

Izdava i:



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



Njema ko-bosanskohercegova ko udruenje pravnika/
Deutsch-bosnisch-herzegowinische Juristenvereinigung
DBHJV
c/o Pravni fakultet
Obala Kulina bana 7
71 000 Sarajevo
Tel. 00387 33 206350 lok./ext. 240

Dru tvo za istraivanje i recepciju nema kog prava
Ljubie Jovanovi a 1
34 000 Kragujevac, Srbija
E-mail: gesellschaft.deutschesrecht@gmail.com

Glavni i odgovorni urednici:
prof. dr. Meliha Powlaki , dr. Stefan Pürner

Redakcijski kolegij:
prof. dr. Slavko or evi , prof. dr. Zlatan Me ki ,
prof. dr. Meliha Powlaki , dr. Stefan Pürner,
doc. dr. Darja So i Kadeni LL.M.

Izvr na urednica:
doc. dr. Darja So i Kadeni LL.M.

Redakcija:
Dragana Radisavljevi , Dana Trajcev-Bo i ,
doc. dr. Darja So i Kadeni LL.M.

Prijevodi:
Ivana Anti , prof. dr. Slavko or evi , prof. dr. Zlatan
Me ki , M Jur (Oxon) Selma Mezetovi Me i , MA,
prof. dr. Meliha Powlaki , dr. Stefan Pürner, Anita
Rogoi , doc. dr. Darja So i Kadeni LL.M.

Izdava ke usluge i tampa:
University Press izdanja Magistrat, Sarajevo

Kontakt:
Nova pravna revija
asopis za doma e, njema ko i evropsko pravo
Adresa: c/o Pravni fakultet
Obala Kulina bana 7
n/r Darja So i Kadeni
e-mail: novappravnavrevija@gmail.com
tel: 00387 33 206 350 lok./ext. 234



NOVA PRAVNA REVIIJA NPR

Časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo

Poštovane čitateljice i čitatelji, drage kolegice i kolege,

onaj ko bude pregledao dosadašnja izdanja časopisa *Nova pravna revija* – časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo (skraćeno NPR), koji izlazi osam godina, i to bilo njegovu štampanu ili elektronsku verziju (npr. dostupno na <https://www.irz.de/index.php/downloads>), potvrdit će da u ovom časopisu, koji pokriva široku paletu tema, ipak prevladavaju privatnopravne teme.

To je neminovno s obzirom na to da je pozicioniranje privatnog prava na centralno mjesto u pravnom sistemu jedan od temeljnih ciljeva procesa tranzicije, kroz koji su prošle ili još prolaze zemlje regiona. Ovaj broj časopisa počinje jednom privatnopravnom temom koja u posljednje vrijeme sve više zaokuplja doktrinu i sudsku praksu u regionu, a to je dejstvo načela povjerenja u javne registre nekretnina i zaštita neuknjiženog bračnog partnera.

Prilozi iz javnog prava

S druge strane ne smije biti zanemareno javno pravo koje se bavi naročito zaštitom slobode pojedinca. Utoliko je redakcija obradovana da također u ovom izdanju časopisa NPR – kao i u prethodnim – prevladavaju prilozi koji potiču iz te oblasti. Ovdje se ubraja drugi dio uporednopravnog priloga o parlamentarnoj proceduri za donošenje zakona u Bosni i Hercegovini, Crnoj Gori kao i u Srbiji, koji je već bio objavljen u njemačkom časopisu “Jahrbuch für Ostrecht”, kojeg objavljuje izdavačka kuća C. H. Beck, a uređuje Institut za istočno pravo iz Minhena (*Institut für Ostrecht München*). Stoga se na ovom mjestu želimo srdačno zahvaliti autoru, uredniku i izdavaču časopisa “Jahrbuch für Ostrecht” za odobrenje da se prevedeni prilog objavi u časopisu NPR.

Javno pravo je u središtu pažnje rubrike “Aktuelnosti iz evropskog prava”, u okviru koje se jedan prilog bavi Poveljom Evropske unije o osnovnim pravima, a drugi posebno slobodom upražnjavanja vjere u javnim prostorima. Ova druga tema dobiva na značaju u sve većem broju zemalja.

Evropske presude i njemački zakoni

Dalji dijelovi rubrike “Aktuelnosti iz evropskog prava” oslikavaju sadržaj rubrike “Aktuelnosti iz njemačkog prava”.

Rubrika posvećena evropskom pravu izvještava o sudskoj praksi, konkretnije o odlukama Suda Evropske unije kao i Suda za ljudska prava, dok rubrika o novinama u njemačkom pravu ovaj put težište stavlja na najnovije zakonodavne aktivnosti.

Zajedničko je ipak objema rubrikama, da se bave velikim brojem pravnih područja: navedene sudske odluke su raspravljale o pitanjima iz materijalnog krivičnog prava (pitanja primjene principa *ne bis in idem*) i krivičnog procesnog prava (izvještavanje o krivičnim postupcima u formi slika – tzv. fotoreportaža), pitanjima javnog prava (zaštita podataka) kao i privatnopravnim temama (povreda autorskih prava kroz takozvane *online-filesharing* platforme i putem *streaminga* na internetu).

Još je veći dijapazon predstavljenih novih zakonskih rješenja u njemačkom pravu. Ona obuhvataju ravnopravnost homoseksualaca u bračnom pravu, efikasnije ostvarivanje prava na socijalnim mrežama, efektivnije uređenje krivičnog postupka, veće otvaranje sudskih postupaka za medijsku javnost, uskraćivanje finansiranja ekstremističkim političkim partijama i rehabilitiranje osoba koje su nakon 8. maja 1945. bile osuđene zbog homoseksualnih radnji na koje su pristala oba partnera.

Njemački zakoni mogu potaknuti diskusiju u regionu

U kontekstu Zakona o efektivnijem i praktično primjenljivijem uređenju krivičnog postupka treba ukazati na to da on, između ostalog, sadrži odredbe koje se odnose na sve rasprostranjeniju mogućnost okončanja krivičnog postupka dogovorom tužilaštva i odbrane. Stoga su odredbe ovog zakona od velikog značaja i za diskusije o ovom pitanju koje se vode u regionu.

Sa zakonom "Brak za sve" (Zakon o uvođenju prava na zaključenje istospolnih brakova) i sa Zakonom o rehabilitiranju lica koja su nakon 8. maja 1945. godine osuđena zbog homoseksualnih radnji na koje su pristala oba partnera predstavljeni su propisi koji u zemljama bivše Jugoslavije često bivaju još uvijek primljeni sa skepsom. Zato se čini još potrebnijim da se učini jasnim da odgovarajuća rješenja, u zemljama koje su kao Njemačka smatrane konzervativnim, u međuvremenu uživaju opći društveni konsenzus. Osim toga, Zakon o rehabilitiranju lica koja su nakon 8. maja 1945. godine osuđena zbog homoseksualnih radnji na koje su pristala oba partnera, pokazuje da je Njemačka spremna da ispravi nepravdu koja je u prošlosti učinjena pojedincima od strane države, čak i onda kada se ne radi o kršenjima prava iz vremena nacionalsocijalizma. Informacija o ovom novom zakonu stoga također može doprinijeti odgovarajućoj diskusiji u regionu i podizanju svijesti da sve vrste diskriminacije podjednako zaslužuju negativnu ocjenu.

Sudska praksa iz regiona

Naročito bismo željeli ukazati na rubriku "Propisi i materijali". U ovom dijelu časopisa su do sada bili prije svega predstavljeni njemački propisi i drugi pravni tekstovi. U ovom izdanju se ovdje prvi put u cjelini objavljuju presude iz regiona s komentarima. Pri tome se radi o dvije presude dvaju sudova u Banjoj Luci o Konvenciji Ujedinjenih nacija o međunarodnoj prodaji robe, koje su prema mišljenju Redakcije bile tako primjerno obrazložene, da je odlučila citirati određene dijelove tih presuda i učiniti ih pristupačnim široj javnosti. Pri tome se nije željelo samo dalje širiti informacije o navedenoj konvenciji, već i naglasiti značaj dobro urađenih obrazloženja presuda kako za razvoj prava tako i za prihvatanje pravosuđa u javnosti.

Aktuelni izvještaji

Časopis NPR nudi pravničkim organizacijama i institucijama iz regiona da izvještavaju o svojim aktivnostima. Centar za edukaciju sudija i tužilaca Federacije BiH je iskoristio tu mogućnost. Zahvaljujemo se na ovom izvještaju i ukazujemo na to da će časopis NPR rado publicirati slične izvještaje organizacija s uporedivim aktivnostima kako bi se dao što je moguće iscrpniji uvid u "pravnički pejzaž" u regionu.

Srdačne riječi zahvale

NPR je regionalni projekat, ali sjedište redakcije nalazi se na Pravnom fakultetu u Sarajevu. Zato je i svakodobni dekan odnosno dekanesa Pravnog fakulteta u Sarajevu po funkciji član/ica izdavačkog savjeta ovog časopisa. Kako je u jesen 2017. godine istekao mandat dosadašnjem dekanu prof. dr. Borislavu Petroviću, želimo mu se srdačno zahvaliti na podršci časopisu tokom proteklih godina. Istovremeno srdačno pozdravljamo novu dekanesu, prof. dr. Hajriju Sijerčić-Čolić, regionalno priznatu eksperticu iz oblasti krivičnog i krivičnog procesnog prava, kao novu članicu izdavačkog savjeta.

Ponovo je neophodno zahvaliti se svima koji su doprinijeli da NPR može biti objavljen u osmoj godini zaredom. To su autori, recenzenti, prevodioci i saradnici Redakcije kao i izdavač. Neophodno je i ovaj put posebno zahvaliti se Ministarstvu pravde i zaštite potrošača Savezne Republike Njemačke za institucionalnu podršku Njemačkoj fondaciji za međunarodnu pravnu saradnju (IRZ) na osnovu koje se ovaj časopis finansira, kao i Ministarstvu spoljnih poslova SR Njemačke, koji djelatnost IRZ-a također podržava na različite načine. Također srdačna zahvala pripada i diplomatsko-konzularnim predstavništvima SR Njemačke u zemljama u kojima nastaje i distribuira se časopis NPR, za aktivno praćenje i podršku aktivnosti IRZ-a u partnerskim zemljama.

Prema motu "*last but not least*" zahvaljujemo se i čitateljima časopisa. Bez njih i njihovog trajnog interesa ovaj časopis ne bi mogao postojati tako dugo kao što je to slučaj.

Ceterum censeo

Na kraju, željeli bismo ponoviti naš apel izrečen u predgovoru posljednjem izdanju. Nakon što je u posljednjim izdanjima postepeno postignuta ravnoteža između privatnog i javnog prava, sljedeći cilj Redakcije bio bi da se objavi izdanje s prilogima pretežno iz krivičnog i krivičnog procesnog prava. Stoga ponavljamo našu molbu za dostavljanjem odgovarajućih priloga.

Prof. dr. Meliha Povlakić
Predsjedavajuća
Njemačko-bosanskohercegovačkog udruženja
pravnika

Advokat dr. Stefan Pürner
Voditelj Projektne oblasti Fondacije IRZ-a za
Bosnu i Hercegovinu, Crnu Goru,
Makedoniju i Srbiju

NOVA PRAVNA REVIIJA NPR

Časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo

Sehr geehrte Leserinnen und Leser, liebe Kolleginnen und Kollegen,

wer die bisherigen acht Jahrgänge der *Nova pravna revija* – časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo, kurz NPR (*Neue Juristische Umschau* – Zeitschrift für regionales, deutsches und europäisches Recht) in ihrer Druckfassung oder in der elektronischen Version (die sich z.B. unter <https://www.irz.de/index.php/downloads> findet) nachschlägt, wird bestätigen, dass diese Zeitschrift zwar eine weite Breite von Themen abdeckt, aber häufig die zivilrechtlichen Beiträge überwiegen.

Dies ist in Anbetracht der überwiegenden Bedeutung, die das Zivilrecht in einer zivilen Gesellschaft besitzt, auch fast zwangsläufig.

Beiträge zum Öffentlichen Recht

Andererseits darf auch das Öffentliche Recht, bei dem es insbesondere um den Schutz der Freiheit des Einzelnen geht, nicht vernachlässigt werden. Umso erfreulicher ist es, dass auch in dieser Ausgabe der NPR – ebenso wie in der vorangegangenen – Beiträge überwiegen, die aus diesem Rechtsgebiet stammen. Hierzu zählt zum einen der zweite Teil des rechtsvergleichenden Beitrags zum parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren in Bosnien und Herzegowina, Montenegro sowie Serbien, der bereits im deutschen “Jahrbuch für Ostrecht”, das im Verlag C. H. Beck erscheint und vom Institut für Ostrecht München herausgegeben wird, erschienen ist. Deshalb möchten wir an dieser Stelle dem Autor, dem Herausgeber und dem Verlag des “Jahrbuches für Ostrecht” herzlich für die Erlaubnis zum Abdruck in Übersetzung danken.

Das öffentliche Recht steht auch im Mittelpunkt der Rubrik “Aktuelles aus dem Europarecht”, in der in einem Beitrag die europäische Grundrechtscharta und in einem anderen speziell die Freiheit der Religionsausübung im öffentlichen Raum behandelt wird. Letzteres ist ein Thema, das in einer zunehmenden Zahl von Ländern an Bedeutung gewinnt.

Europäische Urteile und deutsche Gesetze

Der weitere Teil der Rubrik “Aktuelles aus dem europäischen Recht” verhält sich “spiegelbildlich” zum Inhalt der Rubrik “Aktuelles aus dem deutschen Recht”.

Aus dem Europarecht wird nämlich über Rechtsprechung, konkret über Entscheidungen des EuGH und des EGMR, berichtet, während aus dem deutschen Recht dieses Mal aktuelle neue Gesetzgebung im Vordergrund steht.

Gemeinsam ist beiden Rubriken jedoch, dass sie eine Vielzahl von Rechtsgebieten abdecken: Bei den genannten Gerichtsentscheidungen handelt es sich um solche aus dem Bereich des materiellen Strafrechtes (zur Frage des *ne bis in idem*) und des Strafprozessrechtes (Bildberichterstattung aus Strafprozessen), öffentlich-rechtliche Fragen wie den Datenschutz und zivilrechtliche Themen wie die Verletzung von Urheberrechten durch sogenannte Online-Filesharing-Plattformen oder zum Streaming im Internet.

Noch größer ist die Spannweite bei den vorgestellten gesetzlichen Neuregelungen im deutschen Recht. Diese umfassen die Gleichstellung von Homosexuellen im Eherecht, die bessere Durchsetzung von Rechten in sozialen Netzwerken, die effektivere Ausgestaltung des Strafverfahrens, die Medienöffentlichkeit in Gerichtsverfahren sowie den Ausschluss extremistischer Parteien von der Parteienfinanzierung und die Rehabilitierung von Personen, die nach dem 8. Mai 1945 wegen einvernehmlicher homosexueller Handlungen verurteilt wurden.

Deutsche Gesetze können Diskussion in der Region anregen

Im Zusammenhang mit dem Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens ist darauf hinzuweisen, dass dieses auch Regelungen enthält, mit denen der sich zunehmend verbreitenden Beendigung von Strafverfahren durch Absprachen zwischen Staatsanwaltschaft und Verteidigung begegnet werden soll. Die Bestimmungen dieses Gesetzes sind deshalb auch für die diesbezügliche Diskussion in der Region von erheblicher Bedeutung.

Mit dem Gesetz zur "Ehe für alle" (Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen des gleichen Geschlechts) und demjenigen zur strafrechtlichen Rehabilitierung der nach dem 8. Mai 1945 wegen einvernehmlicher homosexueller Handlungen verurteilten Personen werden Vorschriften vorgestellt, die in den Ländern des ehemaligen Jugoslawiens häufig noch skeptisch betrachtet werden. Umso notwendiger erscheint es, deutlich zu machen, dass entsprechende Vorschriften inzwischen auch in dem gemeinhin als konservativ geltenden Deutschland auf gesellschaftlichen Konsens stoßen. Außerdem zeigt das Gesetz zur strafrechtlichen Rehabilitierung der nach dem 8. Mai 1945 wegen einvernehmlicher homosexueller Handlungen verurteilten Personen, dass man in Deutschland, auch dann, wenn es nicht um die Zeit des Nationalsozialismus geht, zunehmend bereit ist, vergangenes, durch den Staat begangenes Unrecht aufzuarbeiten. Auch insoweit kann die Information über dieses neue deutsche Gesetz zu einer entsprechenden Diskussion in der Region beitragen.

Urteilspraxis aus der Region

Besonders möchten wir auf die Rubrik "Vorschriften und Materialien" dieser Ausgabe hinweisen. In diesem Teil der Zeitschrift wurden bislang vor allem Vorschriften und sonstige Rechtstexte aus dem deutschen Recht vorgestellt. In dieser Ausgabe werden in dieser Rubrik erstmalig Urteile aus der Region abgedruckt und kommentiert. Dabei handelt es sich um Urteile zweier Gerichte aus Banja Luka zum UN-Kaufrecht, die der Redaktion so vorbildlich begründet erschienen, dass sie sich entschloss, sie hier einer breiteren Öffentlichkeit zugänglich zu machen. Dies nicht nur, um Informationen zur Anwendung des UN-Kaufrechts zu vermitteln, sondern auch um zu betonen, wie wichtig sorgfältige Urteilsbegründungen für die Rechtsfortbildung, aber auch für die Akzeptanz der Justiz in der Öffentlichkeit sind.

Aktuelle Berichte

Die NPR bietet auch juristischen Einrichtungen und Institutionen die aus der Region Möglichkeit, über ihre eigene Tätigkeit zu berichten. Davon hat dieses Mal das Zentrum für die Edukation der Richter und Staatsanwälte der Föderation Bosnien und Herzegowina, Gebrauch gemacht. Hierfür bedanken wir uns ganz herzlich und weisen darauf hin, dass die NPR gerne auch ähnliche Berichte vergleichbarer Organisationen publiziert um ein möglichst umfassendes Bild von der "juristischen Landschaft" der Region zu geben.

Ein herzliches Wort des Dankes

Die NPR ist ein regionales Projekt. Ihren Sitz hat die Redaktion jedoch an der Juristischen Fakultät in Sarajevo. Deshalb ist auch der jeweilige Dekan oder die jeweilige Dekanin der Juristischen Fakultät in Sarajevo kraft Amtes Mitglied des Herausgeberrates der vorliegenden Zeitschrift. Da das Mandat des bisherigen Dekans Professor Dr. Borislav Petrović im Herbst des Jahres 2017 endete, möchten wir diesem herzlich für die Unterstützung der Zeitschrift in den abgelaufenen Jahren danken. Gleichzeitig begrüßen wir die neue Dekanin Prof. Dr. sc. Hajrija Sijerčić-Čolić, eine in der Region bekannte Straf- und Strafprozessrechtlerin, als neues Mitglied im Herausgeberrat.

Wiederum geht es auch allen zu danken, die dazu beigetragen haben, dass die NPR nunmehr bereits im achten Jahr erscheinen kann. Dies sind alle Autoren, Rezensenten, Übersetzer und die Mitarbeiter in Redaktion und Verlag. Besonderer Dank gilt aber wiederum dem deutschen Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) für die institutionelle Zuwendung an die IRZ, durch die diese Zeitschrift finanziert wird und dem deutschen Auswärtigen Amt, die die Tätigkeit der IRZ ebenfalls in verschiedenster Weise unterstützt. Außerdem geht herzlichen Dank den deutschen Botschaften im Verbreitungsgebiet der NPR, die die Tätigkeit der IRZ in den Partnerstaaten vor Ort aktiv begleiten und unterstützen.

Nach dem Motto "last but not least" sei an letzter Stelle den Lesern gedankt. Ohne diese und deren nachhaltiges Interesse hätte diese Zeitschrift nicht so lange bestehen können wie sie das tut.

Ceterum censeo

Abschließend wiederholen wir unseren Appell aus dem Vorwort der letzten Ausgabe. Nachdem über die letzten Ausgaben hinweg das Verhältnis zwischen Bürgerlichem und Öffentlichem Recht sich zunehmend ausgeglichen hat, wäre es das nächste Ziel der Redaktion, auch einmal eine Ausgabe mit überwiegend strafrechtlichen und strafprozessualen Beiträgen zu veröffentlichen. Deshalb wiederholen wir unsere Bitte um Einreichung entsprechender Beiträge.

Professor Dr. Meliha Povlakić
Vorsitzende der
Deutsch-bosnisch-herzegowinischen
Juristenvereinigung e.V.

Rechtsanwalt Dr. Stefan Pürner
Leiter des Projektbereichs
Bosnien und Herzegowina, Mazedonien,
Montenegro und Serbien der IRZ

Sadržaj

PREDGOVOR	1
ČLANCI	
<i>Franjo Dragičević: Raspolaganje bračnom stečevinom i zaštita povjerenja u zemljišne knjige u praksi Ustavnog suda BiH</i>	7
<i>Zsolt Szabó PhD, LL.M.: Parlamentarni zakonodavni postupak u Bosni i Hercegovini, Crnoj Gori i Srbiji (2. dio)</i>	19
AKTUELNOSTI IZ EVROPSKOG PRAVA	
<i>Prof. dr. Zlatan Meškić: Aktualnosti iz evropskog prava</i>	30
<i>Jasmin Muratagić: Legitimizacija konstitucionalizacije pravnog poretka EU – Povelja EU o temeljnim pravima i direktive</i>	35
AKTUELNOSTI IZ NJEMAČKOG PRAVA	
<i>Dr. Stefan Pürner: Novine u nemačkom zakonodavstvu</i>	47
PROPISI I MATERIJALI	
<i>Prof. dr. Zlatan Meškić/Mr. Branka Skoko: Primjena Bečke konvencije o međunarodnoj prodaji robe pred sudovima u Bosni i Hercegovini</i>	53
RAZNO	
<i>Mr. sci. Arben Murtezić/Dr. sci. iur. Davor Trlin: Centar za edukaciju sudija i tužilaca FBiH – pravni okvir, stanje i perspektive</i>	58
Poziv za dostavljanje radova	60

Inhaltsverzeichnis

VORWORT	3
AUFSÄTZE	
<i>Franjo Dragičević</i> : Die Verfügung über Gegenstände der Errungenschaftsgemeinschaft und der Grundsatz des Vertrauensschutzes in das Grundbuch in der Praxis des Verfassungsgerichts Bosnien und Herzegowinas	7
<i>Zsolt Szabó, PhD, LL. M.</i> : Das parlamentarische Gesetzgebungsverfahren in Bosnien und Herzegowina, Montenegro sowie Serbien (Teil 2)	19
AKTUELLES AUS DEM EUROPÄISCHEN RECHT	
<i>Prof. Dr. Zlatan Meškić</i> : Aktuelles aus dem Europarecht	30
<i>Jasmin Muratagić</i> : Die Konstitutionalisierung der EU Rechtsordnung – Die EU Grundrechtscharta und die Richtlinien	35
AKTUELLES AUS DEM DEUTSCHEN RECHT	
<i>Dr. Stefan Pürner</i> : Neuigkeiten aus der deutschen Gesetzgebung	47
VORSCHRIFTEN UND MATERIALIEN	
<i>Prof. Dr. Zlatan Meškić / Mag. Branka Skoko</i> : Die Anwendung des Wiener Kaufrechts vor den Gerichten in Bosnien und Herzegowina	53
VERSCHIEDENES	
<i>Mag. Arben Murtezić/Dr. Davor Trlin</i> : Zentrum für die Fortbildung von Richtern und Staatsanwälten der Föderation BuH – Rechtlicher Rahmen, aktueller Stand und Perspektiven	58
Call for Papers	62

Raspolaganje bračnom stečevinom i zaštita povjerenja u zemljišne knjige u praksi Ustavnog suda BiH

Franjo Dragičević

UDK 347.626:342.565.2(497.6)

Uvod

Načelo povjerenja u zemljišne knjige predstavlja jedno od temeljnih i najvažnijih načela zemljišnoknjižnog prava. Tim načelom se istovremeno štiti pravna sigurnost i povjerenje u pravni poredak, u segmentu koji je, čini se, dugo vremena bio zapostavljen u Bosni i Hercegovini. Evidencija prava na nepokretnostima bila je karakterizirana neizvjesnošću, nesigurnošću i nepovjerenjem u pravni promet i time je prkosila vladavini prava, ostavljajući veliki teret budućim generacijama, sve do početnih godina novog tisućljeća u kojima je zakonodavnim reformama došlo do reafirmiranja značaja zemljišnih knjiga.

Istovremeno, sporim zakonodavnim reformama bila je obuhvaćena i oblast obiteljskih odnosa, a jedna od najvažnijih reformi učinjena je u pogledu imovinskih odnosa bračnih partnera. Međutim, unatoč zakonskim odredbama koje tu imovinu pobliže određuju, uslijed izražene patrijarhalnosti društvenih odnosa, takva imovina najčešće je bila knjižena na jednog bračnog partnera, što je doprinosilo porastu izvanknjižnog vlasništva i neažurnosti zemljišnih knjiga.

Tijekom procesa transformacije, konstantno se postavljalo pitanje postojanja konkurencije tih dvaju važnih pravnih instituta, odnosno pravna dvojba se sastojala u tome kojem institutu dati pretežiti značaj u slučaju kada bi dolazilo do jednostranog raspolaganja neuknjiženom bračnom stečevinom koja postoji na nepokretnostima. S jedne strane načelu povjerenja u zemljišne knjige i s tim povezanom zaštitom pravne sigurnosti ili pravilima o raspolaganju bračnom stečevinom, odnosno s tim povezanim načelom da nitko na drugoga ne može prenijeti više prava nego što ih sam ima.

Cilj ovoga rada jeste predstavljanje pojedinih problema u zakonodavstvu i praksi u Bosni i Hercegovini povezanih s pitanjem raspolaganja nekretninama koje ulaze u bračnu stečevinu, a koja pitanja su bila postavljena u predmetima

pred Ustavnim sudom Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: Ustavni sud), u okviru njegove apelacijske nadležnosti. Kroz takav pristup istovremeno će biti dat pregled prakse i redovitih sudova.

Prije nego što se analiziraju odluke Ustavnoga suda, dat će se kratak pregled evolucije zakonodavnih rješenja bračne stečevine i primjene načela povjerenja u zemljišne knjige, u cilju lakšeg razumijevanja značaja analiziranih odluka Ustavnog suda.

I. Bračna stečevina u Bosni i Hercegovini

1. Pojam i pravna priroda bračne stečevine u Bosni i Hercegovini

Nezamisliv je zajednički život dviju osoba u bračnoj ili izvanbračnoj zajednici u kojoj svaka na svoj način i prema svojim mogućnostima ne bi stjecala neku imovinu, povećavala je, trošila, upravljala njome na različite načine, odnosno stjecala i gubila prava. Tijekom trajanja bračne ili izvanbračne zajednice nastaju određeni imovinski odnosi. Stoga je zakonodavac posebnu pažnju posvetio pitanjima određivanja pojma bračne stečevine,¹ odnosno imovine koja za vrijeme trajanja bračne zajednice predstavlja jednu cjelinu i pojavljuje se kao objekt imovinskih odnosa bračnih partnera.

Bračnoimovinski režim znači skup pravila koja se tiču imovinskih odnosa između bračnih partnera i u njihovim odnosima s trećim stranama, kao rezultat braka ili njegova razvrgnuća.² Imovinski odnosi bračnih partnera tiču se imovine bračnih partnera i njihove odgovornosti za dugove prema trećim osobama.³ Ti odnosi uređeni su obiteljskim zakonima, a na ona pitanja koja nisu regulirana primjenjuju se pravila građanskog prava, odnosno odredbe stvarnog i obveznog prava.⁴

¹ Shodno članku 263. Obiteljskog zakona FBiH ("Službene novine FBiH", br. 35/05, 41/05, 31/14) na izvanbračnu imovinu primjenjuju se odredbe toga zakona o bračnoj stečevini. Takve odredbe *mutatis mutandis* sadrže i Obiteljski zakon RS ("Službeni glasnik RS", br. 54/02, 41/08, 63/14) i Obiteljski zakon BDBiH ("Službeni glasnik BDBiH", br. 5/03, 19/07).

² Članak 3. stavak 1. Uredbe Vijeća (EU) 2016/1103 od 24. lipnja 2016. o provedbi pojačane suradnje u području nadležnosti, mjerodavnog prava te priznavanja i izvršenja odluka u stvarima bračnoimovinskih režima ("Službeni list Europske unije" broj L 183/1).

³ N. Traljić, S. Bubić, *Bračno pravo*, 1. izd., Sarajevo, 2007, str. 69.

⁴ Članak 253. Obiteljskog zakona FBiH; članak 271. stavak 6. Obiteljskog zakona RS; članak 229. stavak 1. Obiteljskog zakona BDBiH.

* Autor je doktorant na Pravnom fakultetu u Sarajevu i viši stručni suradnik u Uredu registrara Ustavnog suda BiH.

Propisujući da je bračna stečevina imovina koju su bračni partneri stekli radom za vrijeme trajanja bračne zajednice, kao i prihodi iz te imovine, te da su bračni partneri u jednakim dijelovima suvlasnici u bračnoj stečevini ako nisu drugačije ugovorili, zakonodavac je pri uređenju zakonskog imovinskog režima bračnih partnera pošao od načela obiteljske solidarnosti i ravnopravnosti bračnih partnera.⁵ Naime, neoboriva je pretpostavka o jednakim udjelima svakog od bračnih partnera, ali moguće je i ugovaranje nekog drugog omjera u udjelima, na način da se bračnim ugovorom sklopljenim prije, tijekom braka ili nakon prestanka braka može mijenjati zakonski režim.

Ovakvim reguliranjem bračne stečevine napušteno je rješenje ranijeg zakona prema kojemu je imovina stečena radom tijekom bračne zajednice smatrana zajedničkim vlasništvom.⁶ Obilježje zajedničkog vlasništva jeste da udio zajedničara, odnosno bračnih partnera nije unaprijed poznat sve dok se ne izvrši podjela, te da zajedničari takve imovine odnosno bračni partneri, nisu mogli samostalno raspolagati takvom imovinom, a za raspolaganje je bilo neophodno dobiti suglasnost. Sadašnjim rješenjem udio svakog bračnog partnera u bračnoj stečevini unaprijed je određen razmjerno cjelini i ne sprječava raspolaganje udjelima u takvoj imovini, što ima za posljedicu da je za pravilno utvrđivanje bračne stečevine nebitno koliko je koji od bračnih partnera doista pridonio. Također, takvim rješenjem olakšava se dokazivanje udjela u imovini u postupcima pred sudovima.

Kompromisno rješenje između navedenih rješenja propisano je Obiteljskim zakonom Republike Srpske koji je zadržao rješenje iz ranijeg zakona, prema kojemu imovina koju bračni supružnici steknu radom u toku bračne zajednice i na drugi način normiran zakonom jeste zajednička imovina, uz dodatak da svakom od bračnih supružnika pripada po jedna polovina zajedničke imovine, s tim da se može zahtijevati da se pri podjeli ove imovine odredi veći dio od polovine.⁷

1. Upravljanje i raspolaganje bračnom stečevinom

Obiteljski zakoni u Bosni i Hercegovini ne sadrže detaljne odredbe o upravljanju bračnom stečevinom pa se glede upravljanja bračnom stečevinom primjenjuju pravila o upravljanju suvlasničkom, odnosno zajedničkom stvari iz zakona koji reguliraju oblast stvarnog prava.

Kada je u pitanju upravljanje stvari u suvlasništvu, razlikujemo poslove redovite uprave i poslove koji prelaze okvir redovite uprave, tj. izvanredne poslove.⁸ Za poduzimanje

poslova redovitog upravljanja potrebna je suglasnost suvlasnika čiji dijelovi zajedno čine više od jedne polovine vrijednosti stvari. Ako se ne postigne potrebna suglasnost, a poduzimanje posla je neophodno za redovno održavanje stvari, svaki suvlasnik ima pravo zahtijevati da o tome odluči sud u vanparničnom postupku. Međutim, kod bračne stečevine svaki bračni partner je suvlasnik jedne polovine, tako da niti jedan od njih ne bi mogao bez suglasnosti drugoga poduzeti posao redovite uprave bračne stečevine. Ovakvo rješenje je doista nepraktično kada je u pitanju bračna stečevina, jer u svakodnevici može izazvati poteškoće oko pribavljanja suglasnosti drugog bračnog partnera, a onaj bračni partner koji nije dao svoju suglasnost, mogao bi pobijati sklopljeni pravni posao što bi ugrožavalo prava trećih osoba i pravnu sigurnost općenito.⁹ Kada je u pitanju poduzimanje poslova kao što su promjena namjene stvari, izdavanje stvari u zakup, zasnivanje hipoteke na cijeloj stvari, zasnivanje služnosti, veće popravke ili prepravke stvari koje nisu nužne za održavanje, za koje se smatra da prelaze okvir redovitog upravljanja, potrebna je suglasnost svih suvlasnika. U slučaju nepostizanja suglasnosti, ako za preduzimanje posla postoje naročito opravdani razlozi, svaki suvlasnik ima pravo zahtijevati da o tome odluči sud. U kontekstu bračne stečevine i navedeno može izazvati svakodnevne poteškoće u praksi. Jedan bračni partner može dokazivati da nije dao svoj pristanak za poduzimanje određenog posla izvanrednog upravljanja (posebice zasnivanja hipoteke ili prodaje stvari) što, kako će kasnije biti prikazano, može imati implikacije ne samo na imovinska prava drugog bračnog partnera, nego i na prava i obveze treće savjesne osobe.

S druge strane, kada je u pitanju upravljanje stvari u zajedničkom vlasništvu, kakvo rješenje je bilo propisano ranijim obiteljskim zakonom i kakvo sada imamo za bračnu stečevinu u Republici Srpskoj, zajedničar ima pravo izvršavati vlasničke ovlasti samo zajedno sa ostalim zajedničarima. Odluke u pogledu raspolaganja bračnom stečevinom trebale bi se donositi sporazumno¹⁰ ukoliko odlučivanje nije povjereno jednom od bračnih partnera.¹¹

pravima FBiH ("Službene novine FBiH", br. 66/13, 100/13, u daljnjem tekstu i ZSP FBiH).

⁹ D. Softić, 'Bračna stečevina prema Porodičnom zakonu FBiH', Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, u *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu* (Sarajevo, 2007) str. 495 na str. 501.

¹⁰ Članak 271. stavak 1. Obiteljskog zakona RS.

¹¹ "Kako je zajednička svojina rezultat zajednice života i rada zajedničara-bračnih drugova, to se njen sadržaj ogleda u tome što zajednička dobra ne mogu pripadati nijednom posebnom subjektu, niti u pojedinim određenim dijelovima, već svim zajedničarima kao jedinstvenom subjektu, pri čemu se pravo vlasništva proteže na cijelu stvar, kao nepodijeljenu, pa stoga nitko nema pravo raspolaganja dijelovima, a upravljanje je moguće samo zajednički i sporazumno sve do diobe koja se može izvršiti u svako doba." (Vrhovni sud Vojvodine, broj Rev-957/88 od 23. studenog 1988. godine – *Sudska praksa* broj 1989/4), navedeno

⁵ N. Traljić, S. Bubić, op. cit., fn. 3, str. 71.

⁶ Članak 264. stavak 3. Obiteljskog zakona SRBiH ("Službeni list RBiH", br. 21/79, 42/89 i "Službeni list RBiH", br. 6/94, 13/94).

⁷ Vidjeti, članak 272. stavak 1. i članak 273. stavak 1. Obiteljskog zakona RS.

⁸ Članak 17. Zakon o vlasničkopравnim odnosima ("Službene novine FBiH", br. 6/98, 29/03) i čl. 31. i 32. Zakona o stvarnim

U Republici Srpskoj izričito je propisano da svojim udjelom u zajedničkoj imovini jedan bračni supružnik ne može samostalno raspolagati niti ga opteretiti pravnim poslom među živima.¹²

Što se tiče ovlaštenja raspolaganja idealnim udjelom koje obuhvaća otuđenje i opterećenje imovine, kao poseban oblik upravljanja stvari, u FBiH jedan bračni partner kao suvlasnik bez suglasnosti drugog može raspolagati svojim udjelom.¹³ U Republici Srpskoj, jedan bračni supružnik kao zajedničar bi mogao svoj udio prenijeti samo na drugog bračnog supružnika, a njime ne bi mogao raspolagati ili ga opteretiti na način kako to mogu bračni partneri u FBiH. Ako se desi da jedan bračni partner bez znanja i odobrenja drugog bračnog partnera otuđi cijelu stvar koja je predmet bračne stečevine, postavlja se pitanje da li je takav pravni posao ništavan zbog nepostojanja osnova ugovorne obveze, jer nitko ne može na drugoga prenijeti više prava nego što sam ima.¹⁴

3. Retroaktivno djelovanje odredaba obiteljskih zakona

U vezi s upravljanjem i raspolaganjem bračnom stečevinom, bitno je ukazati da je danom stupanja na snagu Obiteljskog zakona FBiH koji se počeo primjenjivati 28. prosinca 2005. godine prestala primjena ranijeg Obiteljskog zakona. To znači da je imovina, koju su bračni partneri stekli radom za vrijeme trajanja bračne zajednice ili potječe iz te imovine, njihova zajednička imovina, odnosno ima status zajedničkog vlasništva do 28. prosinca 2005. godine, od toga datuma status suvlasništva u jednakim dijelovima.¹⁵ Takvo stajalište zauzeo je Vrhovni sud FBiH¹⁶ u odluci prema kojoj "izvođenje dokaza na okolnosti visine udjela u stjecanju bračne stečevine je suvišno pa time i nepotrebno. Ovo iz razloga što je stupanjem na snagu Obiteljskog zakona promijenjen pravni režim bračne stečevine utoliko što ova više ne predstavlja nepodijeljenu zajedničku imovinu stranaka u kojoj je svaki supružnik mogao tražiti da se utvrde udjeli prema doprinosu u stjecanju te imovine, nego suvlasništvo bračnih partnera od 1/2".¹⁷ Ovakvo stajalište sudske prakse opravdano je u slučaju kada nije došlo do prestanka bračne

zajednice. Međutim, u slučaju kada je došlo do prestanka bračne zajednice ono može biti sporno iz više razloga. Prvenstveno zbog činjenice da u odredbama Obiteljskog zakona nije sadržana posebna odredba koja bi rješavala pitanje promjene režima bračne stečevine. Jedina odredba koja se odnosi na to jeste odredba članka 384. Obiteljskog zakona prema kojoj postupak u predmetima u kojima do dana stupanja na snagu ovog zakona ne bude donesena prvostupanjaska odluka suda ili organa starateljstva, završit će se po odredbama novoga zakona. Sadržaj ove odredbe ukazuje na to da ona ima procesnopravni karakter jer zavisi od pitanja da li je donesena prvostupanjaska presuda. Međutim, ona istovremeno dovodi do promjene karaktera bračne stečevine, čime jedan od bračnih partnera može biti doveden u nepovoljan položaj. Također, gubi se iz vida da je jedan od konstitutivnih elemenata za stjecanje takve imovine postojanje bračne zajednice, koja je prestala postojati. Osim toga u praksi je čest slučaj da prvostupanjaska presuda ne bude donesena u razumnom roku, pa se na imovinske odnose bračnih partnera primjenjuju odredbe novog Obiteljskog zakona iako je doprestanka bračne zajednice došlo prije nego što je taj zakon stupio na snagu. Tim više, jer od primjene propisa zavise i pitanja upravljanja i raspolaganja takvom imovinom.

II. Načelo povjerenja u zemljišne knjige i njegova zaštita

1. Povijesni razvoj načela povjerenja u zemljišne knjige

Bosna i Hercegovina spada u krug zemalja s dugom tradicijom zemljišnih knjiga.¹⁸ Međutim, u pravnom sustavu Bosne i Hercegovine, promatrano kroz njegov povijesni razvoj, značaju zemljišnih knjiga nije se uvijek pridavala naročita važnost, iako se evidentiranje prava na nekretninama, od njihove uspostave, provodilo kroz tu vrstu evidencije. Početkom reforme stvarnih prava u Bosni i Hercegovini počinje se davati veći značaj načelu povjerenja u zemljišne knjige, ali spora reforma istovremeno je prouzrokovala više od dva desetljeća različitog poimanja značaja zemljišnih knjiga u pravnom prometu nekretnina.

U pravnom sustavu bivše Jugoslavije načelo povjerenja u zemljišne knjige nije bilo izričito propisano Zakonom o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima (u daljnjem

prema D. Medić, H. Tajić, *Sudska praksa iz stvarnog prava*, Treće izmijenjeno i dopunjeno izdanje (Sarajevo, 2008) str. 170.

¹² Članak 271. stavak 2. Obiteljskog zakona RS.

¹³ Članak 15. ZOVO i članak 27. stavak 1. ZSP FBiH.

¹⁴ S. Mulabdić, *Građansko procesno pravo* (Tuzla, 2010) str. 606.

¹⁵ I. Lalić, A. Nanić, "Zaštita povjerenja u zemljišne knjige kada treća osoba stiče nekretninu koja je bračna stečevina", 1-2/2015 *Pravna misao* (2015) str. 31 na str. 46.

¹⁶ Vrhovni sud FBiH broj 58 0 P 000497 12 REV od 13. ožujka 2013. godine.

¹⁷ Sentenca broj 57, str. 47, objavljeno u *Biltenu sudske prakse Vrhovnog suda FBiH*, broj 1–2, siječanj-prosinac 2013., Sarajevo, citirano prema I. Lalić, A. Nanić, loc. cit., fn. 15, str. 46.

