlenje. Ovaj zakon, također, navodi generalnu klauzulu (neka druga okolnost) pa se spolni identitet, rodni identitet i/ili izražavanje mogu podvesti pod ovu generalnu klauzulu.¹⁴

3.4. Dobro jutro nacionalizmu i laku noć pameti

Opće je poznata činjenica šta je sve nacionalizam (ideologija koja postavlja naciju, odnosno etničku zajednicu kao osnovu ljudskog i društvenog života i koja održanju iste daje prednost nad bilo kojim drugim političkim i društvenim principima)¹⁵ donio društvu Bosne i Hercegovine. Poseban je aspekt odražavanje nacionalizma, preuzimanje i širenje njegovih ideja, podržavanje i kontinuirano insistiranje na takvoj općevladajućoj ideologiji u domenu rodno uvjetovanog nasilja. Naime, skoro bi se moglo sa sigurnošću reći da se u savremeno doba često navodi kako u vrijeme rata, fašizma i nacionalizma, prvi stradaju najslabiji dijelovi stanovništva, žene i homoseksualci. Zašto? Onaj isti stav koji oblikuje ženu i žensku svijest, poimanje ženstvenosti i nadasve muškosti, je isti stav koji daje odgovor na postavljeno pitanje. Nacionalizam je taj koji uopće postavlja ženu i homoseksualca u takav ugao društvenog gledanja da se i vrlo logičnom pokaže njihova slabost u teškim vremenima. Dakako, ova logika ravna je logici nacionalizma uopće. Nacionalizam neprikosnoveno daje figuralno zamišljenu ideju žene i ženstvenosti, jer, ona mora da se uklopi u ideju vodilju, kao jedan od niza opravdanja tok i takvog poimanju društva uopće. Žena produkt nacionalizma je prije svega, religiozna žena, prosto iz činjenice što nacionalizam svugdje, a posebice na prostorima bivše Jugoslavije u pozadini ima religijsku potporu. Ta religijski shvaćena žena treba da je sve u jednom (poput *Vegete*, uostalom) i majka Božija Marija, i prostitutka Magdalena, sve po potrebi. Za dan Marija, za noć Magdalena. I pritom roditelj, jer se ključni akcenat stavlja na njenu matericu kao mašineriju rase, nacije pa u krajnjoj liniji i vjere. Kada zadovolji reproduktivne potrebe, red je da zadovolji i

stomačne. Žena nacionalizma je vrsna kuharica i idealna domaćica. Ponekad puno priča, ali se udarcima još brže ušutka. Važno je da je tu, sve po potrebi, negdje u pozadini hrabrog muža vojnika, na prvom frontu Bosne. On puškom, ona matericom i oklagijom. I žena – balkanska žena, majka, kuharica, kraljica i ropkinja, kako zatreba – život protraći u obavljanju zadatih dužnosti i ponekoj sapunici, bilo meksičkoj, bilo turskoj. Korak po korak, život se sveđe na jedan put bez povratka, ali, nažalost, put žene oblikovane nacionalizmom, sigurno nije put sa svijetlim krajem.

Kao što piše Venita Popović, "kako je nacionalizam u svojoj osnovi retrogradan, ovdje usko spregnut sa vjerskim zajednicama, koje se po trijumfalnom povratku u javnu sferu i te kako petljaju u državne i druge profane poslove, ženu se nastoji gurnuti stoljeće unatrag – nacionalistička propaganda i medijska manipulacija vidi je i promovira kao odmor ratniku, čuvaricu ognjišta, virtuoza u rukovanju oklagijom, umjetnicu u pripravljanju zdekane pogače i četenija, roditeljicu ne vlastite djece, nego boraca za nacionalnu stvar (troje sebi, dvoje Bosni), ponosnu majku poginulih mladica (što je više sinova prinijela kao žrtvu na oltaru domovine, to ponosnijom treba biti)."¹⁶ Dakle, žena bosanska, ili preciznije, žena balkanska u tek nekoliko rečenica može se opisati pa da i bude jasno odakle takva represija i nasilje prema ženama. Žena je postavljena u društvo tako da se mora gledati na nju kao slabu, krhku i nemoćnu, koja posebno u nacionalističkoj hajci znači žrtvu *par excellence*. Takva žena se za minimalnu pogrešku tuče. Šamar ispravlja svaki prijeki pogled ili primjedbu. Seks je moguć i zdrav, jedino ako je prisilan. Nije ni važna njezina želja, važna je njegova, i da "ako Bog da", bude muško.

Bosna i Hercegovina nužno mora da se oporavi od ovakvog stava. Prijeko je potrebna rehabilitacija misli i svijesti. Stvarni život praktično vrišti za time. Rodno nasilje u Bosni i Hercegovini zastupljeno je u svim svojim pojavnim oblicima, pogotovo usmjereno ka homoseksualnoj populaciji. Život u zamračenoj kulturi, na samom odronu društva, nedopustiv je u 21. stoljeću. Društvo ima obavezu pružanja pomoći i prevencije od rodno uvjetovanog nasilja i njegovih posljedica. Naime, prema mišljenjima savremenih psihologa, rodno uvjetovano nasilje, pogotovo nad mladima, izaziva trajne i praktično neizlječive posljedice na razvoj ličnosti i psihofizički razvoj. Svakako da ovom društvu, koliko god u svojoj bazi bilo truhlo, s potpuno izgubljenim kursom humanosti, nije u cilju konstantno stvaranje propalih naraštaja, bezizlaznih situacija i uporno nazadovanje ove države u svakom kontekstu. Nažalost, malo je pozitivnih primjera

¹³) Op. cit. 10. str. 35.

¹⁴) Op. cit. 10. str. 35.

¹⁵) <http://hrvatska.pan-nationalism.org/nationalism/>, preuzeto 4. 4. 2011.

¹⁶) Popović Venita, *Rodna pripadnost ili vjernost naciji – Žensko savezništvo u lažnoj politici* (iz "Laž u politici", ur. Željko Skuljević, Međunarodni forum Bosna, Sarajevo), časopis br. 27/05.

u praksi koji to potvrđuju. Bosna i Hercegovina još uvijek nije društvo koje se suočilo s rodno uvjetovanim nasiljem, niti njegovim posljedicama, a pogotovo uzrocima. Društvo koje doživljava moral kao robu u supermarketu – s police se uzima samo ono što treba i kad treba, i osim toga se i ne pominje. Normalno u Bosni i Hercegovini, svakako je vrlo fleksibilno i promjenjivo. Pozivanje na filozofiju, bjeso-mućnu argumentaciju praznih i besmislenih stavova, demagogija bez premca, u BiH su svakako dobrodošli. Razum i korak naprijed, nažalost, skoro nikako.

3.5. Kako to rade Bosanci i Hercegovci...

U septembru 2008. godine učinjen je prvi pokušaj organiziranja Queer festivala u Bosni i Hercegovini. Prema riječima organizatora, udruženja "Q" Sarajevo, festival je imao za cilj kulturnu promociju tema koje su u BiH još uvijek tabu, a tiču se prije svega skretanja pažnje na neravnopravnost osoba istospolne orijentacije, kao i predstaviti historijski prikaz i savremene tendencije lezbijskog, gej i queer pokreta u zemljama bivše Jugoslavije. Međutim, s obzirom na to da se vrijeme održavanja pomenutog festivala poklopilo s mjesecom ramazanom (svetim muslimanskim mjesecom) u javnosti je odjeknula burna reakcija. Zanimljivo je to što su mediji, prije samog održavanja festivala, uporno prenosili izjave vjerskih službenika, pa čak i akademskih radnika uopće o opravdanosti takve "provokacije muslimana". Tih dana u novinama su bili česti naslovi poput – "Ko muslimanima podmeće gej paradu u Ramazanu?", "Gejevi će šetati Sarajevom" i slično. Gotovo niti jedan medij, elektronski ni printani, kao ni internet portali nisu prije samog festivala obratili pažnju na njegov karakter – posebice umjetnički, niti poruku koja se putem festivala namjeravala poslati. Nažalost, reakcija javnosti nastavila se i na samom otvaranju festivala te je eskalirala neredom u kome je povrijeđeno 8 osoba. Prema službenim podacima, ukupno su bile 22 prijave zbog nasilja i nereda, a tek dvije su razriješene. S obzirom na izazvano nasilje i nered, organizatori su odlučili prekinuti festival, prije nego što je i započeo, te je cjelokupan projekat praktično propao i još jednom je BiH dokazala kakvim principima se služi i kako su priče o poštivanju ljudskih prava zapravo samo hrpa papira kojima se niko ne bavi. Nakon svega, ipak je iz cjelokupnog haosa nastalo i nešto pozitivno, a to je film "Queer Sarajevo festival 2008" koji je na Međunarodnom filmskom festivalu uvršten u konkurenciju za tri najbolja dokumentarna filma. No, surova stvarnost BiH ipak ne dopušta poljuljavanje. Mediji su i nakon cjelokupnog haosa i dalje izvještavali u potpunosti služeći javnom mišljenju o "neprirodnosti okupljanja gejeva u vrijeme ramazana". Skoro niti jednom riječju nije upozoreno na širi kontekst zaštite temeljnih ljudskih prava koja su u ovoj situaciji bila potpuno ismijana, ugrožena i povrijeđena, osim nekoliko sporadičnih izjava političara, koje su svakako ostale samo na riječima. Počinioci nisu proce-

suirani. Napadi su službeno osuđeni, ali konkretne radnje niko nije poduzeo. Posebno je zanimljiva reakcija i cjelokupna rasprava koja se na ovu temu otvorila na forumu islam.bosna.ba. Naime, veliki broj forumaša ove stranice su mladi ljudi, mahom studenti Fakulteta islamskih nauka. Ne postoji dovoljno riječi kojima se može opisati ta količina neznanja, gluposti, ekstremizma, fašizma, diskriminacije, pa u krajnju ruku i jedne proste idiotarije tih mladih ljudi. Između ostalog, jedna djevojka na forumu je postavila pitanje kako misli da joj je profesor homoseksualac i da li ostali smatraju da li je grijeh to što ga ona sluša? Svaki komentar na ovo je, zaista, suvišan.

Na svu sreću, pozitivni pomaci bar u smislu Queer festivala zaista postoje, s obzirom na to da je već 2009. godine uspješno i bez ikakvih nereda održan.

Zaključak

Rodno uvjetovano nasilje je problem s kojim se nužno mora suočiti Bosna i Hercegovina. Naime, ključ je u nepoznavanju osnovnih činjenica i pojmova. Rodno uvjetovano nasilje, sa svim svojim posljedicama, kako na žene tako i na muškarce, a posebice prema mladima, zastupljeno je već decenijama u Bosni i Hercegovini, i izraslo iz svih društvenih agenasa, posebice posljednje dvije decenije, obilježene nemilim ratnim i postratnim periodom. Međutim, nakon identificiranja problema, potrebno je poduzeti i realne korake kako bi se takvo stanje i uistinu promijenilo, ako nam je i namjera da iskorijenimo bolest neznanja i nasilja u ovom društvu. Postojeća normativna rješenja su dobra, ali ne i dostatna, prije svega zbog nedovoljno posvećene pažnje zaštiti od diskriminacije na osnovu roda i seksualne orijentacije. Posebno je važno izmijeniti i dopuniti postojeći Krivični zakon BiH s odredbama koje će se ticati krivičnih djela učinjenih iz jasne namjere ne samo nanošenja tjelesnih povreda, fizičkog nasilja, nego i mržnje utemeljene na predrasudi o drugačijem i različitom. To bi pojednostavljeno značilo da mora postojati na državnom nivou zaštita od nasilja učinjenog na temelju rodne diskriminacije. Zakon o zaštiti od nasilja u porodici također bi morao obratiti pažnju na posebnu kvalifikaciju nasilnih djela učinjenih iz razloga rodne predrasude, jer porodica je bila, a i ostaje žarište rodnog nasilja u društvu. Zatim, pored normativnih rješenja, ključno je obrazovanje. Naš obrazovni sistem hitno treba promjene, a dobar korak bi se napravio ako bi se primjerice od osnovne škole, već zajedno s predmetima poput biologije i fizike, kao redovan uveo i predmet koji će se ticati roda i rodne ravnopravnosti, te pitanjima diskriminacije. Pogotovo bi takav predmet, kao obavezan, trebao biti uveden u svim srednjim školama, jer su u toj fazi života mladi u najvećim dilemama, ali i kada najviše znanja mogu prihvatiti, pa je nužno da se upoznaju s nekim temeljnim pojmovima, situacijama koje su realne i svakodnevno se dešavaju, vjerovatno i u njihovim životima, te koliko je samo malo prostora između mlada-

lačkog zadirkivanja i već počinjenog nasilja. Vrijeme je da ovo društvo počne da gradi svijest o gorućim problemima s megalomanskim posljedicama u svim sferama života svakog pojedinca i pojedinke koji su na bilo koji način postali žrtve rodno uvjetovanog nasilja. Kako ne bi samo mladi imali priliku da se upoznaju s pojmom roda, rodno uvjetovanog nasilja, diskriminacije na temelju roda, potrebno je i snažnije aktivirati nevladin sektor, koji će na svim nivoima održavati edukacije i upoznavati građane ne samo s tim šta znači rodno uvjetovano nasilje, nego i šta sve mogu učiniti u takvim situacijama, kao žrtve ili poznavaoци žrtve. Iako ovakvi prijedlozi na prvi pogled izgledaju kao sifovski posao, ipak bi ustrajnost u takvoj namjeri sveukupne edukacije društva zasigurno rezultirali i pozitivnim efektima. Edukacija se posebno mora usmjeriti ka ruralnoj populaciji, ali ne na uobičajeni način dijeljenja brošura u ružičastoj boji, nego tim ljudima se približiti na njihov način, najbliže njihovim običajima i shvatanjima, postepeno, ali ipak dovoljno da dođe do razumijevanja problema i njegovih posljedica. Važno je i obrazovati najobrazovanije. Nažalost, nije danas ni rijetka pojava da članovi akademske zajednice čak i javno istupaju sa izjavama koje nesumnjivo podsjećaju na simboličko nasilje, podržavaju diskriminaciju, pa čak i otvoreno pozivaju na nju. Stoga je ovo društvo nužno preobrazovati i suočiti s njegovom nasilničkom prirodom od temelja do vrha, u svim njegovim segmentima. Za kraj ne preostaje ništa drugo do i nadati se da će pozitivni koraci biti učinjeni u skorije vrijeme, jer je situacija krajnje složena i opasna, a nasilje sve dublje zakorijenjeno. Bosna i Hercegovina, svakako, zaslužuje slobodu od nasilja.