¹⁸ Zemljišne knjige na području Bosne i Hercegovine prvi put su uspostavljene krajem XIX stoljeća, tj. iz vremena Austro-Ugarske. Prva premjeravanja započeta su 1871. godine i završena 1885. godine nakon čega je uslijedilo donošenje Gruntovničkog zakona (13. rujna 1884. godine) koji ostaje na snazi do stupanja na snagu Zakona o zemljišnim knjigama Kraljevine Jugoslavije od 18. svibnja 1930. godine. SRBiH donijela je Zakon o premjeru i katastru nekretnina ("Sl. list SRBiH", br. 22/84) kojim je sustav zemljišnih knjiga zamijenjen jedinstvenom evidencijom nekretnina i prava na njima.

tekstu ZOSPO)¹⁹ a niti Zakonom o vlasničkopravnim odnosima (u daljnjem tekstu: ZOVO). Navedeni zakoni su sa izvjesnim prilagodbama primjenjivani na području entiteta Republike Srpske i Federacije Bosne i Hercegovine te Brčko distrikta Bosne i Hercegovine, sve do stupanja na snagu zakona o stvarnim pravima. Tako, ZOSPO je pitanje stjecanja povjerenjem u zemljišne knjige potpuno zaobišao, propisujući jedino člankom 33. da se u slučaju stjecanja na temelju pravnog posla pravo vlasništva stječe upisom u javne registre nekretnina, a ZOVO je citiranjem rješenja u članku 38. dodao odredbu kojom je trebao biti rješavan sukob više pravnih osnova stjecanja.²⁰ U tome vremenu primjenjivala su se pravna pravila zemljišnoknjižnog prava na temelju članka 199. Zakona o premjeru i katastru nekretnina,²¹ pa je tako načelo povjerenja u zemljišne knjige bilo primjenjivo u pogledu stjecanja vlasništva dosjelošću na temelju paragrafa 1500. Austrijskog građanskog zakona.²² Također, do stupanja na snagu ZOSPO i načelo upisa bilo je propisano u pravnim pravilima zemljišnoknjižnog prava, prema kojima "Knjižna prava mogu se steći, prenijeti, ograničiti ili ukinuti jedino upisom u zemljišnu knjigu".²³ Međutim, upis je predstavljao zakonit način stjecanja samo kod stjecanja na temelju pravnog posla. Konsekventno tome, u svim ostalim slučajevima (stjecanje na temelju zakona, nasljeđivanjem i sl.) upis stečenog prava u zemljišnu knjigu nije imao konstitutivno, nego deklarativno dejstvo.²⁴ Zbog toga se dugo vremena u Bosni i Hercegovini, u pravnoj teoriji, nastojalo ukazati na značaj toga načela za pravnu sigurnost i pravni poredak, odnosno vladavinu prava.

Stupanjem na snagu zakona o zemljišnim knjigama²⁵ početkom novog tisućljeća, predviđena su rješenja koja su trebala doprinijeti reafirmaciji zemljišne knjige i načela

povjerenja u zemljišne knjige. Jedno od takvih rješenja jeste i odredba članka 5. Zakona o zemljišnim knjigama kojom je propisano načelo upisa u zemljišne knjige, te odredba članka 9. Zakona o zemljišnim knjigama kojom se predviđa stjecanje prava vlasništva na temelju načela povjerenja kao novi originarni način stjecanja prava vlasništva u slučaju kada upis u zemljišnim knjigama nije točan (istinit) ili potpun. Međutim, konstitutivnost upisa u zemljišnu knjigu predviđena je samo u slučaju stjecanja na temelju pravnog posla, čime je i dalje omogućavano izvanknjižno stjecanje vlasništva na nekretninama, na temelju nasljeđivanja²⁶ ili na temelju zakona²⁷. Naknadnim izmjenama zakonodavstva u Republici Srpskoj i Brčko distriktu Bosne i Hercegovine zemljišne knjige ponovno su zamijenjene katastrima nekretnina, ali je tim evidencijama također dato svojstvo javnog povjerenja.²⁸

Konačan značaj i pojačano djelovanje načelu povjerenja u zemljišne knjige dale su zakonodavne reforme kojima je u procesu transformacije stvarnog prava izvršena kodifikacija stvarnog prava.²⁹ Novim zakonima o stvarnim pravima uređeni su sadržaj, stjecanje, zaštita i ostvarivanje stvarnih prava na nekretninama, a o tim odredbama ujedno ovisi kako je u zakonima o zemljišnim knjigama uređen način upisivanja stvarnih prava na nekretninama, pretpostavke upisa i drugo. Materijalnopravni značaj zemljišnoknjižnih upisa za stjecanje, dokazivanje i zaštitu stvarnih prava na nekretninama izričito je uređen kroz više odredaba³⁰ iz kojih proizlazi prema kojim načelima bi one trebale funkcionirati. Tim odredbama izričito je propisana i zaštita povjerenja u zemljišne knjige prema kojemu zemljišna knjiga istinito i potpuno odražava činjenično i pravno stanje nekretnine, a savjesna osoba glede stjecanja određenog stvarnog prava uživa punu zaštitu, ukoliko je svoje pravo stekla pouzdajući se u zemljišnu knjigu. Ovdje je bitnookazati na to da je zakonodavac u Republici Srpskoj suspendirao djelovanje načela povjerenja na period od tri godine od dana stupanja na snagu toga zakona.³¹

¹⁹ Zakon o osnovnim svojinskoopravnim odnosima ("Sl. list SFRJ", br. 6/1980, i "Službeni glasnik RS", br. 38/03).

²⁰ M. Povelakić, 'Načelo povjerenja u zemljišnu knjigu u najnovijoj praksi Vrhovnog suda Federacije BiH', 1/2014, *Nova pravna revija – Časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo* (2014) str. 41 na str. 43.

²¹ Zakon o premjeru i katastru nekretnina ("Sl. list SRBiH" 22/84, 12/87, 26/90, 36/90, "Sl. list RBiH" 3/93, 4/93, 13/94, 20/95).

²² *Stečeno pravo vlasništva dosjelošću na nekretnini prije upisanog založnog prava – hipoteka ne može osujetiti prava založnog povjerioca koji je, oslanjajući se na načelo povjerenja u zemljišne knjige, pribavio sebi takvo pravo još prije nego je pravo vlasništva dosjelošću bilo uknjiženo.*

²³ H. Mutapčić, A. Brkić, 'Odnos normativnog i stvarnog stanja upisa prava na nekretninama u zemljišnu knjigu u Bosni i Hercegovini s osvrtom na uporedno zakonodavstvo', Pravni fakultet Univerziteta u Tuzli, *Zbornik radova, Međunarodna naučna konferencija "Javni i privatni aspekti nužnih pravnih reformi u BiH: Koliko daleko možemo ići?"* (2014) str. 147 na str. 156.

²⁴ M. Povelakić, *Transformacija stvarnog prava u BiH* (Sarajevo, 2009) str. 95-96.

²⁵ Zakon o zemljišnim knjigama Federacije Bosne i Hercegovine ("Službene novine FBiH" br. 58/02, 19/03, 54/04); Zakon o

zemljišnim knjigama RS ("Službeni glasnik Republike Srpske" br. 67/03, 46/04, 109/05 i 119/08), Zakon o registru zemljišta i prava na zemljištu ("Službeni glasnik BDBiH" br. 11/01, 1/03, 14/03, 19/07 i 2/08).

²⁶ Članak 38. ZOVO i članak 5. ZZK FBiH.

²⁷ Primjerice, mogućnost zasnivanja zakonske hipoteke u slučaju neplaćanja poreza.

²⁸ Zakon o premjeru i katastru nekretnina BDBiH ("Sl. gl. BDBiH", br. 2/12, 31/13, 37/15), Zakon o premjeru (izmjeri) i katastru Republike Srpske ("Službeni glasnik RS", br. 6/12, 110/16).

²⁹ Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Brčko distrikta Bosne i Hercegovine ("Službeni glasnik BDBiH", br. 11/01, 8/03, 40/04 i 21/05), Zakon o stvarnim pravima Republike Srpske ("Službeni glasnik RS", br. 124/08, 58/09, 95/11 i 60/15) i Zakon o stvarnim pravima Federacije Bosne i Hercegovine ("Službene novine FBiH", br. 67/13 i 102/13).

³⁰ Vidjeti npr., čl. 43. st. 2; čl. 47. st. 2. toč. 2.; čl. 52, 55. i 56. ZSP FBiH.

³¹ U tome periodu, važila su posebna pravila o zaštiti povjere-

4. Djelovanje načela povjerenja u zemljišne knjige

Osnovni pravni učinak upisivanja stvarnih prava na nekretninama, obveznih prava na nekretninama, osobnih odnosa nositelja tih prava te pravnih činjenica jeste da se njima daje vanjska vidljivost, odnosno da se publicira postojanje određenih osobnih odnosa i pravnih činjenica koje ukazuju ili utječu na pravno stanje nekretnina i mogućnost raspologanja pravima na nekretninama.³² Načelo povjerenja u zemljišne knjige djeluje na način da se savjesne treće osobe u potpunosti mogu pouzdati u zemljišnu knjigu te upisano pravo smatrati točnim i potpunim (pozitivni smjer načela povjerenja), a ono što nije upisano ili je brisano – nepostojećim (negativni smjer načela povjerenja).³³ Na ovaj način je naglašena uska veza između načela konstitutivnosti upisa u zemljišne knjige i načela povjerenja u zemljišne knjige.

Načelo povjerenja u zemljišne knjige postoji radi zaštite subjektivnih prava i interesa osoba koje stupaju u pravne poslove pouzdajući se u sadržaj zemljišne knjige, odnosno u pravne posljedice koje pravni sustav predviđa u situacijama kada se knjižno stanje ne poklapa s izvanknjižnim i koje djeluje na štetu nositelja izvanknjižnog prava, a u korist savjesnog stjecatelja.³⁴ Njime se određuje da svatko može pretpostaviti kako je njihov sadržaj istinit i potpun i da se svatko može pouzdati da će pravni poredak tu pretpostavku na odgovarajući način zaštititi. U praktičnom smislu to znači da se smatra, na bazi pravnih pretpostavki, da je zemljišnoknjižno stanje istinito, odnosno da postoje upisana knjižna prava, pravne činjenice i osobni odnosi, i to upravo u korist osoba koje su upisane u zemljišnim knjigama, kao nositelji tih prava.³⁵ Istovremeno se smatra da je zemljišnoknjižno stanje potpuno, tj. da su u zemljišnoj knjizi upisana sva prava na nekretninama koja postoje na određenoj nekretnini, svi tereti i ograničenja, pravne činjenice i osobni odnosi koji nisu upisani.³⁶ Ove pretpostavke djeluju prema stjecatelju koji je postupao s povjerenjem u zemljišne knjige i u dobroj vjeri stekao pravo na

nekretninama, čak kada je upisano zemljišnoknjižno stanje nekretnina neistinito i nepotpuno, njegovo stjecanje se neće moći osporavati. Dakle, savjesni stjecatelj se stavlja u poziciju kao da je stvarno pravno na nekretnini stekao od njenog stvarnog vlasnika, čak i u situaciji kada faktičko stanje ne odgovara stanju upisanom u zemljišne knjige, zbog čega smatra da se radi o originarnom načinu stjecanja prava vlasništva.

Kao rezultat navedenih pretpostavki, novim stvarno-pravnim zakonodavstvom propisano je pravilo o pravnim posljedicama postupanja s povjerenjem u takvo stanje. Tko je u dobroj vjeri postupao s povjerenjem u zemljišne knjige ne znajući da ono što je u njima upisano nije potpuno ili da je različito od izvanknjižnog stanja, uživa glede toga stjecanja zaštitu prema odredbama zakona.³⁷ Za treće osobe, koje u dobroj vjeri u postojanje neke nekretnine ili prava na nekoj nekretnini, putem pravnog posla steknu takvo jedno pravo, sadržaj zemljišne knjige se smatra točnim, ukoliko ispravnost zemljišne knjige nije osporena putem upisa prigovora ili ukoliko je trećoj osobi poznata netočnost zemljišne knjige ili zbog grube nepažnje nije poznata.³⁸ Stoga, stjecatelj koji je u dobroj vjeri postupao s povjerenjem u zemljišne knjige, pravno je zaštićen, osim ako je znao ili je s obzirom na okolnosti imao dovoljno razloga posumnjati da ono što je upisano nije potpuno ili da je različito od izvanknjižnog stanja.

Također, iz odredaba zakona o stvarnim pravima slijedi da načelo povjerenja djeluje, kako u pogledu vlasništva upisane osobe, tako i u pogledu (ne)upisanih tuđih prava, tereta i ograničenja koja nisu bila upisana niti je bilo vidljivo da je zatražen njihov upis.³⁹ Dakle, prava koja u trenutku kada je stjecatelj u dobroj vjeri podnio zahtjev za uknjižbu nisu bila upisana u zemljišnoj knjizi niti je bilo vidljivo da je njihov upis zatražen, prestaju odnosno neupisani nositelji ta prava gube. Na ovaj način prebačen je teret na vanknjižne vlasnike, čime im se daje dodatna motivacija da izvrše upis prava u zemljišnu knjigu, jer za treće savjesne osobe zemljišna knjiga je točna (sve što je upisano postoji) i potpuna (sve što nije upisano ne postoji).

5. Zaštita načela povjerenja u zemljišnim knjigama

Da bi treća savjesna osoba uživala zaštitu povjerenja u zemljišne knjige, neophodno je ispunjenje pretpostavki koje se odnose na njenu savjesnost (dobru vjeru), pravni osnov stjecanja i provedbe upisa u njegovu korist.

Budući da se potpuna usklađenost zemljišnoknjižnog sa stvarnim stanjem nekretnina ne može uvijek i u svakom slučaju postići, niti je uvijek moguće odmah kada se promijeni stvarnopravno stanje nekretnine tu promjenu provesti u zemljišnoj knjizi, upis u zemljišne knjige ne

nja u zemljišne knjige, u kojima su nositelji prava na nekretninama mogli zahtijevati brisanje nevaljanih upisa, upis svojih prava nezavisno o pravilima o zaštiti povjerenja u zemljišne knjige, ukoliko se stiče nepokretnost na kojoj je bila upisana društvena svojina koja nije brisana prije stupanja na snagu ZSP RS. Navedeno prema I. Babić, *et al*, *Komentar Zakona o stvarnim pravima Federacije Bosne i Hercegovine* (Sarajevo, 2014) str. 284.

³² T. Josipović, 'Stjecanje stvarnih prava na nekretninama na temelju povjerenja u zemljišne knjige', u *Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* (Vol. 19, broj 2, Rijeka, 1998), str. 447.

³³ Članak 9. ZZK.

³⁴ K. Baran, *etal.*, 'Neka pitanja i dvojbe oko bračne stečevine i načela povjerenja u zemljišne knjige – kroz sudsku praksu', *VII(9) Hrvatska pravna revija* (2007) str. 86 na str. 94.

³⁵ T. Josipović, *loc. cit.*, fn. 32, str. 449.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ Članak 55. stavak 1. ZSP FBiH/ ZSP RS.

³⁸ Članak 9. stavak 2. ZZK FBiH/ ZZK RS.

³⁹ Članak 56. ZSP FBiH/ ZSP RS.

predstavlja apsolutan i neoporiv dokaz o postojanju prava vlasništva stjecateljevog prednika i on je podložan dokazivanju da je vlasnik i ona stranka koja nije upisana u zemljišnoj knjizi.⁴⁰ Stoga je kod primjene načela zaštite povjerenja u zemljišne knjige veoma bitan subjektivni odnos stjecatelja prema sadržaju zemljišne knjige. Da bi načelo zaštite povjerenja u potpunosti djelovalo i prema njima, zahtijeva se da su u dobroj vjeri⁴¹ postupali s povjerenjem u zemljišne knjige, tj. da u trenutku sklapanja pravnog posla, a ni u trenutku kad je zahtijevao upis, nije znao niti je s obzirom na okolnosti imao dovoljno razloga posumnjati u to da stvar pripada otuđivatelju, odnosno da nije znao da ono što je u njih upisano potpuno ili da je različito od izvanknjižnog stanja.^{42,43} Novina u zakonodavstvu ogleda se kroz izričito propisivanje odredbe prema kojoj se nedostatak dobre vjere ne može prebaciti nikome iz razloga što nije izražavao vanknjižno stanje. Iako u ranijem zemljišnoknjižnom pravu nije bilo izričito propisano da je potrebno provjeriti vanknjižno stanje, u praksi se to nerijetko tražilo, odnosno, primjetna su česta tumačenja da saznanje da vanknjižno stanje odstupa od knjižnog čini stjecatelja nesavjesnim.⁴⁴

Kada je u pitanju pravni osnov stjecanja, iz zakona o zemljišnim knjigama proizlazi da je stjecanje stvarnih prava putem pravnog posla propisano kao uvjet da bi se pružila zaštita trećoj savjesnoj osobi. Iako je u praksi najčešća situacija da se radi o pravnom poslu kojim se stječe stvarno pravo na određenoj nekretnini, činjenica da je zemljišnoknjižnim pravom zaštićeno pravo stjecatelja koji je pravo stekao samo putem pravnog posla dovodila je do zaključka da stjecatelj koji stječe na temelju zakona, odluke nadležnog organa ili nasljeđivanja nije zaštićen. Međutim, novim zakonima o stvarnim pravima nije propisano navedeno ograničenje, tako da se pravila o povjerenju u zemljišne

knjige primjenjuju i u slučaju bilo kojeg pravnog osnova kojim dolazi do zasnivanja stvarnih prava na nekretninama.

Izvršeni upis u zemljišne knjige, kao posljednji uvjet, znači da osoba koja je postupajući s povjerenjem u zemljišne knjige u dobroj vjeri upisala neko pravo uživa zaštitu tako što joj nitko neće moći osporavati valjanost stjecanja zbog nevaljanosti prednikova upisa. Čak je ograničena i mogućnost podnošenja brisovne tužbe.⁴⁵ Pod pretpostavkom ispunjenja druga dva uvjeta, u trenutku upisa, poništava se jedno od temeljnih načela stvarnog prava da nitko ne može na drugoga prenijeti više prava nego što ih sam ima, a pravo vlasništva stečeno na temelju nasljeđivanja, zakona, odlukom suda ili drugog nadležnog organa ne može se suprotstaviti pravu treće savjesne osobe koja je postupajući s povjerenjem u zemljišne knjige podnijela zahtjev za upis svoga prava prije nego što je osoba koja je stekla pravo vlasništva na temelju nasljeđivanja, zakona, odluke suda ili drugog nadležnog organa zatražila upis svog prava.⁴⁶ Dakle, izvršenim upisom uz suglasnost knjižnog prednika, savjesni stjecatelj stječe stvarno pravo na predmetnoj nekretnini zaštitom povjerenja, pri čemu prestaje vanknjižno vlasništvo stvarnog vlasnika i ograničeno stvarno pravo njegovog nositelja kao posljedica neupisivanja vanknjižnih stečenih prava.⁴⁷ Smatra se da se na navedeni način u suštini štiti stjecanje u zemljišne knjige kao originarni način stjecanja.

III. Sukob pravnih instituta u odlukama redovitih sudova i Ustavnog suda

Kao što smo u uvodu već naznačili, veoma je čest slučaj da je nekretnina koja predstavlja bračnu stečevinu uknjižena samo na jednog od bračnih partnera. U slučaju raspolaganja takvom imovinom, odnosno najčešće prodaje ili zalaganja, postavlja se pitanje da li je navedeno raspolaganje pravno valjano, odnosno da li treće osobe mogu steći stvarna prava na nekretninama koje su predmet bračne stečevine, odnosno vlasništvo i druge osobe. Odgovor na to pitanje u svojoj suštini sadrži sukob zakonskog režima bračne stečevine i temeljnih načela stvarnog i obveznog prava, koja se primjenjuju na upravljanje i raspolaganje bračnom stečevinom, te načela povjerenja u zemljišne knjige. Rješavanju ovoga pitanja u sudskoj praksi pristupano je iz različitih uglova.

⁴⁰ K. Baran, et al., loc. cit. fn. 34, str. 93.

⁴¹ O razlikama Zakona o zemljišnim knjigama i Zakona o stvarnim pravima kada je u pitanju savjesnost stjecatelja vidjeti, M. Pvlakić, loc. cit., fn. 20, str. 43.

⁴² "Načelom pouzdanja u zemljišne knjige može se koristiti samo onaj stjecatelj koji je u vrijeme stjecanja vlasništva prijenosom u zemljišne knjige postupao savjesno. Prema tome bitna je savjesnost kupca u trenutku stjecanja vlasništva, a što nastupa stvarno uknjižbom toga prava u zemljišne knjige, a ne samo savjesnost u trenutku kupovine, odnosno u trenutku podnošenja molbe radi uknjižbe toga prava. (Vrhovni sud Srbije broj Gž-909/64, R. Čosić i T. Krsmanović, op. cit. str. 368, odluka broj 3236)" navedeno prema, D. Medić, H. Tajić, op. cit., fn. 11, str. 903.

⁴³ "Dobra vjera kao pretpostavka za korištenje zaštite koju pruža načelo povjerenja u zemljišne knjige treba da postoji u trenutku stavljanja zahtjeva za upis, a nije dovoljno da postoji samo u trenutku sklapanja pravnog posla na temelju kojega se traži upis. (Vrhovni sud RH, broj REV-1305/80 od 19. studenog 1980. godine)" navedeno prema, D. Medić, H. Tajić, op. cit., fn. 11, str. 904.

⁴⁴ U tom smislu: M. Pvlakić, op. cit., fn. 24, str. 119.

⁴⁵ Članak 56. stavak 3. ZSP FBiH glasi: *Brisovna se tužba može podići u rokovima u kojima se može ostvarivati osporavanje pravnog osnova upisa, ali se ne može podići ukoliko je savjesna treća osoba pouzdajući se u zemljišnu knjigu upisala svoje pravo.*

⁴⁶ Članak 52. stavak 2. ZSP FBiH.

⁴⁷ S. Mulabdić, 'Stjecanje prava vlasništva na nekretnini polazeći od načela povjerenja u istinitost i potpunost zemljišne knjige', 7-8 *Pravna misao* (2007) str. 31. na str. 42.

1. Ništavost ugovora

U slučajevima u kojima je utvrđivana ništavost raspologanja, polazilo se od odredaba obiteljskih zakona kojima je dat karakter imovine koja čini bračnu stečevinu, zatim temeljnog načela stvarnog prava prema kojemu nitko na drugoga ne može prenijeti više prava nego što ih sam ima i odredba Zakona o obveznim odnosima o ništavosti ugovora.⁴⁸ Izvršeni upisi u zemljišnim knjigama nisu smatrani relevantnim za ocjenu valjanosti raspologanja, a savjesnost stjecatelja preširoko je tumačena.⁴⁹

Čini se da je to najbolje izraženo u praksi Vrhovnog suda FBiH, prema kojoj glede primjene članka 265. ranijeg OZFBiH i članka 103. stavak 1. ZOO, Vrhovni sud FBiH smatra da “u slučaju kada jedan bračni drug bez pristanka drugog bračnog druga raspolaže stvarima iz zajedničke imovine, a radi se o raspologanju izvan granica redovitog raspologanja, pravni posao kojim je raspologanje poduzeto je ništav u smislu odredbe članka 103. stavak 1. ZOO, jer je sklopljen protivno kongentnoj pravnoj normi iz članka 265. Obiteljskog zakona FBiH”.⁵⁰ Također, značajno je i stajalište Vrhovnog suda da “sudionik u zajedničkom vlasništvu ne može raspologati ni s jednim dijelom zajedničke stvari bez suglasnosti ostalih nositelja prava zajedničkog vlasništva, već samo ima pravo da tu zajednicu pretvori u suvlasničku zajednicu, a nakon toga zahtijeva i diobu, uz pravo da samostalno raspolaže svojim suvlasničkim dijelom”.⁵¹ Dosljedna primjena navedene prakse nastavljena je i kada je u pitanju valjanost raspologanja bračnom stečevinom koja se smatra suvlasništvom, i to na način da je raspologanje jednog bračnog partnera smatrano samo djelomično ništavim i to u pogledu polovine idealnog dijela.⁵² Navedeno pravno shvaćanje, o ništavosti ugovora kojima je

izvršeno jednostrano raspologanje bračnom stečevinom, primjetno je u usporednom pravu u Republici Hrvatskoj. Prema stajalištu Ustavnog suda u Republici Hrvatskoj takvi ugovori smatrani su ništavim.^{53,54} Također, smatrano je da u odnosu između načela da *nitko na drugog ne može prenijeti više prava nego što ga sam ima*, kao općeg pravnog načela i načela povjerenja u zemljišne knjige, prednost treba dati prvom načelu.⁵⁵

Također, i Ustavni sud je u svojoj ranijoj praksi prihvaćao obrazloženja redovitih sudova kojima je u pogledu pitanja jednostranog raspologanja bračnom stečevinom pristupano isključivo s aspekta ocjene ništavosti ugovora. Tako, Ustavni sud je istakao da se ne može zaključiti da je primjena relevantnih zakonskih odredaba bila proizvoljna ili neprihvatljiva sama po sebi u predmetu u kojemu je Vrhovni sud FBiH, pozivanjem na članak 265. stavak 2. ranijeg Obiteljskog zakona FBiH, utvrdio da pravna radnja kojom je suprug tužiteljice bez njezine suglasnosti založnim pravom opteretio nekretnine koje predstavljaju bračnu stečevinu, ne proizvodi pravno dejstvo.⁵⁶ Pored toga, Ustavni sud⁵⁷ nije smatrao proizvoljnim obrazloženje

⁴⁸ Članak 103. stavak 1. Zakona o obligacijskim odnosima (“Službeni list SFRJ”, br. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, “Službeni list RBiH”, br. 2/92, 13/93, 13/94 i “Službene novine FBiH”, br. 29/03 i 42/11).

⁴⁹ “Ne može se pozvati na načelo istinitosti upisa u zemljišnu knjigu osoba koja nije provjerila izvanknjižno stanje (Vrhovni sud Hrvatske broj Gž/3876/73 od 6. rujna 1974. godine)” navedeno prema, D. Medić, H. Tajić, op. cit., fn. 11, str. 901.

⁵⁰ Vrhovni sud FBiH broj 65 0 P 049691 12 Rev od 29. kolovoza 2013. godine, broj 1-2, *Bilten sudske prakse Vrhovnog suda FBiH* (2013), sentenca 61. na str. 49. Također značajan je stav Kantonalnog suda u Sarajevu “Shodno članku 265. Porodičnog zakona, ništav je u potpunosti ugovor kojim jedan od bračnih drugova, bez suglasnosti drugog, prodaje stvar koja je zajednička imovina bračnih drugova” (Pravni stav Kantonalnog suda u Sarajevu, *Bilten sudske prakse Kantonalnog suda u Sarajevu* 1/2002).

⁵¹ Vrhovni sud FBiH broj 070-0-Rev-08-001162 od 18. ožujka 2010. godine, u *Bilten sudske prakse Vrhovnog suda FBiH* (broj 1, 2010), sentenca 17, str. 20.

⁵² *U slučaju da je jedan bračni drug raspologao zajedničkom imovinom bez suglasnosti drugog bračnog druga ugovor o doživotnom izdržavanju nije ništav u dijelu u kome je taj bračni drug raspologao svojim dijelom.* (Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 2251/04 od 4. studenog 2004. godine).

⁵³ “Prema odredbi članka 277. ZBPO, imovina koju su bračni drugovi stekli radom za vrijeme trajanja bračne zajednice ili potječe iz te imovine njihova je zajednička imovina. Uporište za tvrdnju da je ugovor o prodaji nekretnine sklopljen između B. F. i podnositelja ništav, sudovi nalaze u odredbama članka 283. ZBPO i članka 103. stavka 1. ZOO-a. Odredbom članka 283. stavka 1. ZBPO propisano je da zajedničkom imovinom bračni drugovi raspolažu sporazumno, dok je stavkom 2. istog članka propisano da svojim udjelom u zajedničkoj imovini jedan bračni drug ne može samostalno raspologati niti ga opteretiti pravnim poslom među živima. Prema odredbi članka 103. stavka 1. ZOO-a, ugovor koji je protivan Ustavu Republike Hrvatske, prisilnim propisima te moralu društva ništav je ako cilj povrijeđenog pravila ne upućuje na neku drugu sankciju ili ako zakon u određenom slučaju ne propisuje što drugo. Polazeći od činjeničnog stanja utvrđenog u parničnom postupku, kao i navedenih zakonskih odredaba, Ustavni sud je utvrdio da su sudovi, usvojivši tužbeni zahtjev tužiteljice, postupili sukladno mjerodavnim propisima.” V. odluka Ustavnog suda RH broj: U-III-493/2002 od 13. listopada 2004. godine, sažetak preuzet sa: <http://www.iusinfo.hr/DailyContent/Topical.aspx?id=10643> 14. ožujka 2017. godine.

⁵⁴ O kritikama navedenih odluka vidjeti, u M. Appio Junio, “Pravna priroda bračne stečevine i učinci jednostranog raspologanja”, 6/09 *Pravo i porezi* (2009) str. 25 na str. 25.

⁵⁵ Vidjeti odluku Ustavnog suda RH broj U-III-821/2007 od 18. lipnja 2008. godine, dostupna na internetskoj stranici <https://www.usud.hr/>

⁵⁶ Vidjeti, Ustavni sud, broj AP-2000/09 od 26. siječnja 2012. godine. U tome predmetu, apelantica (UniCredit Bank d.d. Mostar) osporavala je odluke redovitih sudova u postupku u kojem je utvrđeno da je tužena dokazala da založene nekretnine čine zajedničku bračnu imovinu u pogledu kojih ima 1/2 dijela, a da nije sudjelovala u postupku zasnivanja založnog prava (hipoteke), koji je proveo njezin suprug, kao založni dužnik, i apelantica, kao založni povjeritelj.

⁵⁷ Ustavni sud, broj AP 3394/12 od 16. rujna 2015. godine.

Vrhovnog suda RS u predmetu u kojemu je odlukama redovitih sudova udovoljeno tužbenom zahtjevu tužiteljice i utvrđena ništavost sporazuma o zasnivanju založnog prava između apelantice (Nove banke a.d. Banjaluka) i tužiteljčinog preminulog supruga. U spomenutom predmetu, Vrhovni sud RS istakao je da je tužiteljica ishodila pravomoćnu presudu kojom je utvrđeno da su predmetne nekretnine (koje su opterećene založnim pravom) bračna stečevina, te da su sporazumi o zasnivanju založnog prava na nekretninama između tužiteljčinog preminulog supruga i apelanta zaključeni protivno odredbi članka 265. Obiteljskog zakona. Dalje, Vrhovni sud RS zaključio je da je "(...) sadržaj ove norme prinudnog karaktera čiju primjenu stranke (u vrijeme važenja ranijeg zakona) nisu mogle isključiti, odnosno promijeniti, zbog čega je, sukladno članku 103. ZOO, utvrdio ništavost sporazuma o zasnivanju založnog prava, koji su zaključeni protivno prinudnim propisima..."

Iz naprijed navedenih odluka može se zaključiti da je i Ustavni sud podržavao dugogodišnju praksu redovitih sudova kojom je utvrđivana ništavost jednostranog raspolaganja upisanog bračnog partnera. Međutim, bitno je naglasiti da je u oba navedena slučaja dolazilo do raspolaganja bračnom stečevinom koja je predstavljala zajedničko vlasništvo i u kojima je založno pravo zasnovano u vrijeme kada načelo povjerenja u zemljišnim knjigama nije bilo izričito propisano, niti je u praksi tome načelu davan naročiti značaj. Takvu praksu Ustavnog suda treba shvaćati u kontekstu njegove specifične nadležnosti razmatrati u svezi s pitanjima o kojima Ustavni sud odlučuje kada razmatra odluke iz apelacijske nadležnosti.⁵⁸ Stoga, s toga aspekta, stavovima Ustavnoga suda ne mogu se istaći opravdani prigovori, jer se u tim slučajevima, kod nedostatka izričitih propisa, teško može govoriti o proizvoljnosti.

Međutim, unatoč tome, smatramo da je uspostavljena dugogodišnja praksa redovitih sudova u raskoraku s temeljnim načelima građanskog prava. Kao prvo, valjanost odnosno nevaljanost pravnog posla jasno je definirana pravna kategorija koja povlači ozbiljne

posljedice u pravnom prometu. Razlozi za nevaljanost, tj. neučinkovitost pravnog posla svedeni su na teške povrede pravnog poretka koje iziskuju takvu intervenciju da se u očima zakonodavca pravni učinci posla ne mogu priznati.⁵⁹ Drugo, činjenica da se u konkretnom slučaju radi o zakonskoj pretpostavci, ne bi trebala imati jaču pravnu snagu od stjecanja na temelju pravnog posla. Jer ako se stjecanje prava na nepokretnostima putem pravnog posla, prema ZOVO-u i ZOSPO-u, temeljilo na upisu u zemljišnim knjigama, onda je upisu u zemljišnim knjigama trebao biti dat takav značaj koji bi osigurao realne mogućnosti da će do stjecanja i doći unatoč vanknjižnom stanju. Dakle, nepokretna imovina, u formi suvlasništva odnosno zajedničkog vlasništva bračnih partnera, prema trećim osobama trebala je imati takav karakter samo ukoliko je bila prethodno upisana u zemljišnim knjigama, pa okolnost da je ona suvlasništvo u internim odnosima bračnih partnera i na temelju zakonske pretpostavke, u pravnom prometu ne bi trebala značiti ništa.

Također, nevaljanost ugovora posljedica je nedostataka koji se tiču ugovornih stranaka, a ne trećih osoba, zbog relativnog djelovanja obveznih odnosa.⁶⁰ Međutim, bez obzira na navedeno, redoviti sudovi često nisu ni razmatrali pitanje savjesnosti stjecatelja i savjesnosti onoga bračnog partnera koji zahtijeva zaštitu svojih prava u takvim slučajevima, već su u obrazloženju osporenih odluka davali prednost načelu da nitko na drugoga ne može prenijeti više prava nego što ih sam ima. Zanimljivo je da je ZOVO savjesnost nositelja (stvarnog prava) propisivao kao uvjet za stjecanje prava vlasništva na nekretninama, a savjesnost stjecatelja pretpostavljao.⁶¹ S druge strane, čak i kada je dolazilo do razmatranja savjesnosti stjecatelja, sudska praksa je slijedeći svoju dugogodišnju praksu, zanemarivala da je upravo ocjena savjesnosti treće osobe usko povezana sa sigurnošću u pravni promet, zahtijevala istraživanje kako zemljišnoknjižnog tako i izvanknjižnog stanja nekretnine, što je dovelo do potpunog negiranja⁶² načela zemljišnih knjiga.⁶³ Stoga, navedeno rješenje se teško može prihvatiti kao opravdano.

⁵⁸ U svojim odlukama, Ustavni sud konstantno ukazuje da nije njegov zadatak preispitivanje zaključaka redovnih sudova u pogledu činjeničnog stanja i primjene prava i da nije nadležan da supstituiru redovne sudove u procjeni činjenica i dokaza, već je općenito zadatak redovnih sudova da ocijene činjenice i dokaze koje su izveli. Zadatak Ustavnog suda je da ispita je li eventualno došlo do povrede ili zanemarivanja ustavnih prava (pravo na pravično suđenje, pravo na pristup sudu, pravo na djelotvoran pravni lijek i dr.), te da li je primjena zakona bila, eventualno, proizvoljna ili diskriminacijska. Ustavni sud se dakle, prema navedenom stavku, može iznimno, kada ocijeni da je u određenom postupku redovni sud proizvoljno postupao kako u utvrđivanju činjenica, tako i u primjeni relevantnih pozitivno pravnih propisa, upustiti u ispitivanje načina na koji su nadležni sudovi utvrđivali činjenice i na tako utvrđene činjenice primijenili pozitivnopravne propise.

⁵⁹ H. Ernst, 'Oštećenje vjerovnika i bračna stečevina u novijoj ustavnosudskoj analizi', u *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, (Zagreb, 2012) str. 1323 na str. 1351.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ Članak 38. ZOVO.

⁶² "U jednoj odluci se kaže da zemljišne knjige ne treba apsolutizirati i savjesnost zasnivati samo na pouzdanju u zemljišne knjige (...) ne treba se držati načela fikcije njihove apsolutne točnosti, kada to demantira stvarnost." Rješenje VS Jugoslavije Rev. 315/73 od 26. prosinca 1973, ZSO, Beograd, 1976, Knjiga I, Sveska I, odl. br. 26., citirano prema M. Povelkić, loc. cit., fn. 20, str. 43.

⁶³ Vrhovni sud Jugoslavije, Rev-2736/65 od 24. kolovoza 1966, VSH, GŽ-1409/65 od 3. kolovoza 1965. godine, i Vrhovni sud Hrvatske, Rev – 1816, 89, od 1. ožujka 1990. godine, citirano prema I. Babić, etal, opet. cit., fn. 31, str. 284.

6. Preokret u praksi

U novijoj praksi Vrhovnog suda FBiH primjetne su odluke⁶⁴ u kojima je taj sud načelu povjerenja u zemljišne knjige dao značaj prioritarnog načela, i to u predmetima u kojima je do stjecanja stvarnih prava došlo prije primjene novog zemljišnoknjižnog i stvarnog prava Federacije BiH. Takvu praksu Vrhovnog suda FBiH prihvatio je i Ustavni sud prihvaćajući obrazloženje Vrhovnog suda FBiH koji je istakao da u slučaju kada se postavi pitanje primjene načela da nitko ne može na drugog prenijeti više prava nego što ih sâm ima, ili načela povjerenja u javne knjige, treba primijeniti načelo povjerenja u javne knjige.⁶⁵

Osim navedenih odluka, značajno je ukazati i na odluke Ustavnog suda u slučajevima u kojima je do stjecanja stvarnih prava na nekretninama došlo nakon stupanja na snagu Zakona o zemljišnim knjigama i u kojima je inzistirao na razmatranju pitanja stjecanja u dobroj vjeri. Tako, Ustavni sud je zaključio "(...) da je izvršni sud, propustivši da apelantičin prigovor sagleda u svjetlu prethodno navedenih odredaba relevantnih zakona, propustio dovesti činjenice konkretnog predmeta i navedene odredbe relevantnih zakona u svezu i sa člankom 9. Zakona o zemljišnim knjigama (...). Dakle, izvršni sud nije utvrdio je li tražitelj izvršenja postupao u dobroj vjeri prigodom zasnivanja založnog prava, je li mu moglo biti nepoznato da je zemljišna knjiga eventualno netočna s obzirom na to da apelantica tvrdi da je predmetna nekretnina bračna stečevina i da su i u vrijeme zasnivanja založnog prava izvršenik i apelantica bili u bračnoj zajednici, te je li tražitelju izvršenja, zbog grube nepažnje, ostao nepoznat podatak da je zemljišna knjiga eventualno netočna..."⁶⁶ Takva praksa je nastavljena i u odluci u kojoj Ustavni sud nije našao proizvoljnost u obrazloženjima pobijanih odluka u odnosu na apelantičine navode da predmetne nekretnine predstavljaju bračnu stečevinu apelantice i prvotuzenog, odnosno njihovu zajedničku imovinu kojom prvotuzeni nije mogao samostalno raspolagati. Ustavni sud je u navedenoj odluci primijetio da su redoviti sudovi "(...) uzimajući u obzir primjenu načela zaštite povjerenja u sadržaj zemljišne knjige, ocijenili da na valjanost stečenog prava vlasništva ne bi imalo utjecaja to što je prvotuzeni raspolagao zajedničkom imovinom bračnih partnera, smatrajući da u takvim slučajevima prednost treba dati

odredbama Zakona o vlasničkopравnim odnosima i Zakona o zemljišnim knjigama kao *lex specialis* (...)"⁶⁷

7. Posljednje značajne odluke

O odnosu načela povjerenja u zemljišne knjige i neuknjižene bračne stečevine, bitno je ukazati i na praksu izraženu u novije dvije odluke, u kojima je u prvoj bilo riječi o prodaji nekretnine koja je predstavljala bračnu stečevinu, a u drugoj je bilo riječ o zalaganju takve nekretnine. Tim odlukama je dat poseban značaj savjesnosti svih učesnika spornog pravnog odnosa koji nastaje povodom jednostranog raspolaganja bračnom stečevinom.

7.1 Slučaj I.

a) Činjenično stanje

U konkretnom slučaju,⁶⁸ tužiteljica je bila u braku s prvotuzenim od 1979. do 1986. godine kada je brak razveden, a rješenjem od 9. ožujka 1989. godine određena je privremena mjera zabrane otuđenja i opterećenja nekretnine na kojoj je kao vlasnik 1/1 bio upisan tužiteljčin bivši suprug, ali zabilježba privremene mjere zabrane otuđenja u javnim knjigama nije bila provedena. Prvotuzeni (tužiteljčin bivši suprug) zaključio je 22. ožujka 2002. godine ugovor o kupoprodaji nekretnina s drugotuzenim kao kupcem, koji je ovjeren kod Općinskog suda u Živnicama i proveden u zemljišnoj knjizi. Tužbom od 12. lipnja 2006. godine tužiteljica je između ostalog tražila utvrđenje ništavosti ugovora o kupoprodaji nekretnine.

b) Zaključci Vrhovnog suda FBiH i Ustavnog suda

Presudom Vrhovnog suda FBiH broj 33 0 P 000430 12 Rev od 1. listopada 2013. godine usvojena je revizija drugotuzenog, a prvostupanjska i drugostupanjska presuda⁶⁹ su preinačene na način da je apelantičin tužbeni zahtjev u cijelosti odbijen. Suprotno pravnom shvaćanju Općinskog suda u Živnicama i Kantonalnog suda u Tuzli, Vrhovni sud FBiH je u osporenoj odluci zauzeo pravni stav da činjenica

⁶⁴ Presuda VS FBiH broj 23 0 P 015197 12 Rev od 20. 12. 2012. objavljeno u *Bilten Vrhovnog suda Federacije BiH*, 1-2/2013, Odluka br. 21, i presuda Vrhovnog suda FBiH broj 53 0 P 006550 11 Rev od 14. 2. 2013., citirane prema M. Povolakić, loc. cit., fn. 20, str. 41.

⁶⁵ Više u odluci Ustavnog suda broj: AP 3738/12 od 8. prosinca 2015. godine.

⁶⁶ Vidjeti odluku Ustavnog suda broj AP-15/14 od 20. travnja 2016. godine, stavak 39.

⁶⁷ Vidjeti odluku Ustavnog suda broj AP 804/13 od 20. travnja 2016. godine, stavak 36.

⁶⁸ Vidjeti odluku Ustavnog suda broj AP 5010/13 od 15. rujna 2016. godine.

⁶⁹ Općinski i Kantonalni sud su glede primarnog tužbenog zahtjeva koji se ticao utvrđenja ništavosti spornog kupoprodajnog ugovora od 22. ožujka 2002. godine, zauzeli stav da je taj ugovor (djelomično) ništavan, odnosno da ne proizvodi pravna dejstva u smislu odredbi čl. 103. i 104. ZOO, budući da se u konkretnom slučaju radilo o zajedničkoj imovini koja predstavlja bračnu stečevinu prvotuzenog i tužiteljice, a s kojom imovinom je prvotuzeni raspolagao bez apelantičine suglasnosti, protivno odredbama članka 252. stavak 1. i članka 253. OZ, zaključujući s drugotuzenim sporni kupoprodajni ugovor. Na takvo utvrđenje Općinskog i Kantonalnog suda, nije bila od utjecaja savjesnost drugotuzenog pri kupovini sporne nekretnine, u kontekstu primjene načela povjerenja u zemljišne knjige, s obzirom na to da je po ocjeni navedenih sudova upis u zemljišne knjige oboriva pretpostavka i da se može dokazivati i suprotno.

da li sporna imovina predstavlja bračnu stečevinu apelantice i prvotuzenog nije mogla utjecati na utvrđenje ništavosti spornog kupoprodajnog ugovora (koji je zaključen prije tog utvrđenja) bez dokazane nesavjesnosti drugotuzenog kao kupca tih nekretnina. Kako u predmetnom parničnom postupku nije bila dokazana nesavjesnost drugotuzenog kao kupca, a imajući u vidu činjenicu da je prvotuzeni u zemljišnim knjigama bio upisan kao vlasnik i posjednik s 1/1 dijela kao i činjenicu da drugotuzeni nije mogao znati za postojanje prava apelantice na predmetnim nekretninama, Vrhovni sud je zaključio da sporni ugovor nije protivan propisima u smislu odredbe članka 103. ZOO, pa je upis prava vlasništva izvršen na osnovu valjanog pravnog posla i u skladu s odredbom članka 38. stavak 1. ZOVO. Prema ocjeni Vrhovnog suda FBiH, u vrijeme kada je zaključen sporni kupoprodajni ugovor (2002. godine) on nije bio protivan propisima u smislu odredbe članka 103. ZOO, jer u tom momentu nije bilo utvrđeno suvlasništvo (ili zajedničko vlasništvo) prvotuzenog i apelantice na predmetnim nekretninama, niti je moglo biti saznanja da su predmetne nekretnine bračna stečevina prvotuzenog i apelantice na osnovu upisa u javnim knjigama. Prvotuzeni je bio upisan kao vlasnik i posjednik s 1/1 dijela, a u javnim knjigama nije bila upisana ni bilo kakva zabilježba zabrane otuđenja ili opterećenja nekretnine, niti je dokazano da je na drugi način drugotuzeni mogao znati za postojanje prava apelantice na predmetnim nekretninama. Stoga, Vrhovni su FBiH smatra da je drugotuzeni upisom u javne knjige kupoprodajnog ugovora kao pravnog posla stekao pravo vlasništva, a kako nije dokazana njegova nesavjesnost kod sačinjavanja tog pravnog posla, to nije bilo osnova za utvrđenje da je zbog toga zaključio ništavan pravni posao u dijelu koji se odnosi na bračnu stečevinu apelantice i prvotuzenog.

U pogledu naprijed navedenog tumačenja Vrhovnog suda FBiH, Ustavni sud je zaključio da je navedeno obrazloženje Vrhovnog suda u skladu sa standardima prava na pravično suđenje, te da su apelantičini navodi neutemeljeni.

c) Značaj odluka Vrhovnog suda i Ustavnog suda

Značaj navedenih odluka ogleda se u činjenici da je nakon dugogodišnje suprotne prakse, zauzet pravni stav da je utvrđenje savjesnosti stjecatelja jedan od bitnih uvjeta za utvrđenje ništavosti kupoprodajnog ugovora. Ovo je naročito značajno jer je sporni kupoprodajni ugovor proveden 2002. godine, a Zakon o zemljišnim knjigama je stupio na snagu u 29. studenog 2003. godine. Stoga bi se u konkretnom slučaju moglo zaključiti da je došlo do zaokreta u pogledu poimanja upisa u zemljišnim knjigama na način kako je ono primjenjivano prije stupanja na snagu zakona o zemljišnim knjigama. Također, iz obrazloženja odluke Vrhovnog suda FBiH, koje je prihvatio i Ustavni sud, može se zaključiti da je Vrhovni sud navodeći da u trenutku upisa treće savjesne osobe nije bilo utvrđeno suvlasništvo (ili zajedničko vlasništvo) prvotuzenog i apelantice na

predmetnim nekretninama, niti je moglo biti saznanja da su predmetne nekretnine bračna stečevina prvotuzenog i apelantice na osnovu upisa u javnim knjigama, u suštini ukazivao da je upis bračne stečevine, odnosno upis prava vlasništva i u tome slučaju imao konstitutivno djelovanje. Pod pretpostavkom da je navedeni pravni odnos razmatran ranije, vrlo vjerojatno bi se pravni posao smatrao ništavim, a stjecatelj nesavjesnim jer nije istraživao izvanknjižno stanje.

7.2 Slučaj II.

a) Činjenično stanje

U konkretnom slučaju⁷⁰ riječ je parničnom postupku u okviru kojega se raspravljalo o pitanju utemeljenosti tužbenog zahtjeva apelantice koja je tražila da se utvrdi ništavost ugovora o zasnivanju hipoteke na nekretninama (od 23. srpnja 2007. godine), a koji je zaključen između njenog supruga kao prvotuzenog i drugotuzene (*Sparkasse Bank*).

b) Zaključci Vrhovnog suda FBiH i Ustavnog suda

Vrhovni sud FBiH je Presudom broj 46 0 P 010178 12 Rev od 19. studenog 2013. godine reviziju odbio. Vrhovni sud je istakao da je apelantica predmetne nekretnine stekla kao zajedničku imovinu na temelju stjecanja u bračnoj zajednici s tuženim još 11. rujna 1998. godine, da je prvotuzeni tom imovinom raspolagao 23. srpnja 2007. godine na način da je nekretnine opteretio hipotekom, a da je apelantica tužbu u ovoj pravnoj stvari podnijela 15. lipnja 2009. godine. Pošto se, u smislu odredaba članka 253. Obiteljskog zakona FBiH na bračnu stečevinu primjenjuju odredbe stvarnog i obveznog prava, Vrhovni sud FBiH je istakao da je zaključenju ugovora o hipoteci prethodio sporazum apelantice i prvotuzenog, kao bračnih partnera, o zalaganju predmetnih nekretnina, kojini je bio formalan, ali je u konkretnoj pravnoj stvari proizveo pravne učinke jer apelantičino znanje o podizanju kredita i njegovog osiguranja hipotekom na zajedničkoj imovini, uz sve njezino nepostupanje s ciljem upisa svoga suvlasničkog dijela na zajedničkoj bračnoj stečevini, predstavlja, u suštini, njezinu prešutnu suglasnost na zaključenje ugovora. S obzirom na to da je drugotuzena prigodom upisa hipoteke u zemljišne knjige postupala suglasno načelu povjerenja u zemljišne knjige, time je kao treća savjesna osoba stekla pravo zaloga na predmetnim nekretninama.⁷¹

⁷⁰ Vidjeti odluku Ustavnog suda broj AP-666/14 od 15. veljače 2017. godine.

⁷¹ Ovakav pristup čini se logičnijim. Prisutan je i u ranijim odlukama sudova u Republici Srbiji. "Kada bračni drug koji je uknjižen u zemljišnim knjigama kao isključivi vlasnik zajedničke nepokretnosti, zaključi ugovor o prodaji nepokretnosti ili neki drugi pravni postao, pretpostavka je da to čini uz suglasnost drugog bračnog druga, koja može biti izražena usmeno, a može biti dana i prešutno. No drugi bračni drug može dokazivati, da bračnom drugu nije dao suglasnost za zaključenje ugovora o prodaji nepokretnosti ili

Prilikom razmatranja navedene odluke, Ustavni sud je podsjećajući na svoju dosadašnju praksu, zatim načelo konstitutivnosti upisa i povjerenja u zemljišne knjige, te načelo *Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*, zaključio da se u svakom pojedinačnom slučaju, uzimajući u obzir osobite okolnosti svakog konkretnog slučaja, valjanost pravnog posla mora procjenjivati ovisno o ponašanju, savjesnosti i dobroj vjeri svih sudionika određenog pravnog posla, uključujući i bračnog druga koji (eventualno) nije bio sudionik toga odnosa. Stoga, Ustavni sud je primjenjujući navedeno stajalište na konkretan slučaj, zaključio da se utvrđivanje savjesnosti u pravnom prometu ne može ograničiti samo na drugotuženog kao savjesnog stjecatelja (je li postupao s povjerenjem u zemljišne knjige) već i na apelanticu koja nije iskoristila mogućnost da izvrši ispravak upisa u zemljišnim knjigama a koja joj je dana odredbom članka 252. stavak (3) Obiteljskog zakona.

neko drugog pravnog posla, pošto je došlo do poremećaja bračnih odnosa ili do razvoda braka, ili što on nije znao za zaključenje ugovora, odnosno drugog pravnog posla. U brojnim ugovorima o prodaji nepokretnosti kao ugovornici se pojavljuju osobe koje se nalaze u braku, a razmjerno je rijetka pojava da su oba bračna druga upisana u zemljišne knjige kao zajedničari. Iz toga bi proizlazilo da u ovim slučajevima neuknjiženi bračni drug može da napada ugovor zaključen bez njegove pismene suglasnosti. To bi imalo za posljedicu da se pravni promet ukoči i da se ozbiljno dovedene u pitanje načelo pravne sigurnosti. Ovo zato, jer iza neuknjiženog bračnog druga mogao bi se skrivati onaj bračni drug koji je nepokretnost prodao, pa pošto se iz nekog razloga predomislio, sada kroz tužbu neuknjiženog bračnog druga i u savezu sa njim ispoljava svoje nezadovoljstvo ugovorom i nastoji da postigne cilj koji inače, sam ne bi mogao da ostvari. Zbog toga je potrebno primijeniti pravila iz članka 325. stavak 1. ZBPO prema kojem bračni drugovi mogu ugovoriti da zajedničkom imovinom ili dijelom imovine upravlja i raspolaže jedan od njih kao i odredbe članka 12. ZOO kojom je propisano načelo savjesnosti i poštenja. Prema mišljenju VS kada se navedena pravila primjenjuju u redovnim prilikama, tj. dok bračna zajednica traje, smatra se da kada jedan bračni drug zaključuje ugovor o prodaji nepokretnosti ili poduzima neki drugi pravni posao čini to uz suglasnost drugog bračnog druga. Ta suglasnost može biti izražena usmeno a može biti dana i prešutno. U takvim situacijama ne traži se da jedan bračni drug da drugom punomoć za prodaju nepokretnosti u pismenoj formi. U skladu sa načelom savjesnosti i poštenja kupac koji se uvjerio da je prodavatelj upisan kao vlasnik u zemljišnim knjigama i koji je inače bio savjestan treba biti zaštićen. Stoga kada supružnici nisu razvedeni ne može se uzeti da neuknjiženi bračni drug nije znao za prodaju zajedničke nepokretnosti i nije se sa njom suglasio samo zbog činjenice što nije učestvovao direktno u zaključenju ugovora o prodaji. Naime, prvostupanjski sud je propustio da preciznije utvrdi da li je tužiteljica Z. znala i prešutno odobrila ugovor o prodaji koji je zaključio njen suprug D. (Vrhovni sud Srbije, broj: Rev-870/89 od 26. prosinca 1990. godine, *Sudska praksa*, broj 1991/10), navedeno prema, D. Medić, H. Tajić, op. cit., fn. 11, str. 172.

e) Značaj navedene odluke

Prije svega, zapažamo da navedena odluka daje slično obrazloženje kao i odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske, u kojoj je i Ustavni sud Republike Hrvatske također zaključio da će se u svakom pojedinačnom slučaju, uzimajući u obzir osobite okolnosti svakoga konkretnog slučaja, valjanost pravnog posla morati procjenjivati ovisno o ponašanju, savjesnosti i dobroj vjeri svih sudionika određenog pravnog odnosa, uključujući i bračnog druga koji (eventualno) nije bio sudionik tog odnosa.⁷²

Međutim, u pogledu takvog pravnog tumačenja u Bosni i Hercegovini moguće je prvenstveno ukazati na sporno prošireno tumačenje savjesnosti i u odnosu na oštećenog bračnog partnera, s obzirom na to da njegova savjesnost shodno rješenjima članka 9. Zakona o zemljišnim knjigama u tome trenutku nije bila relevantna. Na taj način se neopravdano pogoduje oštećenom bračnom partneru. Smatramo da se takvo stajalište može činiti opravdanim samo ukoliko će se primjenjivati na ranije slučajeve jednostranog raspolaganja prije stupanja na snagu zakona o zemljišnim knjigama, s obzirom na to da u tome slučaju ispitivanje savjesnosti svih učesnika jedino može dovesti do pravilnog rješavanja spornog pravnog odnosa. Dakle, čini se da takav stav predstavlja srednje rješenje, koje ipak u tom trenutku nije imalo uporište u pozitivnom zakonodavstvu. Savjesnost predstavlja srž načela povjerenja u zemljišnu knjigu i stoga će zaštitom savjesnosti istovremeno doći i do zaštite načela povjerenja u zemljišnu knjigu. Međutim, kod takvog odnosa ostaje otvoreno pitanje čija se savjesnost, odnosno dobra vjera pretpostavlja, odnosno tko je eventualnu nesavjesnost dužan dokazivati. Također, otvoreno je pitanje kako postupiti u slučaju kada se utvrdi da su i stjecatelj i oštećeni bračni drug savjesni (iako je to za bračnog druga teško opravdati uslijed nebrige za vlastitu imovinu).

Važno je ukazati ina to da je Ustavni sud u navedenoj odluci primijetio i da je "novim" zakonima o stvarnim pravima izričito propisana zaštita povjerenja i da stjecatelj nije dužan provjeravati izvanknjižno stanje prije pravnog posla, što znači i posjedovno stanje nekretnina koje će biti predmetom pravnog posla. Glede navedene konstatacije i prethodnih zaključaka Ustavnog suda prema kojima se u svakom pojedinačnom slučaju mora procjenjivati savjesnost svih sudionika određenog pravnog posla, nadati se da redoviti sudovi neće krenuti s praksom prema kojoj bi eventualna savjesnost na strani oštećenog bračnog partnera trebala imati značajnu ulogu i nakon promjene zakonodavstva.

⁷² Vidjeti odluku Ustavnog suda RH br. U-III-103/2008 od 14. lipnja 2011. godine, dostupna na internetskoj stranici <https://www.usud.hr/>

IV. Zaključak

U radu je analizirana evolucija zakonodavnih rješenja i odluka u praksi redovitih sudova kada je u pitanju bračna stečevina i načelo povjerenja u zemljišne knjige, od prvobitnih rješenja prema kojima je raspolaganje jednog bračnog partnera cjelokupnom ili dijelom bračne stečevine smatrano ništavim, ili je zahtijevano istraživanje izvan-knjižnog stanja, sve do posljednjih odluka kojima je savjesnost stjecatelja počela imati veoma važnu ulogu. Nakon što su redoviti sudovi izmijenili svoja stajališta, takva tumačenja je prihvatio i Ustavni sud te je u svojim odlukama i tumačenju spornog pravnog odnosa dao jednu novu dimenziju kroz djelovanje odluka Ustavnog suda.

Navedena praksa, izražena u posljednjim odlukama redovitih sudova i Ustavnog suda, u potpunosti se podržava, s obzirom na to da ide u prilog jačanju pravne sigurnosti i u pogledu pravnih odnosa koji su nastali prije započete transformacije stvarnog prava u Bosni i Hercegovini. Naime, njome se naglašava značajna uloga dobre vjere trećih savjesnih osoba koje nisu znali niti su mogle znati da je izvanknjižno stanje različito od onoga koje je upisano u zemljišnim knjigama. Na taj način istovremeno se daje poticaj i izvanknjižnim vlasnicima imovine koja ulazi u bračnu stečevinu da takvu svoju imovinu upišu i na taj način osiguraju njenu zaštitu. U prvom izdvojenom slučaju je upravo o tome bilo riječi.

U pogledu drugog slučaja, u analizu spornog odnosa dodatno je uključena ocjena savjesnosti svih učesnika spornog pravnog odnosa. Navedena ocjena može izazvati nedoumice ukoliko će se primjenjivati u širem kontekstu navedenog spornog pitanja, odnosno i u slučajevima u kojima je izričito propisana zaštita načela povjerenja u zemljišnim knjigama. To su sve pitanja koja svakako treba rješavati u budućoj pravnoj praksi. Ipak, za očekivati je da će se u svakom slučaju savjesnost stjecatelja pretpostavljati, i da će u cilju zaštite pravne sigurnosti, kao neodvojivog segmenta vladavine prave, buduće odluke redovitih sudova ići u korist načela povjerenja u zemljišne knjige.

Franjo Dragičević

Die Verfügung über Gegenstände der Errungenschaftsgemeinschaft und der Grundsatz des Vertrauensschutzes in das Grundbuch in der Praxis des Verfassungsgerichts Bosnien und Herzegowinas

(Zusammenfassung)

Der Beitrag untersucht das Verhältnis der Errungenschaftsgemeinschaft als gesetzlicher Güterstand in Bosnien und Herzegowina zum Grundsatz des Vertrauensschutzes in das Grundbuch. Dazu wird einleitend festgestellt, dass der Vertrauensgrundsatz einen der wichtigsten Grundsätze des Grundbuchrechts darstellt. Dieser wurde jedoch bis zur Reform des Grundbuch- und des Sachenrechts in Bosnien und Herzegowina vernachlässigt. Zum besseren Verständnis der

späteren Ausführungen wird in der Arbeit zu Beginn eine komprimierte Darstellung der gesetzlichen Regelung dieses Grundsatzes gegeben. Dieser reicht vom Recht des ehemaligen Jugoslawiens bis zu den in Bosnien und Herzegowina durchgeführten Reformen. Außerdem wird ein Überblick über die einschlägigen Standpunkte der Rechtsprechung gegeben. Ebenfalls wird die Errungenschaftsgemeinschaft als gesetzlicher Güterstand dargestellt, wobei darauf hingewiesen wird, dass trotz zeitgemässer gesetzlicher Lösungen, die in Richtung eines gleichberechtigten Erwerbs durch beide Ehepartner gehen (der bereits seit den 1940er Jahren ein Merkmal des Familienrechts gewesen waren), in der Praxis in den meisten Fällen lediglich der Ehemann als ausschließlicher Eigentümer in das Grundbuch eingetragen wurde. So kamen zahlreiche Fälle von ungerechtfertigter Verfügung über Gegenstände aus der Errungenschaftsgemeinschaft seitens nur eines (des eingetragenen) Ehepartners vor die Gerichte. Dies führte zu einem Wettstreit von verschiedenen Grundsätzen: Dem Grundsatz des Vertrauens in das Grundbuch und den im Eherecht geltenden Grundsätzen, insbesondere dem Grundsatz, dass ein Vertrag durch den ungerechtfertigt über Gegenstände aus der Errungenschaftsgemeinschaft verfügt wird, nichtig ist.

Der Autor hebt hervor, dass mit der Stärkung der Rolle des Grundbuches im Rahmen des Transformationsprozesses in der Rechtsprechung und in der Lehre die Frage aufkam, ob bei einer einseitigen Verfügung über Gegenstände der Errungenschaftsgemeinschaft dem Vertrauensgrundsatz, oder aber dem Grundsatz, nach dem niemand mehr Rechte an einen anderen übertragen kann als ihm selbst zustehen, Vorrang gegeben werden sollte. Außerdem stellte sich die Frage, ob ein Erwerb aufgrund eines nichtigen Rechtsgeschäfts möglich sei.

In dem Beitrag werden Fälle der Verfügung über Immobilien, welche in die Errungenschaftsgemeinschaft fallen, analysiert, die im Rahmen der Appellationszuständigkeit vom Verfassungsgericht BuH entschieden wurden. Damit wird gleichzeitig auch ein Überblick der Entscheidungen ordentlicher Gerichte gegeben, die der Appellation vorangegangen sind.

Außerdem wird die Evolution der gesetzlichen Lösungen und der Rechtsprechung bezüglich der Errungenschaftsgemeinschaft und des Vertrauensschutzes in das Grundbuch beschrieben. Dies reicht von ursprünglichen Entscheidungen, nach denen die Verfügung eines Ehepartners über das gesamte Vermögen der Errungenschaftsgemeinschaft oder über einen Teil davon als nichtig angesehen wurde, über solche, die hierfür die Kenntnis der außerbücherlichen bzw. der faktischen Lage verlangen bis zu den neuesten Entscheidungen, in denen die Redlichkeit des Erwerbers eine wichtige Rolle einzunehmen beginnt. Es wird festgehalten und als positiv bewertet, dass es zu einem Wandel des Standpunktes der ordentlichen Gerichte und des Verfassungsgerichts gekommen ist, welche in den neueren Entscheidungen dem Vertrauensgrundsatz in das Grundbuch klaren Vorrang einräumen.

Franjo Dragičević

The disposal of marital property and the principle of trust in public land registries in the jurisdiction of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina

(Summary)

The principle of trust in public land registries is one of the basic and most important principles of landlaw, which were, however, neglected in Bosnia and Herzegovina prior to the reform of the land registrieslaw and property law. As an introductionthis paper contains a compressed overview of the legal regulation of this principle in the former SFRY, including the reforms implemented in B&H, as well as an overview of the stances taken in the case-law. The introductory part also shortly presents the marital property regime, which, since the end of the 1940's was characterised by modern legal solutions moving in the direction of equal acquisition by both spouses. Despite this, the author observes that a husband is usually entered as theexclusive owner in the land registers. The case-law considered numerous cases of unauthorised disposal of marital property solely by one spouse (entered in land registers), which led to the competition between two principles: the principle of trust in land registers and the principle on whichthe regulation of marital property is based, including, first and foremost, the nullity of an unauthorised contractual disposal of the entire marital property.

During the process of transformation, with the reinforced role of the land register, a question that has been constantly raised within the ambit of the case-law and judicial doctrineis whether, in the event of an unilateral disposal of marital property, priority should be given to the principle of trust, or to the principle that one cannot transfer more rights than one has and whether acquisition is possible on the basis of a null and void legal transaction.

The paper analyses the cases of disposal of real estate included in marital property, whichthe Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina decided within its appellate jurisdiction. Thatprovided, at the same time, the overview of the decisions of ordinary courts preceding the appeal.

The paper analyses the evolution of legislative solutions and decisions in the case-law of ordinary courts when it comes to marital property and the principle of trust in land registers, ranging from the initial solutions according to which the disposal of the entire or of a part of marital property by one spouse was considered to be null and void, or requiring the examination of non-registered status, all the way to the latest decisions according to which the acquirer's good faith started to play a rather important role. The paper notes and positively evaluates the change of stances of ordinary courts and of the Constitutional Court, which, in its more recent decisions, gave clear priority to the principle of trust in land registers.

Parlamentarni zakonodavni postupak u Bosni i Hercegovini, Crnoj Gori i Srbiji (II dio)*

Zsolt Szabó PhD, LL.M.

UDK: 342.53

4. Redovni zakonodavni postupak

4.1. Uvod

Zakonski postupak u svih pet parlamenata počinje podnošenjem prijedloga zakona od strane predlagača predsjedniku parlamenta, koji u svim parlamentima ima obavezu raspodijeliti ga članovima parlamenta što je prije moguće. U PSBiH, predsjednik prosljeđuje zakonski prijedlog "bez odgađanja" kolegiju dotičnog doma, koji ga predstavlja članovima parlamenta u roku od sedam dana. U Srbiji, prijedlog zakona se također prosljeđuje i ombudsmanu ili Narodnoj banci Srbije, u slučaju da regulira pitanja iz njihovog djelokruga. Kao sljedeći korak, počinje komisijski rad, nakon čega slijedi parlamentarna rasprava, bazirana na prijedlogu zakona i izvještaju komisije. Međutim, detalji postupka variraju u zavisnosti od toga postoji li drugi krug komisijskog rada i druga, eventualno treća plenarna faza.

Poslovnici postavljaju rokove za parlamentarnu raspravu u skladu s vremenom podnošenja nacрта. Bitno je ostaviti dovoljno vremena članovima parlamenta kako bi mogli pročitati i analizirati prijedloge zakona. Preuranjena rasprava ne bi ispoštovala autonomiju i ustavnu ulogu parlamenta. Nakon podnošenja prijedloga zakona, oni ne mogu biti stavljeni na dnevni red zasjedanja prije isteka roka od 15 dana (Srbija i Crna Gora) od njihovog podnošenja. U NSRS-u, članovi parlamenta će primiti prijedlog ne kasnije od deset, a u FBiH 20 dana prije zasjedanja na kojemu će prijedlog biti razmatran.

Jedinstvena pojava u PFBiH i NSRS je da načelno glasanje o nacrtu zakona na kraju opće rasprave prekida zakonodavni postupak. Zakonodavni postupak podijeljen je u dvije ključne faze, u kojima postoji distinkcija između pojmova *nacrt zakona* i *prijedlog zakona*. Postupak "nacrt zakona" uključuje prvo čitanje koje se naziva "faza nacrt", koje opet – na osnovu odluke parlamenta – može biti podijeljeno u dvije faze: opći postupak o neophodnosti i principima zakonodavstva, te postupak o pojedinostima

* Šira analiza koja obuhvaća sve zemlje Zapadnog Balkana (uključujući Albaniju, Kosovo i Makedoniju) dostupna je u *Jahrbuch für Ostrecht* (2/2015). Ovaj rad je izvadak iz tog članka. Izdavači i redakcija NPR se zahvaljuju časopisu *Jahrbuch für Ostrecht* i izdavaču C. H. Beck na dozvoli za štampanje ovog prijevoda.

točnih zakonskih rješenja. Parlament može prihvatiti sugestije kako bi razvio nacrt zakona, ili može uputiti nacrt u javnu ili stručnu raspravu, s tim da upućivanje nije obavezno. Nakon rasprave i glasanja o *nacrtu zakona*, predlagač ima mogućnost napraviti izmjene i ima dužnost podnijeti *prijedlog zakona* u roku od šest mjeseci. Ukoliko ovaj vremenski period istekne bez podnošenja prijedloga, nacrt ne može biti predat u daljnju raspravu, nego se smatra neusvojenim.

To znači kako se vlasništvo nad nacrtom zakona tada vraća s parlamenta na predlagača, koji ima dužnost razviti ga u skladu s općom raspravom i ročištima. Predlagač je i dužan izraditi drugu verziju nacrtu. U ovim parlamentima pravi se i terminološka razlika između "nacrtu" i "prijedloga", tako da prvi termin označava izvorni prijedlog zakona koji je podnesen parlamentu, dok drugi označava verziju razrađenu nakon glasanja i odobravanja prve verzije. Cilj ovoga očito je da predlagač ima priliku ponovno napisati svoj prijedlog zakona ukoliko ga argumenti parlamentarne rasprave ili javne i stručne rasprave uvjere u to. Međutim, često se dešava da nema značajnije razlike između nacrtu i prijedloga. Ovaj prekid može dovesti do velikih zastoja u postupku.

Ova podjela zakonodavnog postupka u dvije faze s različitim (iako međusobno povezanim) dokumentima koje treba usvojiti ima korijene u socijalističkom razdoblju. Poslovnik Skupštine Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije (čl. 120–155) također je pravio razliku između različitih faza na nekadašnjoj saveznoj razini Jugoslavije. Tada je bilo čak i više faza: tri naknadne faze, tj. "prijedlog za donošenje", "preliminarni nacrt zakona" i "konačni nacrt zakona". Ovi dokumenti drugačije su odražavali razvijene verzije istog zakonodavnog koncepta, od osnovice i koncepta do konačnog zakonskog teksta. Slična podjela postupka u dvije faze postojala je i u Makedoniji prema prethodnom poslovniku, koji je bio na snazi do 2008. godine. Zakonodavni postupak sastojao se od faze zvane *prijedlog za donošenje zakona* i druge faze nazvane *priprema nacrtu članaka zakona*.¹¹ Ta podjela je ukinuta i jedinstveni postupak koji se sastoji od tri čitanja je uveden novim pravilima 2008. godine.

Nakon komisijske pripremne faze, prva parlamentarna faza (načelna/opća debata) u pravilu uključuje raspravu o ustavnoj osnovi, razloge za donošenje zakona, usklađenost sa zakonodavstvom EU, i procjenu financijskog učinka. Druga plenarna faza je kada se razmatraju detalji predloženog propisa, kada se mogu uložiti i amandmani.

Druga faza postupka je ona u kojoj prijedloge amandmana mogu uložiti članovi parlamenta i ostali akteri. U većini parlamentarnih regija svi ovlaštene predlagači zakona i vlada mogu uložiti amandmane na bilo koji prijedlog zakona. U Srbiji, amandmani mogu biti uloženi od strane svih predlagača zakona ovlaštenih Ustavom, te od strane

nadležnih komisija. Ovo je vrlo širok spektar predlagača amandmana, koji uključuje i vanjske institucije. U PSBiH, također i klub, nenadležna komisija može to učiniti.

Pored unutrašnjih aktera, i vlada ima pravo uložiti amandmane čak i ako nije predlagač zakonskog prijedloga. Još jedna posebnost amandmana u četiri od pet parlamentarnata (jedina iznimka je PSBiH) je da će amandmani uloženi od strane predlagača, ili amandmani podržani od strane predlagača, biti smatrani sastavnim dijelom prijedloga zakona bez daljnjeg glasanja. Niti komisija, niti parlamentarno glasanje (odobrenje) nisu potrebni u slučaju takvih amandmana, oni postaju dio prijedloga zakona automatski, na osnovu komunikacije predlagača zakonskog prijedloga. To uzima prijedlog zakona iz ruku parlamenta: predlagač može utjecati na prijedlog zakona u tolikoj mjeri kao da je njegov tvorac.

U dvodomnim parlamentima, redosljed rasprave domova obično podiže važno pitanje. U PSBiH, obično Zastupnički dom prvi raspravlja zakonski prijedlog, nakon čega slijedi rasprava u Domu naroda, ali ovo nije izričito pravilo budući da nije regulirano Poslovnikom. Međutim, dom koji je drugi u redosljedu rasprava ne započinje diskusiju o rezultatu rasprave u prvom domu, nego se bavi izvornim prijedlogom zakona. Izuzetna odredba Ustava FBiH navodi da se od svakog doma očekuje da odobri ili odbije neophodne propise unutar "razumnog vremena" nakon njihovog potvrđivanja u drugom domu. Premijer ima nadležnost sazvati zajedničku konferenciju oba doma za deset dana ukoliko ocijeni da jedan od domova odugovlači dispoziciju tih propisa neopravdano, iako se čini kako se ovo dosad nikad nije desilo. Ne postoji ni precizan datum predviđen kao "razumno vrijeme".

4.2. Prva faza redovnog postupka – komisija

U gotovo svim parlamentima, zakonodavni postupak započinje s početnom komisijskom fazom. Većinom je tu nadležna/funkcionalna glavna komisija zadužena za prijedlog zakona, ali i druge komisije mogu zahtijevati da raspravljaju o njemu, te dati svoja mišljenja glavnoj komisiji. U PSBiH, dvije komisije uvijek se bave prijedlozima zakona: Ustavopravna komisija i jedna tematska komisija određena od strane Kolegija. Sastav komisija u pravilu odražava sastav parlamenta.

Za razliku od općeg pravila glavne komisije, u NSRS-u i SBD-u, o nacrtu zakona može raspravljati više komisija u isto vrijeme, te usto nema ni razlike u nadležnostima između ovih komisija; jednake su u pravima i nadležnostima. I ovdje postoji jedna vodeća komisija za nacrt zakona, ali radi se samo o tehničkoj kategoriji. Bilo koji predsjedavajući komisije može odlučiti da će o određenom nacrtu zakona raspravljati dotična komisija. Još jedna zanimljiva značajka je da neke komisije u PSBiH i NSRS-u također obuhvaćaju vanjske članove s punim pravima, uključujući i pravo glasa, što je prilično neobična pojava u demokratski izabranom parlamentu.

¹¹ Penev op. cit. str. 63. (vidi fusnotu 4.).

Što se tiče odgovornosti komisije, najčešće rješenje je imenovanje jedne komisije kao glavne ili odgovorne komisije, ali osim toga, u nekim parlamentima glavnu ulogu igra zakonodavna komisija. Ako prijedlog zakona dotiče obaveze državnog budžeta, prijedlog zakona će u pravilu biti razmatran i od strane komisije nadležne za budžet.

Komisijски izvještaj parlamentu u nekim zemljama priprema izvjestitelj, ali je općenito svugdje da on/ona predstavlja stavove komisije na sjednici parlamenta. Drugo rješenje odabrano je u NSRS: kao opće pravilo, izvjestitelj radnog tijela bit će predsjedavajući komisije, dok o pojedinim stavkama dnevnog reda radno tijelo također može imenovati člana.

Vlada bi trebala biti zastupljena na zasjedanjima parlamenta i komisijским sastancima, što je odredba koja se često zanemaruje u praksi. U nekim državama vlada ima obavezu dati pisanu izjavu o svom stavu po pitanju amandmana. Međutim, to ovdje nije slučaj.

Na osnovu početne komisijске rasprave, u svome izvještaju/mišljenju, komisije mogu predložiti parlamentu da prihvati ili odbije prijedlog zakona načelno, ili ga prihvati u izmijenjenoj i dopunjenoj formi. (U Crnoj Gori, komisije jedino mogu podržati amandmane koji su podržani i od strane predlagača.) Taj izvještaj/mišljenje komisije u pravilu nije obavezujuće za parlament. Ali ukoliko se parlament složi s negativnim mišljenjem komisije kako prijedlog zakona treba biti odbijen, postupak se završava. Ponekad se glasa samo o negativnim mišljenjima: ako crnogorski Zakonodavni odbor predloži da prijedlog zakona ne bi trebao biti usvojen (npr. zbog nepostojanja ustavnih razloga za njegovo usvajanje), parlament će odlučiti o tom pitanju bez rasprave, nakon dodatnog pojašnjenja od strane predlagača ili njegovog zastupnika ili zastupnika zakonodavne komisije. To znači kako je odluka o ustavnosti prijedloga zakona predmet čisto političke odluke. Ukoliko izvještaj/mišljenje komisije nije odobreno od strane parlamenta, predviđeno je dodatno razmatranje od strane komisije. Jedinствена pojava je situacija u NSRS gdje umjesto parlamenta, odgovorna komisija odlučuje o tome ispunjava li nacrt zakona uvjete za upućivanje u daljnju parlamentarnu proceduru. Ukoliko komisija utvrdi da uvjeti nisu ispunjeni, predaje ovo mišljenje predsjedniku skupštine, koji prenosi ovaj stav parlamentu, te se nakon toga prijedlog zakona briše iz dnevnog reda bez daljnjeg razmatranja ili glasanja. Parlament tako može biti lišen svoga prava na raspravu o prijedlogu zakona u početnoj fazi.

U pravilu postoji rok za komisije da predaju svoje izvještaje/mišljenja parlamentu. U Crnoj Gori, izvještaji nadležne komisije moraju biti dostavljeni članovima parlamenta najmanje 24 sata prije početka parlamentarne rasprave. Ovo je vrlo kratak vremenski rok, koji teško da pruža dovoljno vremena članovima parlamenta da temeljito prouče materijal. Rok za predaju komisijских izvještaja u Srbiji je dva do pet dana.

Rasprava u samim komisijama u pravilu se sastoji od dvije faze: načelne rasprave i detaljne rasprave. Detaljna rasprava će se održati o članovima prijedloga zakona na koje su uloženi amandmani te o amandmanima koji predlažu uvođenje novih odredbi. Poseban fenomen u Srbiji je to da amandmani na prijedloge zakona moraju biti podneseni u dosta ranoj fazi postupka, čak i prije opće rasprave u parlamentu (s mogućnošću drugog kruga amandmana u kasnijoj fazi). Ovaj pragmatički pristup ne uzima u obzir glavnu svrhu parlamentarnog funkcioniranja: temeljitu, glavnu raspravu. Ovi komisijски sastanci uglavnom se održavaju neposredno prije parlamentarne faze, često pod značajnim vremenskim pritiskom. Amandmani se moraju podnijeti i nadležna komisija o njima mora izvijestiti prije prve parlamentarne rasprave.¹² Situacija da su amandmani uloženi prije prve sveobuhvatne rasprave postavlja pitanje može li rasprava imati stvarno opravdanje, može li rezultirati poboljšanjem prijedloga zakona ukoliko nije moguće ulagati amandmane nakon nje. S druge strane, u PSBiH, najmanje osam dana mora proći od sastanka komisije do parlamentarne rasprave.

4.3. Druga faza – opća rasprava u parlamentu

Nakon prve pripremne faze u komisiji(ama), prijedlog zakona bit će stavljen na načelnu raspravu u parlamentu. Rasprava će uključivati diskusiju o ustavnim osnovama, razlozima za usvajanje zakona; njegovoj usklađenosti s EU zakonodavstvom i ratificiranim međunarodnim sporazumima; suština i učinci predloženih rješenja i procjena budžetskih sredstava potrebnih za provedbu zakona.

Opća parlamentarna rasprava u pravilu počinje predlagačevom uvodnom izjavom, zatim predstavnici (izvjestitelji) komisije(a) objasne stajalište komisije (u nekim parlamentima, na primjer u Crnoj Gori, i članovi komisije sa izdvojenim mišljenjima imaju priliku govoriti), a naposljetku parlamentarne grupe i pojedinačni članovi parlamenta imaju priliku predstaviti svoje mišljenje. Ukoliko predlagač nije vlada, i ona dobija priliku za govornicom. Na kraju, predlagač ima pravo da odgovori.

Radi učinkovitog i sadržajnog parlamentarnog rada, razumno je izbjeći zasjedanja komisija tijekom parlamentarnih sjednica. Međutim, to uglavnom nije isključeno poslovnici.

Crnogorski Poslovnik je jedinstven u smislu da regulira opći vremenski okvir za parlamentarne rasprave: opća i detaljna rasprava o prijedlogu zakona može trajati do šest sati, po tri sata za svaku od njih. Ipak, na prijedlog predsjednika Skupštine, kolegija ili parlamentarne grupe, parlament može odlučiti bez rasprave da vrijeme rasprave treba biti skraćeno ili produženo; odrediti kraće ili duže vrijeme za iznošenje stavova pojedinačnom sudioniku

¹² *Law drafting and legislative process in the Republic of Serbia: an assessment* (OSCE – ODIHR, 2011), str. 69.

rasprave; da govornica može biti ustupljena samo jednom, i da jedino određen broj zastupnika grupe parlamentaraca ili Vlade može govoriti u pojedinačnoj raspravi.

4.4. Ocjena zakonitosti i ustavnosti

Svi parlamenti imaju postupke za provjeru nacrtu zakona po pitanju ustavnosti i zakonitosti. To u pravilu obavlja parlamentarna komisija odgovorna za pravne i ustavne poslove, uz pomoć državnih službenika iz parlamentarne uprave.

U Srbiji, razmatranje svih zakonskih prijedloga od strane Zakonodavnog odbora je obavezno. Ovaj odbor razmatra prijedloge zakona kako bi ocijenio njihovu usklađenost sa Ustavom i pravnim sustavom, kao i pitanje jednoobrazne metodologije izrade propisa. Slično tome, u Crnoj Gori, razmatranje nacrtu zakona je obavezno za Odbor za ustavna pitanja i zakonodavstvo. Na Kosovu, Komisija za zakonodavstvo i sudstvo ima sličnu zadaću. Njena ispitivanja vrše se u tijeku druge komisijske faze. U sklopu PSBiH, oba doma imaju ustavnopravnu komisiju, sa sličnim zadaćama. One se moraju baviti svakim zakonskim prijedlogom u smislu ustavne i pravne ocjene. To implicira kako je ova ocjena duplicirana: vrši se dva puta, i dvije komisije bi mogle doći do različitih zaključaka. U sklopu PSBiH, oba doma imaju vlastitu ustavnopravnu komisiju. U NSRS-u, provjera ustavnosti i zakonitosti vrši se od strane Zakonodavnog odbora.

4.5. Određivanje dnevnog reda

Preduvjet zakonodavnog postupka je da predmetni prijedlog zakona bude uvršten u dnevni red, što ga čini predmetom rasprava i odluka parlamenata i komisija. Važno je vidjeti kako stavke mogu biti uvrštene u dnevni red i na koji način dnevni red može biti mijenjan. Detaljna pravila o ovom pitanju ne mogu se naći u svim parlamentima u regiji.

Na osnovu načela autonomije postupka, dnevni red se u pravilu potvrđuje u svim parlamentima na sjednici. Nacrt dnevnog reda treba biti poslan članovima parlamenta mnogo prije održavanja sjednice. Članovi parlamenta, komisije i vlada mogu predložiti amandmane na predloženi dnevni red, a u tom slučaju, parlament prvo glasa o tim prijedlozima pa tek onda o samom dnevnom redu, u pravilu bez rasprave. U PSBiH, širok spektar aktera može predložiti promjene prijedloga dnevnog reda: predsjednik, svaki član parlamenta, klub, radno tijelo, Vlada i njeni članovi, te čak i predsjednik i potpredsjednici Federacije također mogu, na sjednici, predložiti da određena pitanja budu uvrštena u dnevni red.

U PSBiH, međutim, u pravilu nema glasanja o odobravanju dnevnog reda: on će biti tretiran kao odobren ukoliko nisu predložene neke izmjene. U Crnoj Gori, predsjednik Skupštine može predložiti ukidanje određene stavke s dnevnog reda, o čemu odlučuje Skupština bez rasprave, a također se i dnevni red nakon promjene odobrava bez rasprave.

U NSRS-u i Srbiji, čak i tijekom odvijanja sjednice, moguće su prilagodbe dnevnog reda. U NSRS-u, jedino je moguće promijeniti redoslijed stavki na dnevnom redu od strane parlamenta, bez rasprave. Takva odluka zahtijeva suglasnost predlagača i barem trećine svih članova parlamenta. U Srbiji, kao zakoni u hitnoj proceduri (vidi infra), parlament, djelujući na osnovu obrazloženog prijedloga od strane predlagača, može odlučiti da povuče određenu stavku s dnevnog reda sjednice koja je u tijeku, prije početka rasprave na plenarnoj sjednici, pod uvjetom da je na sjednici prisutna većina od ukupnog broja članova parlamenta. U ova tri parlamenta također je moguće imati zajedničku, jedinstvenu raspravu o broju prijedloga zakona koji su međusobno povezani. Za nju je u pravilu dovoljno imati prijedlog od strane predsjednika ili predlagača. O prijedlozima zakona će se kasnije glasati odvojeno.