Mujo Vilašević

**Geschlecht und Gewalt
– Bosnien und Herzegowina: eine Gesellschaft
wird mit den Opfern geschlechtsspezifischer
Gewalt konfrontiert**

(Zusammenfassung)

Thema dieser Arbeit sind das Geschlecht und geschlechtsspezifische Gewalt in der bosnisch herzegowinischen Gesellschaft. Absicht des Autors ist es vor allem darauf hinzuweisen, dass bei den Diskussionen über das Thema "Geschlecht und Gewalt" verschiedene Schlüsselbegriffe nicht richtig verstanden werden. Im Anschluss daran wird über den aktuellen Stand der Gesetzgebung auf dem Niveau des Staates und der Entitäten im Zusammenhang mit diesem Thema berichtet. Besonders betrachtet wird die Rolle des Nationalismus als grundlegende Ideologie, die zu geschlechtsspezifischer Gewalt führt. Außerdem werden empirische Beispiele geschlechtsspezifischer Gewalt an Frauen und an Mitgliedern von sexuellen Minderheiten gegeben. Absicht dieses Beitrages ist es deshalb nicht nur, sich mit dem Begriff geschlechtsspezifischer Gewalt und seiner Präferenz in der Gesellschaft zu beschäftigen, sondern auch die Folgen dieser Gewalt sowie denkbare Aktivitäten, die die Änderung des bestehenden Zustandes zum Ziele haben, aufzuzeigen.

Prikazi knjiga

Dr. Stefan Pürner

**Mathias Reiman/Joachim Zekoll:
*Introduction to German Law,***

2005, 480 str., tvrdi uvez

Posljednje dvije decenije brojne tranzicijske zemlje recipirale su njemačko pravo ili njegove dijelove, ali ono je već i prije toga služilo kao uzor za zakonodavnu aktivnost drugih država. Tako je još u 19. stoljeću Japan preuzeo tada aktuelni nacrt Njemačkog građanskog zakonika (BGB) u gotovo neizmijenjenom obliku. I grčko građansko pravo je izrađeno po uzoru na BGB. Osim toga, na primjeru njemačkog prava može se vrlo slikovito pratiti uticaj evropskog prava na nacionalno pravo jedne zemlje članice, kao i uticaj globalizacije. Sve to predstavlja jake razloge za bavljenje njemačkim pravom.

Na veliku sreću u Bosni i Hercegovini postoji veliki broj naročito mladih pravnikā, koji imaju visok nivo znanja njemačkog jezika i koji njemačko pravo mogu upoznavati i spoznavati direktno iz originalnih izvora. Međutim, postoji i cijeli niz djela koja nude uvod u njemačko pravo na engleskom jeziku. Među njih spada i ova knjiga. Nakon uvoda pod naslovom "Opće karakteristike njemačkog prava" predstavljene su pojedinačne pravne oblasti: ustavno pravo, upravno materijalno i procesno pravo, trgovačko pravo, pravo privrednih društava, ugovorno pravo, pravo delikta, stvarno pravo, porodično i nasljedno pravo, radno pravo (individualno i kolektivno) kao i tematske oblasti sudovi i sudski sistem, te krivično materijalno i procesno pravo.

Čitatelji zainteresirani samo za pojedinačne pravne oblasti ne moraju pročitati cijelu knjigu, ali bi u svakom slučaju trebali pročitati prikaz općih karakteristika njemačkog prava napisan od strane Reinharda Zimmermanna (koji međutim ne spominje krivično materijalno ni procesno pravo, iako upravo u ovoj oblasti postoje signifikantne razlike u odnosu na druge pravne sisteme, naročito u odnosu na angloameričko pravo).

Knjiga je pisana od strane njemačkih autora, koji pri tome prvenstveno rade u drugim pravnim sistemima ili su pravno obrazovanje stekli u inostranstvu. Na taj način autori uspijevaju jasno ukazati na različitosti, naročito u odnosu na angloameričko pravo. Autori su, međutim, u različitom obimu iskoristili ovu mogućnosti. Ovakve (kratke) upute na razlike u pravnom uređenju nalaze se, primjera radi, u prologu Astrid Stadler i Wolfganga Haua

o njemačkom građanskom procesnom pravu ili u prilogu o pravu delikta Haralda Kocha, dok u drugim oblastima nedostaju. Ovo je šteta naročito u oblasti o krivičnom procesnom pravu. U ovom dijelu nedostaju npr. približa uporednopravna razmatranja u pogledu razgraničenja pojmova "nagodba" u krivičnom procesnom pravu od "plea bargaining" (pomoću kojeg se u SAD okonča daleko više od 90% slučajeva). Pomoću ovakvih informacija knjiga je mogla dodatno dobiti na značaju, a naročito jer će knjigu, već zbog jezika na kojem je objavljena, u velikoj mjeri čitati čitatelji koji potiču iz angloameričkog prostora ili se bave tim pravom. Rijetko se može naći ovako kompaktan uvod u njemačko pravo. Pozitivnu ocjenu zaslužuje i odabrana bibliografija. Knjiga pruža ciljne upute na literaturu na temelju koje se može dublje ući u pojedinačne pravne oblasti. Osim toga se u fusnotama nalaze brojne upute na uporednopravnu literaturu naročito angloameričkog pravnog sistema, što bi moglo zanimati i kontinentalno-evropskog čitatelja koji se kritički bavi anglo-američkim pravom (primjera radi navodimo uputu na Rolfa Stüernera "Why are Europeans afraid to litigate in the United States?" u prilogu o njemačkom građanskom procesnom pravu). Dodatan plus od kojeg mogu profitirati i njemački čitatelji predstavlja činjenica, da su u engleskom tekstu uglavnom navedeni i originalni nazivi stručnih termina na njemačkom jeziku. Na taj način čitatelj usvaja stručne engleske termine i pojmove za odgovarajuće njemačke stručne pojmove.

Dr. Stefan Pürner

Mathias Reiman/Joachim Zekoll

Introduction to German Law,

2005, 480 S. kartoniert.

(Zusammenfassung)

Das Buch wird besprochen. Dabei wird u. a. festgestellt, daß man selten eine so kompakte Einführung in das deutsche Recht findet. Es wird festgestellt, daß an einigen Stellen ein näheres Eingehen auf die Unterschiede insbesondere zum Anglo-amerikanischen Recht sinnvoll gewesen wäre, da das Buch vor allem von Lesern gelesen werden dürfte, die entweder selbst aus dem anglo-amerikanischen Raum stammen oder sich auch mit dessen Recht beschäftigen. Positiv hervorgehoben werden auch die in den Fußnoten enthaltenen Hinweise auf rechtsvergleichende Literatur und Literatur über das anglo-amerikanische Recht, die auch für den kontinentaleuropäischen Leser, der sich kritisch mit dem anglo-amerikanischen Recht auseinandersetzt, von Interesse sind.

Dr. Stefan Pürner

Jürgen Schwabe: **Izabrane odluke njemačkog Saveznog** **ustavnog suda**

(prijevod njemačke knjige "Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts – Studienauswahl", preveo na bosanski jezik i dopunio Edin Šarčević) objavila Konrad-Adenauer fondacija, 674 stranica, Skopje, 2010. godine.

Zbirka sadrži suštinske dijelove obrazloženja iz više od 170 odluka Saveznog ustavnog suda, koja su podijeljena prema stručnim oblastima i pravnim pitanjima. U prvom dijelu moguće je pronaći odluke u vezi općih pitanja kao što su *tumačenje zakona i posljedice neustavnih normi*. U drugom dijelu, koji predstavlja težište zbirke, riječ je o jurisdikciji u pogledu različitih osnovnih (ljudskih) prava. Treći dio bavi se *principima državne strukture*, a četvrti *članstvom u međunarodnim organizacijama* i raznim *aspektima prenošenja suverenih prava na takve organizacije* (posebno na EU). Peti i završni dio tretira temu pravosuđa i osnovnih prava u vezi pravosuđa. Temeljne informacije u pogledu njemačkog Saveznog ustavnog suda i njegove jurisdikcije pruža predgovor i uvodne riječi prof. dr. dres. honoris causa Hans-Jürgen Papier, predsjednika njemačkog Saveznog ustavnog suda, profesora Šarčevića i dr. Stefanie Ricarda Roos iz Konrad Adenauer fondacije. Dalje predgovore napisali su predsjednica Ustavnog suda Bosne i Hercegovine Seada Palavrić i predsjednik Ustavnog suda Crne Gore prof. dr. Milan Marković.

Ovo djelo nije zanimljivo samo za pravnike koji se bave ustavnim pravom. Opširna obrazloženja Suda i upute na odgovarajuće izvore, kao i diskusije o problemima pravne nauke pružaju očigledan primjer, na koji način je shvaćena i sprovedena *obaveza pravnog obrazloženja* (Begründungszwang) od strane sudija u njemačkoj sudskoj praksi. Kako se radi o odlomcima presuda, knjiga ne sadrži uvodni prikaz činjeničnog stanja dotičnih odluka. Predmeti na kojima se temeljila odluka proizlaze zbog toga tek posredno iz lektire pojedinog odlomka obrazloženja odluke. Sigurno bi za domaćeg čitaoca, koji ne posjeduje znanje njemačkog jezika, bilo od pomoći da postoji prijevod njemačkih ključnih riječi pod kojima se predmeti vode u popisu sadržaja i da se navede pokoje uputstvo o njihovoj pozadini i značaju. Djelo je objavljeno i u prijevodima na albanskom, srpskom i makedonskom jeziku (posljednje je razlog zbog čega je objavljeno u Skopju). Prijevod na bosanskom jeziku može se besplatno snimiti kao pdf-dokument na linku http://www.kas.de/wf/doc/kas_18056-1522-1-30.pdf?100517192738.

Dr. Stefan Pürner

**Übersetzung des deutschen Buches
Jürgen Schwabe, "Entscheidungen des
Bundesverfassungsgerichts – Studienauswahl")**

(Zusammenfassung)

Dieser Beitrag bespricht die bosnische Übersetzung des deutschen Buches "Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts – Studienauswahl" von Jürgen Schwabe, die von der Konrad-Adenauer-Stiftung herausgegeben wurde.

Značajni njemački pravnici

Paul Johannes Anselm von Feuerbach – I dio

Dr. Stefan Pürner

Višestruko talentovani naučnik

U prvom izdanju rubrike "Značajni njemački pravnici" predstavili smo *Antona Friedricha Justusa Thibauta*, koji je prije dvjesto godina, pojednostavljeno rečeno, postavio tezu o jedinstvenom građanskom pravu, koje bi i preko državnih granica služilo svim građanima, jer bi se njime pojednostavila trgovina. Ove ideje su u današnje vrijeme, kada se poduzimaju napor za stvaranjem jedinstvenog ili bar ujednačenog evropskog obligacionog prava, aktualnije nego ikad. U ovom izdanju predstaviti ćemo jednog *Thibautovog* suvremenika, koji je postao slavan na polju krivičnog prava.

Riječ je o *Paulu Johannesu Anselmu von Feuerbachu*, koji je rođen 14. novembra 1875. godine u Hainichenu kod Jene, a umro je 29. maja 1833. godine u Frankfurtu na Majni. Prikaz *Feuerbachovog* života i djela u rubrici poput ove nije jednostavan. Sama *Feuerbachova* pravnička dostignuća jedva da se mogu adekvatno opisati na prostoru koji nam ovdje stoji na raspolaganju. Stoga ćemo ovog značajnog pravnika predstaviti u dva dijela. *Feuerbach* je, međutim, bio više od pravnog naučnika, te je bio usko povezan i sa sudbinom napuštenog djeteta *Kaspára Hausera*, koje je u mnogim publikacijama nazvano "djetetom Evrope", a čije ime i u biheviorizmu igra centralnu ulogu. Neki autori su čak tvrdili da je *Feuerbach* morao umrijeti zbog svog angažmana oko ovog čudnovatog djeteta, u čiju sudbinu se tada uplitao cijeli kontinent. O tome više u daljnjem tekstu.

Feuerbachovi: jedna značajna porodica

Paul Johannes Anselm von Feuerbach potječe iz porodice iz koje je proisteklo nekoliko značajnih naučnika aktivnih u 19. stoljeću. Među njima su bila i petorica

njegovih sinova, koji su svi bili uspješni u različitim naučnim disciplinama – od arheologije i filologije do pravnih nauka i filozofije. Od sinova *Paula Johannes Anselma von Feuerbacha* najpoznatiji je vjerovatno *Ludwig Andreas Feuerbach*. Široj javnosti bi međutim još poznatiji trebao biti njegov unuk, *Anselm Feuerbach*, koji se ubraja među najpoznatije njemačke slikare 19. stoljeća.