Bitna stvar je ima li oporba pravo uvrstiti zakonske prijedloge u dnevni red parlamenta. U Crnoj Gori, izvještaj EU naglasio je da su potrebna pojačana jamstva za nacrtu zakona predstavljene od strane oporbenih stranaka kako bi bili ispitani od strane parlamenta.¹³

U NSRS-u, predsjednik, Zakonodavni odbor i nadležno radno tijelo mogu predložiti odgodu rasprave o prijedlogu pravnog akta za sljedeće zasjedanje s ciljem osiguravanja detaljnijeg razmatranja uloženi amandmana. Prijedlozi će biti podneseni predsjedniku u pismenom obliku, najkasnije 24 sata prije početka zasjedanja.

U oba doma PSBiH, poslovnik sadrži kategoriju "obavezne stavke dnevnog reda". Stavka će se uvijek smatrati obaveznom ukoliko je tako zatraženo jednoglasnom odlukom komisije doma. Nacrti zakona te komisijski izvještaji također potpadaju u ovu kategoriju. Oni bi trebali biti uključeni u prijedlog dnevnog reda koji priprema kolegij. Obavezne stavke ne mogu biti izbačene iz dnevnog reda, u suprotnom članovi parlamenta i ovlaštene predlagači mogu zatražiti ukidanje neke neobavezne stavke s dnevnog reda i uvrštenje bilo koje nove stavke umjesto nje.

U svim parlamentima, predlagač u pravilu može povući prijedlog zakona iz postupka do okončanja rasprave u prvom čitanju/prije početka glasanja u drugom čitanju. To znači da je ta stavka izbačena iz dnevnog reda.

4.6. Treća faza – amandmani i detaljna rasprava

Nakon opće rasprave, parlament u pravilu odlučuje glasanjem može li prijedlog zakona biti uvršten u daljnje čitanje. Ako parlament odluči tako, zakonodavni postupak se nastavlja. Ako pak odluči kako prijedlog nije prihvatljiv i kako ne može biti uvršten u daljnje čitanje, postupak će biti obustavljen. Detaljne rasprave u pravilu će biti održane samo o onim članovima prijedloga zakona na koje su uloženi amandmani u ranijoj fazi i o amandmanima koji predlažu uvođenje novih odredbi.

¹³ Montenegro 2012 Progress Report (EU Commission).

Vremenski period između opće i detaljne rasprave je različit. U pravilu nije predviđena druga komisijska faza između opće i detaljne parlamentarne rasprave, ali je moguće da se komisije susretnu u ovoj fazi kako bi se došlo do amandmana. U PSBiH, amandmani se obično ulažu nakon opće rasprave (ako ih ima) i ispituju u drugoj, privremenoj komisijskoj fazi (ali je i dalje moguće uložiti amandmane na početku postupka).

Što se tiče roka za podnošenje amandmana, on je drugačiji u zavisnosti od parlamenta, ovisno o specifičnostima postupka. U Srbiji, amandmani na prijedloge zakona mogu se ulagati od samog početka postupka: počevši od dana prijema prijedloga zakona u parlament. Rok je tri dana prije datuma određenog za održavanje načelne rasprave na plenarnom zasjedanju, osim ukoliko je zasjedanje zakazano unutar kraćeg vremenskog roka. U tom slučaju, rok za podnošenje amandmana može biti čak i početak načelne rasprave. To teško da daje članovima parlamenta mogućnost da temeljito prouče i razmotre amandmane.

U Crnoj Gori, amandmani su mogući do završetka opće rasprave, ali predlagač i odgovorna komisija mogu podnositi amandmane sve do početka detaljne rasprave. U PSBiH, amandmani mogu biti podneseni osam dana (ZD) ili tri dana (DN) prije zasjedanja na kojem je predviđeno glasanje o njima (faza predlaganja).

Amandmani članova parlamenta u pravilu se mogu podnijeti od strane jednog ili više članova parlamenta zajedno. U Srbiji, podnositelj amandmana ne može uložiti više od jednog amandmana na isti član prijedloga zakona. Amandmani bi trebali sadržavati, osim dotičnog zakonskog prijedloga i njegovog člana, i ustavnu osnovu (ZD) za podnošenje amandmana, predloženu odredbu s pojašnjenjem, i naposljetku, procjenu utjecaja na budžetske resurse. Ukoliko amandman dotiče odredbe koje zahtijevaju finansijska sredstva, pokretač amandmana bi u pravilu trebao naznačiti moguće izvore koji bi osigurali ta sredstva.

Postoji samo nekoliko odredbi o odbijanju amandmana. Jedino srbijanski Poslovnik sadrži ovu mogućnost: nadležna komisija bi trebala odbaciti amandmane koji su nepotpuni i sadrže uvredljiv jezik, te podnijeti izvještaj parlamentu. Odbijeni i nepravodobno podneseni amandmani ne mogu biti predmet rasprave te se o njima ne može glasati. Tematska/odgovorna komisija u pravilu ima dužnost raspraviti amandmane i pripremiti izvještaj parlamentu u određenom roku.

Drugo čitanje u PSBiH također počinje s drugom komisijskom fazom u odgovornoj komisiji. Nakon isteka roka za amandmane, odgovorna komisija razmatra zakonski prijedlog i amandmane u drugom čitanju, te naposljetku glasa o njima. Amandmani koje komisija prihvati pravno postaju sastavni dio zakonskog prijedloga, bez potrebe za daljnjom potvrdom od strane parlamenta. Međutim, izrada ažuriranog teksta nije predviđena Poslovníkom.

Odgovorna komisija u PSBiH podnosi svoj izvještaj u roku od dvadeset dana na zasjedanju doma, koji nastavlja s raspravom o zakonskom prijedlogu u drugom čitanju. U ovoj fazi, parlament raspravlja prijedlog s usvojenim amandmanima, potencijalno obnovljenim amandmanima (koji su prethodno odbijeni na sjednici komisije ali predlagač član parlamenta je zatražio da parlament odluči o njima), i potencijalno novim amandmanima. Ti novi amandmani, međutim, mogu biti podneseni u samo dva slučaja: ukoliko dotiču nove aspekte ili ukoliko teže uskladiti dva ili više prijedloga koji su u fazi rasprave.

U Crnoj Gori, ako parlament usvoji prijedlog zakona u općoj, prije negoli prijeđe na detaljnu raspravu, predsjednik će pozvati nadležne komisije da dodatno razmotre prijedlog zakona i uložene amandmane, te predaju mjerodavni izvještaj u roku od najviše dva dana. Detaljna rasprava može uslijediti odmah nakon opće rasprave jedino pod određenim uvjetima: u općoj raspravi nije bilo neslaganja oko ustavnih osnova ili potrebe za usvajanjem zakona, nije bilo amandmana uložениh na prijedlog zakona ili su uloženi amandmani bili prihvaćeni od strane predlagača.

U situacijama gdje komisijska faza nije neophodna nakon opće rasprave, sljedeći izravni korak je detaljna rasprava na zasjedanju, s fokusom na amandmane. U ovoj detaljnoj raspravi ili drugom čitanju, moguće je raspravljati samo one članke koji su pretrpjeli izmjene i dopune u komisiji, a novi amandmani u pravilu mogu biti ulagani samo na ove članke. Detaljna rasprava u pravilu počinje izvjestiteljevom prezentacijom izvještaja odgovorne komisije. Nakon rasprave o izvještaju, nastavlja se osvrtnom na amandmane predložene od strane odgovorne komisije i eventualno od strane drugih komisija, a osim članova parlamenta i predlagač može predstaviti svoje mišljenje za govornicom. U PSBiH, u slučaju neodobravanja od strane komisije, predlagač amandmana ima pravo predstaviti ga na parlamentarnom zasjedanju.

U Crnoj Gori, pojam "čitanja" uključuje ili komisijsku ili parlamentarnu fazu. Nakon drugog kruga rasprave u komisijama i podnošenja izvještaja o tome, parlament će nastaviti s "trećim čitanjem", drugom parlamentarnom fazom, detaljnom raspravom o prijedlogu zakona, što uključuje raspravu o podnesenim ali ne i pomirenim amandmanima i stavovima i prijedlozima komisija.

Kako bi se pokrenula parlamentarna detaljna rasprava u Srbiji, mora proteći najmanje 24 sata od završetka načelne rasprave. Tijekom ovog razdoblja, jedino nadležna komisija može ulagati amandmane na prijedlog zakona. Međutim, na osnovu jednostavne parlamentarne odluke, detaljna rasprava može uslijediti odmah nakon okončanja načelne rasprave. Ovaj alat često se koristi u praksi kako bi se ubrzao cijeli postupak – parlament stoga razmatra prijedlog zakona u objedinjenoj raspravi, koja je tehnički podijeljena u načelnu raspravu i detaljnu raspravu. U srbijanskoj detaljnoj raspravi, čelnici parlamentarnih grupa imaju po 15 minuta, svaki predlagač amandmana

ima pravo govoriti dvije minute, dok ukupno trajanje ovog dijela rasprave ne može biti duže od deset sati. Predlagač također može govoriti o amandmanu drugih članova parlamenta u trajanju do dvije minute, a ovaj dio rasprave ne može biti duži od tri sata.

Predlagač zakonskog prijedloga ima važne zadaće u tijeku cijelog postupka: mora razmotriti amandmane prije sjednice. U slučaju da ona nije predlagač, vlada također može dostaviti mišljenje o uložnim amandmanima. U PSBiH, vlada samo daje usmenu izjavu o sjednici komisije, ne postoji obaveza za objavljivanjem te izjave u pisanom obliku.

Nakon što su mišljenja izražena, a prijedlog zakona načelno odobren, parlament će glasati o amandmanima, ili pojedinačno ili u zajedničkom paketu. Međutim, u Srbiji, Crnoj Gori, PFBiH i NSRS-u, amandman koji je prihvaćen od strane predlagača i nadležne komisije automatski će postati dio prijedloga zakona i neće biti predmetom posebne rasprave i glasanja u parlamentu. Ovo pravilo omogućuje visok stupanj utjecaja vanjskih aktera na unutarparlamentarne stvari, te lišava članove parlamenta mogućnosti da naznače svoju zabrinutost u pogledu amandmana tako što će ga odbiti; nije nezamislivo da bi ovo mogao biti značajan broj zastupnika, ili možda čak i većina njih.¹⁴

U svrhu dobrog zakonodavstva, razumno je pripremiti izmijenjenu verziju zakonskog prijedloga u svim amandmanskim fazama postupka. Korektivne mjere također su moguće ukoliko je "ažurirana" verzija spremna i vidljiva, te ako članovi parlamenta mogu dati svoj glas o najaktualnijoj verziji u konačnom glasanju. Izmijenjena i dopunjena verzija prijedloga zakona mora biti pripremljena prije, a ne poslije konačnog glasanja. Bez takve privremene verzije proturječni amandmani mogu ostati u prijedlogu zakona, a pravna usklađenost konačnog prijedloga zakona ne može biti zajamčena. U većini zemalja regije, nakon glasanja o amandmanima, nije predviđen određeni vremenski rok za pregled konačnog teksta nacrtu kao rezultata uvedenih izmjena i dopuna. Ukoliko će tekst nacrtu zakona biti usvojen odmah nakon glasanja o amandmanima, članovima parlamenta je teško dati konačni glas o zakonu koji nisu ni vidjeli u konačnom obliku.

U Crnoj Gori se koristi izuzetno rješenje za problem pomirenja. Ukoliko postoji značajan broj uložnih, ali nepomirenih amandmana koji značajno mijenjaju sadržaj prijedloga zakona, ili je neophodno kreirati značajan broj amandmana kako bi se on poboljšao, parlament u Crnoj Gori može, na prijedlog relevantne komisije i uz suglasnost predlagača, odlučiti razmotriti prijedlog zakona kao "nacrt zakona". To znači kako se postupak vraća natrag na raniju fazu. Parlament će odlučiti o ovom prijedlogu prije no što prijeđe na detaljnu raspravu.

Opcionalno čitanje moguće je u PSBiH: ako parlament ustanovi kako su usvojeni amandmani rezultirali unutarnjom nedosljednošću ili kako sadrže pravne ili tipografske greške, amandmani ili članovi upućuju se nadležnoj komisiji koja će ih razmotriti i izmijeniti te zatim predložiti usklađeni tekst zakona. Ovaj postupak mogao bi se smatrati dodatnim postupkom čitanja koji je u osnovi isti kao i drugo čitanje. Usklađivanje teksta predviđeno je samo u ovom slučaju.

U PSBiH i PFBiH, nakon okončanja opisanog postupka u prvom od dva doma, identična procedura slijedi i u drugom domu, počevši od izvornog nacrtu zakona, a ne od teksta usvojenog od strane prvog doma. Zakonski prijedlog usvojen od strane jednog doma prosljeđuje se drugom domu (u PSBiH u roku od tri dana). Oba doma moraju usvojiti identične tekstove zakonskog prijedloga. Ukoliko to nije slučaj, zajednička komisija članova oba doma formira se radi usklađivanja teksta. Po okončanju rada, izvještaj zajedničke komisije o usklađivanju teksta mora biti usvojen od oba doma kako bi se zakonski prijedlog mogao smatrati usvojenim.

U drugoj fazi zakonodavnog postupka u PFBiH i NSRS, *nacrt zakona* transformira se u *prijedlog zakona*, članovi parlamenta i komisije mogu ulagati amandmane jedino u drugoj fazi. Rok u PSBiH je 24 sata prije početka dotične sjednice, što je prilično kratak vremenski period. Međutim, u praksi su amandmani mogući do zaključenja rasprave na zasjedanju, što ne omogućava održavanje temeljite rasprave o amandmanima u parlamentu. Poslovnik NSRS-e predviđa treći postupak čitanja kada je predloženo mnogo amandmana. Uz to, u izuzetnim slučajevima, kada je na predloženi tekst usvojen veliki broj amandmana, koji su takve prirode da bi značajno promijenili sadržaj predloženog teksta zakona, NSRS može odlučiti obavezati predlagača zakona da pripremi predloženi tekst zakona s uključenim usvojenim amandmanima i prosljedi ga ponovno na raspravu i usvajanje na sljedećoj sjednici.

4.7. Glasanja i naknadne zadaće

Nakon što su okončane plenarne rasprave, te nakon što su predstavljeni amandmani, nastupa faza odlučivanja. U pravilu članovi parlamenta prvo glasaju o amandmanima, potom o cijelom prijedlogu zakona. U gotovo svim parlamentima, glasanje o prijedlogu zakona odvojeno je od rasprave o njemu, i organizirano zajedno s drugim glasanjima. To pomaže političkim strankama da okupe neophodne većine zajedno. Opća pojava u regiji (uz neke izuzetke) je da se nakon glasanja o amandmanima, glasanje o prijedlogu zakona u cjelini održava odmah, ne ostavljajući nimalo vremena za pripremu izmijenjenog i dopunjenog prijedloga.

Potrebni kvorum za odlučivanje je u pravilu polovica od svih članova parlamenta u skoro svim državama regije: odluke se mogu donositi jedino ako je prisutna većina članova parlamenta. U NSRS-u, promjena Poslovnika iz

¹⁴ OSCE-ODIHR op. cit. str. 31. (vidi fusnotu 12).

2011. godine smanjila je kvorum potreban za donošenje propisa s 50% prisutnih poslanika na jednu trećinu.

U Srbiji, razne vrste glasanja o određenom prijedlogu zakona odvijaju se tijekom dana glasanja: glasanje o prijedlogu zakona u načelu, o amandmanima (ukoliko ih ima), i o prijedlogu zakona u cjelini. Ukoliko prijedlog zakona sadrži odredbe koje predviđaju retroaktivno djelovanje, parlament će glasati odvojeno o tome je li takvo djelovanje u općem interesu. Ako prijedlog zakona predviđa da zakon stupa na snagu manje od osam dana nakon objavljivanja, parlament će glasati odvojeno o tome postoje li posebno opravdani razlozi za to.

Čak i za vrijeme glasanja o detaljima, amandmani u pismenom obliku mogu se podnijeti u Srbiji, ali ovaj put samo od strane predlagača, nadležne komisije i vlade, uz ograničenje da je to moguće jedino u slučaju da je potreba za izmjenama i dopunama nastala radi prethodnog usvajanja nekog drugog amandmana. Ukoliko je izmjena i dopuna neophodna kako bi se provela pravna i tehnička revizija teksta prijedloga zakona, parlament obustavlja glasanje i traži od komisije za ustavna i zakonodavna pitanja da provede reviziju, te također traži od nadležne komisije da uskladi usvojene amandmane međusobno i s tekстом prijedloga zakona. U tom slučaju, komisija podnosi izvještaj parlamentu o neusklađenosti koja je nastala, zajedno s amandmanom kojim će ta neusklađenost biti riješena.

U Crnoj Gori, parlament odlučuje o amandmanima u skladu s redosljedom članova prijedloga zakona na koje se odnose. U slučaju da je podneseno više amandmana na isti član, amandman koji predlaže brisanje bit će rješavan prvi, a potom slijede amandmani podneseni od strane članova parlamenta, odgovorne komisije i vlade. Svi predloženi amandmani navedeni su u izvještaju funkcionalne komisije i o njima se glasa pojedinačno, u skladu s redosljedom u kojem su bili predstavljeni. Kada su predložena dva amandmana za isti član, a koji su isključivi jedan prema drugom, amandman koji dobije više glasova smatrat će se usvojenim.

U Srbiji, ukoliko je podneseno više amandmana na isti član, prvo glasanje će se obaviti o amandmanu koji predviđa brisanje odredbe tog člana, a zatim o amandmanu koji predlaže modifikacije cijelog člana.

Što se tiče konačnog glasanja, zakoni se obično smatraju usvojenim ako ih podrži većina članova koji su prisutni i glasaju (obična većina). Iznimka se radi u slučajevima kada ustav predviđa drugačije (kvalificirana većina). Kvalificirana većina u pravilu je dvije trećine članova parlamenta. Radna tijela (komisije) također u pravilu trebaju polovicu kvoruma i običnu većinu. Zakoni u pravilu imaju jednak hijerarhijski status u regiji bez obzira na postupke za njihovo donošenje.

U zemljama s kompleksnom etničkom strukturom postoje dodatni zahtjevi u postupku glasanja (etničko glasanje). Poslovník DN PSBiH navodi da će se smatrati da

kvorum postoji ukoliko je prisutno devet delegata (od ukupno 15), s tim da moraju biti prisutna najmanje tri bošnjačka, tri hrvatska i tri srpska delegata. U ZD PSBiH, dvadeset i dva zastupnika (od ukupno 42) čine kvorum, pod uvjetom da je prisutna minimalno trećina zastupnika iz svakog entiteta. Kvorum u zajedničkim komisijama PSBiH je sličan: sedam članova komisije čine kvorum za rad zajedničke komisije sve dok je najmanje pola od ukupnog broja članova zajedničke komisije iz oba doma prisutno i pod uvjetom da kvorum uključuje najmanje po jednog predstavnika iz svakog od konstitutivnih naroda u Domu naroda.

Zbog kompleksne etničke slike u zemlji, PSBiH također ima i kompleksna pravila glasanja (etničko glasanje). Delegati i zastupnici, u skladu s Poslovníkom, "maksimalno će nastojati da ta većina uključuje najmanje jednu trećinu glasova delegata ili zastupnika s teritorija svakog entiteta". Ukoliko to nije slučaj, čak i ako je pridobijena obična većina, predsjedavajući i njegovi zamjenici sastat će se kao komisija i pokušati osigurati suglasnost u roku od tri dana nakon glasanja. Ako to ne uspije, odluke se donose većinom glasova onih koji su prisutni i glasaju, pod uvjetom da glasovi "protiv" ne smiju sadržavati dvije trećine ili više glasova izaslanika ili zastupnika izabranih iz svakog entiteta. Ovi entitetski uvjeti za glasanje primjenjuju se u oba doma, ali se češće koriste u ZD-u. Stavka o obaveznom prisustvu jedne trećine parlamentaraca iz entiteta omogućuje predstavnicima iz jednog entiteta da blokiraju ili zadržavaju procedure na način da bojkotiraju sjednice. Entitetsko glasanje čini zakonodavni postupak nepredvidivim i nestabilnim.

U PFBiH, dva doma imaju različita pravila glasanja. Konačno glasanje o zakonskim prijedlozima i amandmanima zahtijeva većinu glasova ukupnog broja delegata u DN-u, što znači da samo većina prisutnih nije dovoljna. Zahtjev za većinu od ukupnog broja delegata znači da je neophodno osigurati visoku stopu prisustva na sjednicama kako bi se odluke mogle donositi. Međutim, usvajanje nacrtu zakona u prvom čitanju iziskuje samo većinu zastupnika *prisutnih* u ZD-u. DN glasa o svim zakonima i aktima prethodno razmatranim od strane ZD-a, ali u njihovoj originalnoj verziji nacrtu zakona, a ne u verziji usvojenoj od strane ZD-a. Tekstovi usvojeni od strane dva različita doma trebali bi biti isti. To znači da bi isti amandmani trebali biti usvojeni u oba doma, što zahtijeva blisku koordinaciju između dva doma. Ukoliko postoje neke razlike pokreće se proces usklađivanja, koji vrši zajednička komisija domova.

Za usvajanje zakona, Statut Brčko distrikta zahtijeva većinu od tri petine članova SBD-a. Dodatno, u nekim stvarima potreban je jedan ili više potvrđnih glasova iz svake etničke skupine, ovisno o broju poslanika iz jedne etničke skupine koji su prisutni. U određenim područjima poput obrazovanja, religije, planiranja, budžeta itd., mora postojati barem jedan potvrđni glas iz jedne etničke

skupine ukoliko je tri do pet članova te skupine prisutno, dva potvrdna glasa ukoliko je šest do osam članova prisutno itd.

Nakon konačnog glasanja, zakon će u pravilu biti potpisan od strane predsjednika (u PSBiH i PFBiH od strane oba predsjednika). Srbijanski Poslovnik navodi kako će tekstovi zakona, usvojeni na zasjedanju Narodne skupštine biti smatrani izvornicima zakona, te kako će pečat Narodne skupštine biti stavljen na izvornike zakona. Izvornici zakona čuvat će se u Narodnoj skupštini.

U roku od sedam dana od dana usvajanja, predsjednik NSRS-a upućuje zakonski prijedlog Vijeću naroda (uspostavljeno 2003. godine) u cilju ispitivanja moguće povrede vitalnog nacionalnog interesa jednog od konstitutivnih naroda. Kada Vijeće naroda obavijesti o odsutnosti te povrede, predsjednik NSRS prosljeđuje tekst predsjedniku RS na proglašenje. Predsjednik je ovlašten i da odbije proglašenje u određenim slučajevima.

U nekim parlamentima, zbog kompleksne etničke strukture države, potrebni su i višejezični propisi. Nakon usvajanja zakonskog prijedloga u oba doma PSBiH, prijevod na druge službene jezike vrši se nakon konačnog glasanja, u istoj fazi kada se tekstovi usvojenih amandmana ubacuju u usvojeni zakonski prijedlog. Kao što je viđeno ranije, ubacivanje amandmana u prijedlog vrši se nakon što je parlament donio odluku, što onemogućuje potencijalne popravke u slučaju usvajanja proturječnih amandmana.

Nakon okončanja parlamentarnog postupka, u pravilu je potreban akt vanjskog ustavnog faktora (predsjednika). Zakoni moraju biti objavljeni u službenom glasilu u svim zemljama kako bi postali važeći i kako bi stupili na snagu. U Srbiji, generalni sekretar skupštinskih službi će osigurati objavljivanje zakona, on ima zadaću da, u saradnji s predlagačem, izvrši popravku očitih tiskarskih i gramatičkih grešaka, kao i grešaka u numeriranju i pisanju imena, prije objavljivanja. Popravke su moguće i nakon objavljivanja: na osnovi izvornih tekstova zakona, generalni sekretar može donijeti ispravke grešaka u objavljenim tekstovima zakonskih akata.

Udio zakona usvojenih u ubrzanom postupku u periodu 2004–2013. (u odnosu na ukupan broj svih usvojenih zakona, izraženo u postocima)

	2004.	2005.	2006.	2007.	2008.	2009.	2010.	2011.	2012.	2013.
BiH	nedostup.	nedostup.	nedostup.	50	27	16	3	0	22	37
BiH – FBiH	nedostup.	nedostup.	nedostup.	85	64	68	65	36	41	38
BiH – RS	nedostup.	nedostup.	57	53	17	32	31	12	8	9
Crna Gora	-	-	-	-	-	-	6	13	28	15
Srbija	67	25	50	63	92	34	29	10	68	40

U Srbiji, opće je pravilo da zakoni stupaju na snagu osmog dana nakon objavljivanja. Razlozi za prijedloge koji traže da propisi stupe na snagu ranije trebaju biti ponuđeni u obrazloženju.

5. Hitni (izvanredni) postupci

5.1. Uvod

Kao i svaki parlament, zakonodavstva regije Zapadnog Balkana imaju mogućnosti za usvajanje propisa na brži način u opravdanim slučajevima, uključujući mogućnosti kao što su kraći vremenski periodi, manje rasprava, isključenje amandmana itd. U pravilu postoje dva glavna razloga u poslovnicima za ubrzavanje zakonodavnog postupka: prvi se opravdava pojednostavljuvanjem i uglavnom tehničkim sadržajem zakonskog prijedloga (ponekad se naziva “skraćeni postupak”), a drugi je hitnost bazirana na posebnom javnom ili državnom interesu za usvajanjem propisa u kraćem vremenskom periodu (“hitni” ili “izvanredni” postupci). Međutim, u praksi nije lako objektivno odlučiti da li neka od ovih okolnosti važi, a upotreba tih mogućnosti predmet je političke odluke.

Raširena upotreba izvanrednih postupaka je opća pojava u regiji, a kriteriji za korištenje ubrzanog načina nisu uvijek jasni, i mogu biti interpretirani subjektivno. Obrazloženje zahtjeva za hitnost zadaća je predlagača, zakonski prijedlog treba biti podnesen u isto vrijeme sa zahtjevom za hitni postupak. Odluka o korištenju hitnih postupaka donosi se na zasjedanju, u pravilu od strane predsjednika i bez rasprave.

Nasuprot često dugotrajnim postupcima (u nekim parlamentima u BiH, neki postupci traju daleko duže od godinu dana), hitni postupci donošenja zakona zaista su brzi i često se koriste. Bolje rješenje možda bi bilo imati fleksibilnije, brže redovne postupke, a u isto vrijeme ograničiti mogućnosti upotrebe hitnog zakonodavnog postupka. Ako redovni postupci odražavaju potrebu za bržim zakonodavstvom, potražnja za hitnim postupcima bila bi definitivno niža. Umjesto sporih postupaka sa širokim spektrom alata za ubrzavanje, potrebni su učinkoviti i brži postupci, s brzim rješavanjem koji su stvarno iznimka. Previše hitnih postupaka s manje transparentnosti i manje otvorenih rasprava također podriva demokratsko funkcioniranje parlamenata.

U Srbiji, udio zakona u ubrzanom postupku varira iz godine u godinu, ali njihov udio i dalje je visok: osim u jednoj godini (2011.), udio zakona usvojenih u hitnim postupcima nikad nije bio ispod 30% u posljednjih deset godina. Čak je u jednoj godini (2008.) 92% svih zakona usvojeno po hitnom postupku. Praksa usvajanja zakona po hitnom postupku se nastavila i to je imalo utjecaja na kvalitetu zakonodavstva. Hitni postupci koriste se često i za velike systemske propise. Već raširena upotreba hitnih postupaka, koji ograničavaju vrijeme za proučavanje nacрта zakona, dodatno se povećala 2014. godine, dijelom kako bi se nadoknadilo izgubljeno vrijeme zbog prijevremenih izbora. Ova praksa donošenja zakona po hitnom postupku i bez dovoljne javne rasprave kritizirana je i od strane unutarnjih i međunarodnih aktera.¹⁵

Udio zakona usvojenih po ubrzanom postupku u PFBiH također je jako visok: iznosio je čak 85% u 2007. godini, ali je od tada u stalnom padu. Međutim, još uvijek se više od trećine svih propisa usvaja na ubrzani način. To se može objasniti izrazito dugim trajanjem redovnog postupka, koji uglavnom premašuje godinu dana.

U Crnoj Gori, hitno donošenje propisa nije značajnija pojava, a moguće je od 2010. Udio hitno usvojenih zakona je nizak, ali tendencija pokazuje rast.

5.2. Hitni postupci u različitim parlamentima

U Srbiji i Crnoj Gori, općenito postoje dva glavna razloga za hitni postupak: pitanja koja proizlaze iz nepredviđenih okolnosti gdje bi kasnije usvajanje moglo dovesti do štetnih posljedica za ljudski život ili zdravlje i državnu sigurnost, i međunarodne (EU) obaveze uključujući usklađivanje s pravnom stečevinom EU.

U PSBiH, poslovnici u oba doma sadrže odredbe koje se tiču mogućnosti za razmatranjem prijedloga zakona nakon *skraćenog* ili *žurnog* zakonodavnog postupka. Faze skraćenog iste su kao i one kod redovnog postupka, osim što su postavljeni vremenski rokovi prepolovljeni. "Žurni" postupak u osnovi primjenjuje "uzmi ili ostavi" princip, tj. zakonski prijedlog može biti prihvaćen ili odbijen, bez mogućnosti izmjena i dopuna. Međutim, u praksi, konačna odluka nakon izvanrednih postupaka često zahtijeva više vremena nego u redovnom postupku, jer relevantni sudionici (oporba, predstavnici etničkih skupina) imaju dovoljno instrumenata za blokirati te postupke. Mogućnost usvajanja zakona u *skraćenom* ili *žurnom* postupku postoji i u SBD-u. Kada je zakon usvojen nakon žurnog postupka, nije moguće ulagati amandmane; ako je usvojen nakon skraćenog postupka, tada su svi rokovi prepolovljeni.

Pored *hitnog* postupka, Poslovnik PFBiH također predviđa i "skraćeni postupak" ako zakonski prijedlog nije "složen i obiman zakon". Ovi postupci počinju odmah od druge faze, faze "predlaganja" (također i u NSRS-u). Pored ovih mogućnosti, hitni postupak (Zastupnički

dom) ili žurni postupak (Dom naroda) mogući je u slučaju neodložne potrebe ili interesa Federacije. Uvjeti za ove postupke nisu dodatno elaborirani.

U postupku hitnog donošenja propisa, opći vremenski rokovi poslovnika u pravilu ne važe. U Srbiji i Makedoniji, amandmani su mogući čak i u hitnom postupku, te mogu biti podneseni kasnije nego inače: u Srbiji do početka parlamentarne rasprave, u Crnoj Gori do kraja rasprave. Ako parlament odluči razmotriti prijedlog zakona po hitnom postupku, odredit će relevantne komisije koje će se baviti prijedlogom zakona, te postaviti određene rokove ili datume za korake u postupku čak i za druge učesnike (vlada, amandmani itd.).

U NSRS-u, hitni postupak može biti pokrenut i od manjine na način da zahtjev podnese narodni poslanik čiji prijedlog podrži najmanje 15 poslanika, ili klub koji ima deset ili više članova, te klubovi koji imaju zajedno deset ili više poslanika.

Komisijaska faza u pravilu je također skraćena: u Crnoj Gori, parlament može odlučiti da se rasprava o prijedlogu zakona treba održati odmah, bez pisanog izvještaja komisije.

U Srbiji, Crnoj Gori i NSRS-u, minimalno "vrijeme čitanja" predviđeno poslovníkom u hitnim postupcima relativno je kratko: prijedlog zakona predložen za hitno odobrenje može biti stavljen na dnevni red sjednice ako je podnesen ne više od 24 sata prije zakazanog početka zasjedanja. Međutim, postoji mnogo izuzetaka od ovog pravila u Srbiji: prijedlozi zakona koji reguliraju obrambena i sigurnosna pitanja mogu biti stavljeni na dnevni red čak i ako su podneseni na dan zasjedanja, dva sata prije zakazanog početka. Štoviše, ako je prijedlog zakona predložen od strane vlade, može biti stavljen na dnevni red čak i ako je podnesen tijekom zasjedanja parlamenta, pod uvjetom da je na zasjedanju prisutno najmanje 126 poslanika (obična većina). Odluke o hitnim postupcima donose se bez rasprave, čak i tijekom zasjedanja, i moguće je odobrenje dnevnog reda. To znači da parlamentarna većina može koristiti hitne postupke u velikoj mjeri, bez ikakvih ograničenja.

6. Autentično tumačenje zakona

Mogućnost autentičnog tumačenja u prošlosti je bila dostupna u svim bivšim jugoslovenskim republikama. Ovaj postupak je uvjet iz socijalističkog perioda, gdje stroga podjela zakonodavnog i interpretativnog pravosuđa nije bila predviđena. Parlament, kao vrhovni organ narodnog predstavljanja, bio je ovlašten tumačiti vlastite zakone. Član 274 Poslovnika Savezne skupštine Jugoslavije iz 1970. godine također predviđa autentično tumačenje zakona.

Međutim, ovaj postupak bio je rijetko korišten u praksi u regiji. Parlamenti u pravilu odlučuju modificirati zakone ako su se pojavili problemi u primjeni umjesto izdavati autentično tumačenje. Stoga se više ne mogu

¹⁵ Serbia 2008, 2010 i 2014 Progress Reports (EU Commission).

pronaći razlozi za podržati tu mogućnost i postupak u demokratskim državama zasnovanim na diobi vlasti. Tumačenje zakona treba biti zadaća sudaca, a ne pravno obavezujućih političkih odluka parlamenta. Već se mogu vidjeti znakovi povlačenja ovog postupka u regiji: postupak autentičnog tumačenja u Crnoj Gori izbrisan je iz Poslovnika 2010.

S druge strane, u Srbiji i parlamentima u BiH, ovaj postupak i dalje postoji, barem na papiru: u Srbiji, do 2013. godine, postupak je zadnji put pokrenut 2007. godine. Dok je 2013. godine, od tri inicijative, jedna bila odbijena a dvije usvojene. U praksi, međutim, autentično tumačenje (kao i zakonske prijedloge) pripremaju vladine službe.

U Srbiji i NSRS, prijedlog za usvajanje autentičnog tumačenja zakona može biti podnesen od strane bilo kojeg predlagača zakona. Zahtjev se predaje predsjedniku i sadrži naziv zakona, odredbe za koje se traži tumačenje, te razloge zahtjeva. Ako nadležna komisija (određeni tematski odbor u Srbiji, a Zakonodavni odbor u NSRS) ocijeni da je prijedlog opravdan, pripremit će prijedlog autentičnog tumačenja te ga dostaviti podnosiocu prijedloga i parlamentu, koji će glasati o njemu. Ako parlament odobri prijedlog, naložit će nadležnoj komisiji da izradi prijedlog autentičnog tumačenja. Autentično tumačenje bit će objavljeno u službenom glasniku.

7. Zaključci

Svih pet parlamenata ima na snazi neophodna pravila kako bi pravilno funkcionirali i donosili zakone. Oni ispunjavaju svoju zadaću, ali moguće je prepoznati neka uska grla. Umjesto običnog sažetka studije s činjeničnim izjavama, ovdje će uslijediti neke preporuke, koje se bave određenim pitanjima parlamentarnog zakonodavnog postupka. Potreba za prevazilaženjem prethodnog političkog sistema i integracijom u Europsku uniju rezultira velikom količinom zakonodavnih zadataka. Parlamenti bi trebali biti pripremljeni za ove važne zadatke. Pored adekvatnih resursa po pitanju osoblja i stručnosti, odgovarajući postupci su ključni.

Kao u slučaju svakog parlamenta, parlamentarna faza zakonodavnog postupka treba biti transparentna, demokratska i djelotvorna: a) transparentna, što bi značilo da dokumenti, rasprave i odluke trebaju biti otvoreni za javnost; b) demokratska, što bi značilo da svi izabrani članovi parlamenta trebaju imati isto pravo da utječu na zakonodavstvo, bez obzira na njihove stavove o vladi ili oporbi, a posebno oporbeni članovi parlamenta trebaju imati pravo utjecati na parlamentarni dnevni red; c) djelotvorna, što bi značilo da vladajuća većina mora biti u stanju usvajati propise dobre kvalitete i u razumnom roku. Kvaliteta propisa općenito se treba poboljšati u cijeloj regiji. Međutim, to je van djelokruga ove studije. Sljedeće preporuke posebno ciljaju kriterij djelotvornosti na temelju nalaza ovog rada.

1. Dostatno vrijeme treba biti izdvojeno za rasprave i dovoljno vremena treba biti ostavljeno članovima parlamenta da analiziraju informacije i prijedloge (prijedloge zakona, amandmane, izvještaje). Prekratki rokovi ili mogućnosti preskakanja koraka u postupku podrivaju transparentnost i demokratski legitimitet. Oporbeni članovi parlamenta moraju uživati ista prava u postupku kao i predstavnici vlasti, koji imaju potrebnu većinu za ubrzanje donošenja zakona.

2. Komisijski rad treba biti sadržajni i orijentiran ka kreiranju politika u mnogim parlamentima regije, a komisijski izvještaji trebali bi odražavati temeljita razmatranja ispravno. Komisije ne trebaju ostati u velikoj mjeri reaktivne, s većinom prijedloga zakona raspravljanim izravno u parlamentu. Jačanje, usmjeravanje i koordiniranje uloge parlamentarnih komisija, kako bi se osiguralo da su parlamentarne rasprave adekvatno pripremljene, je ključno. Razumnija podjela rada između komisija i parlamenta jako je važna.

3. Potrebno je ponovno procijeniti i razjasniti raširene hitne ili izvanredne zakonodavne postupke koji se trenutno koriste u mnogim slučajevima u regiji. Razlozi moraju biti razjašnjeni, a osnove na kojima mogu biti predloženi moraju biti navedene. Ključno je da svi članovi parlamenta, posebno oni u oporbi, imaju dovoljno vremena za pregledati dokumente (prijedloge zakona, amandmane itd.) i javno raspravljati o njima u parlamentu.

4. Dužina redovnog postupka također bi trebala biti razmotrena, i ako je potrebno, skraćena racionalizacijom. Tamo gdje još nije izrađen (posebno u PFBiH i NSRS-u), jedinstveni parlamentarni postupak potrebno je uvesti, ukidajući fazu kada predlagač mora iznova pisati prijedlog zakona i ponovo ga podnijeti. Ako se promjene nakon konsultacija ili parlamentarnih rasprava čine neophodnim, formalni amandmani trebaju biti podneseni. Postupak, koji je podijeljen u dva dijela (faza "nacrt zakona" i faza "prijedloga zakona"), u praksi je često ubrzan. Nakon što je prijedlog podnesen, proces bi trebao biti vođen samo od strane parlamenta, vanjski faktori koji bi mogli usporavati ili ometati postupak trebali bi biti eliminirani. U slučaju potrebe za većim promjenama i ponovnim pisanjem, parlament još uvijek može imati ovlast da vrati tekst predlagaču. Umjesto dugotrajnih, temeljitih postupaka koji se u praksi često mijenjaju redovno korištenim izuzecima (hitni postupci), savjetuju se pojednostavljeni i djelotvorni postupci, u kojima nije potrebno dodatno ubrzanje, a ubrzanje se treba koristiti stvarno u izuzetnim slučajevima. Opstrukcija, poput podnošenja velikog broja nesuštinskih amandmana na prijedloge zakona ne bi trebala rezultirati zakonodavnim kašnjenjima.

5. Ne predviđaju svi parlamenti u regiji konsolidaciju prijedloga zakona sa usvojenim amandmanima prije konačnog glasanja. Međutim, kako bi se pojačala vidljivost tekstualnih promjena uvedenih amandmanima, ažurirani tekst izvornog zakonskog prijedloga koji odražava usvojene

amandmane treba biti izrađen od strane predlagača prije konačnog glasanja. To konačno glasanje o prijedlogu zakona ne bi se trebalo održavati odmah nakon odluke o amandmanima, kako bi se dalo vremena predlagaču da pripremi ažurirani tekst. Ako se verzija koja uključuje usvojene amandmane priprema samo za proglašenje, daljnje ispravke više nisu moguće. U nedostatku konačne verzije – posebno u slučaju velikog broja amandmana – proturječne odredbe mogu ostati u tekstu, poglavito stoga jer članovi parlamenta moraju glasati bez prilike da znaju izmijenjeni i dopunjeni tekst prijedloga zakona.

6. Trenutno, u mnogim parlamentima u regiji, amandmani podržani ili podneseni od strane predlagača automatski postaju dio prijedloga zakona, dok drugi amandmani trebaju biti predmetom glasanja. Međutim, za dobrobit jedinstva parlamentarnog donošenja odluka i vlasništva parlamenta nad zakonodavnim postupkom, odluke o svim amandmanima trebaju se donijeti na isti način. Isti postupak odlučivanja treba se provesti u slučaju svih amandmana (komisijsko glasanje i parlamentarno glasanje), bez obzira na to slaže li se predlagač s njima ili ne. Ako amandmani prihvaćeni od strane predlagača postanu dio zakonskog prijedloga bez ikakve daljnje obavezujuće odluke, vlasništvo i kontrola parlamenta nad zakonskim prijedlogom mogu se dovesti u pitanje. Automatska promjena prijedloga nakon odluke predlagača oduzima vodeću ulogu od parlamenta. Tekst zakonskog prijedloga ne bi trebalo mijenjati bez formalne suglasnosti parlamenta. Predlagač ne bi trebao biti u položaju da mijenja i dopunjuje zakonski prijedlog bilo kada nakon podnošenja.

7. Kako bi olakšao koherentnu zakonodavnu reformu u određenom području politike, mogućnost modificiranja više zakona jednim zakonskim prijedlogom trebala bi biti uvedena. To bi moglo smanjiti broj zakonodavnih postupaka u velikim zakonodavnim promjenama predloženim kao paket, tj. reformama potrebnim za implementaciju pravne stečevine EU. Umjesto odvojenih zakonodavnih postupaka sa odvojenim procesom glasanja, ovaj pristup omogućio bi usvajanje elemenata koherentnog reformskog paketa u jednom jedinstvenom postupku i jedinstvenom konačnom glasanju. To bi također pojačalo koherentnost i vidljivost veza, bez umnožavanja napora i stavki dnevnog reda parlamenta. Naravno, to ne bi trebalo biti korišteno od strane parlamentarne većine za guranje heterogenih paketa prijedloga zakona kroz parlament uz izbjegavanje političke javne rasprave o svim elementima.

8. U svrhu predvidljivosti i transparentnosti zakonodavstva, mogućnost postupka autentičnog tumačenja trebala bi biti ukinuta. Ukoliko su potrebne, eksplanatorne odredbe i definicije trebaju biti izrađene kao dio zakonskog prijedloga. Ako tijekom primjene iskrasne nesigurnost ili drugi nedostatak, treba pokrenuti izmjenu i dopunu zakona.

9. Transparentnost i inkluzivnost zakonodavnog postupka u parlamentima u regiji trebaju biti povećani. Posebno komisijski rad treba biti otvoreniji. Hitni postupci ne mogu učiniti parlamente netransparentnim donositeljima odluka. U svrhu transparentnosti, uključenosti javnosti i prava oporbe, treba izdvojiti dostatno vrijeme za rasprave o amandmanima prijedloga zakona, nakon što su raspravljani općenito. Skraćeni postupci i kasni amandmani podrivaju demokratski princip.

Zsolt Szabó, PhD, LL. M.

Das parlamentarische Gesetzgebungsverfahren in Bosnien und Herzegowina, Montenegro sowie Serbien

(Zusammenfassung)

Bei dem vorliegenden Beitrag handelt es sich um die Übersetzung des Aufsatzes, der in englischer Sprache in der Zeitschrift Jahrbuch für Ostrecht (JOR) Band 56 (2015), 2. Halbband, S. 375 ff. erschienen ist. Englischsprachige Leser werden deshalb auf die Fassung in der genannten Zeitschrift verwiesen. Verlag und Redaktion der NPR bedanken sich beim Autor und beim Verlag C. H. Beck sowie der Redaktion des JOR für die freundliche Genehmigung diesen Beitrag in Übersetzung veröffentlichen zu dürfen.

Zsolt Szabó, PhD, LL. M.

The parliamentary legislative procedure in Bosnia and Herzegovina, Montenegro and Serbia

(Summary)

The article represents a translation of the paper "The parliamentary legislative procedure in Bosnia and Herzegovina, Montenegro and Serbia" which was published in English in the legal journal Jahrbuch für Ostrecht (JOR) Band 56 (2015), 2. Halbband, p 375 et seq. English speaking readers are therefore referred to the original version of the paper. The advisory committee, editorial staff and the publisher of the NPR thank the author, the editorial board of the journal JOR and the publisher C. H. Beck for the permission to print this translation.

Aktuelnosti iz evropskog prava

Aktuelnosti iz evropskog prava

Prof. dr. Zlatan Meškić

U ovom drugom izdanju redovne rubrike Aktuelnosti iz evropskog prava u 2017. godini izvještavamo primarno o najvažnijim odlukama Suda EU i ESLJP donesenim u posljednjih šest mjeseci. Pojedina pitanja su se ponavljala pred evropskim sudovima, pa se unutar ovakvog kratkog vremenskog perioda već može promatrati i razvoj sudske prakse o istom pitanju, kao npr. o načelu *ne bis in idem* kod kumulacije krivičnih i upravnih sankcija. Vidljivo je snažno težište na pravnim pitanjima povezanim sa zaštitom podataka. Ali to nipošto nije samo iz ugla autorskih prava ili prava interneta, nego se sve više javlja u pogledu krivičnog postupka, građanskog postupka i drugih oblasti kada činjenično stanje pred nacionalnim sudovima uključuje korištenje ličnih podataka. S obzirom na ulogu koju internet danas ima u svakodnevnom životu to ne treba iznenaditi. Ponovo se može primijetiti i sve veći broj značajnih odluka na temelju Povelje osnovnih prava EU, koja polako zauzima svoje pravo mjesto pored EKLJP.

Krivični postupak

Dozvoljeno je zabraniti novinarima objavu slika optuženog u (spektakularnom) krivičnom postupku

Kada se ubistvo izvrši na posebno svirep način, interes javnosti je izrazito velik, pa je pitanje zaštite ličnih podataka optuženog teško za sud koji o njoj ima voditi računa. U takvoj situaciji se našao sud u Potsdamu (Njemačka) u krivičnom postupku koji je plijenio veliku medijsku pozornost zbog toga što je osumnjičeni priznao da je ubio svoje roditelje i nakon toga im raskomadao dijelove tijela, kako bi ih lakše ili zapalio ili bacio u WC školjku. Sud je medijima prisutnima u sudnici odmah na početku iznio usmenu zabranu objavljivanja slika lica optuženog i naložio u svakom izvještavanju zaštitu lica zamagljenjem "pikselima", na način da i u slučaju preuzimanja tih slika, niko ne može objaviti fotografiju optuženog. Na ovu zabranu su se žalili kako Springer, tako i RTL, koji su isticali kako drugi mediji već jesu objavljivali slike optuženog i prije suđenja, pa nema opravdanja za takvu zabranu u toku glavnog pretresa. ESLJP je odlučio 21. septembra 2017. godine o predstavi br. 51405/12, da u "demokratskom društvu" jeste nužno da se napravi ravnoteža između interesa javnosti za objavljivanje fotografija lica optuženog

i zaštite ličnih podataka optuženog, pri čemu je ESLJP podržao odluku njemačkog suda da zabrani fotografije. Pri tome je naročito uzeo u obzir i pohvalio da je njemački sud obrazložio vaganje navedenih interesa navodeći da nije zabranjeno izvještavanje niti objavljivanje fotografija sa suđenja, nego samo fotografija koje omogućavaju da se vidi lice optuženog. S druge strane uzeo je u obzir da na samom početku suđenja nije bilo interesa javnosti, sve do priznanja optuženog, te da ranije objavljene slike optuženog njega prikazuju u znatno mlađim godinama. Sam ESLJP je dodao da se optuženi tokom suđenja nalazi u lisicama, zbog čega nije u mogućnosti da sam zaštiti svoju privatnost, pa je stoga na sudu da je zaštiti umjesto njega, te je dodao da se ne radi o osobi koja je javnosti bila poznata ili zanimljiva i ranije. Utoliko je ESLJP smatrao da je zabrana objavljivanja lica proporcionalna cilju koji se slijedi.

Cjelokupna presuda na engleskom jeziku se može naći ovdje:

[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-177077"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

Poštovanje osuđujućih presuda unutar EU bez njihovog prethodnog priznanja

Sud EU je u predmetu C-171/16 prvi put dobio zahtjev s pitanjem tumačenja obaveze određenja zajedničke maksimalne kazne zatvora u slučaju osuđujućih presuda donesenih od strane sudova različitih država članica, za različita krivična djela počinjena u različitim državama. Naime, Trajan Beškov je pravosnažnom odlukom Landesgerichta Klagenfurt (Austrija) u 2010. osuđen na kaznu zatvora u trajanju od osamnaest mjeseci, od kojih šest mjeseci bezuvjetno, a dvanaest mjeseci uvjetno uz vrijeme provjeravanja od tri godine u Austriji. Izvršen je dio kazne od šest mjeseci zatvora. Zatim je gospodin Beškov pravosnažnom odlukom suda, koji je uputio zahtjev u 2013. godini, osuđen na kaznu zatvora u trajanju od jedne godine, jer je u Sofiji (Bugarska) u 2008. počinio krivično djelo nanošenja lakših tjelesnih ozljeda. S obzirom na to da se za Beškovom još uvijek traga, ta kazna još nije bila izvršena na dan odluke kojom je bugarski sud uputio prethodno pitanje. Beškov je po svom zastupniku *ad litem* sudu koji je uputio zahtjev na osnovu bugarskog Krivičnog zakonika podnio zahtjev da mu taj sud, u svrhu izvršenja, izrekne jedinstvenu kaznu zatvora koja odgovara najvišoj od kazni izrečenih, s jedne strane, odlukom Landesgerichta Klagenfurt i, s druge strane, odlukom bugarskog suda koji je uputio zahtjev. Naime, bugarskim Krivičnim zakonikom je propisano da ako neka osoba počini nekoliko krivičnih

djela prije nego što su joj za svako od njih izrečene zasebne presude na zasebne kazne, nacionalni sud toj osobi u svrhu izvršenja tih kazni izriče jedinstvenu ukupnu kaznu koja odgovara najvišoj od prvobitno izrečenih kazni. Iz odluke kojom se upućuje prethodno pitanje u biti proizlazi da u tom slučaju najviša kazna konzumira najniže već izrečene kazne. Iz navedenih odredbi usto proizlazi da ako je jedna od izrečenih kazni u cijelosti ili djelomično izvršena, ona se u svrhu izvršenja oduzima od ukupne kazne ako je iste vrste kao i ta kazna.

Pred Sudom EU se prije svega postavilo pitanje mora li se osuđujuća presuda iz Austrije prvo priznati u Bugarskoj, kako bi se izrečena kazna iz Austrije mogla uračunati u kaznu u Bugarskoj. Sud EU je u svojoj presudi od 21. septembra 2017. godine, pozivajući se na čl. 82. st. 1. UFEU o načelu priznanja sudskih odluka u krivičnim stvarima, koje je implementirano Okvirnom odlukom br. 2008/675/, odlučio da bi uslovljavanje prethodnim priznanjem strane odluke u krivičnim stvarima bilo suprotno pravu EU. Istovremeno se pravosnažno izrečena kazna pred sudom druge države članice ima uzeti u obzir prilikom donošenja nove kazne pred sudom druge države članice.

Cjelokupna presuda na hrvatskom jeziku može se naći ovdje:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=194782&pageIndex=0&doclang=HR&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=762817>

Izdajnik države također ima pravo na fer postupak koji uključuje pravo na advokata

Uposlenik službe državne sigurnosti Nizozemske (Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdienst) pred holandskim sudom optužen je za državnu izdaju, tačnije za slanje i kopiranje informacija koje su dio državnih tajni, a kojima je imao pristup kao audiotehničar i prevodilac u ovoj službi. Državna služba upozorila je kako optuženog, tako i njegovog advokata, da ne smiju razgovarati o tajnim podacima kojima je optuženi imao pristup u okviru svog posla, a koji su dio državnih tajni. U slučaju da razgovaraju o državnim tajnama, obojica bi dobila nove optužbe za krivično djelo izdaje državne tajnosti. ESLJP u predmetu po aplikaciji br. 2156/10 odlučio je 25. jula 2017. godine da pravo na fer postupak prema čl. 6. EKLJP, kao i izbor advokata prema čl. 6 st. 3. EKLJP obuhvata i pravo bivšeg uposlenika državnih ili tajnih službi da smije sa svojim advokatom razgovarati o stvarima koje su inače obuhvaćene njegovom obavezom čuvanja državnih tajni. S druge strane ESLJP je smatrao da nema povrede čl. 6 EKLJP u pogledu dokumenata čiji su dijelovi precrtani ili zacrnjeni od strane državne službe kako bi se koristili kao dokazi u postupku, te nema povrede čl. 6 EKLJP u pogledu ograničenja izjava drugih uposlenika državne službe kao svjedoka.

Cjelokupna presuda na engleskom jeziku može se pročitati ovdje:

[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["2156/10"\], "itemid":\["001-175667"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

Mišljenje generalnog advokata Suda EU o pitanju, vrijedi li načelo ne bis in idem i za kumulaciju krivičnih i upravnih sankcija?

Pitanje kumulacije upravnih i krivičnih sankcija postavilo se pred italijanskim sudom nakon što gospodin Menci nije uplatio PDV za 2011. godinu, pa je poreska uprava u 2013. godini utvrdila kaznu koju je on imao da plati. S poreskom upravom dogovorio je uplatu kazne na rate, a rate je redovno uplaćivao. U 2014. godini pokreće se krivični postupak protiv njega zbog iste stvari, pa se pred krivičnim sudom postavilo pitanje da li se time narušava načelo *ne bis in idem* prema čl. 50 Povelje osnovnih prava EU? Sud EU se gotovo identičnim pitanjem utaje PDV-a i načelom *ne bis in idem* već bavio u odluci *Åkerberg Fransson*, koja je poznatija po kriterijima koje je Sud EU u toj presudi donio u pogledu čl. 51 Povelje osnovnih prava, a ne čl. 50 koji je ovdje u pitanju. Sud EU je već tada, a to u svom mišljenju od 12. septembra 2017. godine potvrđuje generalni advokat Campos Sánchez-Bordona i u ovom predmetu C-524/15, izrekao da upravne sankcije nisu prepreka za kasniji krivični postupak o istoj stvari, ukoliko upravne sankcije nisu imale krivičnopravni karakter, što je na svakom nacionalnom sudu da odluči u konkretnom slučaju. Pozivajući se na presudu ESLJP u predmetu Engel/Nizozemske, generalni advokat je ponovio da odluka o tome da li su upravne sankcije imale krivičnopravni karakter zavisi od pravne kvalifikacije te protivpravne radnje u nacionalnom pravu, načinu izvršenja protivpravne radnje i težine izrečene sankcije. Sud EU nije obavezan da slijedi mišljenje svog generalnog advokata.

Cjelokupno mišljenje generalnog advokata Camposa Sánchez-Bordona u predmetu C-524/15 na hrvatskom jeziku može se naći ovdje:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=194362&pageIndex=0&doclang=HR&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=211536#Footref14>

Sud EU o načelu ne bis in idem i kumulaciji upravnih i krivičnih sankcija protiv različitih osoba

Nekoliko mjeseci prije nego što je Campos Sánchez-Bordona donio svoje mišljenje u predmetu C-524/15, Sud EU je već odlučio o zahtjevu italijanskog suda u kojem se također radilo o već izrečenoj upravnoj sankciji za neplaćanje PDV-a i kasnijem pokretanju krivičnog postupka. Naime, u spojenim predmetima C-217/15 (Orsi) i C-350/15 (Baldetti), Sud EU je odlučivao povodom krivičnog postupka pred italijanskim sudom koji se vodio protiv gospodina Orsija i Baldettija, koji kao pravni zastupnici društva nisu platili PDV koji su bili dužni platiti kao fizičke osobe, nakon što je zastupano društvo već platilo upravnu kaznu. Sud EU je 5. aprila 2017. godine

donio stav da u postupcima o kojima je riječ u glavnom postupku nije ispunjen uslov za primjenu načela *ne bis in idem* iz čl. 50 Povelje osnovnih prava, u skladu s kojim predmetne sankcije trebaju biti izrečene istoj osobi protiv koje je pokrenut predmetni krivični postupak. Naime, krivični postupak je pokrenut protiv fizičkih lica odvojenih od pravnog lica kojem je izrečena upravna sankcija. Stoga se načelo *ne bis in idem* ovdje ne primjenjuje, pa i ne može biti povrijeđeno.

Cjelokupna presuda Suda EU u spojenim predmetima C-217/15 i C-350/15 na hrvatskom jeziku može se pročitati ovdje:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=189621&pageIndex=0&doclang=HR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=216644>

Građanski postupak

Prorogaciona klauzula zaključena između društava ne obavezuje i njihove pravne zastupnike

Pitanje koga sve obavezuje prorogaciona klauzula postavilo se pred Sudom EU u predmetu C-436/16 u pogledu tumačenja čl. 23 Uredbe Brisel I o nadležnosti, priznanju i izvršenju stranih sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima. Pred Kasacionim sudom u Grčkoj postavilo se pitanje da li su prorogacionom klauzulom zaključenom između dva društva obuhvaćeni i njeni zastupnici, koji prema mjerodavnom engleskom pravu solidarno s društvima odgovaraju za štetu koja je nastala i koja je predmet tužbe. Sud EU je tumačio čl. 23 Uredbe Brisel I, prema kojem ugovorna odredba o prorogaciji nadležnosti unesena u ugovor u načelu može proizvoditi svoje dejstvo samo u odnosima između stranaka koje su pristale na sklapanje tog ugovora. U ovom slučaju zastupnici društva nisu izrazili volju za sklapanje ugovora o prorogaciji nadležnosti, a ni dotično društvo nije pristalo biti povezano s tim osobama takvim sporazumom. Utoliko, prema odluci Suda EU od 28. juna 2017. godine, prorogacioni sporazum obavezuje samo ona lica koja su ga potpisala.

Cjelokupna presuda Suda EU u predmetu C-436/16 na hrvatskom jeziku može se pročitati ovdje:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=192207&pageIndex=0&doclang=HR&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=726035>

Sud EU o obaveznom postupku mirenja u potrošačkim sporovima

U postupku pred italijanskim sudom postavilo se pitanje tumačenja Direktive 2013/11/EU o alternativnom rješavanju potrošačkih sporova, koja je u italijansko zakonodavstvo implementirana na način da je postupak mirenja u pogledu određenih vrsta predmeta obavezan postupak koji prethodi parnici, jer je uslov za dopuštenost tužbe. U konkretnom sporu radilo se o potrošačkom ugovoru

o kreditu, a koji je po nacionalnom pravu obuhvaćen obaveznim postupkom mirenja prije pokretanja parnice. Sud EU je u svojoj odluci od 14. juna 2017. o predmetu C-75/16 zauzeo stav da je obavezni postupak mirenja u takvoj vrsti spora u skladu sa datom Direktivom, koja je izričito predvidjela ovu opciju. Međutim, važno je da pri tome nacionalni propis ne može zahtijevati obavezno zastupanje advokatom u postupku mirenja, postupak ne smije završavati odlukom koja je obvezujuća za stranke, ne smije dovoditi do znatnog kašnjenja u pokretanju sudskog postupka, mora prekidati zastaru prava o kojima je riječ, te ne uzrokovati troškove ili uzrokovati zanemarive troškove za stranke, elektronički put ne smije biti jedino sredstvo pristupa tom postupku mirenja i moraju biti, kad to nalažu iznimne okolnosti ili hitnost situacije, moguće privremene mjere. Osim toga, ne smije postojati obaveza da potrošač navede valjan razlog za povlačenje iz postupka mirenja, nego mu to pravo u svim fazama postupka mora stajati na raspolaganju bezuslovno.

Cjelokupna presuda Suda EU u predmetu C-75/16 na hrvatskom jeziku može se naći ovdje:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d5e95aec08c38a4008bdad9fe97a4a8085f.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4PaxqPe0?text=&docid=191706&pageIndex=0&doclang=HR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=192787>

Zaštita podataka

ESLJP utvrdio da poslodavac ne može neograničeno kontrolisati privatnu komunikaciju putem interneta na radnom mjestu

Gospodin Bărbulescu, inženjer u Rumuniji dobio je otkaz, jer je Yahoo Messenger račun, koji mu je otvoren od strane poslodavca kako bi komunicirao s klijentima, koristio i za komunikaciju s trećim licima u privatne svrhe. Pri tome je privatna komunikacija putem interneta koristeći poslovni kompjuter na radnom mjestu bila strogo zabranjena od strane poslodavca. Bărbulescu je smatrao da je njegov otkaz utemeljen na povredi njegovog prava na privatnost prema čl. 8 EKLJP, jer je poslodavac imao i koristio cjelokupne transkripte njegove privatne komunikacije u radnom sporu pred sudovima u Rumuniji. Suprotno prethodnoj odluci pojedinačnog vijeća ESLJP, Veliko vijeće ESLJP je 5. septembra 2017. godine o predstavljeni br. 61496/08 zauzelo stav da je povrijeđen čl. 8 EKLJP, jer poslodavac nije prethodno informisao radnika o intenzitetu nadzora nad njegovom komunikacijom putem poslovnog računara, nije mu obrazložio svrhu takvog nadzora niti zašto se taj cilj ne može drugačije ostvariti. Nacionalni sudovi u Rumuniji kao i pojedinačno Vijeće ESLJP, smatrali su da povrede nema jer je pristup privatnoj komunikaciji bio izvršen kako bi se kontrolisao rad uposlenika za vrijeme radnog vremena, smatrali su

dokazanim da je poslodavac pristupio toj komunikaciji smatrajući da će pronaći podatke o poslovnoj komunikaciji i da poslodavac nije zloupotrijebio sadržaj poruka iz komunikacije, nego se samo oslonio na činjenicu da je komunikacija privatne prirode.

Cjelokupna presuda ESLJP o aplikaciji br. 61496/08 na engleskom jeziku može se naći ovdje:

[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"display":\["0"\],"language":\["ENG"\],"appno":\["61496/08"\],"documentcollectionid2":\["CLIN"\],"itemid":\["002-11675"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"display":["0"],"language":["ENG"],"appno":["61496/08"],"documentcollectionid2":["CLIN"],"itemid":["002-11675"]})

Sud EU utvrdio odgovornost internet-operatera za razmjenu podataka putem The Pirate Bay

U postupku pred nacionalnim sudovima Ziggo i XS4ALL, kao internet kompanije, tuženi su od strane nizozemskog udruženja za zaštitu autorskih prava. Veliki dio njihovih pretplatnika koristio se platformom za razmjenu datoteka The Pirate Bay, indeksatora datoteka BitTorrent. BitTorrent je protokol pomoću kojeg korisnici (nazvani ravnopravni članovi ili “peers”) mogu dijeliti datoteke. Bitna je karakteristika BitTorrenta u tome što su datoteke koje se dijele segmentirane u male dijelove, što omogućuje da se ne nalaze na jednom glavnom poslužitelju za skladištenje navedenih datoteka, čime se smanjuje opterećenje pojedinačnih poslužitelja u procesu dijeljenja. Kako bi se datoteke mogle dijeliti, korisnici prvo moraju preuzeti poseban program pod nazivom “clientBitTorrent”, koji se ne može preuzeti putem platforme za razmjenu datoteka The Pirate Bay. “ClientBitTorrent” program je koji omogućuje stvaranje torrent-datoteka. Torrent-datoteke koje se nude na platformi za razmjenu datoteka TPB upućuju u većini na djela zaštićena autorskim pravom, a da nositelji tih prava nisu dali ovlaštenje administratorima ili korisnicima tih platformi za ostvarivanje odnosnog čina dijeljenja. Nizozemsko udruženje za zaštitu autorskih prava zahtijeva da se kompanijama Ziggo i XS4ALL naloži blokiranje imena domene i IP adrese platforme za razmjenu datoteka TPB kako bi se onemogućilo da se usluge tih pružatelja pristupa internetu koriste za povredu autorskih i drugih srodnih prava nositelja prava čije interese štiti ovo udruženje.

Sud EU, koji je u predmetu br. C-610/15 pozvan da tumači članove Direktive 2001/29/EZ iz 2001. godine o usklađivanju određenih aspekata autorskog i srodnih prava u informacijskom društvu, uzeo je u obzir to da su administratori platforme za razmjenu datoteka The Pirate Bay bili obaviješteni da ta platforma, koju oni stavljaju na raspolaganje korisnicima i upravljaju njome, omogućuje pristup objavljenim djelima bez ovlaštenja nositelja prava i, štaviše, da isti administratori promovišu stavljanje daljnjih djela na platformu. Stoga je Sud EU u svojoj odluci od 14. juna 2017. godine zauzeo stav da administratori platforme za razmjenu datoteka The Pirate Bay nisu mogli ne znati da ta platforma omogućuje pristup djelima objavljenima bez ovlaštenja nositelja prava, s

obzirom na okolnost da veliki broj torrent-datoteka koje se nalaze na platformi za razmjenu datoteka TPB upućuje na djela objavljena bez ovlaštenja nositelja prava. U tim okolnostima, prema mišljenju Suda EU, treba smatrati da se radi o protivpravnom “priopćavanju javnosti” u smislu Direktive 2001/29/EZ. Nadalje, Sud EU smatra da se ne može osporiti da se stavljanje na raspolaganje platforme za razmjenu datoteka i upravljanje njome provodi s ciljem stjecanja dobiti s obzirom na to da ta platforma ostvaruje, kao što proizlazi iz očitovanja podnesenih Sudu, značajne prihode od oglašavanja.

Cjelokupna odluka Suda EU u predmetu C-610/15 na hrvatskom jeziku može se naći ovdje:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d5cbf83026c874439996ecf8f4ef18e960.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4PaxmSe0?text=&docid=191707&pageIndex=0&doclang=HR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=605845>

Pristup bankovnom računu advokata u svrhu krivične istrage njegovog klijenta suprotno je pravu na privatnost advokata prema čl. 8 EKLJP

ESLJP ovim pitanjem imao se baviti u okviru predstavke br. 73607/13 povodom njemačkog slučaja u kojem nakon što je u krivičnom postupku advokat zastupao osuđenog na zatvorsku kaznu, a vjerenica osuđenog advokatu prebacila u bankovnoj transakciji novac za odbranu, tužilac počinje istraživati osuđenog i njegovo okruženje, uključujući i vjericu zbog sumnjivog porijekla novca. Tako dolazi do podataka o transakciji advokatu, te nalaže banci advokata da mu preda listu svih transakcija s njegovog računa u periodu od dvije godine uz izričit zahtjev da o tome ne informiše advokata. Advokat kasnije brani istog osumnjičenog povodom optužnice za krivična djela iz kojih novac navodno vodi porijeklo, pa tako saznaje da je i njegov račun bio predmetom istrage i tuži za povredu privatnosti prema čl. 8 EKLJP. ESLJP u svojoj odluci od 27. aprila 2017. godine naročito uzima u obzir to da istragu računa nije odobrio sud niti je istu mogao osporavati advokat s obzirom na to da o njoj nije znao, da je advokat samo slučajno saznao za istragu njegovog računa, da je istraga u pogledu vremenskog perioda bila velikog opsega, te je stoga došao do zaključka da je čl. 8 EKLJP povrijeđen.

Cjelokupnu presudu ESLJP po aplikaciji br. 73607/13 na engleskom jeziku možete naći ovdje:

[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-173091"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":["001-173091"]})

Sud EU pooštrava odgovornost za “streaming”

Sud EU se nekoliko mjeseci prije “Pirate Bay” odluke predstavljene gore, u predmetu C-527/15 bavio povredom autorskih prava na internetu, a u okviru tumačenja čl. 3. st. 1. Direktive 2001/29 o usklađivanju određenih aspekata autorskog i srodnih prava u informacijskom društvu, konkretnije tumačenjem pojma “priopćavanja javnosti”.

U sporu pred nizozemskim sudom, gospodin Wullems je na više internetskih stranica, među kojima i na vlastitoj stranici www.filmspeler.nl, prodavao različite modele multimedijskog preglednika. On se prodaje pod nazivom "filmspeler", a riječ je o perifernom uređaju koji djeluje kao instrument povezivanja između izvora slikovnih i/ili zvučnih podataka, s jedne strane, i televizijskog zaslona, s druge strane. U taj preglednik g. Wullems instalirao je programsku opremu (softver) otvorenog koda koja omogućava pokretanje datoteka u jednostavnom korisničkom sučelju s izbornicima u koje je integrirao *add-on* programe trećih osoba dostupne na internetu, od kojih neki posebno vode do internetskih stranica na kojima su zaštićena djela stavljena na raspolaganje korisnicima interneta bez pristanka nosilaca autorskih prava. Wullems je reklamirao multimedijски preglednik "filmspeler" kao proizvod koji omogućuje da se besplatno i bez poteškoća na televizijskom zaslonu gledaju audiovizualni sadržaji dostupni na internetu bez pristanka nosilaca autorskih prava.

Sud EU je u odluci od 26. aprila 2017. godine zaključio da je glavna odlika navedenog preglednika za njegove potencijalne kupce ta da su u njega prethodno instalirani dotični *add-on* programi, pa treba smatrati da kupac takvog preglednika u načelu namjerno i svjesno prihvaća besplatnu i neovlaštenu ponudu zaštićenih djela. Također, treba načelno smatrati da je izrada na multimedijском pregledniku poput onoga u glavnom postupku privremene kopije djela zaštićenog autorskim pravom prilikom *streaminga* s internetske stranice koja pripada trećoj osobi i na kojoj je to djelo dostupno bez pristanka nosioca autorskih prava takve prirode da je u sukobu s uobičajenim iskorištavanjem tih djela i da bezrazložno dovodi u pitanje zakonite interese nosioca prava, jer obično dovodi do smanjenja zakonitih transakcija koje se odnose na ta zaštićena djela, što neopravdano šteti nosiocima autorskih prava. Stoga se navedene radnje imaju tumačiti kao suprotne odredbama Direktive 2001/29.

Cjelokupna presuda Suda EU u predmetu C-527/15 na hrvatskom jeziku može se naći ovdje:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=190142&pageIndex=0&doclang=HR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=452816>

Sloboda pružanja usluga

Prekogranično pružanje advokatskih usluga u EU uključuje i pravo na pristup virtualnoj advokatskoj mreži druge države članice

Sud EU se i u okviru slobode pružanja usluga sve češće bavi ograničenjima na internetu, pa tako i u predmetu C-99/16 u pogledu prekograničnog pružanja advokatskih usluga. U sporu je francuski sud odlučivao u predmetu, u kojem je Lahorgue, koji je francuski državljanin upisan u

advokatsku komoru Luksemburga, od advokatske komore Lyona zahtijevao korištenje tzv. RPVA (privatne advokatske virtualne mreže), koja olakšava obavljanje advokatskog zanimanja u sistemu prekograničnog pružanja usluga. Navedena advokatska komora nije prihvatila zahtjev Lahorguea zbog toga što nije upisan u Advokatsku komoru Lyona. Pri tome advokati koji ne mogu imati pristup usluzi digitalizacije postupka, moraju se koristiti ili komunikacijom predajom u sekretarijatu ili poštanskim putem, ili pomoću advokata upisanog u neku francusku komoru koji ima pristup RPVA. Međutim, ti su načini komunikacije, koji predstavljaju alternativu komunikaciji elektroničkim putem, više ograničavajući i u načelu skuplji. Sud EU je u svojoj odluci od 18. maja 2017. godine zaključio da je ovakva mjera francuske komore suprotna slobodi pružanja usluga, osim ako nije proporcionalna cilju, a što je na nacionalnom sudu da ispita. Naime, francuska vlada je argumentovala da je ono motivisano činjenicom da na sadašnjem stepenu razvoja sistema digitalizacije pravnih postupaka ne postoji povezanost između imenika advokata koji postoje u različitim državama članicama. Iz toga slijedi da bi prilikom uspostave veze s RPVA-om identifikacijski sistem mogao provjeriti valjanost elektroničkih certifikata samo za advokate upisane u francuske komore. Na nacionalnom sudu je da ocijeni da li se zaštita korisnika advokatskih usluga može osigurati i u slučaju da se omogućiti pristup advokatima nastanjenim u drugoj državi članici.

Cjelokupna presuda Suda EU u predmetu C-99/16 na hrvatskom jeziku može se naći ovdje:

<http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62016CJ0099&lang1=en&lang2=HR&type=TEXT&ancre=>

Sud EU utvrdio da je opšta zabrana reklamiranja stomatoloških usluga suprotna pravu EU

Belgijskim zakonom propisana je generalna zabrana oglašavanja usluga stomatologa, koju je povrijedio stomatolog Vanderborgh, koji je postavio ploču koja se sastoji od tri printana dijela na kojima se navodilo njegovo ime, činjenica da je stomatolog, adresa njegove internetske stranice te telefonski broj njegove ordinacije. Dodatno, Vanderborgh je izradio internetsku stranicu namijenjenu informisanju pacijenata o različitim vrstama tretmana koje obavlja u svojoj ordinaciji. U konačnosti je objavio i nekoliko reklamnih oglasa u lokalnim novinama. Sud EU je u ovom predmetu C-339/15 smatrao da ovakva zabrana narušava slobodu pružanja usluga prema čl. 56 UFEU. Zaštita ugleda stomatološke struke i zaštita javnog zdravlja može biti razlog kojim se pravda ovakvo ograničenje slobode pružanja usluga, jer oglašavanja ili izbor agresivnih reklamnih poruka, ili čak poruka koje pacijente mogu dovesti u zabludu u pogledu ponuđene skrbi, može, narušavanjem ugleda stomatološke struke, pogoršanjem odnosa između stomatologa i njihovih pacijenata te pogoršanjem pružanju neprikladnih ili nepotrebnih usluga

skrbi, šteti zaštiti zdravlja te dovesti u pitanje ugled stomatološke struke. Ipak, Sud EU je u svojoj odluci od 4. maja 2017. godine, zaključio da generalna zabrana svakog oglašavanja nije proporcionalna ovom cilju, jer nije svaka reklama podobna da uzrokuje ove negativne efekte, te navedeni nacionalni propis krši slobodu pružanja usluga u EU.

Cjelokupna presuda Suda EU u predmetu C-339/15 na hrvatskom jeziku može se naći ovdje:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=9ea7d0f130d6b39a1d23741f42dcbe4c9491f01f2f3e.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4Pax4Pe0?text=&docid=190323&pageIndex=0&doclang=HR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=367720>

Prof. Dr. Zlatan Meškić

Aktuelles aus Europarecht

(Zusammenfassung)

In dieser zweiten Ausgabe der Rubrik "Aktuelles aus Europarecht" im Jahre 2017 wird über die neuesten EuGH- und EGMR-Entscheidungen berichtet. Einige Fragen haben sich vor den europäischen Gerichten wiederholt gestellt, so dass man in diesem kurzen Zeitraum auch die Entwicklung der Rechtsprechung zur selben Rechtsfrage beobachten kann, wie zB durch zwei Entscheidungen des EuGH zum Grundsatz ne bis in idem bei Kumulation von straf- und verwaltungsrechtlichen Sanktionen. Interessant ist auch, dass sich sowohl der EuGH als auch der EGMR vermehrt mit dem Datenschutz in verschiedenen Rechtsgebieten beschäftigt haben. So zunächst der EGMR in Bezug auf die Beschwerdenr. 51405/12, in der die Verfügung eines deutschen Richters in einem Mordprozess, wonach Foto- und Videoaufnahmen nur unter der Voraussetzung zugelassen wurden, dass das Gesicht des Angeklagten bei einer Veröffentlichung unkenntlich gemacht werde, für mit der EGMR vereinbar erklärt wurde. Gleichermaßen wird der Datenschutz in der EGMR-Entscheidung zur Beschwerdenr. 73607/13 gestärkt, wonach der Zugriff eines deutschen Staatsanwalts auf Informationen über Transaktionen des Geschäftskontos eines Rechtsanwalts einen Verstoß gegen das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens aus Artikel 8 EMRK darstellte. So bestätigte auch der EuGH in der wohlmöglich grundlegenden Entscheidung zur Rs C-610/15, dass die Bereitstellung und das Betreiben einer Online-Filesharing-Plattform wie "The Pirate Bay" eine Urheberrechtsverletzung darstellen kann. Ähnlich streng fiel die Entscheidung in der Rs C-527/15 zum Streaming im Internet aus, in der der Verkauf eines multimedialen Medienabspielers, mit dem kostenlos auf einem Fernschirmschirm auch solche Filme angesehen werden können, die rechtswidrig im Internet zugänglich sind, eine Urheberrechtsverletzung darstellen kann.

Legitimizacija konstitucionalizacije pravnog poretka EU – Povelja EU o temeljnim pravima i direktive

Jasmin Muratagić*

1. Uvod

U pozadini ideje o Evropskoj uniji (EU ili Unija) koja se danas može definirati kao višeslojni institucionalni sistem vlasti čije je funkcioniranje utemeljeno na federalnim elementima,¹ nije prepoznata potreba priznavanja i uspostave internog mehanizma zaštite osnovnih ljudskih prava i temeljnih sloboda. Trenutak osnivanja regionalnih međunarodnih organizacija koje će vremenom prerasti u EU,² događa se paralelno s prvim modernim kodifikacijama univerzalnih dokumenata o osnovnim ljudskim pravima i temeljnim slobodama, te uspostavljanjem mehanizama njihove zaštite u sklopu UN-a i Vijeća Evrope.³ S druge

* Autor je student II ciklusa studija na Pravnom fakultetu u Sarajevu.

¹ Iako je općepoznato, radi izbjegavanja nesporazuma, potrebno je naglasiti da EU nije država. Međutim, ovaj *sui generis* institucionalni sistem vlasti počiva na federalnim elementima koji se oslikavaju u višeslojnosti hijerarhije i nadležnosti institucija EU, te u načinu donošenja odluka. Federalizam, kao pojam koji se koristi za obrazovanje političke volje, "...označava politički proces odlučivanja koji omogućuje racionalnu koegzistenciju jednog centralnog i više lokalnih centara političkog odlučivanja" a koji čini temelje načina funkcioniranja EU. Više u E. Šarčević, *Ustav iz nužde*, (Sarajevo 2010), str. 319–322.

² EU kao (hijerarhijski) višeslojna institucionalna struktura prošla je 60 godina dug institucionalni ekonomsko-socijalni i pravno-politički integracioni proces do trenutka prepoznavanja nužnosti poštivanja ljudskih prava i temeljnih sloboda kao jedne od njenih utemeljujućih vrijednosti. Ideja osnivanja Evropske zajednice za uglj i čelik (Pariški ugovor o osnivanju stupio je na snagu u julu 1952. godine), te Evropske ekonomske zajednice i Evropske zajednice za atomsku energiju (Rimski ugovori o osnivanju stupili su na snagu u januaru 1958. godine) sadržavala je, isključivo, motiv ekonomskog karaktera s ciljem uspostave zajedničkog tržišta bez barijera. Danas, između ostalog, EU počiva na utemeljujućim vrijednostima poštivanja i zaštite ljudskih prava. Međutim, u trenutima osnivanja ove utemeljujuće vrijednosti nisu postojale. Iz razloga jezičke ekonomije, korištenje pojma EU, u zavisnosti od vremenskog perioda o kojem je riječ, obuhvata zajednice EZUČ, EEZ (EZ), EUROATOM. Sukladno potrebi obrazloženja, tačno navođenje neke od ovih zajednica predstavlja tekstualni izuzetak. O evoluciji EU vidi N. Misita, *Uvod u pravo Evropske unije*, (Sarajevo 2014), str. 9–46.

³ Rezultati II svjetskog rata opravdavali su zaključak velikih svjetskih sila o nužnosti uspostave formalnih i institucionalnih mehanizama zaštite ljudskih prava i temeljnih sloboda. Osnivanjem Ujedinjenih nacija (UN), u junu 1945. godine u San Francisku, kao međunarodne organizacije nadležne za

strane, stanje u kojem se našla Evropa nakon II svjetskog rata iziskivalo je brz privredni oporavak i međudržavnu, prije svega, ekonomsku saradnju sa skromnim elementima socijalne politike kao potpore ekonomskoj integraciji.⁴ Tako, vrijednost i potreba zaštite ljudskih prava i temeljnih sloboda nije našla svoje mjesto u osnivačkim ugovorima EU. Važno je naglasiti da *propust*⁵ kodificiranja unijskog kataloga prava i sloboda ne znači da osnovna ljudska prava i temeljne slobode pojedincima nisu bile priznate i zaštićene na tlu Evrope. Međutim, pitanje sadržaja, kvalitete i opsega konzumiranja i zaštite ljudskih prava i sloboda na tlu Evrope normativno je osigurano katalogom prava i sloboda pobrojanih u dokumentu Vijeća Evrope – Evropskoj konvenciji o osnovnim ljudskim pravima i temeljnim slobodama (EKLJP), te uspostavljanjem procesnog i institucionalnog mehanizma zaštite – Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu (ESLJP) kao vrhovnog tumača standarda, principa, sadržaja i opsega jamstava koji su normirani EKLJP.⁶ Dakle, pojedinci su na tlu Evrope uživali mogućnost konzumiranja lepeze osnovnih ljudskih prava i sloboda, koja, međutim, nije derivirala iz odnosa pojedinac/državljanin države članice EU – država članica

unapređenje ljudskih prava, ova problematika ulazi u novu, modernu, fazu. Posebno tijelo u okviru organizacije UN – Komisija UN-a za ljudska prava, čiji je osnovni zadatak rad na unapređenju opsega prava i zaštite ljudskih prava i temeljnih sloboda, dostavila je Generalnoj skupštini UN-a Prijedlog Opće deklaracije o ljudskim pravima. Opća deklaracija usvojena je 10. 12. 1948. godine sa 48 glasova predstavnika država članica UN-a, dok je osam predstavnika država članica UN-a bilo suzdržano. U drugoj polovini 60-ih godina prošlog vijeka u Generalnoj skupštini UN-a usvojeni su, za većinu zemalja članica UN-a, obavezujući paktovi o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima koji predstavljaju pokušaj konkretizacije vrijednosti, principa i prava sadržanih u Općoj deklaraciji o ljudskim pravima iz 1948. godine. Naprimjer, Sjedinjene Američke Države imaju selektivan pristup u ratifikaciji ovih paktova i pristaju samo na ograničen broj instrumenata zaštite ljudskih prava. Ipak, u usporedbi s Evropskom konvencijom o zaštiti osnovnih ljudskih prava i temeljnih sloboda, potrebno je naglasiti da paktovi iz 1966. godine impliciraju siromašan sistem zaštite i obezbjeđivanja sredstava za nadzor, provođenje i sankcioniranje povreda ljudskih prava sadržanih u paktovima, a koje su počinile države članice.

⁴ O socijalnom aspektu integracije više u S. Dedić/J. Gradašević-Sijerčić, *Radno pravo*, (Sarajevo 2005), str. 129–149.

⁵ S obzirom na to da početna ideja osnivanja EZUČ i EEZ, kako je već istaknuto, sadrži, gotovo isključivo, ekonomski motiv integracije, o propustu dosljedne regulacije problematike ljudskih prava i temeljnih sloboda na području EU se može govoriti u kontekstu nedostatka legitimiteta integracije, odnosno prepreke koja je mogla ugroziti ekonomsku integraciju. Istaknutom svakako treba dodati činjenicu da su se polja nadležnosti EU širila postepeno, shodno postojanju povoljnog trenutka (pravne) integracije.

⁶ EKLJP, uz koju je usvojeno još 14 protokola, stupila je na snagu 3. 9. 1953. godine nakon osnivanja Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu.

EU – Unija, već iz obaveze poštivanja odredaba EKLJP od strane nacionalnih država kao članica Vijeća Evrope.