Osnivač moderne krivičnopravne znanosti

Sam *Paul Johannes Anselm von Feuerbach* se na polju krivičnog prava istaknuo takvim ostvarenjima, da se on danas smatra osnivačem modernog učenja o njemačkom krivičnom pravu. Nadalje je razvio psihološku teoriju zastrašivanja, te je bio tvorac bavarskog Krivičnog zakonika iz 1813. godine, kojima su uvedene neke bitne novine. Također je zanimljivo da, iako se on i *Thibaut* nisu bavili istom pravnom oblašću, životni putevi ove dvojice značajnih njemačkih pravnika su se srelili.

Vanbračno rođenje i mnoge selidbe

Feuerbach je rođen kao vanbračno dijete. I za tadašnje prilike to vjerovatno nije bilo toliko neobično, koliko bi se to danas možda pomislilo. Vjerovatno je tek mali broj vanbračne djece u tadašnje vrijeme imalo priliku da izgradi karijeru kao što je to imao *Paul Johannes Anselm von Feuerbach*. To što se odlučio za poziv pravnika sigurno je bilo povezano i s okolnošću da je njegov otac, koji trudnu majku nije napustio, i sam bio pravnik, radivši kasnije kao advokat. Majka je također bila iz pravničke porodice. Tako je mladi *Paul* mogao da pohađa gimnaziju, a nakon toga je studirao filozofiju. Kasnije se predomislio i upisao na studij prava. Ovo više iz razloga da bi mogao obavljati profesiju od koje može živjeti, a manje zbog interesovanja za sam predmet. Međutim, očito je tu prvobitnu averziju prema pravnoj nauci uspio prevazići. Nakon završetka studija prava i okončanja doktorskog rada, prvo je postao profesor u Jeni, u središtu Njemačke, a potom u Kielu na Baltičkom moru.

Feuerbach je postao profesor u Kielu *Thibautovom* zaslugom. *Feuerbach* je u Jeni već bio angažovan kao univerzitetski profesor. To radno mjesto je, međutim, imalo jedan nedostatak: nastavnička djelatnost je bila neplaćena, što u to vrijeme nije bilo neobično. Stoga se 1802. godine nadao drugoj profesuri u Jeni, koja je i zaista bila plaćena. Ovo mjesto je, međutim, dobio *Thibaut*, koji je tad još bio profesor u Jeni. Iako su *Thibaut* i *Feuerbach* po mnogim pravnim pitanjima bili neistomišljenici, ipak ga je predložio za svog nasljednika u Kielu. Tako se desilo da je „ista kočija kojom je *Thibaut* napustio Kiel, pri povratku dovela *Feuerbacha*“, kako je jedan autor pisao. Već dvije godine kasnije, dakle 1804. godine, *Feuerbach* je otišao u Landshut u Bavarskoj. Toliko promjena boravka ponekom čitatelju ovog časopisa bi se možda moglo učiniti neobičnim. U Njemačkoj je, međutim, uobičajeno češće promijeniti univerzitet. To važi također i za studente. Ko

je studirao samo na jednom univerzitetu, po mišljenju nekih, nije ni studirao. I poslodavci cijene kada su njihovi uposlenici s visokom stručnom spremom studirali na više različitih univerziteta. Ovo se oslanja i na staru tradiciju, prema kojoj su do industrijalizacije i zanatlije morali da idu na dugogodišnje putovanje po raznim krajevima, kako bi usvojili sve tehnike svog zanata. Tokom tih godina na putu, mladi obrtnici svoje rodno mjesto uopće nisu smjeli da posjete. Kod tih "godina od kuće" se, dakle, ne radi samo o usvajanju različitih tehnika i vještina, već i o tome da se udaljavanjem od svoje dotadašnje životne sredine sazrije kao ličnost i postane samostalan.

Za Paula Johanna Anselma von Feuerbacha je Bavarska, uzgred rečeno, tada bila inostranstvo. Tako je on tamo postao prvim profesorom iz inozemstva. Također je u Landshutu u katoličkoj Bavarskoj bio i prvi protestant koji je vodio jednu katedru fakulteta. Iako je Njemačka tada bila podijeljena na mnoštvo malih država, u kojima su dominirale različite religijske skupine, čini se da su takva prekogranična kretanja po univerzitetima i 200 godina prije Bolonje bila moguća bez većih poteškoća.

Teorija generalne prevencije i *nulla poena sine lege*

Feuerbach je autor raznih djela, koja do današnjeg dana imaju utjecaja na razvoj prava, naročito u evropskim zemljama. Mnogo toga što je Feuerbach formulirao još u ono doba, danas nam se čini kao da se samo po sebi podrazumijeva. Tada to međutim nije bilo tako. Pod Kantovim utjecajem je u to vrijeme, naime, bila vrlo raširena takozvana "teorija odmazde", prema kojoj je svrha kažnjavanja bila uravnotežiti nepravdu izazvanu kažnjivim djelom. Tako se kaznom povrijeđeni pravni poredak ponovno trebao uspostaviti. Kazna je, takoreći, bila "znak plusa", koja izjednačava "minus" koji je počinilac djela nanio pravnom poretку. Georg Wilhelm Friedrich Hegel je u vezi s tim govorio da je kazna predstavljala "negaciju negacije". Teorija odmazde se ubraja u apsolutne teorije kažnjavanja. One se po uzoru na latinsku riječ "absolutus" (što u prevodu znači razdvojen, oslobođen) nazivaju apsolutnim, jer kazna prema njima služi svrsi koja premašuje samo krivično djelo. Razlog za kažnjavanje je po ovoj teoriji isključivo krivično djelo koje je izvršeno. Utoliko se kazna ima smatrati "oslobođenom" od ostalih povezanosti izvan krivičnog djela.

To će međutim biti drugačije kod relativne teorije kažnjavanja, prema kojoj kazna također ima određenu relaciju, odnosno povezanost s društvom. Ta povezanost se očituje u tome da pojedinac u društvu biva zastrašen izvršenim djelom, jer zna da će da uslijedi kazna. Kazna, dakle, sprečava izvršenje krivičnih djela, samim time što se njome prijeti. Stoga kazna ne djeluje represivno, kao naknadna sankcija, nego unaprijed sprečava vršenje krivičnih djela. Njena funkcija je prema tome i preventivna. Feuerbach je time formulirao ideju o negativnoj generalnoj prevenciji kao svrsi kažnjavanja, postavši osni-

vačem teorije zastrašivanja, koju neki nazivaju i *Feuerbachovom teorijom*. Ova teorija polazi od toga da izricanje sankcija nije jedini način sprečavanja vršenja krivičnih djela, već tu funkciju može imati već i sama prijetnja kaznom.

Shodno tome se i pomenuta prijetnja kažnjavanjem posredstvom zakona našla u centru njegovog razmatranja. Na osnovu toga će formulisati načelo "*nulla poena sine lege*". Također je zahtijevao da krivični zakon bude opće poznat i jasno formulisan, a pravne posljedice krivičnoga djela da budu unaprijed poznate. To danas može da zvuči kao nešto što se podrazumijeva. Činjenica je, međutim, da u Feuerbachovo vrijeme, krivični zakoni koji su važili na teritoriju današnje Njemačke, za većinu delikata nisu predviđali određene kazne, odnosno kaznene okvire. Treba istaći i Feuerbachova dostignuća na polju krivičnog procesnog prava, koja su zbog njegovih izvanrednih ostvarenja na području materijalnog krivičnog prava ostala manje zapažena. Tako se Feuerbach zalagao za javna suđenja, kako se optuženi ne bi stavljao u nepovoljniji položaj.

Bavarski krivični zakonik iz 1813. godine

Prihvat profesure u bavarskom gradu Landshut, koji danas uopće više nema pravnog fakulteta, bio je važan korak u Feuerbachovoj daljnjoj karijeri. Tu je naime dobio zadatak da izradi nacrt bavarskog Krivičnog zakonika. U daljem toku projekta, Feuerbach je premješten u München, gdje je 1806. godine predočio prvi rad o zabrani mučenja, koje je u bavarskom pravosuđu tada još bilo u upotrebi. Bavarska time nije bila prva država na teritoriju današnje Savezne Republike Njemačke u kojoj je ukinuto mučenje. Većina tih pokrajina mučenje je ukinula već mnogo ranije. Prva je bila Pruska (koju danas mnogi smatraju konzervativnom i zaostalom državom) 1740. godine, dakle 66 godina prije Bavarske. Čak i male države poput frankonskog Bamberga, koji danas pripada Bavarskoj, ovaj korak su učinile mnogo ranije (1795. godine). Za Bavarsku je ukidanje mučenja, dakle, bio važan pothvat, kojim je zemlja na području krivičnog prava prigrllila moderne, prosvijećene tendencije. Prednosti bavarskog Krivičnog zakonika kojeg je Feuerbach izradio time, međutim, još nisu iscrpljene. Ovaj zakonik također više nije predviđao ni kvalificiranu smrtnu kaznu, kod koje bi smrt nastupila tek nakon velikih patnji, zbog korištenja posebno okrutnih metoda pogubljenja.

K tome je ukinuo veliki broj historijskih delikata protiv morala i religije, na šta ga je naveo njegov strogo krivičnopravni način posmatranja. Država smije da kažnjava samo zbog povreda prava na području krivičnog prava, a ne zbog povreda morala ili religijskih pravila. Pri tome Feuerbachovo obrazloženje nije nimalo bilo "drsko". On je, štaviše, božiju "nadljudskost" iskoristio kao argument za ukidanje delikata poput bogohuljenja. Tako je pisao: "Baš zbog toga što Bog je Bog, nemoguće je da se on zbog

uvrede njegove časti mora osvećivati čovjeku. Pomisao da Bog mora biti pomiren kažnjavanjem onih, koji su ga uvrijedili, naprosto je glupost.”

Svoj rad na nacrtu Krivičnog zakonika Kraljevine Bavarske okončao je 1813. godine, koji je uz nekoliko izmjena još iste godine dobio odobrenje kralja (parlament u tadašnjoj Bavarskoj još nije postojao). Zakon je uskoro postao pravim “ekspornim hitom”. Između ostalog je u obliku zakonika prihvaćen i u Oldenburgu. U zemljama kao što su Saksonija-Weimar-Eisenach ili Württemberg, on je bio temelj za izradu tamošnjih krivičnih zakonika. Preveden je čak i na švedski jezik. Danas, u vremenu u kojem zakone za zemlje u tranziciji nerijetko izrađuju višestruke međunarodne ekspertne grupe, možda djeluje čudno da je nacrt zakona izradila samo jedna osoba. U njemačkoj pravnoj historiji to međutim nije bio jedini slučaj. Tako je njemački Zakon o porezima, kao temeljni zakon iz oblasti javnih nameta, djelo jednog pravника – *Ennoa von Beckera*. Život i djelo Feuerbacha prema tome dokazuju, da za postizanje dobrih rezultata nisu uvijek potrebne velike ekspertne komisije.

Doprinijeti ukidanju mučenja u jednoj zemlji i sastaviti Krivični zakonik, koji će poslužiti kao uzorak i u drugim zemljama – već bi bilo dovoljno veliko životno dostignuće! Feuerbachov utjecaj na međunarodno krivično pravo, međutim, ide mnogo dalje od toga. Ostaje još da se razjasne Feuerbachove veze s Kasparom Hauserom, jednom od najmisterioznijih ličnosti u historiji Evrope. O tome će biti riječi u sljedećem broju *Nove pravne revije*, u sklopu ove rubrike.

Dr. Stefan Pürner

Bedeutende deutsche Juristen: Paul Johannes Anselm von Feuerbach – Teil I

(Zusammenfassung)

In dieser Ausgabe wird das Leben und das Werk des Paul Johannes Anselm von Feuerbach, vorgestellt. Da alleine das juristische Schaffen von Feuerbach kaum auf die dem hier zur Verfügung stehenden Platz adäquat zu beschreiben ist, erfolgt die Vorstellung dieses bedeutenden Juristen in zwei Teilen. Feuerbach gilt allgemein als Begründer der modernen Strafrechtswissenschaft. Dabei wurde berichtet, daß er unter anderem die Lehre von der Generalprävention und den Grundsatz “nulla poena sine lege” geschaffen hat. Außerdem hat er die Grundzüge des strafrechtlichen Bestimmtheitsgebots näher ausgearbeitet und zum Strafprozeßrecht gearbeitet.

Feuerbach war jedoch mehr als ein juristischer Gelehrter, sondern auch mit dem Schicksal des Findelkindes Kaspar Hauser, das in vielen Publikationen als “Kind von Europa” bezeichnet wurde, und dessen Name auch in der Verhaltensforschung eine zentrale Rolle spielt, eng verbunden. Darüber wird in der nächsten Ausgabe der NPR berichtet werden.

Razno

Ljetna škola njemačkog prava – 2011.

Asmir Baćevac*

Njemačka fondacija za međunarodnu pravnu saradnju (“IRZ fondacija”) početkom ove godine raspisala je oglas za dodjelu stipendija za mlade pravnike iz Bosne i Hercegovine i Ukrajine za odlazak na multilateralnu ljetnu školu njemačkog prava u periodu od 4. do 8. jula 2011. godine, koja se održala u Brühl, u Njemačkoj.

Poziv za učešće na ljetnoj školi dobilo je šest mladih pravnika iz Bosne i Hercegovine i trinaest njihovih kolega iz Ukrajine.

Za učesnike ljetne škole pripremljen je veoma sadržajan program koji je trebao predstaviti njemački pravni sistem. Prvog dana održan je zvanični prijem učesnika ljetne škole od strane dr. Stefana Hülshörstera, zamjenika izvršnog direktora IRZ fondacije.

Nakon uvodnih predavanja na temu “Pravna država – uloga IRZ fondacije” koju je održao Dirk Mirrow, učesnici ljetne škole su imali priliku poslušati predavanja na temu “Sistematika i instituti njemačkog civilnog prava” i “Stvarno pravo, osiguranje kredita” koje je održao prof. dr. Andreas Spickhoff s Georg-August-Universität iz Göttingena.

Drugi dio dana počeo je s predavanjima advokata Martina W. Huffa, izvršnog direktora Advokatske komore Kölna, na temu “Njemačko radno pravo i praksa stranih advokata u Njemačkoj”, i predavanjima na temu “Sudijska funkcija i disciplinski postupak protiv sudija” koja je održao prof. Jürgen Thomas.

Nakon prvog dana svi učesnici ljetne škole bili su veoma zadovoljni izborom prezentiranih tema. Drugog dana je organizirana posjeta Okružnom sudu u Bonnu, gdje je učesnike ljetne škole dočekala predsjednica Suda, gospođa Margarete Gräfin von Schwerin. Nakon uvodnog pozdrava, grupa je prisustvovala ročištima u jednom krivičnom i jednom građanskom postupku. Ova prilika je iskorištena da se s njemačkim sudijama razmijene iskustva o toku i vođenju postupka u bosanskohercegovačkom i njemačkom pravnom sistemu.

Poslijepodne su učesnici ljetne škole posjetili Pravni fakultet Friedrich-Wilhelms-Universität u Bonnu, gdje se s prof. dr. Torstenom Verrelom, predsjedavajućim

* Autor je angažiran u Odjelu za pravosudnu upravu pri Visokom sudskom i tužilačkom vijeću Bosne i Hercegovine.

Odjeljenja za pravne nauke, razgovaralo o Pravnom fakultetu u Bonnu, toku studija, kao i mogućnostima stranih studenata i postdiplomaca da nova znanja iz različitih pravnih oblasti steknu upravo na ovom fakultetu.

Razgovorima su također prisustvovali prof. dr. Martin Böse, s katedre za krivično i krivičnoprocesno pravo kao i međunarodno krivično pravo i evropsko krivično pravo, zatim dr. Ulrike Dorn, koordinator za poslove s inostranstvom i dr. Susanne Schiemichen, rukovodilac stručne pravne službe. Svakako da je ova posjeta Pravnom fakultetu bila izuzetno zanimljiva i veoma korisna, jer se stekao neposredan uvid u način rada jednog pravnog fakulteta u Njemačkoj.

Trećeg dana ljetne škole održana su predavanja na temu "Uticaj odluka najviših sudskih instanci na praksu nižih sudova" koja je održao dr. Dietrich Beyer, bivši sudija Saveznog vrhovnog suda, nakon čega su uslijedila predavanja na temu "Zaštita ljudskih prava u okviru Vijeća Evrope, Evropska konvencija o ljudskim pravima – uvod" koja je održao Klaus Stoltenberg, bivši rukovodilac Odjela za pitanja ljudskih prava pri Saveznom ministarstvu pravde, kao i predavanje "Uticaj unijskog prava na nacionalno privatno i privredno pravo" koje je održao prof. dr. Wulf-Henning Roth, LL. M. (Harvard) s Instituta za privatno pravo i uporedno pravo Rheinische Friedrich-Wilhelms Univerziteta u Bonnu.

Posebno interesantna su bila predavanja na temu "Arbitraža" koja je održao advokat Peter Kraft s njemačkog Instituta za arbitražu, kao i predavanja na temu "Međunarodna arbitraža u Njemačkoj: slučaj iz prakse" koja je održao prof. dr. Klaus Peter Berger, LL. M., s katedre za civilno pravo, njemačko i međunarodno trgovinsko, privredno i bankarsko pravo, kao i međunarodno privatno pravo i uporedno pravo na Univerzitetu u Kölnu.

Posljednjeg dana dr. Martin Wittmann, iz advokatske kancelarije "Schmitz Knoth" iz Bonna, održao je predavanja na temu "Evropsko korporativno pravo", nakon čega je advokat Johannes Gather, iz advokatske kancelarije "Gather, Plössner und Ewig" iz Bonna, održao predavanja na temu "Pregled stečajnog prava".

Za sve učesnike ljetne škole ovo je bilo nezaboravno iskustvo i koristim priliku da se u svoje, a i u ime ostalih učesnika ljetne škole, zahvalim IRZ fondaciji što nam je omogućila da se na neposredan način upoznamo s njemačkim pravnim sistemom. Iskustva stečena prilikom ove posjete sigurno će imati i uticaja na naše profesionalno zanimanje.

Asmir Baćevac

Sommerschule 2011 im deutschen Recht

(Zusammenfassung)

Der Beitrag enthält einen Bericht über die von der IRZ-Stiftung organisierte multilaterale Sommerschule 2011 im deutschen Recht, die vom 4.-8. Juli in Brühl stattfand. An dieser Sommerschule nahmen Absolventen eines Studienganges im deutschen Recht, der an der Juristischen Fakultät Lemberg in der Ukraine in Zusammenarbeit mit der IRZ-Stiftung durchgeführt wird, sowie sechs junge Juristen aus Bosnien und Herzegowina teil. Das umfangreiche und thematisch breit gefächerte Programm bestand aus einer ganzen Reihe von Vorträgen, die einerseits von deutschen Universitätsprofessoren und andererseits von Rechtspraktikern zu sehr aktuellen Themen aus verschiedenen Rechtsgebieten gehalten wurden. Den Teilnehmern wurde auf diese Weise ein Einblick in das deutsche Recht und Rechtssystem gewährt. Zusätzlich hatten die Teilnehmer die Gelegenheit zwei Gerichtsverhandlungen mit zu verfolgen und sich anschließend mit den deutschen Kollegen über das Gerichtssystem und die richterliche Tätigkeit in Deutschland auszutauschen. Ein Besuch der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität in Bonn gewährte einen Einblick in das Jurastudium in Deutschland. Außerdem wurden den Teilnehmern die Studienmöglichkeiten in Deutschland für ausländische Studierende vorgestellt.

Izveštaj sa susreta dosadašnjih učesnika programa hospitacije za advokate

Đorđe Jeftić, LL.M*

Ove godine, od 12. do 15. maja, posle nekoliko godina pauze, u Bonu je održan susret generacija učesnika programa hospitacije za advokate iz srednje, istočne i jugoistočne Evrope. Multilateralni programi hospitacije (stručne prakse) za advokate se, počevši od 1993. godine, pod pokroviteljstvom Nemačke fondacije za međunarodnu pravnu saradnju (IRZ Stiftung), a uz podršku Nemačke advokatske komore (Bundesrechtsanwaltskammer) i Nemačkog udruženja advokata (Deutscher Anwaltverein), organizuju svake godine. Namenjeni su advokatima do 35 godina starosti, građanskog, odnosno privrednopravnog stručnog usmerenja, te odgovarajućeg poznavanja nemačkog jezika. Osnovni cilj ovih programa je da se tokom višenedelnog boravka u Nemačkoj gostujući advokati upoznaju sa osnovama nemačkog građanskog prava i praksom svojih kolega – njihovih domaćina. Osim toga, na ovaj način se uspostavlja direktna međusobna komunikacija, razmenjuju iskustva i grade dugoročnije kolegijalne veze koje u današnje vreme intenzivne prekogranične privredne i pravne saradnje imaju poseban značaj.

* Autor je advokat u Novom Sadu.

Imao sam zadovoljstvo da 2000. godine učestvujem u ovom programu, koji se tada sastojao od dvonedelnog uvodnog seminara, šestonedeljne advokatske prakse i završnog trodnevnog skupa. Seminar u Bonu podrazumevao je predavanja iz oblasti nemačkog građanskog prava, na kome su predavači i diskutanti bili eminentni pravni stručnjaci – profesori pravnih fakulteta i advokati. Za vreme trajanja seminara organizovani su susreti i posete sedištim IRZ fondacije, Nemačke advokatske komore i Nemačkog udruženja advokata, razgovori s predstavnicima velikih korporacija i obilazak berze u Dizeldorfu. Suština prvog dela programa bilo je upoznavanje sa osnovama pravnog sistema zemlje domaćina, ali i Evropske unije. Za nas koji dolazimo iz zemalja van EU-područja, ovo je bila prilika i da saznamo na koji način je unifikacija evropskog prava uticala na praksu naših kolega čije su države postale članice ove zajednice. Poseban naglasak bio je stavljen na pravnu regulativu koja se tiče obavljanja advokatske delatnosti, kao i na praktična pitanja organizacije rada u advokatskim kancelijama.

U drugom delu programa pružila nam se prilika da uzmemo učešća u radu izabrane advokatske kancelarije. Domaćin mog boravka u Nirnbergu bila je advokatska kancelarija "Dr. Pürner, Thüncher, Panzer". U neposrednom kontaktu s kolegama, data mi je mogućnost da se upoznam s njihovom svakodnevnom praksom, angažujem u radu na aktuelnim predmetima i prisustvujem sudskim ročištima. Sa svoje strane, nastojao sam da im pružim odgovore na sva pitanja koja su se ticala pravnog sistema moje zemlje i naše advokatske prakse.

Program je završen trodnevnom okupljanjem svih učesnika u Bonu, gde smo, zajedno sa domaćim predavačima, analizirali ovako stečena iskustva i davali predloge za dalju saradnju. Osim s novim znanjima i boljim poznavanjem nemačkog jezika, kući smo se vratili i s nezaboravnim uspomenuama s atraktivnih izleta i druženja s kolegama i organizatorima.

Pozivu koji je početkom ove godine upućen svim dosadašnjim učesnicima programa, odazvalo se 106 kolega iz 17 zemalja, pored onih iz zemlje domaćina. Na otvaranju dvodnevnog programa, pozdravne govore održali su g. Dirk Mirow, direktor IRZ fondacije, g. dr Wolfgang Eichele, advokat i direktor Nemačke advokatske komore, te gđa Negar Hosan-Aghaie, advokat i direktorica Nemačkog udruženja advokata. U bogatom programu koji je usledio, a koga su činila predavanja i diskusije na aktuelne teme iz pravne teorije i prakse, učestvovali su ugledni nemački univerzitetski profesori i advokati, specijalisti u svojim oblastima. Interesantne teme inicirale su mnogobrojna pitanja i predloge za razmišljanje, ali i poređenja. Neke od njih ticala su se procesnog prava EU, odnosno

privrednog prava Nemačke, dok su se druge bavile pitanjima vezanim za međunarodnu arbitražu u advokatskoj praksi, medijaciju kao alternativu sudskom postupku ili zaštitu ličnih podataka. Ponovo je bilo interesantno čuti iskustva kolega iz drugih zemalja i utvrditi šta je to što nam je u svakodnevnoj praksi zajedničko, a gde se pravna rešenja razlikuju od države do države.

U zanimljivoj podijumskoj diskusiji na temu konkurencije pravnih sistema i njihove primene u advokaturi, diskutanti su ovoga puta, pored uvodničara i moderatora, profesora dr Friedricha Grafa von Westphalena, bili i gosti – kolegica iz Poljske (gđa Joanna Zmuda), kao i kolege iz Rumunije (g. Bogdan Fratila), Rusije (g. Grigory Talanov), odnosno Srbije, s obzirom na to da sam i ja imao čast da sa auditorijumom podelim iskustva iz svoje prakse.

Shodno dobroj tradiciji organizacije sličnih skupova, ni ovog puta naši domaćini nisu propustili da nam pored stručnog dela programa, obezbede i onaj namenjen međusobnom druženju i upoznavanju nekih od mnogobrojnih kulturno-istorijskih lokaliteta u okolini. Pružila nam se prilika da obiđemo srednjovekovni zamak Marksburg u Braubahu, prošetamo obalama reke Mozel na mestu gde se ona uliva u Rajnu, u istorijskom Koblencu, koji je tih dana bio i grad-organizator nemačke izložbe hortikulture (Bundesgartenschau). Ovaj sadržajima ispunjen dan bio je krunisan plovidbom turističkim brodom po Rajni, kojom smo se iz Koblenca u večernjim časovima vratili za Bon, a zatim nastavili druženje.

Kao i svaki put do sada, utisak koji sam poneo s ovih susreta bio je više nego pozitivan. Imao sam priliku da se sretnem s dosta kolegica i kolega koje sam upoznao jedanaest godina ranije, a s kojima sam sve vreme, koliko su to okolnosti i mogućnosti dozvoljavale, održavao kontakt. Bilo je zanimljivo saznati o onome što su postigli u svojim karijerama, njihovoj sadašnjoj profesionalnoj praksi i budućim planovima, o promenama i razvoju u njihovim zemljama. Na drugoj strani, novi susreti su inicirali i nova poznanstva, od kojih su, u mom slučaju, neka već prerasla i u redovnu saradnju, naročito sa kolegicama i kolegama iz zemalja regiona, na koje sam, po prirodi posla, najviše i upućen.

Sa ostalim učesnicima skupa delim stav da ćemo se i u budućnosti rado odazivati pozivima ovakve vrste. Do tada, ostaćemo u međusobnom kontaktu, makar uz pomoć zajedničke mreže (<http://www.irz-netzwerk.eu>), internet-adresi na kojoj se mogu naći i detalji o programu hospitacije. Moja preporuka svim advokatima koji ispunjavaju kvalifikacione uslove za ovaj program je da prijavom u svojim matičnim zemljama uzmu učešća u njemu. Stečena iskustva biće značajna i svakako korisna.