Međutim, imajući u vidu razvitak pravne prirode Unije i njenog pravnog poretka, integracioni proces EU iziskivao je legitimizaciju konstitucionalizacije pravnog poretka EU, s jedne strane osnovnih sloboda i principa funkcioniranja EU, s druge strane osnovnih principa unijskog prava, kao elemenata integraciono-kohezivne kvalitete.⁷ Imajući u vidu izostanak formalnog (pisanog) dokumenta koji bi pobrojao ljudska prava i slobode, nužnost poštivanja i zaštite ovih jamstava na području država članica EU, dakle u sklopu Unije, prepoznao je, prije svega, Sud pravde Evropske unije (Sud EU). Naime, praksom Suda EU jamstva osnovnih ljudskih prava i temeljnih sloboda statuirana su na rang *općih pravnih principa*, čime im je priznat status primarnih izvora unijskog prava, te svojstvo utemeljujućih vrijednosti na kojima uopće počiva legitimitet konstitucionalizacije EU i njenog pravnog poretka.⁸ Nakon dugogodišnje rasprave o tome treba li EU, nastupajući kao međunarodna *sui generis* organizacija, preuzeti obavezu poštivanja odredaba EKLJP ili izraditi sopstveni dokument o zaštiti ljudskih prava i sloboda, na inicijativu Evropskog vijeća, u decembru 2000. godine na sastanku u Nici, usvojena je Povelja o temeljnim pravima Evropske unije (Povelja EU ili Povelja).⁹

Kao primarni izvor unijskog prava, Povelja EU predstavlja dokument institucija EU kojim su jamstva ljudskih prava i temeljnih sloboda po prvi put formalno normirana i zajamčena na području koje je *pokriveno* unijskim pravom. Preciznije, “[p]ovelja ima u vidu samo djelovanje institucija Unije, ona nije upućena državama članicama – na njih se odnosi samo kada, i u mjeri u kojoj, primjenjuju

⁷ Kao osnovni principi utemeljenja i funkcioniranja EU mogu se izlistati sljedeći principi: princip poštivanja osnovnih ljudskih prava i temeljnih sloboda, princip supsidijarnosti, princip proporcionalnosti, princip legitimnih očekivanja, princip lojalnosti, princip transparentnosti, princip zabrane diskriminacije. V. P. Craig/G. De Burca, *European law*, (Oxford 2003), str. 317–396.

⁸ Lepeza osnovnih prava i sloboda EU vremenom postaje sve šira. Naime, sloboda kretanja radne snage kao jedna od osnovnih sloboda EU, pozitivno je uticala na konstantnu dogradnju lepeze osnovnih ljudskih prava i sloboda kroz praksu Suda EU, da bi svoj normativni vrhunac dostigla katalogom Povelje EU, čime EU prerasta u političku zajednicu. V. više N. Misita, *Osnovi prava Evropske unije*, (Sarajevo 2008), str. 309.

⁹ Također, Povelju o temeljnim pravima EU svečano su proglasili Komisija, Vijeće i Evropski parlament. Obrazloženje prirode pravne snage i dejstva Povelje odmah po njenom usvajanju 2000. godine sve do trenutka sticanja pravno obavezujućeg svojstva stupanjem na snagu Lisabonskog ugovora 2009. godine na ovome mjestu rada ostavljam po strani. Povelja EU posljednji put je objavljena u službenom glasilu Unije OJ C 202/02/16. Prečišćeni tekst dostupan na: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:12016P/TXT>. Očitavanje: 6. 7. 2017. godine.

unijsko pravo.”¹⁰ U kontekstu poštivanja i primjene prava i sloboda predviđenih Poveljom EU od strane, odnosno unutar država članica na ovome mjestu važno je naglasiti da, jednako kao i drugi pravni akti primarnog prava Unije, tako je i Povelja EU akt općeg karaktera, koji, shodno svojoj jezičko-pravnoj apstraktnosti često zahtijevaju svoju konkretizaciju u nižim, prije svega pravno obavezujućim aktima – uredbi (*regulations*), direktive/smjernice (*directives*) i odluke (*decisions*). Potonje posebice ukoliko je riječ o *principima* kao vrijednostima/ciljevima kojima nedostaje konkretan pravni sadržaj, a ne o subjektivnim *pravima*, koja Povelja EU *dodjeljuje* adresatima.¹¹ Na ovome mjestu pronalazi se jedan od osnovnih problema implementacije Povelje: za pojedina osnovna pravna pravila (principe) “nužni su dodatni akti EU ili država članica, koji bi konkretizovali principe i ciljeve (...) u subjektivna prava.”¹² Tako, imajući u vidu karakteristiku unijskog pravnog sistema, a u kontekstu principa hijerarhije pravnih normi, jasno da odredbe nižih pravnih akata pravnog poretka Unije moraju biti u materijalnoj saglasnosti¹³ sa subjektivnim zahtjevima, jamstvima i vrijednostima predviđenim Poveljom EU i u konačnici, u potpunosti valjano zajamčena i propisima država članica putem harmonizacije nacionalnog zakonodavstva s unijskim pravom i to posredstvom direktiva.

Najznačajniji *harmonizacijski* pravni instrument unijskog prava jesu direktive. Međutim, za razliku od uredbi kao, također izvora sekundarnog prava Unije koje ne zahtijevaju implementaciju normativnog traženja u nacionalna zakonodavstva s obzirom na to da su to “zakonski” akti pravno obavezujućeg karaktera koji imaju dejstvo *erga omnes*, ciljevi direktive moraju biti transponirani u nacionalna zakonodavstva. Tako, ciljevi koji se direktivom nastoje postići transponiraju se u nacionalna zakonodavstva država članica kojima su upućene.¹⁴ Drugim riječima, “[d]irektive prepuštaju implementaciju pravila državama članicama.”¹⁵ Upravo iz ovog razloga odnos na relaciji Povelja EU – direktive je veoma značajan, s obzirom na to da direktive nužno moraju biti u materijalnoj saglasnosti sa sadržajem i ciljevima Povelje EU i na pravilan način (u

pogledu cilja direktive) transponirane u nacionalno zakonodavstvo radi dosljednog osiguranja jamstva sadržaja, opsega i zaštite osnovnih ljudskih prava i temeljnih sloboda predviđenih Poveljom EU od strane država članica. Potonje, posebice radi ujednačavanja standarda pravnog režima zaštite osnovnih ljudskih prava između država članica u oblastima koje se reguliraju direktivama. U tom kontekstu važno je naglasiti da “tumačenje nacionalnih propisa u skladu sa direktivom nije ograničeno na odnose između pojedinca i države [jamstvo i zaštita ljudskih prava], nego vrijedi i za odnose između privatnih lica.”¹⁶

U radu će se ponuditi uvid u Povelju EU, razliku između pravila i principa, te karakteristike i način implementacije Povelje. Imajući u vidu prethodno istaknuti značaj direktiva kao najznačajnijeg instrumenta harmonizacije nacionalnog i unijskog prava, u kratkom poglavlju posvetit će se pažnja karakteristikama pravne prirode direktiva. Nadalje, kroz praksu Suda EU ispitat će se uzajamni odnos Povelje EU i direktiva u kontekstu principa hijerarhije pravnih normi i zahtjeva sadržajne usklađenosti, konkretizacije sadržaja Povelje posredstvom direktiva, te pravne supremacije Povelje kao primarnog prava EU. Sve navedeno ukazuje na značaj direktive kao (najznačajnijeg) pravnog instrumenta putem kojeg implementacija ljudskih prava i sloboda u figuri subjektivnog prava stoji kao jedan od temelja legitimizacije i konstitucionalizacije pravnog poretka EU.

2. Povelja o temeljnim pravima Evropske unije

Kako je naznačeno u uvodu, Povelja EU formalno je usvojena u decembru 2000. godine na sastanku Evropskog vijeća u Nici. Međutim, revidirana 2007. godine, Povelja dobija svojstvo pravno obavezujućeg akta tek naknadno, stupanjem na snagu Lisabonskog ugovora 1. decembra 2009. godine u čiji je tekst inkorporirana.¹⁷ Može se istaći da Povelja, kao prva kodifikacija osnovnih ljudskih prava i temeljnih sloboda od strane EU institucija, osnažuje i legitimira integraciju i pravni poredak EU putem zaštite osnovnih prava i sloboda. Također, Lisabonskim ugovorom normirano je da Povelja ima istu pravnu snagu kao i (osnivački) ugovori, odnosno da predstavlja primarni izvor unijskog prava.¹⁸ Međutim, prava priznata Poveljom ostvaruju se samo sukladno uslovima, granicama i na način određen u Osnivačkim ugovorima – Ugovor o EU i Ugovor

¹⁰ Misita (bilj. 2), str. 169.

¹¹ V. Ibid., str. 170–171.

¹² Z. Meškić/D. Samardžić, *Pravo Evropske unije – knjiga I*, (Sarajevo 2012), str. 280.

¹³ Posmatrano sa aspekta pravnog poretka nacionalnog zakonodavstva, zahtjev materijalne saglasnosti, može se izjednačiti sa načelom materijalne ustavnosti/zakovitosti. Usp. N. Pobrić, *Ustavno pravo*, (Mostar 2000), str. 454–457.

¹⁴ Pravni osnov donošenja direktiva pronalazi se u čl. 288. Ugovora o funkcioniranju EU. Direktive kao pravno obavezujući akti sekundarnog karaktera mogu biti upućene svim, ili samo pojedinim državama članicama. Više na: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=URISERV%3A114527>. Očitavanje: 6. 7. 2017. godine.

¹⁵ Meškić/Samardžić (bilj. 12), str. 249.

¹⁶ Više na: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=URISERV%3A114527>. Očitavanje: 6. 7. 2017. godine.

¹⁷ “Stupanjem na snagu Lisabonskog ugovora osnovna prava su zaštićena na temelju Povelje, članstvom EU u EKLJP i pravnim sistemima država članica. Sud EU ova tri pravna izvora primjenjuje bez određenog redoslijeda ili prioriteta zajedno kako bi ostvario što snažnije dejstvo njihove zaštite.” Meškić/Samardžić (bilj. 12), str. 270.

¹⁸ Čl. 6, st. 1. Ugovora o EU (Lisabonski ugovor). Prečišćeni tekst dostupan na: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2016:202:FULL&from=HR>. Očitavanje: 6. 7. 2017. godine.

o funkcioniranju EU – Lisabonski ugovor.¹⁹ Naime, u pogledu djelovanja Unije u vezi s pravima i slobodama predviđenim Poveljom EU “... ne mogu [se] dovoditi u pitanje mjere i odluke nadležnih nacionalnih organa”,²⁰ osim u slučajevima kada države članice primjenjuju unijsko pravo, odnosno pravo normirano Poveljom. Tako, stupanjem na snagu Povelja nije proširila nadležnosti Unije.²¹ Posebno je značajno naglasiti da je Lisabonskim ugovorom EU pristupila EKLJP čiji katalog osnovnih ljudskih prava i temeljnih sloboda, koji proizlazi iz ustavnih tradicija zajedničkih državama članicama, formalno postaje dio *općih pravnih principa*,²² odnosno primarni izvor unijskog prava, istovremeno dajući snažan pravno-politički poticaj jačoj koheziji između Unije i evropskih država ne-članica EU koje su, istovremeno, članice Vijeća Evrope.

2.1. Sadržaj i primjena Povelje EU

Nakon istaknutih univerzalnih vrijednosnih *spojnica* u Preambuli, zajedničkih za države članice Unije, a koje se između ostalog odnose na zajedničke i nedjeljive vrijednosti kao temelje na kojima počiva EU,²³ nomotehnički gledano Povelja je podijeljena na sedam dijelova (glava²⁴): Glava I “Dostojanstvo”; Glava II “Slobode”; Glava III “Jednakost”; Glava IV “Solidarnost”; Glava V “Prava građana”; Glava VI “Pravda”; Glava VII “Opće odredbe kojima se određuje tumačenje i primjena Povelje”. Katalog prava Povelje može se sagledati s aspekta (najmanje) tri kategorije prava: građanska i politička prava, ekonomska i socijalna, te osnovna prava statuirana Osnivačkim ugovorima.²⁵ Set građanskih i političkih prava, prije usvajanja Povelje, praksom Suda EU statuiran je kao dio općih pravnih

principa Unije izvedenih iz zajedničkih ustavnih tradicija država članica i podignut na (ustavni) unijski nivo. Set ekonomskih i socijalnih prava sažima i formalizira skup prava propisanih Evropskom socijalnom poveljom iz 1961. godine i Komunitarnom poveljom o osnovnim socijalnim pravima radnika iz 1989. godine.²⁶ U konačnici, osnovna prava statuirana Osnivačkim ugovorom, tako i Poveljom, predstavljaju samo ona prava koja, po temelju građanstva EU, pripadaju državljanima država članica EU, a koja su predviđena tekstom Osnivačkih ugovora.

Za valjanu i pravilnu primjenu Povelje EU neophodno je razumjeti operativni dio Povelje – odredbe sadržane u Glavi VII “Opće odredbe kojima se određuje tumačenje i primjena Povelje”. Ove odredbe sadrže pravila o području primjene,²⁷ opsegu i načinu tumačenja *prava i principa*,²⁸ dometu i kvalitetu zaštite predviđene Poveljom²⁹ te odredbe o pitanjima zabrane zloupotrebe prava sadržanih u Povelji.³⁰ Članom 51 Povelje EU propisuje se područje primjene. Adresati odredaba Povelje su organi Unije, te, uz poštivanje načela supsidijarnosti, i države članice samo onda i u mjeri u kojoj primjenjuju unijsko pravo, *uz istovremeno poštivanje ograničenja nadležnosti EU*.³¹ U vezi s potonjim ponovno treba istaći da opseg prava državljana EU usvajanjem Povelje nije proširen, odnosno da Povelja ne proširuje područje primjene unijskog prava, niti se njome uspostavljaju nove ovlasti za EU. Članom 52 propisan je opseg *prava i principa* sadržanih u Povelji koji se odnosi na pitanje opsega i kvalitete dopuštenih ograničenja prava i sloboda. Krajnje granice dometa prava i sloboda su granice i uslovi propisani i utvrđeni Osnivačkim ugovorima. Pri tome, osnovni rukovodni princip u pogledu ograničenja jeste princip proporcionalnosti koji podrazumijeva da svako ograničenje prava i sloboda mora biti predviđeno zakonom (pravnim aktom) na jezički jasan način, istovremeno, srazmjerno udovoljavajući cilju koji se ograničenjem želi postići.³² Član 53 uspostavlja razinu zaštite kojom se *zabranjuje* tumačenje opsega, kvalitete i dometa prava i sloboda propisanih Poveljom ispod međunarodno prihvaćenih standarda i razine zaštite, kao i nacionalnih ustavnih praksi država članica u zaštiti ljudskih prava i sloboda. Ovom odredbom uspostavlja se minimalni okvirni standard, ali i široko diskreciono polje procjene pri tumačenju sadržaja osnovnih prava propisanih Poveljom EU – pri tumačenju uzimaju se u obzir pravne (ustavne)

¹⁹ Povelja EU (bilj. 9), čl. 52, st. 3.

²⁰ Misita (bilj. 2), str. 174.

²¹ Ugovor o EU (bilj. 18), čl. 6, st. 1.

²² Čl. 6, st. 2 i 3, Ibid. Pristupanje Unije EKLJP izvršeno je putem Protokola 14 uz EKLJP koji je stupio na snagu 1. 6. 2010. godine. Praksa Suda EU etablirala je sljedeća prava i slobode kao set općih pravnih principa: pravo na slobodu vjerovanja; pravo na privatnost; pravo na zaštitu ličnih podataka; pravo na slobodu govora; pravo sindikalnog organiziranja; pravo na efikasnu sudsku zaštitu; pravo na saslušanje u sudskom postupku; pravo na uzdržavanje od samooptuživanja; pravo na imovinu; pravo na bavljenje privrednom i profesionalnom djelatnošću; pravo na jednakost; pravo biti ne izložen mučenju. Misita (bilj. 2) str. 173–174. Također, pristupanje EKLJP otvara (teoretski) mogućnost privatno-pravnih lica da pred ESLJP zatraže zaštitu svoga prava ukoliko je ono prekršeno od strane EU, odnosno njenih institucija.

²³ Craig/De Burca (bilj. 7), str. 359.

²⁴ Povelja EU (bilj. 9) Glava I “Dostojanstvo”, članovi 1–5; Glava II “Slobode”, članovi 6–19; Glava III “Jednakost”, članovi 20–26; Glava IV “Solidarnost”, članovi 27–38; Glava V “Prava građana”, članovi 39–46; Glava VI “Pravda”, članovi 47–50; Glava VII “Opće odredbe kojima se određuje tumačenje i primjena Povelje”, članovi 51–54.

²⁵ Misita (bilj. 8), str. 321.

²⁶ Misita (bilj. 2), str. 170. Evropska socijalna povelja predstavlja akt Vijeća Evrope i ratificirana je u svim zemljama članicama EU. Komunitarnu povelju ratificiralo je 11 od tadašnjih 12 država članica EU – izuzetak predstavlja Velika Britanija.

²⁷ Povelja EU (bilj. 9), čl. 51.

²⁸ Ibid., čl. 52.

²⁹ Ibid., čl. 53.

³⁰ Ibid., čl. 54.

³¹ Naglasio autor.

³² V. detaljnije Meškić/Samardžić (bilj. 12), str. 228.

kulture država članica Unije.³³ Član 54 propisuje zabranu tumačenja prava priznatih Poveljom s ciljem uništenja ili ograničenja, odnosno neproporcionalnog ograničenja.

Dakle, pored kataloga prava i sloboda zajamčenim tekstom Povelje, odredbe Glave VII sadrže pravila o načinu primjene. Ranije je istaknuto da Povelja predviđa tri kategorije prava i sloboda.³⁴ Međutim, pored *prava* subjektivnog karaktera s jasno određenim sadržajem na osnovu kojih adresati mogu zahtijevati sudsku zaštitu (neposredno dejstvo), Poveljom EU normiran je i niz *principa* kao pravnih pravila općeg karaktera koja, sama po sebi, ne sadrže pravo subjektivnog karaktera i na temelju kojih pojedinci ne mogu ostvariti sudsku zaštitu zajamčenih (pravnih) vrijednosti. Valja istaknuti da tekst Povelje ne nudi listu kojom bi se mogla napraviti razlika između *prava* i *principa*. Također, Protokolom 30 uz Povelju EU predviđena je mogućnost *opt out* klauzule³⁵ prema kojoj države članice (Poljska i Ujedinjeno Kraljevstvo Velike Britanije i Sjeverne Irske) EU mogu odlučiti da ne pristupe pojedinim odredbama (pravilima i principima) Povelje.

2.1.1. Subjektivno pravo (pravilo) i princip kao vrijednost – inkorporacija u direktive – član 52 Povelje EU

U prethodnom poglavlju istaknuto je da Povelja sadrži *prava* i *principe*. Na razliku između *prava* kao normativnog obavezujućeg subjektivnog pravila i *principa* kao rukovodne vrijednosti i orijentira u primjeni prava, a tek izuzetno obavezujuće pravne norme, teorija jasno ukazuje: “(...) [K]olizije pravila [prava] vode drukčijem rezultatu od kolizije principa. Kolizija pravila podrazumijeva da će samo jedno od njih, dakle, postoji nužno samo jedan izbor, dok se kod kolizije principa rezultat dobija uzajamnim vrednovanjem u odnosu na konkretan slučaj, odnosno, kolizija principa ne vodi nužno jednom rezultatu.”³⁶ Ovome je potrebno još dodati da, ukoliko *princip* ostaje na razini rukovodne vrijednosti, odnosno, ukoliko nije konkretiziran nižim pravnim aktima, na takvom pravnom temelju nije se moguće obratiti sudu za zaštitu, s obzirom na to da *princip*, u tom slučaju, ne sadrži normativno osigurano pravo subjektivnog karaktera.

Dakle, u unijskom kontekstu, Povelja EU – *pravo* (pravilo) se razumijeva kao pravo subjektivnog karaktera koje sadrži dovoljno pravnih informacija kako bi se na

temelju njega mogla ostvariti sudska zaštita. Naime, osnovni čimbenici pravnog pravila (norme) jasno su određeni: hipoteza, traženje, delikt i sankcija. S druge strane, *princip* jeste vrijednost kojom se unijski zakonodavac mora da rukovodi, kako u pogledu tumačenja i primjene Povelje, tako i u pogledu zakonodavne djelatnosti i primjene sekundarnog prava, samo onda i ukoliko akt sekundarnog prava regulira polje društvenih odnosa *pokriveno* Poveljom EU. Još jednom: *princip* ne sadrži dovoljno (pravnih) informacija na osnovu kojih bi pojedinac mogao direktno pred Sudom EU zahtijevati zaštitu. Stoga se postavlja pitanje načina konkretizacije i implementacije principa posredstvom nižih pravnih akata (direktiva), te tumačenja njihovog sadržaja i opsega od strane Suda EU i nacionalnih sudova.

Član 52, st. 5, 6, i 7 Povelje EU upućuje na problematiku razlikovanja *pravila* i *principa* propisanih Poveljom EU i uspostavlja pravila njihove primjene i tumačenja sistematski povezujući ove odredbe sa članom 51, stav 1: “[I]nstitucije, tijela, uredi i agencije Unije (...) moraju poštovati *prava* i držati se *principa* te promicati njihovu primjenu (...)”.³⁷ Stav 5 čl. 52 Povelje EU nudi uvid u način materijalizacije *principa*, odnosno put iz figure pravno-vrijednosne apstrakcije ka opredmećenju u pravilo subjektivnog karaktera: “[o]dredbe ove Povelje koje sadržavaju načela [*principe*] mogu biti provedene zakonodavnim i izvršnim aktima institucija, tijela, ureda i agencija Unije te aktima država članica kada u izvršavanju svojih ovlasti provode pravo Unije. Na njih se pred sudom može pozvati samo pri tumačenju tih akata te pri odlučivanju o njihovoj zakonitosti.”³⁸ Dakle, *principi tek* (!) konkretizacijom u normativna subjektivna prava uživaju status *iustus titulus* kao polaznog pravnog temelja njihovog tumačenja i ocjene (materijalne) ustavnosti/zakonitosti akta sekundarnog prava. Stavovi 6 i 7 ovog člana uspostavljaju granice i smjernice pri tumačenju *principa* na način da se jurisprudencija Suda EU, te legislativa i jurisprudencija sudova država članica moraju rukovoditi uputama za tumačenje sadržaja i opsega Povelje EU.³⁹

Hipotetički problem koji se u kontekstu primjene i zaštite prava i sloboda zajamčenih Poveljom EU može pojaviti jeste slučaj da opseg i sadržaj *pravila* i *principa* konkretiziran direktivom može prelaziti okvire, kako nadležnosti organa EU, tako i sadržaja i dometa postojećeg unijskog propisa, prije svega odredaba Osnivačkih ugovora, što upućuje na *nedostatak* materijalne saglasnosti sekundarnih pravnih akata s primarnim pravom Unije.

³³ Ibid., str. 271.

³⁴ V. bilj. 25.

³⁵ V. Protokol 30 uz Povelju EU, dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:306:0156:0157:EN:PDF>. Očitanje: 8. 7. 2017. godine. Međutim, i pored *opt out* klauzule, važno je naglasiti da će opći pravni principi, kao primarni izvor unijskog prava, biti primijenjeni.

³⁶ E. Šarčević, “Integralni i sumativni pristup pravnim principima: jedan metodološki problem?”, u: ur. E. Šarčević, *Pravni principi*, (Sarajevo 2014), str. 12.

³⁷ Povelja EU (bilj. 9), čl. 51, st. 1.

³⁸ Ibid., čl. 52, st. 5.

³⁹ European Commission, *Operational Guidance on taking account of Fundamental Rights in Commission Impact Assessments*, Brussels 2011, str. 4. Dostupno na: http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/files/operational-guidance_en.pdf. Očitanje: 14. 7. 2017. godine.

Tako, pojedinac ne bi imao mogućnost pozivanja na *princip* propisan Poveljom EU pred Sudom EU i traženja zaštite ukoliko princip nije (valjano) konkretiziran nižim pravnim aktom u nacionalni propis.

3. Sekundarno pravo Unije – pitanja konkretizacije sadržaja ljudskih prava i temeljnih sloboda

Naglašeno je da osnovna ljudska prava i temeljne slobode propisane Poveljom EU, bilo da su zajamčene u vidu subjektivnog normativno osiguranog *pravila* ili *principa* kao rukovodne vrijednosti, kao pravne odredbe općeg (ustavnog) karaktera nužno iziskuju konkretizaciju svoga sadržaja i cilja posredstvom nižih pravnih akata – sekundarnih akata unijskog prava. U sekundarne akte pravno obavezujućeg dejstva spadaju uredbe, direktive i odluke. Kako su odluke pojedinačni pravni akti koji proizvode neposredno pravno dejstvo samo u odnosu na privatnopravni subjekt kojem su upućene, tako one ne zauzimaju značajnu ulogu u uspostavljanju *jedinstva* standarda pravnog režima zaštite ljudskih prava i sloboda na teritoriji Unije. Gledano iz ugla nacionalnih zakonodavstava, uredbe su akti slični zakonu: obavezujući su za sve države članice, imaju neposredno pravno dejstvo, te kao takve ne zahtijevaju implementaciju sadržaja u nacionalna zakonodavstva. Uredbom se mogu regulirati osnovna ljudska prava i slobode, međutim, za pretpostaviti je da je najčešće riječ o jamstvima koja su svakako sastavni dio ustavnih tradicija država članica: pravo na život, pravo na slobodu, pravo na porodicu, privatnost i brak, pravo na slobodu vjeroispovijesti, sloboda udruživanja, sloboda izražavanja i slično.

Međutim, imajući u vidu različite ekonomske mogućnosti država članica EU s jedne strane, te činjenicu da oblast zaštite ljudskih prava i sloboda spada u oblast *zajedničkih* vrijednosti Unije, s druge strane, postavlja se pitanje valjanog pravnog mehanizma dosljednog transponiranja u nacionalna zakonodavstva *pravila* i *principa* Povelje, naprimjer – jamstava socijalnog karaktera koja spadaju u oblast podijeljene nadležnosti.⁴⁰ Drugim riječima, harmonizacije pravnog poretka unijskog prava u pravcu monizma standarda zaštite ljudskih prava. Prije uvida u osnovne karakteristike direktiva kao pravnih akata, na ovome mjestu je potrebno istaći da, bez obzira na to govori li se o *pravilima* ili *principima*, Poveljom EU se predviđaju *minimalni standardi* u pogledu jamstva i zaštite ljudskih prava i sloboda koji se tumače u skladu sa standardima EKLJP afirmiranim kroz praksu ESLJP, te ustavnim tradicijama država članica.⁴¹ Međutim, zaštita ljudskih prava i sloboda u okviru Vijeća Evrope i standarda EKLJP, te sukladno ustavnim tradicijama država

članica EU, ne nudi pozitivan zaključak u kontekstu snage Povelje EU, dalje integracije država članica u Uniju, te mogućnosti organa EU da dosljedno implementiraju prava i slobode predviđene Poveljom. Potonje, posebno imajući u vidu da su ljudska prava i slobode temeljne vrijednosti na kojima, između ostalog, uopće počiva legitimitet konstitucionalizacije EU i njenog pravnog poretka. Jer, upravo se na mjestu trostrukog pristupa zaštite osnovnih prava iz Povelje – zaštite na temelju Povelje, EKLJP i ustavnih tradicija država članica pojavljuju dva *problema* po pitanju zaštite ljudskih prava i sloboda unutar Unije, odnosno legitimiteta EU i konstitucionalizacije pravnog poretka:

- a) Opseg jamstava predviđenih Poveljom EU znatno je uži od opsega jamstava propisanih univerzalnim dokumentima o ljudskim pravima koje su države članice međunarodnih organizacija (UN, Vijeće Evrope) već odavno (istovremeno države članice EU) inkorporirale u svoje ustave. Tako činjenica da su jamstva ljudskih prava i sloboda u Povelji EU uža od nacionalnih ustavnih jamstava država članica EU može dovesti do stvaranja dualizma pravnih režima njihove zaštite.
- b) Princip ustupljenih ovlaštenja može stvoriti prazninu, odnosno različitost u zaštiti i podržavanju ljudskih prava i sloboda između Unije i država članica i to u onim oblastima u kojima su države članice u EU udružile izričite dijelove svog suvereniteta.⁴²

Naime, zaštita ljudskih prava i sloboda predstavlja kako *utemeljujuću* vrijednost na kojoj počiva EU, tako i *zajedničku* vrijednost koja (može da) djeluje kao snažan integracioni faktor.⁴³ Stoga, radi osnaženja legitimiteta integracije i legitimiteta konstitucionalizacije pravnog poretka Unije, potrebno je u što većoj mjeri uspostaviti pravni monizam u pogledu zaštite osnovnih ljudskih prava u okviru pravnog poretka EU.⁴⁴ Važno je naglasiti da pojedina ljudska prava i slobode nisu apsolutne pravne kategorije. Drugim riječima – opseg uživanja pojedinih ljudskih prava i sloboda može biti ograničen. Tako, član 52, st. 1 Povelje EU normira da svako ograničenje mora biti propisano zakonom i mora poštovati samu bit prava i sloboda, odnosno mora biti proporcionalno cilju koji se želi postići. Sve navedeno upućuje na potrebu preciznog određivanja sadržaja i granica osnovnih ljudskih prava u oblastima pokrivenim unijskim pravom.

⁴² *The EU and international human rights law*, UN Office of the High Commissioner, Europe Regional Office, str. 6. Dostupno na: http://www.europe.ohchr.org/Documents/Publications/EU_and_International_Law.pdf. Očitavanje 13. 7. 2017. godine.

⁴³ Misita (bilj. 2), str. 45.

⁴⁴ Pri tome se ne zagovara ideja kulturnog univerzalizama. Međutim, balans između ujednačene interpretacije osnovnih prava iz Povelje na teritoriji država članica EU s jedne, te, pluralizma ustavnih tradicija u zaštiti ljudskih prava s druge strane, predstavljaju pogonsko gorivo snažne kohezivne integracije država članica u EU.

⁴⁰ Član 4. Ugovora o funkcioniranju EU, također Misita (bilj. 2), str. 50.

⁴¹ Povelja EU, čl. 53. V. još bilj. 22.

3.1. Karakteristike direktiva

Riječima Ugovora o funkcioniranju Unije, direktive su pravno obavezujući akti upućeni državama članicama, pri čemu su države članice obavezane ciljem i sadržajem direktive, ali ne i načinom njihove implementacije u nacionalna zakonodavstva.⁴⁵ Dakle, direktive moraju biti implementirane u cijelosti i na način koji osigurava njihovu efikasnu primjenu cilja koji se želi postići. Tako, istovremeno uspostavljajući jedinstvo standarda pravnog režima u zaštiti ljudskih prava i sloboda na području Unije u oblastima ustupljene i podijeljene nadležnosti Unije, državama članicama je ipak ostavljen izbor načina postizanja cilja predviđenog direktivom. Ovakav način uspostavljanja jedinstvenog pravnog režima standarda zaštite ljudskih prava i sloboda predviđenih Poveljom EU igra ulogu snažnog kohezivnog faktora u procesu dalje integracije država članica u EU. Praksom Suda EU afirmirano je da direktive imaju neposredno (vertikalno) dejstvo,⁴⁶ što podrazumijeva mogućnost da se privatnopravni subjekti na njih pozivaju pred nacionalnim sudovima ili u konačnici Sudom EU⁴⁷, i tako ostvare zaštitu prava i sloboda predviđenih Poveljom, a konkretiziranih putem direktiva. Istovremeno ocjena materijalne ustavnosti/zakonitosti direktive, bilo neposredno na inicijativu privilegiranih podnositelaca zahtjeva, ili posredno na zahtjev privatnopravnih lica posredstvom postupka prethodnog odlučivanja – prigovora nezakonitosti – omogućuje dosljedno i valjano konkretiziranje ne samo *pravila* normiranih Poveljom, već i samih *principa*.

Prethodno izloženo ukazuje na važnost odnosa između Povelje EU i direktiva kao akata sekundarnog zakonodavstva Unije. Prije svega, potrebno je podsjetiti da je Povelja EU dio primarnog unijskog prava, slična pravnim odredbama ustavnopravnog karaktera. U tom aspektu ljudska prava i slobode igraju važnu ulogu legitimizacije konstitucionalizacije prava EU – pravni akt EU je ustavan/zakonit ukoliko poštuje ljudska prava i slobode.⁴⁸ Odredbe Povelje EU su odredbe općeg karaktera koje zahtijevaju dosljednu konkretizaciju svog sadržaja, vrijednosti i cilja u nižim pravnim aktima, kako *pravila* tako i *principa*. Potonje je posebice važno ukoliko je riječ o *principu* normiranom Poveljom kao rukovodnoj, ali istovremeno jezički apstraktnoj vrijednosti. Naime, ranije je istaknuto

da provođenje *principa* propisanih Poveljom EU zahtijeva određenje sadržaja i konkretizaciju do *pravila* subjektivnog karaktera na osnovu kojeg bi se pojedinac mogao pojaviti pred nacionalnim sudom ili Sudom EU i ostvariti zaštitu svojih prava.

Imajući u vidu da su direktive najznačajniji pravni mehanizmi harmonizacije unijskog prava u državama članicama, jasno je da reguliranje, naprimjer, socijalnih prava iz Povelje EU posredstvom direktiva doprinosi, s jedne strane, snažnijoj zaštiti ljudskih prava i sloboda uopće na području Unije, dok, s druge strane, ojačava i socijalnu koheziju između država članica uspostavljanjem jednakih pravila koja su jednako važeća na teritoriji Unije, odnosno, koja postaju dio jedinstvenog pravnog režima Unije opredmećenog u subjektivno pravilo s neposrednim dejstvom. U slučaju formalno ili materijalno nevaljanog inkorporiranja *pravila* ili *principa* (vrijednosti) propisanog Poveljom putem direktive, bilo da je riječ o zakonodavnom ili izvršnom aktu, pojedinac ima pravo obratiti se Sudu EU za zaštitu svojih, sada već, normativno osiguranih subjektivnih prava.⁴⁹

Dakle, pored temeljne potrebe da se jamstva normirana Poveljom EU valjano konkretiziraju putem nižih (sekundarnih) pravnih akata, prethodno navedeni razlozi nedvojbeno ukazuju na značaj direktiva za uspostavljenje jedinstvenog (harmoniziranog) pravnog režima zaštite ljudskih prava na području EU kao možda i najvažnijeg pravnog legitimirajućeg faktora i mehanizma dalje integracije država članica u EU i konstitucionalizacije njenog pravnog poretka. U nastavku rada će se prikazati normativni način reguliranja slobode kretanja (čl. 45 Povelje), pitanje kolizije između sadržaja slobode kretanja robe koji je konkretiziran i reguliran direktivom i ljudskih prava propisanih Poveljom nasuprot odredbama nacionalnog propisa, te slučaj u kojem je Sud EU, pozivom na Povelju, poništio dijelove direktive.

4. Konkretizacija prava i principa Povelje EU – Direktiva 04/38/EC

Prije osvrta na Direktivu 04/38/EC potrebno je prikazati član 45 Povelje EU koji tretira pitanje slobode kretanja i boravka. Član 45 Povelje EU glasi:

Sloboda kretanja i boravka

1. Svaki građanin Unije ima pravo slobodno se kretati i boraviti na državnom području država članica.

⁴⁵ Čl. 288 (3) Ugovora o EU (bilj. 18).

⁴⁶ U predmetu *Faccini* Sud EU je utvrdio da direktive ne mogu imati neposredno horizontalno dejstvo. Suprotna argumentacija nezavisnog odvjetnika u istom predmetu. V. S. Rodin/T. Čapeta/I. G. Lang, *Izbor presuda Europskog suda*, (Zagreb 2009), str. 142–165.

⁴⁷ *Misita* (bilj. 8), str. 501–503.

⁴⁸ European Commission, *Operational Guidance on taking account of Fundamental Rights in Commission Impact Assessments*, Brussels 2011, str. 4. Dostupno na: http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/files/operational-guidance_en.pdf. Očitane: 14. 7. 2017. godine.

⁴⁹ Privatnopravni subjekti mogu zahtijevati ocjenu zakonitosti unijskog akta u tri slučaja: ako je akt upućen tom licu; ako se akt pojedinačno i neposredno odnosi na to lice; ako se regulativni akt koji ne podrazumijeva provedbene mjere neposredno odnosi na privatno lice. Također, Sudu EU može se obratiti i nacionalni sud tražeći mišljenje o valjanosti i zakonitosti sekundarnog unijskog akta. *Misita* (bilj. 2), str. 218–220.

2. Sloboda kretanja i boravka može se, u skladu s Ugovorima, dodijeliti državljanima trećih zemalja koji zakonito borave na državnom području neke države članice.

Jezička analiza prikazanog člana 45 Povelje EU upućuje na zaključak da se ovom odredbom pravo na slobodu kretanja i boravka etablira u katalog ljudskih prava i sloboda koje EU garantira. Također, ove odredbe formalno potvrđuju jednu od osnovne četiri unijske slobode – sloboda kretanja radne snage, ali istovremeno ne pružaju informacije o načinu tretiranja slobode kretanja radnika, s obzirom na to da je pravo na rad, odnosno pravo na zaposlenje sastavni dio slobode kretanja.⁵⁰ Međutim, kako je čl. 45 Povelje odredba ustavnog karaktera (primarni izvor prava EU), osim formalnog potvrđivanja jednog od osnovnih principa funkcioniranja EU, tako je opravdano da je njen jezik siromašan u pogledu pojašnjenja sadržaja, opsega i dometa ovih jamstava, te da ne nudi dovoljno informacija o načinu implementacije njihovih zahtjeva.⁵¹ Više potrebnih informacija pronalazi se u aktima sekundarnog prava.⁵²

Direktiva 04/38/EC o pravu građana i članova njihovih porodica da se slobodno kreću i borave na teritoriji država članica (Direktiva 04/38/EC ili Direktiva)⁵³ često se navodi

⁵⁰ V. Dedić/Gradašćević-Sijerčić (bilj. 4), str. 141.

⁵¹ Pored prikazanog čl. 45, odredbe člana 15 Povelje EU kroz jamstvo slobode na izbor zanimanja i prava na rad indirektno tretiraju pitanje slobode kretanja radnika unutar EU, kao jedne od četiri velike slobode na kojima EU počiva. Član 15 Povelje EU glasi: Stav 1. Svako ima pravo na rad i na obavljanje slobodno izabranog ili prihvaćenog zanimanja. Stav 2. Svaki građanin Unije može slobodno tražiti zaposlenje, raditi i ostvarivati pravo na poslovni nastan i pružanje usluga u svakoj državi članici. Stav 3. Državljanima trećih zemalja kojima je dopušten rad na državnim područjima država članica imaju pravo na radne uvjete jednake onima koje imaju građani Unije. Implikacije čl. 15 st. 1 Povelje EU podrazumijevaju da ovo jamstvo pripada svakome. Stav 2 je nešto konkretniji propisujući da svaki građanin Unije uživa ovu slobodu i pravo. Pored toga ima pravo na poslovni nastan (boravak) i pravo na pružanje usluga. Dok stavovi 1 i 2 ne govore uopće o principu zabrane diskriminacije kao pravno-vrijednosnoj potpori valjanog ostvarivanja propisane slobode i prava, utoliko st. 3 izjednačava državljane trećih zemalja (država nečlanica EU) s građanima Unije i izričito propisuje zabranu diskriminacije. Međutim stav 3 ne govori o diskriminacijskim osnovima, niti ovo pitanje dalje razrađuje. Iz prikazanog je uočljivo da odredbe člana 15 Povelje EU, osim uspostavljanja prava i principa kao rukovodne vrijednosti (st. 1), ne nude dovoljno informacija o načinu implementacije njihovih zahtjeva – jednako kao i član 45 Povelje.

⁵² U pogledu implikacija osnovnog sadržaja čl. 45 UFEU na opseg i kvalitet slobode kretanja radnika vidi N. Misita, *Evropska unija – unutrašnje tržište*, (Sarajevo 2014), str. 291–341.

⁵³ Direktiva 04/38/EC je dokument Evropskog parlamenta i Vijeća EU, OJ C L158/77, dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1481711492100&uri=CELEX:32004L0038>. Očitane: 14. 7. 2017. godine.

kao Direktiva o pravima građana EU koja je dopunila i izmijenila Uredbu 1612/68/EC o slobodi kretanja radnika i u potpunosti stavila van snage, odnosno zamijenila desetak drugih direktiva koje su regulirale ovu oblast.⁵⁴ U preambuli se navodi da je Direktiva u skladu s temeljnim pravima i slobodama, te načelima koja su priznata osobito u Povelji EU.⁵⁵ Dakle, legitimirajući, odnosno vrijednosni pravni osnov Direktiva 04/38/EC pronalazi u katalogu ljudskih prava i sloboda koji pripadaju građanima Unije, a sadržani su u Povelji EU. Također, u skladu sa zabranom diskriminacije sadržanoj u Povelji EU,⁵⁶ navodi se da države članice trebaju provoditi Direktivu 04/38/EC bez diskriminacije među adresatima prava iz Direktive.⁵⁷ Pozivanje na Povelju EU u preambuli Direktive jeste potvrda da ljudska prava i slobode u EU fungiraju kao opći pravni principi na kojima počiva pravo Unije, ali istovremeno i bitan element konstitucionalizacije pravnog poretka EU!⁵⁸ Ovo je značajno za naglasiti jer, kako će se prikazati u nastavku, Direktiva 04/38/EC postavlja konkretne i široke (socijalne) zahtjeve⁵⁹ pred države članice da, harmonizirajući svoje nacionalno zakonodavstvo putem postizanja cilja Direktive, građanima Unije, ali i njihovima porodicama⁶⁰ obezbijede pravo na slobodu kretanja i boravak.

Član 1 Direktive propisuje uslove pod kojima građani Unije i članovi njihovih porodica ostvaruju pravo na slobodno kretanje, boravak, odnosno stalni boravak, te moguća ograničenja ove slobode.⁶¹ Značajno je naglasiti da pored građanina Unije, ovu slobodu uživaju i članovi porodice koji ne moraju biti državljani, te oni članovi koji imaju potrebe zdravstvene njege.⁶² Administrativne formalnosti propisane Direktivom koje reguliraju pravo

⁵⁴ Misita (bilj. 2), str. 295.