Đorđe Jeftić

Bericht über das Ehemaligentreffen der IRZ-Anwaltshospitationen vom 12.-15. Mai 2011

(Zusammenfassung)

Der Beitrag berichtet über das Ehemaligentreffen der IRZ-Anwaltshospitationen, das vom 12. bis 15. Mai 2011 in Bonn stattfand. In diesem Zusammenhang wird auch das von der IRZ Stiftung in Zusammenarbeit mit der deutschen Bundesrechtsanwaltskammer und dem deutschen Anwaltsvereinen organisierte Hospitationsprogramm insgesamt dargestellt. Besonders hebt der Autor hervor, dass eine Hospitation in Deutschland Juristen aus Ländern, die noch nicht Mitglied in der EU sind, die Möglichkeit bietet, sich mit den Auswirkungen des europäischen Rechts auf die nationalen Rechte vertraut zu machen. Außerdem wird hervorgehoben, dass diese Hospitationen die Möglichkeit zum grenzüberschreitenden kollegialen Gedanken- und Erfahrungsaustausch sowie zur Erweiterung der kollegialen Kontakte bietet.

Prikaz obilježavanja Dana advokature Advokatske/ Odvjetničke komore Federacije BiH 24. i 25. 9. 2011. godine

Amila Kunosić-Ferizović*

Advokatska/Odvjetnička komora Federacije Bosne i Hercegovine obilježila je 128. godišnjicu rada i postojanja advokature u Bosni i Hercegovini od 24. do 25. septembra 2011. godine. Prvi dan obilježavanja Dana advokature/odvjetništva Federacije Bosne i Hercegovine 24. 9. 2011. godine, organizirana je konferencija na temu "Advokatura/odvjetništvo u tranziciji – tranzicija u advokaturi/odvjetništvu".

Konferencija je organizirana u saradnji s Njemačkom fondacijom za međunarodnu pravnu saradnju (IRZ) i Saveznom advokatskom komorom Njemačke (Bundesrechtsanwaltskammer).

Tema "Advokatura/odvjetništvo u tranziciji – tranzicija u advokaturi/odvjetništvu" izabrana je radi razmatranja bitnih pitanja sadašnjeg položaja advokature i dalje perspektive.

Glavni cilj teme jeste da se locira društveni položaj advokature, kao samostalne i neovisne profesije na prostoru Federacije Bosne i Hercegovine, shodno postojećem stanju, te pitanjima moguće "tranzicije advokature", od "tradicionalnog poimanja" ka "novim oblicima", što podrazumijeva neminovne izmjene i usklađivanja zakonskih formulacija, te izgradnje novih organizacijskih oblika dje-

lovanja, kao i izgradnju adekvatnih normi ponašanja samih advokata i strukovne organizacije.

Naime, u posljednjih par godina postalo je očigledno da je broj podnijetih zahtjeva za upise u Advokatsku komoru izuzetno veliki. Kandidati su iz različitih sredina sa zanimljivim "prethodnim radnim iskustvom", te različite starosne dobi. Sve ovo, kao i drugi razlozi, dovode do situacije da "novi" advokati unose u advokatsku profesiju jednu novu atmosferu, stvarajući na taj način podlogu drugačijeg pristupa poimanja prava i obaveza u izvršavanju svoje profesionalne dužnosti. Snažno je izražen "individualizam" koji u nekim slučajevima prevazilazi uobičajen pristup ovom pojmu. Evidentno je da u pristupu "kod novih članova" ne postoji dovoljan osjećaj pripadanja kolektivu tj. spoznaje o značaju advokature kao društvene profesije koja ima izuzetne obaveze i odgovornost za realizaciju društvenih zadataka u izgradnji civilnog društva.

Na Konferenciji su uzeli učešće, osim organizatora, predstavnici Hrvatske odvjetničke komore, advokatskih komora Srbije, Vojvodine, Makedonije i Crne Gore.

Rasprave su pokazale da je tema bila jasno opredijeljena i svi učesnici su prezentirali aktualna pitanja položaja advokature/odvjetništva u postojećem ekonomsko-socijalnom i političkom okruženju, te pravce daljeg postupanja u tranziciji advokature.

Najznačajnije i najinteresantnije izlaganje je bilo advokata i notara dr. Bernharda Dombeka iz Berlina na temu "Njemačka i evropska advokatura u tranziciji". Dr. Dombek je advokat četrdeset tri godine, deset godina je bio predsjednik Advokatske komore Berlina, zatim je obavljao funkciju potpredsjednika Savezne advokatske komore Njemačke (BRAK), a od 1999. godine do 2007. godine bio je i njen predsjednik; sada vrši počasnu dužnost potpredsjednika Nadzornog odbora Njemačke fondacije za međunarodnu pravnu suradnju (IRZ).

Izlaganje dr. Dombeka uglavnom se bavilo transformacijom advokature u Saveznoj Republici Njemačkoj, s tim što je dao i određene podatke o razvoju ove profesije u ostalim evropskim državama.

Prvi dio izlaganja se odnosio na podatke o broju upisanih advokata 1. 1. 1969. u Saveznoj Republici Njemačkoj, kada je bilo ukupno 22.108 advokata i advokatica. Dana 1. 1. 2011. bilo ih je sedam puta više, odnosno 155.679. Pri tome se mora uzeti u obzir da je i populacija Savezne Republike Njemačke povećana pristupanjem Njemačke Demokratske Republike 1990. godine. Podaci o tome koliko stanovnika dolazi na jednog odvjetnika su impresivni. Na jednog je advokata 1969. godine bilo 2.800 stanovnika. Sada, u 2011., taj broj je pao na oko 520. Naravno, taj broj je u velikim gradovima još manji. U Berlinu, na primjer, na jednog advokata dolazi oko 270 stanovnika. Broj žena advokata je značajno povećan. Dana 1. 1. 2011. bilo je gotovo 50.000 advokatica, u usporedbi s oko 1.000 advokatica u 1969. Tada su oko 4,5% advokata bile žene, a

* Autorica je advokat, predsjednica Advokatske/Odvjetničke komore Federacije Bosne i Hercegovine.

sada su žene gotovo jedna trećina onih koji se bave advokatskim poslom.

U daljem izlaganju dr. Dombek je nastojao predstaviti kako se advokatura mijenjala u nekoliko desetljeća i zbog čega je došlo do te promjene. Jedan od razloga promjena jeste povećanje broja advokata, te je pritisak konkurencije postao veći. Daleko važniji razlog je liberalizacija pravila struke u Njemačkoj i Evropi i ekonomizacija advokatske djelatnosti. Takođe je opisao kakve su se promjene dogodile među advokatima nakon ujedinjenja Njemačke.

Kada su u pitanju druge države EU i stav prema advokaturi, veliki dio advokata i dalje je smatra "organom pravne zaštite", kako ga Nijemci zovu, unatoč liberalizaciji profesije. Advokat, prema ovom pogledu, nije samo pružalac usluga. On treba u svojoj djelatnosti da obraća pažnju i na opće dobro. On je, naime, onaj koji građaninu pomaže da ostvari svoja prava. Advokat građaninu daje pristup pravdi. Već oko dvije godine u njemačkoj advokaturi postoji diskusija o jednom posebnom moralu advokata.

Na kraju izlaganja dr. Dombek je iznio svoje mišljenje da bi advokati iz bivše Jugoslavije dobro učinili ako bi uskladili sliku svoje profesije sa slikama drugih evropskih advokata, te je naglasio: "Pogotovo, naravno, želi li se ući u EU. Ako se to želi, moraju se ispuniti i zahtjevi evropskog prava o pravilima advokatske struke od strane njihovog zakonodavstva. Evropski zakon neće u budućnosti dopustiti strogi domaći zakon o pravilima advokatske struke. Ipak, za pojedinačnog advokata i advokaticu to nije bolno. To im daje više slobode. Pričao sam vam o mojim iskustvima kao bivši njemački advokatski funkcioner. Također, isprva i mi smo intervencije evropskog zakonodavstva smatrali nerazumnim i uznemirujućim i mislili smo da im se možemo suprotstaviti samo braneci se. Nije teško prognozirati da ćete i vi imati ovakvo iskustvo. Dok sam još bio predsjednik Savezne advokatske komore imao sam mnogo kontakata s predstavnicima advokatskih organizacija Srednje i Istočne Evrope, koje su pristupile EU tek prije nekoliko godina. Svima je zajednička bila zabrinutost da će u njihovu zemlju doći advokati iz zapadnih zemalja. Oni bi im oduzeli procese i time smanjili njihovu zaradu. Ova zabrinutost je neopravdana. Kada preduzeća iz zapadnih zemlje ovdje budu osnivala podružnice, moguće je da će biti i advokata iz tih država koji će slijediti te tvrtke, kako bi im pomogli pri osnivanju podružnica, te ih kasnije savjetovali. Ali, to će biti samo zanemarivo mali broj. U svom svakodnevnom poslovanju ovih nekoliko advokata vam neće biti konkurencija. To pokazuju naša iskustva u Njemačkoj. Tako ćete i vi nadoknaditi iskustvo koje su njemački advokati stekli prije mnogo godina. Također su i oni doživljavali evropske standarde kao nametanje i pokušavali se protiv njih boriti. I kod vas će to ići ovako. Ali na kraju ćete i vi iskusiti da smjernice iz Bruxellesa vašu kulturu prava u oblasti pravila advokatske struke neće ozbiljno ozlijediti.

Nacionalna pravila advokatske struke će, doduše, postati manje važna. No, diljem svijeta postoje advokatska temeljna prava i dužnosti, koji su svugdje isti, tzv. Core Values. To je neovisnost advokata. To je advokatova obaveza čuvanja tajne i obaveza izbjegavanja sukoba interesa. Ove temeljne tekovine advokature negujemo ne zbog nas samih, već u interesu naših klijenata. U ove temeljne tekovine neće dirati ni Bruxellske smjernice o uslužnim djelatnostima. Ako vaše nacionalno pravo sadrži odredbe koje podržavaju ove temeljne tekovine, ono će se i održati."

Na kraju svih izlaganja proizišao je jedinstven zaključak da bi stavovi usvojeni organizacijom stručnih okupljanja bili obavezujući osnov za izradu legislative i drugih dokumenta koji će opredijeliti pravac u razvoju advokature na ovom prostoru.

Nedvojbeno, problematika u sličnom ili istom obimu je interesantna i zajednička za prostor svih zemalja koje su neposredno bile ili su još uvijek u tranziciji.

Amila Kunosić-Ferizović

Bericht über den Anwaltstag der Rechtsanwaltskammer der Föderation Bosnien und Herzegowinas am 24. und 25.09.2011

(Zusammenfassung)

Der Beitrag enthält einen Bericht über den Anwaltstag der Rechtsanwaltskammer der Föderation Bosnien und Herzegowina, der aus Anlass des 128. Jubiläums der anwaltlichen Tätigkeit in Bosnien und Herzegowina am 24. und 25.09. 2011 zum Thema "Die Rechtsanwaltschaft in der Transformation" veranstaltet wurde. Bei dieser Konferenz, die in Zusammenarbeit mit der IRZ-Stiftung und der deutschen Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) organisiert wurde, wurden die aktuelle Situation der Rechtsanwaltschaft sowie deren weitere Perspektive in Bosnien und Herzegowina erörtert.

Međunarodna naučna konferencija "200 godina Općeg građanskog zakonika"

Ehlimana Memišević*

Dana, 28. oktobra 2011. godine na Pravnom fakultetu u Sarajevu, u saradnji s Pravnim fakultetom u Beču, održan je jednodnevni međunarodni naučni skup posvećen 200 godina postojanja austrijskog Općeg građanskog zakonika.

* Autorica je asistentica na Pravnom fakultetu Univerziteta u Sarajevu.

Opći građanski zakonik (OGZ) spada u velike buržoaske kodifikacije XIX vijeka čiju osnovu predstavlja recipirano rimsko pravo. Zakonik je proglašen 1. juna 1811. godine pod naslovom *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für die deutschen Erblander* (Opšti građanski zakonik za njemačke nasljedne teritorije) poznat po skraćenici ABGB.

Snažno afirmirajući ideje građanskopravne jednakosti, emancipacije privatnopravnih odnosa od države i njenog nadzora i slobode privrednog prometa, OGZ nije bio u skladu sa socijalno-ekonomskom stvarnošću tadašnjeg društva u koju će doći tek sedamdesetih i osamdesetih godina XIX stoljeća. Upravo je tada počelo postepeno uvođenje OGZ-a i u Bosnu i Hercegovinu.

Zakonik je primjenjivan u zemljama Austro-Ugarske monarhije, dok je u Austriji na snazi i danas uz izmjene koje su u međuvremenu izvršene, posebno u oblasti ugovora.

U Bosni i Hercegovini je primjenjivan kao pomoćni pravni izvor u "okviru jednog složenog pravnog sistema koji je proisticao iz osobenog položaja Bosne i Hercegovine kao trećeg državnopravnog tijela unutar dualističke strukture Habsburške carevine" kako je istakao prof. dr. Mustafa Imamović.

Nakon raspada Austro-Ugarske 1918. OGZ je primjenjivan u zemljama nasljednicama u centralnoj i jugoistočnoj Evropi sve do uvođenja socijalističkih režima. Međutim, i tada su, na području Jugoslavije, i pored toga što OGZ nije zvanično važio, nastavila da se primjenjuju pravna pravila sadržana u njegovim odredbama.

Početkom druge polovine XX stoljeća, pa sve do danas, primjena Općeg građanskog zakonika u Bosni i Hercegovini, održala se još samo na pitanjima popunjavanja pravnih praznina. Sljedstveno tome, vrlo značajna pitanja kao što su ugovor o poklonu i lične služnosti nisu regulirane i u tim pitanjima se još uvijek primjenjuju odredbe Općeg građanskog zakonika.

S druge strane, brojni instituti građanskog prava Bosne i Hercegovine kodificirani su upravo po uzoru na rješenja Općeg građanskog zakonika, što svjedoči o vremenskoj i prostornoj univerzalnosti ovog "kodifikatorskog remek-djela".

Sve to svjedoči o značaju Općeg građanskog zakonika za evropsku kontinentalno-pravnu misao, kao i za pravnu nauku u Bosni i Hercegovini i samim tim značaju naučnog skupa povodom obilježavanja 200 godina njegovog postojanja.

Međunarodnom konferencijom "200 godina Općeg građanskog zakonika" Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu pridružio se pravnim fakultetima u Austriji, Poljskoj, Sloveniji i Hrvatskoj, koji su, također, posebnim naučnim skupovima proslavili ovaj značajni jubilej.

Konferencija je održana u Velikoj sali Univerziteta u Sarajevu. Pozdravnim riječima konferenciju su otvorili

dekan Pravnog fakulteta u Sarajevu prof. dr. Borislav Petrović, zatim rektor Univerziteta u Sarajevu prof. dr. Faruk Čaklović, ambasador Republike Austrije nj. e. dr. Donatus Köck, predstavnik Regionalnog biroa u nauci i obrazovanju Kemala Šertović, te predsjednik Notarske komore Federacije BiH Sefedin Suljević.

Prvi izlagači bili su učesnici s Pravnog fakulteta u Beču. Prof. dr. Rudolf Welser govorio je o Općem građanskom zakoniku kao kodifikatorskom remek-djelu, prof. dr. Christiane Wendehorst o utjecaju pandektistike na OGZ, a o pravosudno-političkom konceptu kao osnovi za donošenje OGZ-a 1811. godine prof. dr. Thomas Simon.

Zatim su izlagali učesnici s Pravnog fakulteta u Sarajevu. Govoreći o izvorima prava u Bosni i Hercegovini za vrijeme austrougarske uprave, prof. dr. Mustafa Imamović je istakao da je Bosna i Hercegovina u okviru Habsburške monarhije imala svoj poseban pravni sistem, koji se kontinuirano razvijao još od srednjeg vijeka i osmanskog vremena, sa svojim posebnim zakonima.

O ulozi kodifikacije u transformaciji pravnih sistema jugoistočne Evrope u postosmanskome periodu govorio je prof. dr. Fikret Karčić ističući značaj kodifikacije "ne samo u transformaciji pravnih sistema nego i prelaska iz jedne u drugu kulturu". O historijskoj pozadini i pravnoj osnovanosti uvođenja OGZ-a u pravni sistem Bosne i Hercegovine govorio je ass. Mehmed Bečić. Prof. dr. Meliha Povlakić govorila je o utjecaju OGZ-a na građansko pravo u Bosni i Hercegovini, dok je mr. Darja Softić Kadenić ukazala na odnos OGZ-a i hipotekarnog prava u Bosni i Hercegovini.

Konferenciju su moderirali prof. dr. Meliha Povlakić, prof. dr. Abedin Bikić i prof. dr. Fikret Karčić s Pravnog fakulteta u Sarajevu.

Organizacionu i finansijsku podršku Pravni fakultet u Sarajevu je dobio od Austrijskog regionalnog biroa u nauci i obrazovanju i Notarske komore Federacije BiH. Finansijsku podršku pružila je i ASA Prevent Group Sarajevo.

Konferenciji je prisustvovalo više od 120 gostiju, među kojima su bili i dopredsjednica Ustavnog suda BiH, predsjednica Ustavnog suda Federacije BiH, veliki broj sudija građanskog odjeljenja Vrhovnog suda Federacije BiH, predstavnik Vrhovnog suda Republike Srpske, predsjednici notarskih komora Federacije BiH i Republike Srpske, predsjednici kantonalnih sudova iz Tuzle, Bihaća, Travnika, Sarajeva, veliki broj sudija Kantonalnog suda u Sarajevu, notari, sudije općinskih sudova, nastavnici i saradnici Fakulteta islamskih nauka, Pravnog fakulteta u Zenici, Pravnog fakulteta "Džemal Bijedić" u Mostaru, Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru, studenti i drugi.

Ehlimana Memišević

Internationale wissenschaftliche Konferenz "200 Jahre ABGB"

(Zusammenfassung)

Der Beitrag stellt einen Bericht über die internationale Konferenz, die am 28.10.2011 an der Juristischen Fakultät in Sarajevo anlässlich des 200. Jubiläums des ABGB, in Zusammenarbeit der Juristischen Fakultät in Sarajevo und der Rechtswissenschaftlichen Fakultät in Wien veranstaltet wurde, dar. Auf diese Weise wurde dieses große Jubiläum einer Kodifikation, die auch die Rechtsentwicklung in Bosnien und Herzegowina massiv beeinflusst hat, außer in Österreich, Polen, Slowenien und Kroatien, auch in Bosnien und Herzegowina feierlich begangen. Von der grossen Bedeutung des ABGB für die Rechtsentwicklung in Bosnien und Herzegowina zeugt das große Interesse an der Konferenz, der über 120 Gäste, darunter viele Richter, Notare, Anwälte sowie Universitätsprofessoren aus dem ganzen Land und Studenten teilgenommen haben.

Pravo na internetu

Dr. Stefan Pürner

Uobičajeno je da linkovi na internetu sadrže informacije o pravnim pitanjima u tekstualnom obliku. Međutim, postoje i stranice na internetu koje u obliku videa, na filmski način prenose pravne sadržaje. Ovakve stranice su u pravilu namijenjene laicima. Ipak, one nekad znaju biti korisne i za (buduće) pravnike, jer mogu poslužiti kao prvi odnosno uvodni izvor informacija u vezi s određenim pitanjima. Neke od tih stranica također sadrže i upute pomoću kojih se pravnik može temeljito informisati o određenoj temi. To je slučaj npr. s internet stranicom televizijske emisije "Pravni savjetnik" (*Ratgeber Recht*) (www.daserste./ratgeber/recht/-degault.asp). Ova stranica u obliku kratkih filmova sadrži pravno-relevantne informacije o zakonskim rješenjima i sudskim odlukama. S obzirom na to da ova stranica sadrži i službene oznake i brojeve objavljenih odluka, zainteresirane osobe mogu pretraživanjem interneta pronaći i detaljnije informacije o konkretnim pravnim predmetima.

Internet stranica "Youtube" također sadrži dosta informacija o pravnim pitanjima u obliku video snimka. Kada se npr. ukucaju riječi "*Recht*" (pravo) i "*Vorlesungen*" (predavanja), između ostalog se mogu pogledati snimci nekih predavanja koja je iz obligacionog prava držao prof. dr. Michael Hassemer s Katedre za građansko pravo, privredno pravo i autorsko pravo na Tehničkom univerzitetu u Kaizerslauternu (www.youtube.com/user/ZWRKL#p/u). Na taj način je moguć neposredan uvid u amfiteatar jednog njemačkog pravnog fakulteta. Gledanje ovih snimaka je također vrijedno i zbog zanimljivog

nastupa predavača i slikovitog načina predavljanja slučajeva iz prakse.

Do sada pomenute internet stranice zahtijevaju poznavanje njemačkog jezika. Naravno da postoje slične stranice i na engleskom jeziku. Tako je na stranici www.justiceharvard.org moguće proviriti na dobro posjećena predavanja u čuvenom amfiteatru Univerziteta Harvard. Ta predavanja nisu prosto laički snimljena, nego je uočljiv profesionalan način vođenja kamere, čime se tok predavanja dramaturgijski vrlo spretno naglašava. Jednu od najzanimljivijih stvari zasigurno predstavlja gotovo jednosatno predavanje "Justice: What's the right thing to do? Episode 01 The moral side of murder" na kojem prof. Michael Sandela, sa studentima diskutuje o pitanju kako bi se trebao ponašati mašinovođa jednog voza, koji velikom brzinom upravlja direktno prema petorici radnika, i koji će, ukoliko vozač pusti da se stvari odvijaju svojim tokom, bez sumnje smrtno nastradati, dok bi – kako se nastavlja slučaj – aktivnom intervencijom mašinovođe tj. skretanjem voza na sporedne šine, usljed djelovanja mašinovođe nastradala jedna osoba. Rijetko je pravo ovako napeto. Ovakvi i slični video snimci su istovremeno i materijal za učenje za sve one koji predaju pravo ili to planiraju činiti nekada u budućnosti.

Dr. Stefan Pürner

Recht im Internet

(Zusammenfassung)

In dieser Ausgabe werden in der Rubrik "Recht im Internet" Internetseiten vorgestellt, die juristische Inhalte filmisch vermitteln. Manchmal können diese Seiten nicht nur für juristische Laien, sondern auch für ausgebildete und vor allem angehende Juristen, als erste Informationsquelle nützlich sein. Erwähnenswert ist z.B. die Internetseite der Fernsehserie "Ratgeber Recht" (www.daserste./ratgeber/recht/-degault.asp).

Einblick in den Hörsaal einer deutschen juristischen Fakultät bekommt man auf www.youtube.com/user/ZWRKL#p/u und auf www.justiceharvard.org kann man eine professionell gefilmte Vorlesung in einem vollbesetzten Hörsaal der Harvard Universität mitverfolgen.

Iz djelatnosti IRZ fondacije

Angela Schmeink/Christian Hueck

Mnogi pravnici u regiji poznaju IRZ fondaciju samo na temelju aktivnosti koje Fondacija provodi u tranzicijskim zemljama istočne i jugoistočne Evrope. Zapravo je IRZ fondacija aktivna i u nizu drugih zemalja čak i na području Azije i Afrike. Primjer za to je sljedeći izvještaj o aktivnostima IRZ fondacije u Vijetnamu.

Vijetnam: IRZ fondacija je po nalogu Savezne vlade na globalnom nivou u posljednjih nekoliko godina proširila svoj fokus na određene odabrane zemlje / regije. Od posebnog interesa za podršku Vlade je, između ostalih, Vijetnam.

Socijalistička Republika Vijetnam bilježi snažan ekonomski rast, te nastoji ostvariti prijelaz na tržišno orijentirani politički sistem. Takav razvoj zahtijeva kontinuirano prilagođavanje pravnog okvira. Postojeća saradnja Njemačke i Vijetnama temelji se na Trogodišnjem programu za provođenje zajedničke izjave o saradnji na području prava i pravde iz 2009. godine. Plan rada sačinjen za tu svrhu od strane Saveznog ministarstva pravde i Ministarstva pravosuđa Socijalističke Republike Vijetnam sadrži korake potrebne za realizaciju. Na temelju toga IRZ fondacija pokreće u 2010. godini mnoge projekte saradnje s različitim pravosudnim institucijama u Vijetnamu. Pored toga, IRZ fondacija vodi dalja savjetovanja u Vijetnamu, ukoliko su ista s pravno-političkog gledišta potrebna.

Tako je IRZ fondacija savjetovala vijetnamsko Ministarstvo pravosuđa u okviru dugoročnog projekta za izmjene i dopune Građanskog zakonika, koji bi trebao biti reformiran do 2013. godine. Nakon što su se u Vijetnamu prvo bavili francuskim i japanskim građanskim pravom, na kraju je i BGB dospio u središte pažnje. Najprije su imovinskopravni propisi bili od posebnog interesa. U tom kontekstu, pokrenute su konsultacije o imovinskim zakonima u posljednjem kvartalu 2010. seminarom u Hanoi s njemačkim stručnjacima; ova saradnja je nastavljena u ovoj godini višednevnom radionicom u Njemačkoj. Nastavak konsultacija o obligacionom pravu je planiran za jesen.

Sljedeća savjetodavna mjera od posebnog značaja je reforma vijetnamskog zakona o krivičnom postupku. Ovdje IRZ fondacija radi zajedno s Narodnim tužilaštvom, u čijem rukovodstvu je ova zakonodavna aktivnost. U posljednje vrijeme sve više se u obzir uzimaju elementi suparničkog odnosa strana u postupku, te se smatra da bi element pregovora trebao biti osnažen. Pored toga, ovlaštenja istražnih tijela i tužilaštva bi trebala biti nanovo prilagođena i preciznije definirana. Također bi sudska ovlaštenja prije, za vrijeme trajanja i nakon glavne rasprave trebala biti ponovo formulisana. Osim toga, reformske ideje uključuju i pravo optuženog na obranu, pravila za izradu stručnih mišljenja, pitanja dokaznog postupka, pritvora, glavne rasprave i pravnih lijekova. Savjetovanje zakonodavne radne grupe je započelo s uvodnim seminarom u Hanoju u junu 2011., a nastaviće se u Njemačkoj u jesen sa zatvorenim sastancima radne grupe.