⁵⁵ Direktiva 04/38/EC (bilj. 53), Preambula direktive, stav 31.

⁵⁶ Povelja EU (bilj. 9), čl. 21.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Usporedi Misita (bilj. 2), str. 295.

⁵⁹ U kontekstu razumijevanja opsega i kvalitete (normativnih) socijalnih zahtjeva u praksi Suda EU i oblikovanja dimenzije socijalne politike Unije vidi V. Velyvte, "The Power to Shape Internal Market: Implications of CJEU Case Law for the EU's Institutional Balance", u: ur T. Perišin/I. Goldner Lang, *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, (Zagreb 2016), str. 25–47.

⁶⁰ "Adresati pravâ ustanovljenih Direktivom su građani Unije i članovi njihovih porodica, definisani mjerodavnim odredbom Osnivačkog ugovora, koji borave ili se nastanjuju u državi čije državljanstvo nemaju – tzv. država domaćin (*host state*). Isto, pod uslovima propisanim Direktivom, vrijedi i za članove njihove porodice – shvaćene u užem i širem smislu. U prvom slučaju se misli na bračnog/životnog partnera, kao i na djecu i roditelje, a u drugom na sve ostale srodnike koji su zavisni, u pravilu finansijski ili na neki drugi način, od građanina Unije koji koristi slobodu kretanja." Misita (bilj. 52), str. 117.

⁶¹ Direktiva 04/38/EC (bilj. 53), čl. 1. Legitimna ograničenja su razlozi i potreba zaštite javnog poretka, javne bezbjednosti i javnog zdravlja. V. još Misita (bilj. 52), str. 124–130.

⁶² Ibid., čl. 3.

ulaska oslonjene su na princip zabrane diskriminacije.⁶³ Socijalni zahtjevi koji se Direktivom postavljaju pred države članice, a koji istovremeno podupiru katalog socijalnih prava predviđenih Poveljom EU pronalaze se u odredbama koje reguliraju pitanja boravka i stalnog boravka, prije svega radnika, s obzirom na to da je pravo na rad (zaposlenje) sastavni dio slobode kretanja. Tako, građani Unije uživaju pravo boravka u trajanju dužem od tri mjeseca ukoliko su radnici, samozaposlene osobe, ili se nalaze u državi domaćinu s namjerom školovanja, a imaju dovoljno sredstava za sebe i članove porodice da ne postanu teret sistema socijalne pomoći.⁶⁴ Također, pravo boravka uživaju građani Unije koji više nisu radnici ili samozaposlene osobe ukoliko zadrže status radnika ili samozaposlene osobe.⁶⁵ U konačnici, građani Unije i članovi njihovih porodica imaju pravo boravka tako dugo sve dok na neprimjeren način ne predstavljaju teret po socijalni sistem države članice domaćina.

Na ovom mjestu je potrebno postaviti pitanje mjere socijalne pomoći koju uživaju osobe koje imaju pravo boravka, odnosno radnika koji više ne rade, a zadržali su status radnika ili samozaposlene osobe. Drugim riječima, potrebno je postaviti pitanje mjere tereta socijalnog opterećenja i načina tumačenja opsega prava na slobodu kretanja i boravka iz člana 45 Povelje od strane Suda EU. Naime, kako je istaknuto, sloboda kretanja podrazumijeva i pravo boravka u državi članici. Pozivajući se na slobodu kretanja i boravka zajamčenu Poveljom EU, pojedinci kojima sukladno odredbama Direktive ovo pravo pripada, mogu to pravo zloupotrijebiti na način da prividno pokušavaju pronaći zaposlenje ili su ga pronašli, međutim naknada za rad je nedostatna za podmirivanje osnovnih egzistencijalnih potreba. Mogućnost zloupotrebe prava na slobodu kretanja i boravka je prepoznata u prikazanim članovima Direktive kroz formulaciju alineje 10 Preambule Direktive: “Osobe koje ostvaruju pravo boravišta ne bi, međutim, trebale postati nerazuman teret sustavu socijalne pomoći u državi članici domaćinu (...)”.

⁶³ Ibid., čl. 5, st. 5.

⁶⁴ Ibid., čl. 7, st. 1 (b).

⁶⁵ Ibid., čl. 7, st. 3 glasi: 3. Za potrebe stava 1 (a), građani Unije koji više nisu radnici ili samozaposlene osobe zadržavaju položaj radnika ili samozaposlene osobe ako su: (a) privremeno nesposobni za rad zbog bolesti ili nesreće; (b) propisno prijavljeni kao nesvojevoljno nezaposleni nakon što su dulje od godinu dana bili zaposleni te su se prijavili kao tražitelji zaposlenja u nadležnom uredu za zapošljavanje; (c) propisno prijavljeni kao nesvojevoljno nezaposleni nakon isteka ugovora o radu na određeno vrijeme kraćeg od godinu dana ili tijekom prvih dvanaest mjeseci te su se prijavili kao tražitelji zaposlenja u nadležnom uredu za zapošljavanje. U ovom slučaju položaj radnika se zadržava najmanje šest mjeseci; (d) krenuli na strukovno osposobljavanje. Osim ako su nesvojevoljno nezaposleni, za zadržavanje položaja radnika osposobljavanje mora biti povezano s prethodnim zaposlenjem.

Čini se da bi u slučaju *kolizije* tumačenja odredaba Direktive s interpretacijom prava koje je zajamčeno Poveljom EU, Sud EU prevagnuo u korist šire interpretacije Povelje. Drugim riječima, opravdano je pretpostaviti da bi Sud EU odredbe Direktive i pitanje mjere osnovnih egzistencijalnih sredstava, odnosno mjere socijalne pomoći, tumačio široko kako bi prije svega udovoljio zahtjevima slobode, prava i principa propisanih članom 45 Povelje EU, onako kako smatra adekvatnim u datom trenutku, imajući u vidu između ostalog postignuti stepen integracije. To je Sud EU učinio u slučaju *Kempf*.⁶⁶ Naime, u ovom predmetu Sud EU je zaključio da čak i činjenica da migrant radnik, koji svojim radom ne ostvaruje dovoljno sredstava za život, te koji prima socijalnu pomoć od države domaćina, udovoljava standardima i uslovima pojma radnik, na temelju kojih, sukladno odredbama Direktive državljanin EU ima pravo boravka, uz istovremeni teret po socijalni sistem države domaćina. Ograničenja slobode kretanja i boravka moguća su jedino u svrhu zaštite javnog poretka, javnog zdravlja i javne sigurnosti,⁶⁷ dok, ukoliko navedeni uslovi nisu ispunjeni, ima se tumačiti u što širem opsegu.

Nije poželjno biti naivan pa zaključiti da je osnovna vodilja u tumačenju ljudskih prava i sloboda propisanih Poveljom, a koja pripadaju građanima Unije, njihova bezuslovna promidžba i zaštita. Jer, Unija prije svega predstavlja zahtjev ekonomsko-političke integracije. Međutim, priznavanje i promoviranje zaštite ljudskih prava i sloboda na području EU, prije svega prava koja pripadaju građanima Unije ima dvojak ulogu: *očuvanje* ekonomske integracije putem snažnije socijalne kohezije i *opravdanje* (legitimiranje) konstitucionalizacije pravnog poretka EU. Tako, “uživanje prava na stalno boravište građana Unije koji su se odlučili dugotrajno nastaniti u državi članici domaćinu pojačalo bi osjećaj građanstva Unije i ključna je komponenta u promicanju socijalne kohezije kao jednog od temeljnih ciljeva Unije.”⁶⁸ U konačnici, prikazane odredbe moraju se, sukladno odredbama čl. 24 Direktive tumačiti na način sprečavanja i zabrane diskriminacije što je princip primjene prava predviđen primarnim izvorima prava Unije (Povelja EU): “(...) [S]vi građani Unije koji na temelju ove Direktive borave na području države članice domaćina imaju pravo na jednako postupanje kao prema državljanima te države članice unutar okvira Ugovora. Ovo pravo se proširuje i na članove obitelji koji nisu državljanin države članice, a imaju pravo boravišta ili stalnog boravišta.”

⁶⁶ Slučaj *Kempf* se pojavio pred Sudom EU 1985. godine – dakle prije donošenja Povelje EU i Direktive 04/38/EC. Sud EU je tumačio činjenice iz predmeta na temelju odredaba Uredbe 1612/68 koja je u tom trenutku bila na snazi, a koja je zamijenjena i dopunjena Direktivom 04/38/EC. U pogledu odredaba primarnog pravnog karaktera, Sud EU je tumačio članove osnivačkih ugovora koji su u svakom pogledu kompatibilni s jezikom čl. 45. Povelje EU.

⁶⁷ Direktiva 04/38/EC (bilj. 53), Poglavlje VI.

⁶⁸ Povelja EU (bilj. 9), Preambula, alineja 17.

5. Legitimna ograničenja slobode prometa robe pozivom na Povelju EU – implementacija sadržaja Direktive 2000/31/EC u nacionalni propis

S obzirom na to da je Lisabonskim ugovorom Povelja EU statuirana u primarne izvore unijskog prava (pravo ustavnog karaktera) tako je moguće pozivom na odredbe Povelje EU ograničiti unijske slobode. Preciznije rečeno, moguće je pozivom na Povelju EU ograničiti opseg i domet slobode prometa robe konkretizirane, u nacionalno zakonodavstvo, posredstvom direktive kao pravnim aktom sekundarnog prava. "U skladu s tim, i Povelja figurira kao izričito ustavnopravno ograničenje slobodnom prometu robe."⁶⁹ Istaknuti položaj Povelje i hijerarhijske supremacije u odnosu na direktive potvrđeni su i kroz praksu Suda EU. U predmetu *Dynamic Medien*⁷⁰ Sud EU je utvrdio da odredbe Povelje EU figuriraju kao legitimno ograničenje slobode prometa robe konkretizirano u Direktivi 2000/31/EC – Direktiva o elektronskoj trgovini.⁷¹ Istovremeno, Sud EU je potvrđio da su ograničenja prometa robe propisana Direktivom 2000/31/EC u skladu sa zahtjevima zaštite prava djece predviđene Poveljom EU. Naime, Direktivom 2000/31/EC, između ostalog, propisano je da države članice ne mogu ograničiti slobodu pružanja usluga informacijskog društva iz neke druge države članice.⁷² Međutim, države članice imaju pravo odstupiti od obaveze zabrane ograničenja ukoliko je, između ostalog, ispunjen uslov potrebe zaštite maloljetnika. U konkretnom predmetu pred Sud EU postavljeno je pitanje: da li su, sukladno odredbama nacionalnog propisa, dozvoljena ograničenja nad prometom robe (putem interneta) onda kada je ta roba pregledana i valjano certificirana za djecu od strane druge države članice sukladno propisima EU?

Njemački sud, pred kojim su se sporile dvije njemačke kompanije – *Dynamic Medien* i *Avides Media AG*, podnio je zahtjev za odlučivanje u prethodnom postupku Sudu EU u vezi s pitanjem narudžbe robe putem pošte (internet) i zaštite prava djece. Pred Sudom EU *Dynamic Medien* je isticao da njemački zakon o zaštiti djece zabranjuje prodaju putem pošte one robe koja nije pregledana u Njemačkoj, u skladu s odredbama nacionalnog zakonodavstva, bez obzira na to što je takva roba certificirana kao podobna za mlađe osobe od strane druge države članice EU u skladu

s unijskim propisima.⁷³ U presudi Sud EU je istakao da je zaštita djece sastavni dio primarnog prava EU, posebno normiranog čl. 24 Povelje: "Član 24 (1) normira da djeca imaju pravo na takvu vrstu brige i zaštite koja je neophodna za njihovu dobrobit. Nadalje, pravo država članica da posredstvom nacionalnog zakonodavstva poduzimaju mjere zaštite djece, prepoznato je unijskim pravom, između ostalog Direktivom 2000/31/EC. Iako zaštita djece predstavlja legitiman interes koji, u principu, opravdava ograničenja temeljnih sloboda predviđenih Ugovorom o EU, kao što je sloboda prometa robe, činjenica jeste da su takva ograničenja opravdana samo ukoliko slijede legitiman cilj, a proporcionalna su cilju koji se ograničenjem nastoji postići (...) Nesumnjivo je da zabrana prodaje i prometa putem pošte robe koja nije pregledana i certificirana od strane ovlaštenih nacionalnih institucija s ciljem zaštite djece, te koja ne sadrži oznaku odobrenja od strane nadležnog organa, a koja bi upućivala na starosnu dob djece koja su podobna (zrela) za pregled takve robe, predstavlja adekvatnu mjeru zaštite djece od informacija i materijala koji nisu pogodni za njihov uzrast i njihovo dobrostanje."⁷⁴

Prikazani dio presude Suda EU ukazuje na zaključak da su odredbe Direktive 2000/31/EC, te odredbe njemačkog nacionalnog zakona kojim je sadržaj direktive transponiran i kojim se uspostavlja legitimno ograničenje prometa robe u skladu sa zahtjevima poštivanja prava djece iz člana 24. Povelje EU. Drugim riječima, presudom se potvrđuje pravni status Povelje EU kao akta primarnog prava EU koji, u funkciji zaštite kataloga ljudskih prava sadržanih u Povelji, služi kao legitimno opravdanje *narušavanja* i ograničenja osnovnog principa funkcioniranja EU – principa slobode kretanja robe. "U principu, svaka država članica određuje zahtjeve javnog morala na svojoj teritoriji u skladu sa svojim sistemom vrijednosti i u obliku kojeg ona odabere."⁷⁵

⁶⁹ Misita (bilj. 2), str. 278.

⁷⁰ Odluka Suda EU od 14. februara 2008, *Dynamic Medien Vertriebs GmbH v. Avides Media AG*, C-244/06. Dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?isOIdUri=true&uri=CELEX:62006CJ0244>. Očitavanje: 14. 7. 2017. godine.

⁷¹ Direktiva 2000/31/EC o određenim pravnim aspektima usluga informacijskog društva na unutarnjem tržištu, posebno elektroničke trgovine (Direktiva o elektroničkoj trgovini), OJ L 178. Dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000L0031&from=EN>. Očitavanje: 14. 7. 2017. godine.

⁷² Ibid., čl. 3 (2).

⁷³ Posmatrano u širem kontekstu, obaveza zaštite prava djece statuirana Poveljom može se dovesti u vezu s legitimnim ograničenjem prometa robe na osnovu obaveze zaštite javnog morala iz čl. 36 UFEU. Međutim, obavezu zaštite prava djece propisanu i konkretiziranu tekstom Povelje EU jasno treba razlikovati od dosta šireg standarda legitimnog ograničenja uvoza robe po osnovu zaštite javnog morala koji mora udovoljiti zahtjevima principa (1) uzajamnog priznavanja, (2) proporcionalnosti i (3) uvažavanja nacionalnog identiteta. U tom kontekstu vidi još Misita (bilj. 52), str. 217–218.

⁷⁴ Odluka *Dynamic Medien*, par. 41, 42. i 45.

⁷⁵ Odluka Suda EU od 14. decembra 1979, *Regina v Maurice Donald Henn and John Frederick Ernest Darby*, C 34/79, par. 15. V. još par. 2. Dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61979CJ0034&from=EN>. Očitavanje 22. 7. 2017. godine.

6. Legitimizacija konstitucionalizacije pravnog poretka EU – poništenje Direktive 2004/113/EC pozivom na Povelju EU

Jednom udružen suverenitet država članica na nivo Unije projicirajući se u liberalni sistem ekonomskih sloboda i neometane konkurencije kao osnovnih principa funkcioniranja EU može do te mjere nadvladati nacionalne nadležnosti u polju zaštite ljudskih prava da ugrozi legitimitet i koheziju (pravne) integracije. Dakle, na tom mjestu u pitanje ne bi došao samo kvalitet opsega zaštite ljudskih prava na relaciji EU – države članice, već i sami temelji legitimacije pravnog poretka EU i njene integracije. Međutim, posmatrano iz pozicije formalnog normiranja kataloga ljudskih prava u Povelji EU, između ostalog, može se istaći da ono stoji u funkciji razumijevanja i umskog opravdanja ugovorne (ekonomske) integracije na način da su neutralgične tačke osnovnih sloboda zajamčenih Poveljom van domašaja nelegitimnih učinaka ekonomskih sloboda. Ovakav stav Sud EU je faktički afirmirao u svojoj praksi. U predmetu *Test-Achtas ASBL*⁷⁶ Sud EU je pozivom na Povelju poništio dijelove Direktive 2004/113/EC.⁷⁷ Naime, Direktivom 2004/113/EC konkretizira se implementacija principa jednakog tretmana muškaraca i žena u pristupu robi i uslugama – sloboda od diskriminacije na temelju spola. U području osiguranja ova direktiva propisuje *unisex* premije i beneficije za ugovore koji su zaključeni nakon 21. decembra 2007. godine. Međutim, u čl. 5. (2) Direktiva propisuje dozvoljeni izuzetak koji omogućava državama članicama različit tretman muškaraca i žena (nakon isteka datuma) na temelju aktuarskih i statističkih podataka. Sudu EU je podnesen zahtjev za prethodno odlučivanje kompatibilnosti odredaba Direktive 2004/113/EC s odredbama primarnog prava Unije, prije svega Poveljom EU.

Sud EU je započeo argumentaciju u predmetu ističući da se član 5. Direktive 2004/113/EC mora sagledati u svjetlu čl. 21. i 23. Povelje EU,⁷⁸ na koje se odnosi odredba 5 (2) Direktive. Sud je istakao da je “jednakost između muškaraca i žena je temeljni princip na kojem počiva EU. Čl. 21. i 23. Povelje EU zabranjuju svaku diskriminaciju na temelju spola i zahtijevaju jednak tretman muškaraca i žena u svim oblastima.”⁷⁹ Upravo pozivom na Povelju

EU, Sud EU je istakao da je odredba čl. 5 (2) Direktive 2004/113/EC koja omogućava državama članicama, bez vremenskog ograničenja, primjenu izuzetka od principa jednakosti u pogledu premija i beneficija u oblasti osiguranja, u koliziji s obavezom jednakog tretmana muškaraca i žena i time protivna zahtjevima sadržanim u čl. 21. i 23. Povelje EU, koja ima jednaku pravnu snagu kao i osnivački ugovori. Tako, odredba Direktive 2004/113/EC koja normira i dozvoljava diskriminaciju na temelju spola mora se smatrati nezakonitom, odnosno da nije u skladu s primarnim pravom EU i to čl. 21. i 23. Povelje EU.⁸⁰

Presudom u konkretnom slučaju Sud EU, kao vrhovna sudska instanca Unije, potvrdio je, prije svega, da Povelja EU ima snagu primarnih izvora prava Unije. Takav status Povelje implicira da sekundarni pravni akti, u ovom slučaju odredbe Direktive 2004/113/EC, moraju u pogledu sadržaja i konkretizacije *prava* i *principa* Povelje EU slijediti opseg, domet i cilj tih jamstava. Drugim riječima, moraju poštovati i slijediti načelo materijalne ustavnosti/zakonitosti podzakonskih pravnih akata u okviru pravnog poretka EU. U tom pogledu, opseg i eventualna ograničenja jamstva predviđenih Poveljom, konkretizirana posredstvom sekundarnih pravnih akata, tumače se u skladu sa samom Poveljom – preciznije pravilima i uslovima čl. 52 Povelje EU. Na ovaj način Povelja se jasno konstitucionalizira u pravo Unije ustavnog karaktera. Također, presuda Suda EU u konkretnom slučaju direktno upućuje na važnost zaštite ljudskih prava i sloboda koja pripadaju građanima Unije. Naime, Sud EU je i istakao da je jednak tretmana muškaraca i žena, odnosno sloboda od diskriminatornog tretmana po osnovu spola, jedan od osnovnih principa na kojem počiva EU. Potonje potvrđuje zaključak da katalog ljudskih prava i sloboda iz Povelje uživa legitimirajući status i kvalitet, kako prethodno istaknutog (ustavnog) prava Unije, tako i ograničavajućeg faktora principa njenog funkcioniranja – sloboda prometa/kretanja roba, kapitala, radne snage i usluga.

7. Zaključak

Stupanjem Lisabonskog ugovora na snagu Povelja EU i formalno dobija status primarnog, pravno obavezujućeg akta Unije. Prava subjektivnog karaktera propisana Poveljom imaju neposredno dejstvo i omogućuju pojedincima, prije svega građanima Unije, sudsku zaštitu pozivom na ta prava. Svakako da, s obzirom na karakter ustavnopravne norme, prava iz Povelje EU moraju dosljedno biti konkretizirana u nižim pravnim aktima. S druge strane principi kao rukovodne vrijednosti u tumačenju prava, jednako kao prava, moraju biti precizirani sekundarnim pravom. Međutim, oni istovremeno služe kao orijentir u primjeni i tumačenju sekundarnog prava, na način kako je to pokazano u slučaju *Test-Achtas*. Važno je ponoviti da je

⁷⁶ Odluka Suda EU od 1. marta 2011, *Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL*, C-236/09, dostupno na: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=80019&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&cc=first&part=1&cid=511536>. Očitavanje: 15. 7. 2017. godine.

⁷⁷ Direktiva 2004/113/EC o implementaciji principa jednakog tretmana muškarca i žena u pristupu i nabavi dobara i usluga, OJ L 373/37, dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:373:0037:0043:en:PDF>. Očitavanje: 15. 7. 2017. godine.

⁷⁸ Odluka Suda EU *Test-Achtas* (bilj. 76), par. 17.

⁷⁹ *Ibid.*, par. 3.

⁸⁰ *Ibid.*, par. 30–35.

Povelja EU upućena organima Unije, odnosno država članicama. Tako, pojedinci se mogu pozivati na pravila i principe propisane Poveljom EU samo ukoliko države članice primjenjuju unijsko pravo. Kako zaštita (socijalnih) ljudskih prava i sloboda spada u oblast podijeljene nadležnosti EU, odnosno kako države članice svojim građanima jamče širi opseg zaštite osnovnih ljudskih prava nego što je to propisano Poveljom EU, tako, građani Unije uživaju dvojaku zaštitu: pred sudskim organima Unije ili pred nacionalnim sudovima. Ovakva disharmonija pravnih režima prijeto da oslabi legitimitet principa funkcioniranja Unije i legitimitet njenog pravnog poretka.

S obzirom na to da su direktive, koje obavezuju u pogledu cilja, najvažniji pravni mehanizam harmonizacije prava između država članica Unije, tako, može se istaći da pored temeljne uloge konkretizacije sadržaja primarnih izvora prava, direktive imaju veliki značaj u pogledu ujednačavanja standarda pravnih režima zaštite ljudskih prava između država članica Unije – ostvaruje se monizam unijskog (međunarodnog) prava u polju zaštite osnovnih prava i sloboda. Time se osnažuje (demokratska) ekonomska i socijalna integracija država članica u Uniju, dok se istovremeno, zaštitom ljudskih prava i sloboda potvrđuje i osnažuje legitimitet konstitucionalizacije pravnog poretka Unije. Jer, "(...) u liberalno-demokratskoj perspektivi ni jedan pravni poredak, a pravni poredak Unije insistira na svojoj posebnosti, ne može računati na legitimnost bez odgovarajućeg uvažavanja, odnosno zaštite osnovnih ljudskih prava. (...) A ako nešto može pobijediti osnovne unijske slobode – roba, usluge, radna snaga, kapital, sa jedne, i neometanu konkurenciju, sa druge strane, u njihovoj liberalno-tržišnoj interpretaciji, onda su to osnovna ljudska prava!"⁸¹

Jasmin Muratagić

Die Konstitutionalisierung der EU Rechtsordnung – Die EU Grundrechtscharta und die Richtlinien

(Zusammenfassung)

Der Beitrag behandelt das Verhältnis der EU-Grundrechtscharta zu den Richtlinien als sekundäre Rechtsakte. Dabei wird dargestellt, dass das praktische Problem, das sich aus der zwingenden Wirkung der Charta und der Forderung, deren Inhalt in die nationalen Rechtssysteme umzusetzen, ergibt, durch die Grundsätze überwunden wird.

Die besondere Rolle der Richtlinien erklärt sich dadurch, dass die Grundsätze, die gleichzeitig Werte und allgemeine abstrakte Rechtsregeln darstellen, nicht genügend rechtliche Informationen bieten, damit Einzelpersonen vor den Institutionen der EU Rechtsschutz aufgrund eines durch die Charta geschützten Rechts fordern könnten. Diese Lücke füllen die Richtlinien, die u.a. die Funktion einer Konkretisierung des Inhalts der Charta hin zu den nationalen Rechtsakten haben.

Als Beispiel für die Konkretisierung eines Grundsatzes wird die Richtlinie 2004/38/EG genannt, die den Inhalt der sozialen Rechte, die die EU garantiert, definiert. Weiter wird ausgeführt, dass der EuGH in dem Urteil Test-Achtas, in dem er die Richtlinie 2004/113/EG unter Berufung auf die Charta für unwirksam erklärte, die Charta als Verfassungsrecht der EU legitimierte. Außerdem wird erläutert, dass durch das Urteil Dynamic Medien die Freiheit des Warenverkehrs unter Berufung auf die Charta eingeschränkt wurde.

Schließlich wurde festgestellt, dass die Richtlinie 2001/31/EG wirksam in das deutsche Recht inkorporiert wurde, wodurch auch das durch Art. 24 der Charta garantierte Recht eines Kindes auf Schutz und Pflege konkretisiert wurde.

⁸¹ Misita (bilj. 2), str. 173 i 174.

Aktuelnosti iz njemačkog prava

Novine u nemačkom zakonodavstvu

Dr. Stefan Pürner

Donji dom parlamenta SRN, Bundestag, tokom juna ove godine na poslednjim sednicama uoči letnje pauze, koje su ujedno bile i poslednje sednice uoči izbora za savezni parlament, usvojio je niz zakona, kojima se uvode bitne izmene u odgovarajućim oblastima. Neke od njih su bile i ostale veoma sporne, kako po pitanju njihove svrsishodnosti tako i po pitanju usklađenosti pojedinih propisa sa ustavom.

U nove zakone se ubrajaju:

- uvođenje takozvanog “braka za sve”;
- Zakon o poboljšanju primene prava na društvenim mrežama, koji se u medijima uglavnom označava kao “zakon o Fejsbuku”
- takozvani onlajn pretres
- nekoliko novih dozvoljenih opcija medijskog snimanja i tonskog prenosa delova određenih sudskih rasprava
- ukidanje dotacija za potrebe predizborne kampanje u korist protivustavnih stranaka
- ukidanje presuda kojima su lica u skladu sa prethodno važećim propisima osuđena zbog krivičnih dela sporazumno izvršenih homoseksualnih radnji

Zakon o uvođenju prava na zaključenje braka između istopolnih osoba

Među novim zakonima, koji su usvojeni krajem juna, najveću pažnju javnosti privukao je Zakon o uvođenju prava na zaključenje braka između istopolnih osoba (Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen des gleichen Geschlechts), o kome se u nemačkim medijima vodila opšta diskusija pod motom “brak za sve”.

Prethodna pravna situacija

Do sada su istopolni parovi u Nemačkoj imali mogućnost, da u skladu sa Zakonom o registrovanom životnom partnerstvu (Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft), skraćeno nazvanom Zakon o životnom partnerstvu (Lebenspartnerschaftsgesetz–LPartG), sklope životno partnerstvo (“zaključivanje registrovanog životnog partnerstva”). U pravnom smislu, ono je izjednačeno sa brakom, mada se isključivala mogućnost

usvajanja dece. (U Nemačkoj je tokom 2011. postojalo nepunih 34.000 registrovanih životnih partnerstava, a od toga oko 40 odsto životnih partnerstava žena). I pored ovog dalekosežnog izjednačavanja, i dalje su postojale značajne tendencije da se uspostavi kompletno izjednačavanje u tom pomenutom smislu, dok su sa druge strane postojali i značajni politički otpori prema takvim namerama. Na kraju su putem usvajanja novog zakona urodila plodom politička nastojanja da se i istopolnim parovima omoguće brakovi.

Materijalna ustavnopravna pitanja i moguće tužbe

Pri tome se u kontekstu ovog zakona nameću i neka sporna ustavnopravna pitanja. Ne postoji jedinstven stav o tome da li je uopšte bilo moguće sprovođenje takve izmene putem zakona, ili je u te svrhe bilo potrebno menjati ustav.

U vezi sa ovim pitanjem Osnovni zakon u članu 1 pasus 1 predviđa samo da “*Brak i porodica (...) stoje pod posebnom zaštitom državnog poretka*”. Prema tome, ne pominje se ništa o tome da brak nužno mora da bude zaključen između lica različitih polova. Sa druge strane, nije sporno se to podrazumevalo na osnovu zajedničke zamisli autora ove ustavne odredbe. Jer u vreme kada je ona formulisana, bilo bi jednostavno nezamislivo da se životna zajednica između istopolnih osoba smatra brakom.

Osim toga, Savezni ustavni sud je u svojim odlukama stalno isticao da je brak u smislu Osnovnog zakona samo “*udruživanje muškarca i žene u trajnu životnu zajednicu*”.

U suštini je, dakle, reč o pitanju da li je postojeće shvaćanje pojma “brak” u vreme izrade Osnovnog zakona predviđalo neko ograničenje u odnosu na proširivanje ovog pojma, koje je sada sprovedeno putem donošenja propisa u rang zakona.

Ovo pitanje bi trebalo razjasniti u okviru eventualnog postupka pred Saveznim ustavnim sudom. Međutim, postavlja se pitanje, da li će uopšte doći do toga. Pošto je reč o zakonu, od koga profitiraju neposredno pogođena lica (te se stoga ne krše njihova prava), treba isključiti individualne ustavne žalbe. Prema tome, Savezni ustavni sud bi mogao da dobije nalog za ustavnopravno ispitivanje ovog zakona samo u vidu apstraktnog preispitivanja normi. Međutim, ovlašćenje za takav korak mogla bi da izda samo jedna četvrtina poslanika u Bundestagu ili vlada neke savezne države u Nemačkoj. No, za sada nije izvesno da li neko od njih želi da se zaista sprovede ovakva ustavnopravna provera.

Zakon o poboljšanju primene prava na društvenim mrežama ("Zakon o Fejsbuku")

Cilj ovog zakona

Lažne vesti (Fake News), kampanje mržnje protiv određenih grupa lica, propaganda terorisanja i mobing prema pojedincima na društvenim mrežama predstavljaju sve veći problem. Tim pojavama treba da se stane na put uz pomoć Zakona o poboljšanju primene prava na društvenim mrežama (Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken) (Zakon o primeni prava na mrežama, skraćeno označen sa NetzDG), koji je usvojen 30. juna.

Najvažnije odredbe ovog zakona

Cilj je da se putem ovog zakona komercijalne društvene mreže koje imaju više od dva miliona korisnika (čl. 1 pasus 2 Zakona) posebno navedu na konsekventnije uklanjanje govora mržnje. (Međutim, za razliku od toga ovaj zakon se u skladu sa čl. 1 pasus 2 ne odnosi na novinarsko-redakcijski uređene sadržaje). Ponuđači su dužni da ustanove transparentan postupak obrade žalbi. Osim toga, oni podležu i obavezama sačinjavanja izvještaja i dokumentovanja. Žalbe protiv takvih sadržaja moraju da se ispituju bez odlaganja. Ako se utvrdi da se putem društvene mreže zaista šire "očigledno protivpravni" sadržaji, oni moraju da se uklone u roku od 24 sata. Kod slučaja koji nisu toliko jednoznačni, predviđa se rok od sedam dana. U cilju sprovođenja ovih odredbi, inostrani provajderi u Nemačkoj su dužni da imenuju ovlašćeno lice za dostavu pismena. Kršenja ovih i drugih obaveza u smislu ovog zakona smatraju se prekršajima, za koje se predviđaju novčane kazne. U slučaju sistematskog kršenja normi ovog zakona, novčane kazne mogu da se kreću i do iznosa od 5 miliona evra.

Kritika propisa

Iako ciljevi ovog zakona uglavnom nailaze na odobravanje, delimično se ispoljava oštra kritika u vezi sa pojedinim odredbama. U prvom redu se strahuje, da bi usled ovog zakona moglo da dođe do ograničavanja slobode izražavanja. Prema konceptu ovog zakona, u nadležnosti je provajdera mreže da ocene da li su prilozi zakoniti. S tim u vezi postoje bojazni, da bi ta preduzeća iz straha od velikih kazni pod izvesnim okolnostima mogla da ocene kao nezakonite i prema tome da uklanjaju priloge, protiv kojih budu prijavljene žalbe. Usled takvog načina postupanja, za koje se koristi i termin "Overblocking" (ili preterano blokiranje), moglo bi na primer da dođe i do ukidanja osnovanih priloga, koji se kreću u okvirima dozvoljenih granica. Na taj način došlo bi do ograničavanja slobode govora. Kao odgovor na ovakva strahovanja, u konačnoj verziji zakona predviđa se formiranje eksternog tela, koje u takvim slučajevima treba da donosi odluke.

Izvor daljih informacija

Podrobno obrazloženje uz nacrt zakona, u verziji koja je podnesena nemačkom Bundestagu, izloženo je u štampanom materijalu Bundestaga (Bundestagsdrucksache) 18/12356 od 16. 5. 2017. na internet-strani <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/123/1812356.pdf>.

Zakon o efektivnijem i u praksi primenljivijem uređenju krivičnog postupka (onlajn pretres, državni Trojanac)

Nove tehnike nisu obuhvaćene postojećim propisima

Značajne javne diskusije su vođene i u vezi sa Zakonom o efektivnijem i u praksi primenljivijem uređenju krivičnog postupka (Gesetz zureffektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens), kojim se u prvom redu menja Zakon o krivičnom postupku (StPO), a kojima se nemački mediji bave pod odrednicama "onlajn pretres", "državni Trojanac" ili "Zakon o nadzoru funkcija prenosa poruka na pametnim telefonima".

U pozadini ovog zakona stoji činjenica da su u okviru nemačkih pravnih propisa do sada postojale samo takve odredbe, kojima se dozvoljava tajni nadzor telefonskih komunikacija (uključujući i SMS) i otvoren pretres prostorija. Međutim, nije bilo uređeno da nadležni organi za krivično gonjenje mogu da pristupe i aplikacijama kao što su Skype ili WhatsApp – ukoliko su ispunjeni određeni uslovi. One, naime, funkcionišu na drugačiji način od telefoniranja ili slanja SMS poruka, s obzirom na to da se tom prilikom prenose kodirane poruke. Ove tehničke razlike iziskuju i posebne norme o izdavanju odobrenja za nadzor od strane države. Za razliku od telefoniranja ili slanja SMS poruke, poruka preko aplikacija Skype ili WhatsApp ne može da se "prisluškuje" ili "presretne" prilikom njenog prenošenja, pošto je kodirana. Da bi se razumeo stvaran sadržaj onoga što može da se presretne na putu prenosa, najpre bi bilo potrebno sprovesti opsežno dekodiranje. U mnogim slučajevima u tehničkom smislu ni to nije moguće.

Međutim, postoji tehnička mogućnost da se pristupi krajnjim uređajima lica između kojih se odvijamedusobna komunikacija, kako bi se informacije iščitale bilo kod pošiljaoca pre kodiranja i slanja poruke bilo kod primaoca nakon prijema i dešifrovanja. Međutim, takav nadzor *telekomunikacije na izvoru* moguć je samo, ako je u uređajima lica koja se nadziru instaliran specijalan softver za takve potrebe.

No, do sada nije postojao odgovarajući pravni osnov. Do sada je nemački Zakon o krivičnom postupku, naime, znao samo za mogućnost "pretresa stana i drugih prostorija ili lica i predmeta koji mu pripadaju", u skladu sa čl. 102 Zakona o krivičnom postupku, i za *nadzor telekomunikacije* u skladu sa čl. 100 Zakona o krivičnom postupku. Međutim,

u skladu sa sudskom praksom Saveznog ustavnog suda, ovi propisi nisu pružali osnov za davanje dozvole za nadzor telekomunikacije na izvoru. Pomenuti čl. 102 je između ostalog bio isključen kao pravni osnov, pošto se suština pretresa ogleda u njegovom otvorenom sprovođenju, što nije slučaj kada je reč o nadzoru telekomunikacija na izvoru. Propis člana 100 a) za razliku od toga ne može da posluži kao pravni osnov, pošto se u njemu izraz *nadzor telekomunikacija* po smislu tog izraza u dosadašnjoj verziji zakona odnosio isključivo na presretanje poslatih sadržaja za vreme prenošenja poruke.

Novine u formulacijama, saglasnost i kritika

To se sada menja putem dopune uz čl. 100 a) Zakona o krivičnom postupku, koja glasi:

Vršenje nadzora i snimanje telekomunikacije može da se vrši i na takav način, što se tehničkim sredstvima zadire u informaciono-tehničke sisteme koje koriste involvirana lica (istaknuto od strane autora), ukoliko je to neophodno da bi se omogućili nadzor i snimanje posebno u nekodiranom obliku. Sadržaji koji se čuvaju na informaciono-tehničkom sistemu involviranog lica i okolnosti komunikacije mogu da se nadziru i snimaju, ako bi i za vreme postupka prenosa koji je u toku u javnoj mreži telekomunikacija u kodiranoj formi mogli da se nadziru i snimaju.

Ovaj vid nadzora je dozvoljen samo u slučaju određenih, teških i zakonom izričito navedenih krivičnih dela. Ova nova zakonska odredba je krajnje sporna. Njeni zagovornici, među kojima se nalazi i nemačko Udruženje sudija, iznose argument da država u borbi protiv zločina ne sme da dozvoli kriminalcima da steknu tehnološku prednost. A protivnici, između kojih se nalazi Nemačko udruženje advokata, pribojavaju se kršenja osnovnih prava, između ostalog i zato, što u slučaju ovakvog postupka preko sadržaja mobilnih telefona može da se stekne “*sveobuhvatan uvid države u doživljajni i misaoni svet involviranog lica*”. Oni pored toga kritikuju i to što se do svih sada izvršenih izmena Zakona o krivičnom postupku u celosti došlo tek na osnovu ulaganja amandmana u okviru zakonodavnog postupka.

Dalje informacije na tu temu (na nemačkom jeziku)

Predlog odluke i izveštaj Odbora za pravo i zaštitu potrošača (6. Odbor) u vezi sa ovim zakonom izložen je u štampanom materijalu Bundestaga 18/12785, 18. saziva od 20. 6. 2017. na internet-strani <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/127/1812785.pdf>

Novе mogućnosti posredne javnosti kod određenih sudskih postupaka

Prethodna pravna situacija

U okviru aktuelnog pravnog stanja, u Nemačkoj je u skladu sa čl. 169 stav 2 Zakona o sudovima (Gerichtsverfassungsgesetz – skraćeno GVG), kojim se uređuju organizacija sudova i bitna načela postupaka, propisana zakonska zabrana snimanja tokom sudskih postupaka. Namera je da se na taj način, ujedno imajući u vidu i izvučene pouke i istoriju Nemačke, spreči da se učesnici u postupku putem proširivanja kruga lica od onih koja su prisutna u sudnici na širu javnost pretvore u objekte postupaka u propagandne svrhe ili da se na drugi način eksponiraju u javnosti, čime bi došlo do povrede ljudskog dostojanstva i načela pravičnog postupka. Ova razmatranja se odnose na sve vrste prenosa, bilo da je reč o eksternim radio ili televizijskim prenosima ili – u slučaju da su sudnice prepune, do prenosa putem razglasa u drugim prostorijama zgrade suda.

Cilj je da se zabranom poslednjih pomenutih mera spreči gubitak mogućnosti suda da nadzire i kontroliše zbivanja u kontekstu protoka sednice.

Javnost je u okviru sudskih postupaka u Nemačkoj, kako je to formulisao Savezni ustavni sud, na taj način u krajnjem ishodu “*zakonom bila predviđena samo u vidu javnosti u sudnici*” (Presuda od 24. januara 2001, BVerfG, Az. 1 BvR 2623/95, NJW 2001, 1633). Prema tome, sudski postupak bio je javan samo za ona lica koja su imala priliku da budu fizički prisutna u sudnici. Na taj način je bila zagarantovana neposredna javnost, dok *posredna* javnost, a to znači praćenje postupka van sudnice uz pomoć tehničkih pomagala, nije bila dozvoljena.

U tom smislu je 1964. godine izloženo sledeće obrazloženje (štampani materijal Bundestaga IV/178, str. 45):

“Sa stanovišta zakonodavca, radio-difuzni i filmski zapisi u sudnici ne dovode u pitanje samo utvrđivanje istine tokom krivičnog postupka, već negativno utiču i na odbranu tuženog. Oni odvrćaju pažnju tuženog i svedoka sa glavnog pretresa. Pod izvesnim uslovima mogu da ometaju tuženog ili branioca zbog njihove uzdržanosti pred neograničenim, nepreglednim i nevidljivim krugom slušalaca ili gledalaca da formulišu svoje iskaze i obrazloženja na način koji zahteva interes odbrane. Na taj način se narušava i cilj člana 243 stav 2 Zakona o krivičnom postupku, koji predviđa da prilikom saslušanja optuženog svedoci ne smeju da budu prisutni, s obzirom na to da se na taj način omogućava kasnijim svedocima da čuju šta su izjavili prethodno saslušani svedoci. Na taj način se isto tako sputavaju i svedoci i veštaci prilikom davanja izjava i negativno se utiče na njihovu nepristrasnost. Optuženi, koji još nije osuđen, često se na nedopustiv način stavlja pred svetlost reflektora široke javnosti.”

Razvoj stvari u međuvremenu

Iako je u periodu koji je usledio posle toga, između ostalog i zbog prenosa sudskih postupaka koji su snimani u inostranstvu a emitovani u Nemačkoj, na primer postupka protiv O. J. Simpsona ili postupka razvoda braka nemačkog teniseru Borisa Beckera, koji se vodio u SAD, u načelu važio složni stav, da je ova konstatacija ispravna, tokom proteklih godina je došlo do ispoljavanja sve više kritika na račun takvih propisa. Takođe je bilo pokušaja da se oni ukinu ili makar izmene. U tom smislu, nemački TV-kanal NTV se u jednom navratu obratio Saveznom ustavnom sudu Nemačke, pošto je prilikom dva značajna postupka, između ostalog i postupka protiv poslednjeg predsednika države i partije Nemačke Demokratske Republike, Egon Krenza, želeo da emituje kamerom zabeležen izveštaj iz sudnice.