Vrlo uspješna saradnja je započeta s vijetnamskom Akademijom pravosuđa. To je obrazovna institucija koja je direktno podređena Ministarstvu pravosuđa. Svi budući sudije, advokati, tužitelji i notari moraju u okviru svog obrazovanja proći jednogodišnju obuku na Akademiji pravosuđa (godišnje oko 100 sudija, 300 državnih advokata, 2.000 pravnika, 500 policijskih službenika i 100

notara). Ova obuka je više praktično orijentirana. Osim toga, Institut se bavi daljim obrazovanjem advokata i znanstveno-istraživačkom djelatnošću. Međunarodni odnosi se održavaju s Njemačkom, Francuskom, Rusijom, Japanom i Kanadom. Njemačko stručno pravo pravnika je za Akademiju pravosuđa od najvećeg interesa. Zbog toga su organizovani specijalistički seminari u Hanoi na temu obrazovanja i daljeg osposobljavanja sudija i notara u saradnji s njemačkim Udruženjem sudija i Saveznom notarskom komorom. Osim toga, delegacija Akademije pravosuđa na poziv IRZ fondacije uskoro dolazi na studijsko putovanje u Njemačku, a kako bi se detaljno informisala o pravnom obrazovanju. Pri tome je posebno u centru pažnje drugi državni stručni ispit i priprema za pružanje pravnih usluga, jer se razmatra noveliranje vijetnamskog zakona po uzoru na njemački model. Sljedeće studijsko putovanje u Njemačku pod pokroviteljstvom Akademije pravosuđa će imati za temu pravo intelektualnog vlasništva.

Vijetnamska advokatska komora, osnovana u 2009. godini je također podržana od strane IRZ fondacije u cilju jačanja advokature kao važnog organa pravosuđa. U tu svrhu su posebno pribavljena sredstva od Ministarstva vanjskih poslova, tako da su događaji, u vezi s profesionalnom etikom advokata u krivičnim predmetima, a u saradnji s Federalnom odvjetničkom komorom Njemačke, mogli biti održani u 2010. godini. Također i u 2011. godini ponovo će se održavati stručni skupovi koji će za teme imati obrazovanje i dalje osposobljavanje.

Osim gore navedenog savjetovanja u postupku noveliranja vijetnamskog građanskog zakonika, IRZ fondacija s vijetnamskim Ministarstvom pravosuđa provodi brojne mjere vezane za druge teme, a prvenstveno su realizirani projekti iz građanskopravne i upravnopravne oblasti (kao npr. zakonodavno savjetovanje vezano za zabranu trgovine ljudima, državna odgovornost, upravni spor, izvršenje itd.), dalje mjere su u pripremi (besplatna pravna pomoć, arbitraža).

Konačno, IRZ fondacija je u proljeće 2011. zajedno s vijetnamskim Institutom za ljudska prava organizovala veliki seminar u Hanoi za poboljšanje zaštite ljudskih prava uz učešće jednog njemačkog stručnjaka.

Angela Schmeink/Christian Hueck

Tätigkeit der IRZ Stiftung

(Zusammenfassung)

In dem Beitrag wird über die Aktivitäten der IRZ-Stiftung in Vietnam berichtet. Dieser Beitrag ist in deutscher Sprache bereits in der Zeitschrift für Wirtschaft und Recht in Osteuropa (WiRO) Nr. 8/2011, dort S. 265 erschienen. Interessierte deutsche Leser finden diesen Bericht auch als pdf-Dokument zum Herunterladen auf der Internetseite der IRZ <http://www.irz-stiftung.de/stiftung-downloads/veroeffentlichungen/veroeffentlichungen.html>.



Poziv za dostavljanje radova

Nova pravna revija: časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo je pravni časopis osnovan od strane njemačke Fondacije za međunarodnu pravnu saradnju (IRZ-Stiftung) i Njemačko-bosanskohercegovačkog udruženja pravnika (DBHJV).

Namjera pokretača ovog časopisa je da stvore forum za objavljivanje naučnih priloga i informativnih prikaza iz prava Bosne i Hercegovine i Njemačke, ali i iz evropskog prava i te iz prava drugih zemalja regije.

Naročito su poželjni naučni prilozi za sljedeće rubrike:

- Aktuelnosti iz prava Bosne i Hercegovine (države i entiteta, te Distrikta Brčko BiH)
- Aktuelnosti iz evropskog prava
- Aktuelnosti iz prava zemalja Jugoistočne Evrope

Konkretna tema članaka autori mogu slobodno birati. Naročito su poželjni članci sa praktičnim uklonom, članci koji doprinose razvoju prava, te članci mladih naučnika koji se nalaze na početku svoje akademske karijere.

Kako bi se obezbijedio visoki nivo svih priloga, prilozi će biti recenzirani. Svi članci koji budu ocijenjeni pozitivno od strane recenzenata, a koji zbog ograničenog obima časopisa ne budu objavljeni u jednom broju, bit će uzeti u obzir za sljedeće izdanje časopisa.

Autorice i autori su sami odgovorni za sadržaj svojih priloga. Autorice i autori *Novoj pravnoj reviji* ustupaju prava na objavljivanje i eventualno prevođenje članka na jedan od službenih jezika Bosne i Hercegovine u štampanoj formi, te u elektronskoj formi na internetu. Objavljene priloge autorice i autori mogu objavljivati u drugim štampanim ili online-publikacijama po isteku godine dana od objavljivanja u *Novoj pravnoj reviji* uz navođenje izvora prvog objavljivanja.

Autorica/autor podnošenjem svog manuskripta prihvata sve uslove navedene u ovom dokumentu i garantira da prilog u predanom ili sličnom obliku nije objavljen na drugom mjestu i da njemu ne postoje prava trećih lica.

Članci i prilozi:

Moguće je predati dva tipa priloga:

1. Dugi članak (10 – 20 stranica, font Times New Roman, font 12, prored 1,5)
2. Kratki članak/prikaz (3 – 9 stranica, font Times New Roman, font 12, prored 1,5)

Članci mogu biti predati na latiničnom ili ćiriličnom pismu, te će takvi biti i objavljeni. 1.500 karaktera vrijede kao jedna stranica. Uz članak je potrebno priložiti i kratki apstrakt (do 200 riječi) koji uključuje pet ključnih riječi na kraju apstrakta, a koji će od strane redakcije časopisa biti prevedeni na njemački ili engleski jezik. Autoricama i autorima će prevodi apstrakta na strani jezika biti dostavljeni na autorizaciju.

Kako bi se osigurao jedinstven način citiranja i navođenja izvora nužno je da se autorice/autori pridržavaju pravila za citiranje i navođenje koji su dati u prilogu ovog poziva.

Prilozi se predaju na jednom od službenih jezika u Bosni i Hercegovini ili na njemačkom jeziku u elektronskom obliku kao word dokument na email adresu: novaprvnarevija@gmail.com

Uz prilog se predaje kratki *curriculum vitae* (1 stranica) koji sadržava podatke o obrazovanju i profesionalnoj karijeri autora/autorice, te spisak eventualnih dosadašnjih publikacija.

Rok za predaju priloga za sljedeći broj časopisa: 15. 03. 2012. godine.

Obavještenje o prihvatanju priloga: 15. 04. 2012. godine.

Rok za predaju eventualno dorađenih i korigovanih priloga: 30. 04. 2012. godine.

Vaša pitanja možete uputiti na sljedeću email adresu: novaprvnarevija@gmail.com ili na broj broja telefona 033 206-350 lok. 234.

CITIRANJE I NAVOĐENJE IZVORA

Citiranje

- | | |
|------------------|--|
| “xxx” | C Citati treba da budu navedeni pod navodnim znacima |
| | C Okvirno je pravilo da citati duži od četiri reda treba da budu navedeni u bloku/cjelini. |
| “xxxx.” | C Znaci navoda trebaju uvijek biti stavljani nakon završnog interpunkcijskog znaka. |
| [xxxxxx] | C Ako autor želi da unese vlastiti komentar u citat, taj komentar treba biti stavljen između uglastih zagrada. |
| [podvukao autor] | C Ako citat sadrži dijelove koji su kurzivom istaknuti od strane autora to treba da bude navedeno: [podvukao autor]. |

N. B. Ukoliko fusnota sadrži citat, njegov izvor treba da bude naveden neposredno po završetku citata.

Navođenje izvora

U pravilu reference i izvori trebaju biti navedeni u fusnotama, a izbjegnuti u samom tekstu. Broj fusnote treba da bude stavljen iza završnog interpunkcijskog znaka ako se referira na cijelu rečenicu odnosno direktno iza riječi ako referira samo na tu riječ.

1. Navođenje u samom tekstu

Ukoliko se izvori kao zakoni ili međunarodni sporazumi navode u samom tekstu obratiti pažnju na slijedeće:

Kod prvog navođenja je potrebno navesti njihov puni naziv.

Ukoliko se želi upotrijebiti skraćenica, navesti je uz prvo spominjanje izvora.

U slučaju da se navode pravni akti koji nisu izvorno doneseni na nekom od jezika u službenoj upotrebi u BiH (dalje: lokalni jezici) kod prvog navođenja je potrebno pored naziva na lokalnim jezicima navesti u uglastoj zagradi i originalni naziv. Npr. čl. 5 Zakona o notarskoj obradi isprava [*Beurkundungsgesetz*].

“Član/članak”, “stav”, “alineja” – ukoliko se navode u tekstu treba da budu navedeni u punom obliku, a ako se stavljaju u zagrade, tada se kao i u fusnotama upotrebljava skraćenica (Čl. 34. st. 2.).

2. Navođenje u fusnotama

2.1 Navođenje sudskih presuda

Kod navođenja presuda preporučuje se korištenje onog metoda citiranja koji je karakterističan za pojedine zemlje npr.:

(a) BGH 4 October 1974, BGHZ 67, 207; NJW 1977 str. 35

(b) Odluka Suda Evropske unije od 3. juna 2010, C-484/08, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid vs. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)

(c) Vrhovni sud Federacije BiH/Republike Srpske Rev. 234/03 od 2. 3. 2004, objavljena u xxxxx....

(d) Smith v. Lincoln, 205 US 423 (2001)

2.2 Navođenje zakona i međunarodnih sporazuma

U slučaju da se navode pravni akti koji nisu izvorno doneseni na nekom od lokalnih jezika kod prvog navođenja je potrebno pored naziva na lokalnim jezicima navesti u uglastoj zagradi i originalni naziv. Npr. čl. 5 Zakona o notarskoj obradi isprava [*Beurkundungsgesetz*].

Kod prvog navođenja pravnog akta se može dati skraćenica koja će upotrebljavati u daljem tekstu.

Kod prvog navođenja pravnog akta potrebno je dati i broj/brojeve službenog glasila gdje je objavljen uključujući i sve naknadne izmjene.

2.3 Navođenje monografija

2.3.1 Prvo navođenje u radu

Prema slijedećem redoslijedu se navode:

- 1) Inicijali imena autora ili izdavača i prezime/prezimeni. Ukoliko je više od dva autora navesti samo ime prvog autora uz dodatak “et al.”
- 2) puni naziv knjige (kurziv/in italics)
- 3) Izdanje i/ili volumen, tom, svezak
- 4) mjesto izdanja (ako ih ima više samo prvospomenuto)
- 5) izdavač
- 6) godina izdanja
- 7) broj stranice na koju se referira.

Za interpunkciju slijediti slijedeći primjer:

N. Misita, *Osnovi prava Evropske unije*, 3. izdanje, (Sarajevo, Magistrat 2009) str. 212.

N. Gavella et al., *Stvarno pravo*, 2. izdanje, Svezak 1., (Zagreb, Informator 2008) str. 657.

Naslovi koji nisu na lokalnim jezicima se ne prevode, ali je potrebno u uglastim zagradama dati prevod naslova na lokalne jezike. Za autore koji radove predaju na stranim jezicima prevod naslova će dati prevodilac. Ipak, za naslove koji nisu izvorno na njemačkom, engleskom ili francuskom autori treba sami da daju prevod na engleskom jeziku u uglastim zagradama.

2.3.2 Docnija navođenja

Docnija navođenja se vrše navođenjem imena autora i skraćenice ‘op. cit.’ i broja fusnote u kojoj je prvi put spomenuto djelo, a nakon toga slijedi broj stranice na koju se referira.

Ukoliko je u istoj fusnoti ili u radu navedeno više djela istog autora potrebno je navesti naziv djela, broj fusnote u kojem je prvi put navedeno i broj stranice na koju se referira.

2.4 Navođenje priloga u zbornicima

2.4.1 Prvo navođenje

Prema slijedećem redoslijedu se navode:

- 1) Inicijali imena autora i prezime/prezimeni. Ukoliko je više od dva autora navesti samo ime prvog autora uz dodatak “et al.”
- 2) Puni naziv priloga (između jednostavnih znakova navoda npr. ‘xxxx’)
- 3) Ime izdavača zbornika (ako ga ima) nakon čega slijedi: engleska verzija: ‘ed.’, ili ‘eds.’, njemačka verzija ‘Hrsg.’
- 4) puni naziv zbornika (kurziv/in italics)
- 5) mjesto izdanja (ako ih ima više samo prvospomenuto)
- 6) izdavač
- 7) godina izdanja
- 8) broj prve stranice priloga te broj stranice na koju se referira.

Primjer:

Weiler, ‘European Citizenship and Human Rights’, in J.A. Winter, et al., eds., *Reforming the Treaty on European*

Union: The Legal Debate (The Hague, Kluwer 1996) str. 21 na str. 27.

Petrić, 'Usklađivanje europskog odštetnog prava', in *Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse* (Mostar, Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru 2009) str. 254 na str. 260.

2.4.2 Docnija navođenja

Sve isto kao i kod citiranja monografija ali umjesto 'op. cit.' treba navesti 'loc. cit.'

2.5 Navođenja članaka iz periodike

2.5.1 Prvo navođenje

Prema slijedećem redoslijedu se navode:

- 1) Inicijali imena autora i prezime/prezimeni. Ukoliko je više od dva autora navesti samo ime prvog autora uz dodatak "et al."
- 2) Naziv priloga (između jednostavnih znakova navoda npr. 'xxxx')
- 3) broj
- 4) naziv časopisa (kurziv/*in italics*; potrebno je navesti puni naziv, a ako se radi o internacionalno poznatom izdanju može se koristiti skraćeni)
- 5) godina izdanja
- 6) prva stranica priloga te stranica na koju se referira.

Primjer:

D. Možina, 'Uslovi vremenska ograničenja odgovornosti prodavca za materijalne nedostatke', 1 *Evropski pravnik* (2008) str. 20 na str. 24.

2.5.2 Docnija navođenja

Sve isto kao i kod citiranja monografija, ali umjesto 'op. cit.' treba navesti 'loc. cit.'



Call for Papers

Die Neue juristische Rundschau – Zeitschrift für einheimisches, deutsches und europäisches Recht ist eine Rechtszeitschrift, die seitens der IRZ- Stiftung und der Deutsch-bosnisch-herzegowinischen Juristenvereinigung (DBHJV) gegründet wurde.

Die Idee der Gründer dieser Zeitschrift war es, ein Forum für die Veröffentlichung von wissenschaftlichen Artikeln und informativen Beiträgen aus dem bosnischen, dem deutschen, dem europäischen Recht, aber auch dem Recht anderer Länder der Region zu schaffen.

Insbesondere sind Beiträge für die folgenden Rubriken erwünscht:

- Aktuelles aus dem bosnisch-herzegowinischen Recht (Staat und Entitäten sowie Distrikt Brčko BiH)
- Aktuelles aus dem deutschen Recht
- Aktuelles aus dem europäischen Recht
- Aktuelles aus dem Recht der Länder Südosteuropas

Die jeweiligen Themen der Beiträge können die Autoren frei wählen. Besonders willkommen sind praxisrelevante Beiträge, Beiträge, die zur Rechtsentwicklung beitragen, sowie Beiträge junger Wissenschaftler, die sich am Anfang ihrer akademischen Laufbahn befinden.

Um ein hohes Niveau aller Beiträge zu gewährleisten, werden die Beiträge rezensiert werden. Alle Artikel, welche seitens der Rezensenten positiv bewertet werden, die jedoch wegen des begrenzten Umfangs der Zeitschrift nicht in einer Ausgabe veröffentlicht werden können, werden für die nächste Ausgabe berücksichtigt.

Die Autorinnen und Autoren sind selbst für den Inhalt ihrer Beiträge verantwortlich. Die Autorinnen und Autoren treten an die "Nova pravna revija" die Rechte zur Veröffentlichung und eventueller Übersetzung der Artikel in eine der Amtssprachen in Bosnien und Herzegowina in Druckform und in elektronischer Form im Internet ab. Die veröffentlichten Beiträge können die Autorinnen und Autoren in anderen Publikationen, in gedruckter oder elektronischer Form nach Ablauf einer einjährigen Frist ab der Erstveröffentlichung in der "Nova pravna revija", mit Angabe der Quelle der Erstveröffentlichung veröffentlichen.

Die Autorin/der Autor akzeptiert durch die Einreichung des Manuskripts alle in diesem Dokument angegebenen

Bedingungen und garantiert, dass der Beitrag in der abgegebenen oder einer ähnlichen Fassung nicht anderweitig veröffentlicht wurde und keine Drittrechte daran bestehen.

Artikel und Beiträge:

Es können zwei Typen von Beiträgen eingereicht werden:

1. Längerer Artikel (10–20 Seiten, Times New Roman, Schriftgröße 12, Absatz 1,5)
2. Kurzer Beitrag (3–9 Seiten, Times New Roman, Schriftgröße 12, Absatz 1,5)

Die Beiträge können in lateinischer und kyrillischer Schrift eingereicht werden und werden in der Selben Schrift veröffentlicht. 1500 Zeichen gelten als eine Seite. Zu jedem Beitrag sollte eine kurze Zusammenfassung (bis 200 Wörter) abgegeben werden, mit fünf Schlüsselwörtern am Ende der Zusammenfassung, welche seitens der Redaktion in die englische oder deutsche Sprache übersetzt werden. Den Autorinnen und Autoren werden die übersetzten Zusammenfassungen zur Einsicht geschickt.

Um eine einheitliche Zitierweise und Anführung von Quellen zu gewährleisten, ist es notwendig, dass sich die Autorinnen und Autoren an die im Anschluss an diesen Call for Papers angegebenen Zitierregeln halten.

Die Beiträge können in einer der Amtssprachen in Bosnien und Herzegowina oder in deutscher Sprache in elektronischer Form als Word Dokument an die email Adresse: novaprvnarevija@gmail.com abgegeben werden.

Zum Beitrag sollte ein kurzer Lebenslauf (1 Seite) beigefügt werden, aus dem die Ausbildung und der berufliche Werdegang des Autors/der Autorin, sowie eine Liste der eventuellen bisherigen Publikationen ersichtlich sind.

Die Abgabefrist für die nächste Ausgabe der Zeitschrift ist der 15. 03. 2012.

Die Benachrichtigung der Autorinnen/Autoren über die Annahme des Beitrags erfolgt am 15. 04. 2012. Die Frist für die Abgabe der eventuell nachbearbeiteten und korrigierten Beiträge ist der 30. 04. 2012.

Beiträge deutscher Autoren, die für die Veröffentlichung ausgewählt wurden, werden dann von der Redaktion in die Landessprache übersetzt.

Alle Fragen hinsichtlich der Zeitschrift können an die folgende email Adresse:

novaprvnarevija@gmail.com oder die Telefonnummer 033 206350 ext. 234 gerichtet werden.

ZITIERREGELN UND QUELLENANGABEN

Zitieren

- “xxxx” C Zitate sollten unter Anführungszeichen angegeben werden
- C Zitate, die länger als vier Zeilen sind, sollten als Ganzes/in einem Block angeführt werden (Rahmenregel)

“xxxx.” C Anführungszeichen sollten immer hinter dem Endinterpunktionszeichen gesetzt werden.

[xxxxxx] C Möchte der Autor/die Autorin einen eigenen Kommentar in das Zitat einbringen, sollte dieser in eckigen Klammern erfolgen.

[Betonung des Autors] C Enthält das Zitat Teile, welche im Kursiv seitens des Autors hervorgehoben werden sollte angegeben werden: Ako citat sadrži dijelove koji su kurzivom istaknuti od strane autora to treba da bude navedeno: [Betonung des Autors].

N.B. Wenn das Zitat in einer Fussnote enthalten ist, sollte die Quellenangabe unmittelbar nach dem Zitat erfolgen.

Quellenangabe

In der Regel sollten Referenzen und Quellen in Fussnoten angegeben werden und im eigentlichen Text vermieden werden. Die Nummer der Fußnote sollte nach dem Endinterpunktionszeichen gesetzt werden, wenn sie sich auf den gesamten Satz bezieht, bzw direkt nach dem Wort, wenn sie sich lediglich auf dieses Wort bezieht.

1. Angaben im Text

Werden die Quellen zB Gesetze oder internationale Abkommen im Text angegeben, sollte Folgendes beachtet werden:

Bei der Erstangabe sollte die gesamte Bezeichnung angegeben werden.

Wenn eine Abkürzung verwendet werden möchte, sollte diese bei der Erstangabe angegeben werden.

Wenn Rechtsakte, welche nicht ursprünglich in einer der Amtssprachen in BuH verabschiedet wurden (anschließend: lokale Sprachen) angegeben werden, sollte bei der Erstangabe neben der Bezeichnung in den lokalen Sprachen in eckiger Klammer auch die Originalbezeichnung angegeben werden. zB čl. 5 Zakona o notarskoj obradi isprava [*Beurkundungsgesetz*].

“Artikel”, “Absatz”, “Ziffer” – wenn diese im Text angegeben werden, sollte dies nicht in abgekürzter Form erfolgen. Wenn sie in Klammern angegeben werden, werden sie wie in den Fussnoten abgekürzt (Art 34 Abs 2)

2. Angaben in Fußnoten

2.1 Angaben von Gerichtsentscheidungen

Bei Angaben von Gerichtsentscheidungen wird empfohlen, die Zitierweise, die für das entsprechende Land charakteristisch ist zu verwenden zB:

(a) BGH 4 October 1974, BGHZ 67, 207; NJW 1977 str. 35

(b) Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 3. Juni 2010, C-484/08, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid vs. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)

(c) Vrhovni sud Federacije BiH/Republike Srpske Rev. 234/03 od 2. 3. 2004, objavljena u xxxxx....

(d) Smith v. Lincoln, 205 US 423 (2001)

2.2 Angaben von Gesetzen und internationalen Abkommen

Wenn es sich um Rechtsakte handelt, die nicht ursprünglich in einer der lokalen Sprachen verabschiedet wurden, ist es bei der Erstangabe notwendig, neben der Bezeichnung in den lokalen Sprachen in eckiger Klammer auch die Originalbezeichnung anzugeben. zB čl. 5 Zakona o notarskoj obradi isprava [*Beurkundungsgesetz*].

Bei der Erstangabe eines Rechtsaktes kann auch die Abkürzung, welche weiter im Text verwendet werden soll angegeben werden.

Bei der Erstangabe eines Rechtsaktes sollte auch die Nummer des Amtsblatts einschließlich aller späteren Änderungen angegeben werden.

2.3 Angaben von Monographien

2.3.1 Erste Angabe

Nach folgender Reihenfolge werden angegeben:

- 1) Die Initialen der Vornamen der Autoren oder der Herausgeber und die Nachnamen. Sind es mehr als zwei Autoren/Herausgeber, wird lediglich der erste mit dem Zusatz «et al.» angegeben
- 2) Voller Titel des Werkes (im Kursiv)
- 3) Ausgabe und/Volumen, Band, Heft
- 4) Erscheinungsort (Wenn es mehrere gibt, nur den erstgenannten)
- 5) Verleger
- 6) Erscheinungsjahr
- 7) Seitenzahl auf die verwiesen wird..

Hinsichtlich der Interpunktion sollte folgendem Beispiel gefolgt werden:

N. Misita, *Osnovi prava Evropske unije*, 3. izdanje, (Sarajevo, Magistrat 2009) str. 212.

N. Gavella et al., *Stvarno pravo*, 2. izdanje, Svezak 1., (Zagreb, Informator 2008) str. 657.

Titel, die nicht in lokalen Sprachen sind werden nicht übersetzt, jedoch sollte in eckigen Klammern eine Übersetzung in lokale Sprachen erfolgen. Für Autoren, die ihre Beiträge in einer Fremdsprache einreichen, übersetzt ein Übersetzer die Titel. Für Titel, die im Original nicht in Deutscher, Englischer oder Französischer Sprache sind, sollten jedoch die Autoren selbst in eckigen Klammern eine Übersetzung ins Englische angeben.

2.3.2 Spätere Angaben

Spätere Angaben erfolgen mit Angabe des Namens des Autors mit der Abkürzung 'op. cit.' unter Angabe der Fussnote, in welcher das Werk zum ersten Mal zitiert wurde, darauf folgt die Seitenzahl auf die verwiesen wird.

Sollten in der Selben Fussnote mehrere Werke des Selben Autors genannt werden, sollte der Titel des Werks genannt werden, die Angabe der Fussnote in der es das erste Mal genannt wurde, sowie die Seitenzahl auf die verwiesen wird.

2.4 Angaben von Beiträgen in Sammelbänden

2.4.1 Erstangabe

Die Angaben erfolgen nach folgender Reihenfolge:

- 1) Die Initialen der Vornamen der Autoren und die Nachnamen. Sind es mehr als zwei Autoren, wird lediglich der erste mit dem Zusatz «et al.» angegeben
- 2) Voller Titel des Werkes (unter einfachen Anführungszeichen zB 'xxxx')
Name des Herausgebers (falls vorhanden) mit Zusatz: 'ed.', oder 'eds.', (englische Version oder 'Hrsg.' (deutsche Version)
- 3) Erscheinungsort (Wenn es mehrere gibt, nur den erstgenannten)
- 4) Verleger
- 5) Erscheinungsjahr
- 6) Erste Seite auf der der Beitrag beginnt und Seitenzahl auf die verwiesen wird.

Beispiel:

Weiler, 'European Citizenship and Human Rights', in J.A. Winter, et al., eds., *Reforming the Treaty on European Union: The Legal Debate* (The Hague, Kluwer 1996) str. 21 na str. 27.

Petrić, 'Usklađivanje europskog odštetnog prava', in *Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse* (Mostar, Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru 2009) str. 254 na str. 260.

2.4.2 Spätere Angaben

Wie beim Zitieren von Monographien, jedoch anstatt von 'op. cit.' sollte 'loc. cit.' angegeben werden.

2.5 Angaben von Beiträgen in Zeitschriften

2.5.1 Erstangabe

Nach folgender Reihenfolge werden Angegeben:

- 1) Die Initialen der Vornamen der Autoren und die Nachnamen. Sind es mehr als zwei Autoren, wird lediglich der erste mit dem Zusatz «et al.» angegeben
- 2) Titel des Beitrags (unter einfachen Anführungszeichen zB 'xxxx')
- 3) Nummer
- 4) Bezeichnung der Zeitschrift (im Kursiv; es sollte die volle bezeichnung angegeben werden, wenn es sich um eine international bekannte Zeitschrift handelt, kann auch die übliche Abkürzung verwendet werden)
- 5) Erscheinungsjahr
- 6) Seite auf der der Beitrag beginnt und Seitenzahl auf die verwiesen wird.

Beispiel:

D. Možina, 'Uslovi vremenska ograničenja odgovornosti prodavca za materijalne nedostatke', 1 *Evropski pravnik* (2008) str. 20 na str. 24.

2.5.2 Spätere Angaben

Wie beim Zitieren von Monographien, jedoch anstatt von 'op. cit.' sollte 'loc. cit.' angegeben werden.