Suština sadržaja novih propisa

To je bila predistorija Zakona o širenju medijske javnosti u sudskim postupcima i o poboljšanju pomagala za komunikaciju licima sa smetnjama govora i sluha (Gesetz über die Erweiterung der Medienöffentlichkeit und zur Verbesserung der Kommunikationshilfen für Sprach- und Hörbehinderte) ili Zakon o proširivanju medijske javnosti (Gesetz über die Erweiterung der Medienöffentlichkeit – EMöGG), koji u vezi sa ovde izloženim pitanjem proširene (posredne) javnosti putem uključivanja medija između ostalog predviđa sledeće nove propise:

- 1) s jedne strane se sada dozvoljava prenos izricanja odluka vrhovnih saveznih sudova u medijima (§ 169 pasus 3 GVG),
- 2) s druge strane sada se dopušta da u okviru postupka, za koje postoji veliko interesovanje medija, u kojima nema dovoljno mesta za predstavnike medija u sudnici, tonski zapis sudskog postupka može da se prenosi u okviru zgrade suda, a posebno u okviru radnih prostorija uređenih za predstavnike medija, kako bi oni imali priliku akustički da prate postupak kao osnov za njihovo izveštavanje (§ 169 pasus 1 stav 3 do 5 GVG)
- 3) i konačno se dozvoljavaju tonski i video zapisi sa sudskih postupaka od izuzetnog istorijskog značaja za Saveznu Republiku Nemačku sa stanovišta savremene istorije za potrebe dokumentovanja (§ 169 pasus 2 GVG).

Prema tome, ubuduće je dozvoljeno (samo) da se pred vrhovnim saveznim sudovima snima izricanje odluka – a to znači da to ne važi i za druge delove rasprava, i to u vidu video ili tonskih zapisa i da se takvi snimci emituju u medijima. Uz to se u određenim predmetima omogućava većem broju predstavnika medija da makar posredno prate rasprave.

Audio-vizuelno dokumentovanje sudskih postupaka od vanrednog istorijskog značaja za savremenu istoriju

Treća novina je audio-vizuelno dokumentovanje sudskih postupaka od vanrednog istorijskog značaja za savremenu istoriju. To je verovatno najspecifičnija novina. Obrazloženje ovog vladinog predloga zakona sadrži veoma opširne navode po tom pitanju, kojima se osvetljavaju pozadina, domet ali i mogući ostali efekti odluke o takvom vidu dokumentovanja:

“Jedan primer u tom smislu (misli se na procese od vanrednog značaja, napomena autora) su takozvani procesi za Aušvic. Ovi procesi koju su 1963. godine pokrenuti pred Drugostepenim sudom u Frankfurtu na Majni, u istorijskom smislu predstavljaju posebno značajne procese za posleratnu istoriju Nemačke. Veliki delovi glavnih pretresa snimljeni su na tonske trake, iako su tonski i video zapisi za potrebe informisanja javnosti još onda bili zabranjeni u sudskoj praksi Saveznog ustavnog suda, a u toku procesa uveden je § 169 stav 2 Zakona o sudovima. Sud je dao da se sačine ovi zapisi za interne potrebe suda. U okvirima novinarskih istraživanja, ovi snimci ponovo su otkriveni 1990. i iskorišćeni su dobrim delom, zajedno sa i dalje postojećim starim slikama, za potrebe izrade jednog dokumentarnog filma o procesima za Aušvic (‘Kraj ćutanja’).

Moguće je da će i u budućnosti biti potrebno snimanje u arhivske svrhe kada je reč o postupcima sa terorističkom ili nekom političkom pozadinom, za koje postoji veliko interesovanje javnosti, ili kod kojih se rasvetljavanje pojedinosti sudski obrađenih događaja smatra značajnim za buduće generacije. I zato ovaj nacrt predviđa da sud u slučajevima za koje utvrdi da su od vanrednog značaja za Saveznu Republiku Nemačku sa aspekta savremene istorije, može da naloži da se sačine tonski i video zapisi.”

Pošto se uvodi jedna novina i u okviru postupka, razmišljalo se i o tome da li učesnici u postupku u tom smislu imaju individualna prava ili treba da imaju mogućnost da reklamiraju da je došlo do kršenja postupka. To je element koji često može da se dogodi upravo kada je reč o postupcima za koje se proceni da su od značaja sa aspekta savremene istorije. U tom smislu se navodi (relativno kratko):

“Odluka ne može da se pobija. Stoga se tok postupka kao takav ne ugrožava i ne odlaže usled pitanja, da li se vrši snimanje ili ne.”

Na jednom drugom mestu jasno se ističe, da cilj sačinjavanja snimaka nije, da se javnosti u neko dogledno vreme omogućiti pristup takvim snimcima (pa na taj način ne mogu ni da se koriste odnosno zloupotrebe u okviru aktuelne političke diskusije):

“Svrha sačinjavanja snimaka nije informisanje aktuelne javnosti, već informisanje kruga istorijski zainteresovanih lica. Takav krug će biti utvrđen tek u budućnosti.”

Dopunski se uz to navodi da uvid može da se izvrši tek nakon isteka zaštitnog perioda od 30 godina koji se predviđa Zakonom o obezbeđivanju arhivske građe savezne države.

Izvori daljih informacija:

- Presuda Saveznog ustavnog suda od 24. januara 2001.– 1 BvR 2623/95 po osnovu tužbe TV-emitera NTV u postupku između ostalog protiv Egona Krenzana nemačkom jeziku nalazi se na adresi http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2001/01/rs20010124_1bvr262395.html. Odluka istog suda od 12. aprila 2013. 1 BvR 990/13 po osnovu dodeljivanja mesta za štampu u postupku “NSU” može da se pronađe na adresi https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2013/04/rk20130412_1bvr099013.htm
- Nacrti i stavovi u vezi sa Zakonom o proširivanju medijske javnosti EMöGG mogu da se pronađu pod https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Erweiterung_Medienoeffentlichkeit_Gerichtsverfahren.html

Mogućnost ukidanja dotacija za potrebe predizborne kampanje strankama koje deluju protivustavno i poreskih olakšica za lica koja podržavaju takve stranke

Sadržaj zakona

Sa daljim zakonima, a to je Zakon o ukidanju finansiranja stranaka za stranke koje deluju protivustavno (Gesetz zum Ausschluss verfassungsfeindlicher Parteien von der Parteienfinanzierung) i Zakona o izmenama Osnovnog zakona u svrhu isključivanja ekstremističkih stranaka iz sistema finansiranja stranaka (Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes zum Zweck des Ausschlusses extremistischer Parteien von der Parteienfinanzierung) utvrđeno je da stranke koje deluju protivustavno ubuduće više ne treba od države da dobijaju povraćaj dela svojih predizbornih troškova. Takođe se predviđa da ni donacije koje se upućuju takvim strankama ubuduće više ne mogu da se odbiju od poreza.

Predistorija ovog zakona

U pozadini ovog zakona stoji jedna odluka Saveznog ustavnog suda (presuda od 17. januara 2017.2 BvB 1/13), koji u Nemačkoj ima monopol po pitanju zabrane rada političkih stranaka. U tom postupku podnesen je zahtev

da se zabrani Nacionaldemokratska partija Nemačke (skraćeno NDP). Međutim, Savezni ustavni sud je odbacio ovaj zahtev, mada u svojoj presudi potvrđuje da NPD zastupa ciljeve koji su nespojivi sa ustavom. S obzirom na to da je ova partija u političkom smislu beznačajna i stoga usled nedostatka političkog uticaja od nje ne potiče opasnost po demokratski poredak, navodi se da ne postoje preduslovi za zabranu političke stranke po tom osnovu.

Tužioci su u svom zahtevu istakli da nije razumno opravdano što ekstremističke partije bivaju finansirane od strane pravne države, protiv koje se one bore, putem dotacija za predizbornu kampanju iz poreskih sredstava. Kako se navodi, to bi dovelo do takve situacije, da stranke koje ne prihvataju pravila pravne države ipak profitiraju od nje. (Nemački nedeljnik “Die Zeit” u tom smislu citira izjavu jednog od podnosilaca zahteva za zabranu ove stranke, koji aludira na okolnost da radikalni desničari na svojim demonstracijama često nastupaju u čizmama padobranaca uz reči “*Pravna država je obuçar koji obezbeđuje donove na čizmama*”).

Savezni ustavni sud je dao odgovor na ove navode tužioca sa napomenom da postoji mogućnost rešavanja ovog problema putem jedne manje intervencije. Jer, na kraju krajeva, zakonodavac može da usvoji zakon kojim se uskraćuje finansiranje strankama koje deluju protivustavno.

To se sprovodi sada putem izmena Zakona o strankama i o Saveznom ustavnom sudu, ali i poreza na prihode fizičkih lica i poreza na prihode društava javnog i privatnog prava. Takođe je izmenjen i čl. 21 Osnovnog zakona. Ovaj član sada glasi kako sledi:

“Stranke koje su u skladu sa njihovim ciljevima na osnovu postupaka njihovih pristalica orijentisane ka ugrožavanju ili ukidanju slobodarskog demokratskog poretka ili ka ugrožavanju opstanka Savezne Republike Nemačke, isključene su iz sistema državnog finansiranja. Kada se utvrdi ovakvo isključivanje, ukidaju se i poreske olakšice za takve stranke, ali i za donacije koje se upućuju takvim strankama.”

Ostaje još da se utvrdi da li ovakav novi propis zaista vodi do primenljivih rezultata. Posebno u vezi sa isključivanjem stranke iz sistema nadoknade troškova predizborne kampanje i poreskih olakšica za donacije koje su upućene takvoj stranci neophodno je pribaviti odluku Saveznog ustavnog suda. Prema pravilima o zakonodavnim nadležnostima federalno organizovane Savezne Republike Nemačke, sa ovim zakonom još treba da se saglasi i Gornji dom nemačkog parlamenta, Bundesrat, kao zajednički organ saveznih država SR Nemačke.

Dalje informacije na ovu temu

Savetovanja u okviru nemačkog Bundesrata u vezi sa Zakonom o isključivanju stranaka sa protivustavnim delovanjem iz sistema finansiranja stranaka na nemačkom jeziku dokumentovana su na internetu pod

<http://www.bundesrat.de/SharedDocs/beratungsvorgaenge/2017/0501-0600/0509-17.html>.

U vezi sa pomenutom presudom Saveznog ustavnog suda, presuda od 17. januara 2017. 2 BvB 1/13, opširno saopštenje za štampu izloženo je na engleskom jeziku na adresi

https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2017/bvg17-004.html;jsessionid=7051094838ABC18514FABF3619D7B781.2_cid393

i na nemačkom jeziku pod

<https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2017/bvg17-004.html>.

Sama odluka može da se pronađe pod

https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2017/01/bs20170117_2bvb000113.html.

Zakon o krivičnopravnoj rehabilitaciji lica koja su posle 8. maja 1945. osuđena zbog dobrovoljnih homoseksualnih radnji

Predistorija ovog zakona

U Nemačkoj su tokom proteklog veka dugo vremena bile krivično kažnjive dobrovoljne homoseksualne radnje između muškaraca i to na osnovu §175 Krivičnog zakonika. Te okolnosti su kako tokom Trećeg rajha tako i za vreme Drugog svetskog rata u okupacionim zonama, a potom i u Saveznoj Republici Nemačkoj i NDR, dovele do nekoliko hiljada osuda, za koje se danas smatra da su u suprotnosti sa osnovnim i ljudskim pravima.

Kada je reč o presudama protiv homoseksualaca iz perioda NS, one su zakonski ukinute 2002. godine. Međutim, presude iz perioda posle toga ostaju na snazi.

Sadržaj zakona

To se sada menja putem Zakona o krivičnopravnoj rehabilitaciji lica koja su posle 8. maja 1945. osuđena po osnovu dobrovoljnih homoseksualnih radnji (Gesetz zur strafrechtlichen Rehabilitierung der nach dem 8. Mai 1945 wegen einvernehmlicher homosexueller Handlungen verurteilten Personen), a koji se odnosi na presude donešene u Saveznoj Republici Nemačkoj, Nemačkoj Demokratskoj Republici i prethodno u posleratnom periodu na njihovim kasnijim državnim teritorijama. Ove presude, a bilo ih je oko 50.000, zakonom se ukidaju paušalno. Osim toga, osuđena lica dobijaju i paušalnu odštetu. Pomenuto poslednje rešenje je izabrano zbog visoke starosti mnogih pogođenih lica. Iza toga stoji cilj da se na taj način omogući brza obrada zahteva za odštetu.

Planiran je paušalni iznos od 3.000 evra po osuđenom licu. Uz to se za svaku započetu godinu lišavanja slobode dodaje po 1.500 evra. Iz toga su između ostalog izuzete osude zbog seksualnih radnji sa decom. Paušalno ukidanje

presuda, doneseno uz primenu Osnovnog zakona, u pravno-političkom smislu predstavlja specifično rešenje. Ono se takođe ne osporava. Kritičari ovog zakona ukazuju na okolnost, da za heteroseksualne radnje, koje su na osnovu tadašnjih pravnih propisa predstavljale krivično delo, ali danas to više ne predstavljaju, ne postoji nikakav odgovarajući propis. Smatra se da je reč o kontradiktornim vrednosnim ocenama.

Dalje informacije:

Nacrt zakona sa detaljnim obrazloženjem izložen je pod

https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Rehabilitierung_175.pdf?__blob=publicationFile&v=2

Dr. Stefan Pürner

Aktuelles aus dem deutschen Recht Neuigkeiten aus der deutschen Gesetzgebung

(Zusammenfassung)

Vorgestellt werden die gesetzlichen Neuregelungen

- zur Einführung der sogenannten "Ehe für alle" (Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen des gleichen Geschlechts),
- das Gesetz zur besseren Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (das in den Medien meist "Facebook-Gesetz" genannt wird)
- das Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens
- das Gesetz zur Erweiterung der Medienöffentlichkeit in Gerichtsverfahren und zur Verbesserung der Kommunikationshilfen für Sprach- und Hörbehinderte (Gesetz über die Erweiterung der Medienöffentlichkeit – EMöGG), das neue Möglichkeiten von Medienaufzeichnungen und – Audioübertragungen von Teilen bestimmter Gerichtsverhandlungen zulässt,
- das Gesetz zum Ausschluss verfassungsfeindlicher Parteien von der Parteienfinanzierung und das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes zum Zweck des Ausschlusses extremistischer Parteien von der Parteienfinanzierung und
- das Gesetz zur strafrechtlichen Rehabilitierung der nach dem 8. Mai 1945 wegen einvernehmlicher homosexueller Handlungen verurteilten Personen.

Dabei werden Erläuterungen zur bisherigen Rechtslage und zu strittigen Punkten im Gesetzgebungsverfahren gegeben. Dort, wo die neuen gesetzlichen Regelungen des deutschen Rechts möglicherweise auch für die Diskussion über Gesetzesänderungen in den Staaten im Verbreitungsgebiet der NPR von Interesse sein könnten, werden Vorschriften auch in Auszügen übersetzt wiedergegeben. Für besonders interessierte Leser, die der deutschen oder englischen Sprache mächtig sind, werden außerdem Hinweise auf weiterführende Quellen im Internet gegeben. Dazu gehören insbesondere die Gesetzesbegründungen der hier behandelten Vorschriften und englischsprachige Pressemitteilungen deutscher Gerichte.

Primjena Bečke konvencije o međunarodnoj prodaji robe pred sudovima u Bosni i Hercegovini

Prof. dr. Zlatan Meškić

Mr. Branka Skoko

1. Uvod*

Konvencija (UN) o međunarodnoj prodaji robe najuspješnija je i najvažnija međunarodna kodifikacija iz oblasti obligacionog prava. Poznatija je pod nazivom Bečka konvencija o međunarodnoj prodaji robe (skraćeno Bečka konvencija) ili pod skraćenicom na engleskom jeziku CISG (Convention on International Sale of Goods). Iako je Jugoslavija aktivno učestvovala u samoj izradi Konvencije,¹ nakon njenog stupanja na snagu u Jugoslaviji,² a kasnije i u Bosni i Hercegovini, nije osigurano praćenje njene primjene u praksi. Zapravo, situacija je mnogo nepovoljnija. Bečka konvencija o međunarodnoj prodaji robe čak se ne nalazi ni na službenoj web-stranici Ministarstva pravde BiH, na kojoj se želi ponuditi cjelovita lista međunarodnih konvencija koje vrijede u BiH. Da je Bosna i Hercegovina Bečku konvenciju preuzela sukcesijom potvrđuje službena web-stranica Konvencije, prema kojoj ona vrijedi u BiH od 6. marta 1992, a notifikacija o sukcesiji datira od 12. januara 1994.³

Cilj ovog priloga jeste da promoviše dobru praksu sudova u BiH, koji su prepoznali da Bečka konvencija o međunarodnoj prodaji robe ima da bude primijenjena i koji su njenu primjenu obrazložili na uzoran način. Radi se o presudama koje je sudija mr. Branka Skoko predstavila u okviru seminara organizovanog od strane njemačke fondacije IRZ i Centra za edukaciju sudija i tužilaca Republike Srpske u Banjoj Luci, a koje su donijeli sudovi u Republici Srpskoj. Radi se ujedno o prvim presudama koje su široj javnosti postale poznate kao primjeri primjene

Bečke konvencije o međunarodnoj prodaji robe u BiH, a kao takve su dijelom prevedene na engleski jezik i uvrštene u međunarodnu bazu podataka o primjeni ove konvencije u državama potpisnicama.⁴ Kako za Bečku konvenciju ne postoji jedan međunarodni sud koji bi osigurao jedinstveno tumačenje iste odredbe u svim državama potpisnicama, kako to radi npr. Evropski sud za ljudska prava u Strazburu za Evropsku konvenciju o zaštiti ljudskih prava i sloboda, od posebnog je značaja i pomoći korištenje ovakve međunarodne baze podataka u kojoj se po članovima Konvencije može naći praksa sudova iz cijelog svijeta.⁵

Najbolji način da se promoviše primjena Bečke konvencije jeste da se razumije njeno područje primjene. Bečka konvencija se prema svom čl. 1 primjenjuje na ugovore o prodaji zaključene između strana koje imaju svoje mjesto poslovanja u različitim državama, ako su te države potpisnice Konvencije (čl. 1 (1)(a) Bečke konvencije) ili ako pravila međunarodnog privatnog prava upućuju na pravo države potpisnice (čl. 1 (1)(b) Bečke konvencije). U "Službenom listu SFRJ" govori se o "sjedištu" strana u različitim državama, što je pogrešan prevod termina "place of business" koji je korišten u čl. 1. Bečke konvencije.⁶ U presudama koje će biti prikazane, ovo nije dovelo do problema u praksi, iako sudovi jesu primjenjivali službeni prevod. S obzirom na to da je jedan od preduslova za primjenu Bečke konvencije postojanje elementa inostranosti, jasno je da su se sudovi paralelno bavili i pitanjima primjene Zakona o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja u posebnim odnosima (ZRSZ).⁷ S obzirom na to da je praksa po ZRSZ također veoma rijetka i njena promocija značajna, dijelovi presuda koji se bave tom problematikom također će biti prikazani. U nastavku će se tako predstaviti izvodi iz najvažnijih presuda kao primjeri dobre prakse u nadi da će to pobuditi dalju primjenu Bečke konvencije i ZRSZ u praksi, ali i snažniju pažnju u akademskoj javnosti.

* Tekstovi presuda preneseni su bez uredničkih i lektorskih intervencija.

¹ V. Pavić/M. Đorđević, Application of the CISG Before the Foreign Trade Court of Arbitration at the Serbian Chamber of Commerce – Looking Back at the Latest 100 Cases, *Journal of Law and Commerce* 3/2009, 3.

² *Službeni list SFRJ* – Međunarodni ugovori, br. 10/84.

³ Vidi http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html.

⁴ Vidi <http://iicl.law.pace.edu/cisg/page/new-and-updated-material-cisg-2016#Bosnia>.

⁵ Vidi <http://iicl.law.pace.edu/cisg/search/cases>; vidi i <http://www.cisg-online.ch/index.cfm?pageID=29>.

⁶ Nije korišten termin "seat" što bi bio prevod za "sjedište".

⁷ Zakon o rješavanju sukoba zakona sa drugim zemljama u određenim odnosima, *Sl. glasnik SFRJ*, br. 43/82 i 72/82; Preuzet u zakonodavstvo BiH Uredbom sa zakonskom snagom, *Sl. list R BiH*, br. 2/1992 i potvrđen Zakonom o potvrđivanju uredbi sa zakonskom snagom, *Sl. list R BiH*, br. 13/94; U entitetu Republici Srpskoj potvrđen čl. 12. Ustavnog zakona za provođenje Ustava RS-a, *Sl. glasnik Republike Srpske*, br. 21/1992.

2. Primjeri dobre prakse u primjeni Bečke konvencije i ZRSZ

a) Primjena Bečke konvencije na temelju ugovora o prodaji između strana s mjestom poslovanja u različitim državama potpisnicama (čl. 1 (1)(a) Bečke konvencije) – utvrđivanje mjerodavnog prava po službenoj dužnosti – mjerodavno pravo za ugovore po čl. 19 i 20 ZRSZ

*(Presuda Višeg privrednog suda u Banjaluci,
br.: 60 0 Ps 001 170 09 Pž, od 10. 12. 2010. godine)*

U žalbi koja je izjavljena iz svih zakonskih razloga tuženi ističe da se u konkretnom slučaju radi o sporu iz ugovora u privredi između tužioca koji ima sjedište u Švajcarskoj i tuženog sa sjedištem u BiH i da se kao relevantno pitanje postavlja pitanje primjene prava za navedeni sporni odnos. (...)

S pravom se u žalbi iznosi da prvostepeni sud nije vodio računa da je u pitanju spor s međunarodnim elementom i da je trebalo imati u vidu mjerodavno pravo na osnovu kojeg će se razriješiti ovaj sporni odnos.

Prvostepena presuda o ovome nema nikakvih razloga, te se u tom pravcu ne može ni ispitati njena pravilnost. Ovo je razlog za ukidanje osporene presude, jer na to žalba ukazuje. No bez obzira da li je tuženi tokom postupka ukazivao na primjenu stranog prava u ovoj pravnoj stvari, prvostepeni sud mora po službenoj dužnosti da primijeni kolizionu normu i utvrdi da li je za ovaj spor mjerodavno strano pravo ili neki drugi izvor međunarodnog prava.

Treba imati u vidu da je za ugovor mjerodavno pravo koje su ugovorne strane izabrale (član 19. ZRSZ). Volja stranaka može biti izjavljena izričito ili u pismenom obliku putem posebne klauzule u ugovoru ili pristupanjem Opštim uslovima. Izjava volje o mjerodavnom pravu proizvodi pravno dejstvo u ugovorima s elementom inostranosti. Postojanje stranog elementa potrebno je u momentu sklapanja ugovora.

Za prodaju pokretnih stvari mjerodavno je pravo mjesta gdje se u vrijeme prijema ponude nalazilo prebivalište odnosno sjedište prodavca (član 20. stav 1. tačka 1. ZRSZ). Ovo posebno pravilo važi samo ako se u konkretnom slučaju ne može utvrditi postojanje posebnih okolnosti ili tješnje veze sa nekom drugom zemljom. Utvrđivanje ovih relevantnih činjenica i njihova kvalifikacija može imati značaja za primjenu kolizionih normi.

U konkretnom slučaju u pitanju je spor sa inostranim elementom, jer se radi o međunarodnoj prodaji robe. Osnovno pitanje koje se nameće jeste pitanje, koje se pravo ima primijeniti na sporni pravni odnos. Radi se o pitanju mjerodavnog prava.

Prvostepeni sud primjenjuje nacionalni zakon koji se odnosi na tu oblast u unutrašnjem domenu ali ne daje razloge zašto to čini. Ako je prvostepeni sud našao da se radi o prećutnoj autonomiji volje, prećutnom izboru, kad

stranke nisu izričito odredile koje će pravo biti mjerodavno (ako se iz ugovora i okolnosti slučaja vidi da su oni imali jedno pravo kao mjerodavno) onda je trebao navesti razloge o tome.

Međutim drugostepeni sud ukazuje da kada je u pitanju ugovor o prodaji robe zaključen između strana koje imaju sjedišta na teritoriji različitih država da postoji Konvencija Ujedinjenih nacija o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe, koja je zaključena u Beču 11. 04. 1980. godine, stupila na snagu 1. 1. 1988. godine. Države potpisnice Konvencije (dalje: Bečka konvencija) jesu Jugoslavija od 27. 3. 1985. godine kada je ratifikovana. Prema članu 1. Bečke konvencije ta konvencija primjenjuje se na ugovore o prodaji robe zaključene između strana koje imaju svoja sjedišta na teritoriji različitih država a) kada su te države ugovornice ili b) kad prava međunarodnog privatnog prava upućuju na primjenu prava jedne države ugovornice. Valja naglasiti da ukoliko nije stavljena rezerva u smislu člana 95. Bečke konvencije da pravilo predviđeno u članu 1. tačka 16. obavezuje domaće sudove kao sastavni dio unutrašnjeg pravnog poretka. Na osnovu Ustavnog zakona za sprovođenje Ustava RS ("Službeni glasnik RS", broj 12/92) primjenjuje se Zakon o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja u određenim odnosima ("Službeni list SFRJ", broj 43/82) odnosno primjenjuje se Bečka konvencija o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe.

b) Primjena Bečke konvencije na temelju ugovora o prodaji između strana s mjestom poslovanja u različitim državama potpisnicama (čl. 1 (1)(a) Bečke konvencije) – mjerodavno pravo za kamate prema čl. 20 i 25 ZRSZ

*(Presuda Višeg privrednog suda u Banjaluci,
br. 57 0 Ps 000506 10 Pz, od 21. 4. 2011. godine)*

Činjenice koje je, kao relevantne, utvrdio prvostepeni sud, proizlazile su iz nespornih navoda stranaka (da je poslovna saradnja parničnih stranaka trajala duži niz godina, bez postojanja formalnog ugovora o kupoprodaji robe, da je povodom sporne isporuke, s obzirom na nedostatke u pogledu kvaliteta robe, bilo dogovoreno da se plati samo glavni dug a ne i kamata zbog kašnjenja u isplati i da je glavni dug plaćen sa zakašnjenjem) te je na osnovu ovih činjenica, rješavajući sporno pitanje primjene mjerodavnog prava zaključio da nema mjesta primjeni člana 20. Zakona o sukobu Zakona sa propisima drugih zemalja ("Službeni list SFRJ" broj 43/82, 72/82.) prema kojem se na sporove u vezi sa ugovorima o prodaji pokretnih stvari (kakav je ovdje slučaj) primjenjuje pravo po sjedištu prodavca (*sa sjedištem u Republici Srbiji –napomena autora*), smatrajući da se radi o ugovoru koji je zaključen prema propisima Republike Srpske, da primjena mjerodavnog prava nije bila ugovorena i da je mjesto izvršenja ugovora bilo u Republici Srpskoj pa kako je u konkretnom slučaju predmet spora

bio zahtjev za isplatu kamata, smatra da se radi o primjeni domaćeg prava (kao i na osnovni pravni posao) te da, na taj način nema uslova ni za primjenu člana 25 navedenog zakona koji za akcesorna prava određuje da je mjerodavno pravo koje je mjerodavno i za osnovni pravni posao tako da je udovoljeno tužbenom zahtjevu koji je usaglašen sa nalazom vještaka finansijske struke sa procesnom kamatom od dana podnošenja tužbe pa do isplate, primjenom odredbe iz člana 279. stav 2. ZOO-a.

Kako je primjena mjerodavnog prava bila sporna među strankama, ovo pitanje kao pitanje prejudicijelne naravi, prvostepeni sud je morao riješiti i o tome dati valjane razloge sa aspekta primjene propisa koji regulišu obligacionopravne odnose sa elementom inostranosti. Ovo pitanje sukoba zakona rješava se primjenom Bečke konvencije o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe koja je stupila na snagu 1. 1. 1988. godine koja je, nakon ratifikacije, integrisana u naš unutrašnji pravni poredak i tako obavezuje na primjenu.

Prvostepeni sud nije utvrdio koje je pravo mjerodavno na osnovu pravno relevantnih činjenica koje, zavisno od različitih tačaka vezivanja (mjesto gdje se u vrijeme ponude nalazilo prebivalište odnosno sjedište prodavca, mjesto zaključenja ugovora, mjesto nastanka štete, mjesto gdje se nepokretnost nalazi i sl.) određuju koje je pravo mjerodavno za konkretni sporni odnos.

Prvostepeni sud nije dao razloge o svom zaključku da stranke nisu ugovorile primjenu mjerodavnog prava niti se može prihvatiti pravilnim zaključak da je predmetni usmeni kupoprodajni ugovor zaključen prema materijalnim propisima Republike Srpske (nije jasno iz kojih razloga se ne bi mogla prihvatiti punovažnost istog ugovora prema propisima Republike Srbije ako su oni identični propisima koji se primjenjuju u Republici Srpskoj) što je, nadalje, dovelo i do pogrešnog zaključka o primjeni mjerodavnog prava na sporedna potraživanja na koja se, prema stavu prvostepenog suda, treba primijeniti domaći zakon (tj. Zakon o visini stope zatezne kamate) a ne Zakon o visini stope zatezne kamate koji je važio u Republici Srbiji u vrijeme nastanka spornog odnosa ("Službeni list SRJ" broj 9/2001).

Zbog ovakvog pravnog stava u odnosu na mjerodavno pravo koji nema ni jednu verifikovanu činjenicu, pogrešno je određen i pravac dokazivanja relevantnih činjenica (koliko iznosi visina obračunatih kamata prema zakonu Republike Srbije), pa zakonitost pobijane presude nije moguće ispitati a što je razlog za ukidanje presude primjenom odredbe iz člana 227. stav 1 tačka 2 ZPP-a. To znači da je u ponovljenom postupku potrebno na pouzdan način utvrditi koje mjerodavno pravo se ima primijeniti na konkretni spor te zavisno od toga osnovanost tužbenog zahtjeva cijeliti primjenom relevantnog materijalnog propisa.

Pri tome se napominje da Bečka konvencija stoji na stanovištu neformalnosti ugovora o prodaji robe, a time i neformalnosti ugovora između parničnikih stranka o

primjeni mjerodavnog prava, što znači da se postojanje sporazuma stranaka o primjeni mjerodavnog prava može dokazivati na bilo koji način.

Kako Bečka konvencija za slučaj da određena pitanja nisu riješena Konvencijom, upućuje na primjenu pravila međunarodnog privatnog prava, to znači da se pitanje mjerodavnog prava treba cijeliti i u odnosu na odredbe Zakona o sukobu zakona sa propisima drugih zemalja u određenim odnosima.

Ovaj zakon sadrži pravila o određivanju mjerodavnog prava za rješavanje imovinskih sporova sa međunarodnim elementom tako da bi relevantne odredbe ovog zakona bile odredbe člana 20. i 25. prema kojima je, ako mjerodavno pravo nije izabrano ili ako posebne okolnosti slučaja ne upućuju na drugo pravo, kao mjerodavno pravo se primjenjuje pravo mjesta gdje se u vrijeme prijema ponude nalazilo prebivalište, odnosno sjedište prodavca koje se, kao mjerodavno primjenjuje i na potraživanja po osnovu kamata, a to bi u ovom slučaju bio Zakon o visini stope zatezne kamate koji se primjenjuje u Republici Srbiji.

Žalba je osnovano ukazala na propuste prvostepenog suda da na pravilan način utvrdi činjenice od kojih zavisi primjena mjerodavnog prava tako da je pogrešna orijentacija suda u odnosu na ovo sporno pitanje dovela do odluke koja nije podložna ocjeni zakonitosti.

c) Primjena Bečke konvencije na temelju ugovora o prodaji između strana s mjestom poslovanja u različitim državama kada na pravo države potpisnice upute pravila međunarodnog privatnog prava (čl. 1 (1)(b) Bečke konvencije) – obaveze prodavca prema čl. 30. i dalje Bečke konvencije

(Presuda Višeg privrednog suda u Banjaluci, br. 60 0 Ps 016781 13 Pž od 25. 6. 2013. godine)

Prvostepeni sud cijeni da je konkretan spor sa međunarodnim elementom, da stranke nisu sudu pružile dokaz da su ugovorile primjenu prava, pa shodno odredbi člana 19. i člana 20. Zakona o rješavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja u određenim odnosima ("Službeni list SFRJ", broj 43/82, 72/02), a koji se u Republici Srpskoj primjenjuje u smislu odredbe člana 458. ZPP, na ugovor o prodaji pokretnih stvari se primjenjuje pravo mjesta gdje se u vrijeme ponude nalazilo sjedište prodavca, a u konkretnom slučaju to je pravo Republike Srbije. Republika Srbija je članica Konvencije o međunarodnoj prodaji robe, pa je sud na konkretnu predmetnu situaciju primijenio odredbe ove konvencije.

Kod ovako utvrđenog činjeničnog stanja prvostepeni sud je utvrdio da je tužilac kao prodavac ispunio svoju ugovorenu obavezu, predao tuženom u vlasništvo robu i dokumenta koja prate robu (član 30. Konvencije), pa je tuženog kao kupca na osnovu odredbe člana 62. Konvencije obavezao da plati dug za isporučenu robu i odlučio kao u izreci pobijane presude.

Prvostepeni sud cijeni da tuženi kao kupac nije tužioca obavijestio o bilo kakvim nedostacima vezano za kvalitet robe, pa su njegova prava u pogledu prigovora o nedostacima na robi prestala u smislu odredbe člana 39. Konvencije. Na dosuđeni iznos glavnog duga tužiocu je u smislu odredbe člana 78. u vezi sa članom 59. Konvencije dosuđena i zakonska zatezna kamata od dospjeća računa pa do isplate.

Suprotno žalbenim navodima, prvostepeni sud je pravilno primijenio materijalno pravo kada se pozvao na Konvenciju Ujedinjenih nacija o međunarodnoj prodaji robe iz 1980. godine ("Službeni list SFRJ" – Međunarodni ugovori broj 10/84, dalje: Bečka konvencija), koja se u BiH primjenjuje na osnovu člana 1. I dio, stav 4. tačka 6. Uredbe sa zakonskom snagom o preuzimanju i primjenjivanju saveznih zakona koji se u BiH primjenjuju kao republički zakoni ("Službeni glasnik SRBiH", broj 2/92). Konkretan spor je spor sa međunarodnim elementom, jer je tužilac iz Republike Srbije, stranke nisu sudu pružile dokaz da su ugovorile primjenu prava, pa se shodno odredbi člana 19. i člana 20. Zakona o rješavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja u određenim odnosima, koji se u Republici Srpskoj primjenjuje u smislu odredbe člana 458. ZPP, na ugovor o prodaji pokretnih stvari primjenjuje pravo mjesta gdje se u vrijeme ponude nalazilo sjedište prodavca, a u konkretnom slučaju to je pravo Republike Srbije. Među državama članicama koje su prihvatile Bečku konvenciju je i Republika Srbija, pa je prvostepeni sud pravilno primijenio istu na konkretni slučaj.

U skladu sa pravilima Bečke konvencije (član 30.) obaveza prodavcaje isporuka robe i ona može biti izvršena bez obzira na to da li kupac zaista drži stvar (dovoljno je da prodavac omogući kupcu materijalno posjedovanje) ili mu je ona isporučena nekim transportnim sredstvom (dovoljno je da prodavac stvar preda prevozniku). ZOO upućuje na pravilo da je ova obaveza izvršena kad je stvar uručena ili kada je predata isprava kojom se stvar može preuzeti (član 467. stav 2.).

Pravilan je stav prvostepenog suda da tuženi nije dostavio ni jedan materijalni dokaz na okolnosti prigovora kvaliteta robe i pravilno se sud pozvao na odredbe člana 35. do člana 53. Konvencije kod ocjene prigovora nedostataka na isporučenoj robi. Ovakav zaključak suda u cijelosti prihvata i ovaj sud.

d) Pravo na ispunjenje ugovora i eventualne naknade štete, a ne na povrat cijene prema čl. 45. i dalje Bečke konvencije

(Presuda Vrhovnog suda Republike Srpske, br. 59 0 Ps 020750 12 Rev, od 6. 6. 2013. godine)

Naime, kod utvrđenja da između stranaka (*sa sjedištem u Podgorici odnosno Trebinju – napomena autora*) nije došlo do raskida ugovora o poslovnoj saradnji broj 3 od 4. 1. 1999. godine, saglasno odredbi člana 45. Konvencije Ujedinjenih nacija o ugovorima o međunarodnoj prodaji

robe (Bečka konvencija), koja se u slučaju neizvršenja obaveza od strane prodavca ima primijeniti prema odredbi člana 3. Zakona o rješavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja u određenim odnosima ("Službeni list SFRJ", broj 43/82 do 72/82), tužitelju bi prevashodno pripadalo pravo da zahtijeva izvršenje ugovora (isporuku robe) ili pravo na naknadu eventualne štete, a ne pravo na povrat date kupoprodajne cijene.

e) Obaveza pregleda robe od strane kupca u što kraćem roku prema čl. 38. Bečke konvencije

(Presuda Višeg privrednog suda u Banjaluci, br. 59 0 Ps 022339 12 Pž od 10. 12. 2013. godine)

Na osnovu cjelokupne procesne građe velikog broja izvedenih dokaza i njihove ocjene kao bitnu činjeničnu supstancu koja predstavlja materijalno pravnu osnovu spora prvostepeni sud je utvrdio da su parnične stranke zaključile ugovor o poslovnoj saradnji, da je predmet ugovora bila isporuka robe, da je tužitelj u ispunjenju osnovne obaveze iz ugovora tuženom isporučio robu, ispostavio fakture na koje nije bilo prigovora, da te fakture tuženi nije platio, da je zaključeni ugovor bio ugovor sa međunarodnim elementom s obzirom na sjedište učesnika spornog odnosa, pa kako nije bilo ugovoreno mjerodavno materijalno pravo prvostepeni sud je rješavanje spornog odnosa smjestio u okvire Bečke konvencije o međunarodnoj prodaji robe (u daljem tekstu Bečka konvencija) i primjenom normi ovog međunarodnog ugovora, zaključio da je tužitelj kao prodavac u svemu postupio saglasno zaključenom ugovoru, isporučio robu tuženom, predao dokumente koji se odnose na robu, čime je prenijeto i vlasništvo na robi, a da tuženi sa svoje strane, osnovnu obavezu i iz ugovora i iz člana 53. Bečke konvencije nije ispunio što je bio razlog da se primjenom odredaba zaključenog ugovora koji je zakon za stranke kao i primjenom odredaba Bečke konvencije, tuženi obaveže na isplatu cijene koja je proizlazila iz tri neplaćena računa, umanjena za knjižno terećenje po osnovu izvršenih usluga prevoza, sa kamatama počev od dospelosti plaćanja svakog pojedinačnog računa pa do isplate (...)

Kada su u pitanju žalbeni navodi da prvostepeni sud nije uvažio prigovore na kvalitet robe, oni takođe nisu osnovani jer je prema Konvenciji kupac bio dužan da prilikom prijema pregleda robu i u slučaju nedostataka blagovremeno obavijesti prodavca o nedostacima i kako su te dužnosti kupca predviđene odredbom člana 38., 39., 44. i 86. Konvencije, onda je prvostepeni sud pravilno zaključio da tuženi ovu svoju osnovnu dužnost nije ispunio pa propusti tuženog kao kupca da u razumnom roku od trenutka isporuke robe, na način koji je predviđen i ugovorom i Konvencijom obavijesti prodavca o nedostacima robe, vode gubitku prava da se na nedostatke poziva. Iz tog razloga je sud pravilno odbio prijedloge tuženog za izvođenje dokaza na okolnost da nedostaci postoje. To znači da tuženi nije poštovao ovo temeljno načelo iz člana

38. Konvencije koja predviđa njegovu obavezu da u što kraćem roku pregleda robu koju mu je prodavac isporučio. Ova odredba ima za cilj da podstakne kupca da u slučaju nedostatka, isti otkloni bilo zahtjevom za isporukom nove robe, bilo zamjenom za robu bez nedostatka, zahtjevom da snizi cijenu i konačno da se izbjegne sudski spor pa ukoliko do njega ipak dođe onda je za ostvarenje svog prava koja mu pripadaju po osnovu prigovora na kvalitet imao mogućnost da obezbijedi i primjerena dokazna sredstva da svoje tvrdnje o nedostacima na stvari dokaže, tim prije što je savjesno ispunjenje obaveze i od strane tužitelja (u pogledu kvaliteta robe) u interesu kupca.

Ako je u pitanju pregled robe čiji se nedostaci mogu utvrditi samo pri daljoj upotrebi ili nekom tehnološkom procesu i u tom slučaju je tuženi bio obavezan da nakon saznanja za nedostatke (kada je kupljenu robu prodao trećim licima), ali na način koji je predviđen ugovorom, a što tuženi, takođe nije učinio. Prema tome, kako je ugovorom koji je zakon za stranke, bio predviđen objektivni kriterijum u postupku pregleda robe (u prisustvu obje stranke), onda suprotni navodi žalioaca, ne mogu dovesti do drugačije odluke.

U odnosu na rok u kojem je tuženi bio dužan da stavi prigovore na kvalitet, prvostepeni sud je prihvatio praksu nacionalnih sudova koji odražavaju svoj stav o fleksibilnosti u tumačenju odredbe iz člana 38. Konvencije s tim što je uvijek na kupcu teret dokaza da je eventualno trebalo produžiti rok za pregled robe zbog opravdanih razloga.

f) Mjesto isporuke robe prema čl. 31. Bečke konvencije

(Presuda Višeg privrednog suda u Banjaluci, br. 57 0 Ps 010140 11 Pž od 16. 5. 2011. godine)

Mjerodavan propis za rješavanje ove pravne stvari je Bečka konvencija o međunarodnoj prodaji roba iz 1980. godine, koja je dovela do unifikacije prava međunarodne trgovine, čime je ostvaren preduvjet za efikasno odvijanje međunarodnih transakcija, odnosno države članice su donijele tu konvenciju radi ublažavanja teškoća koje se javljaju kad je ugovor sklopljen između prodavaoca i kupca sa sjedištem u različitim državama.

Prema članu 31.a. Konvencije, ako je prema ugovoru robu potrebno prevesti, mjestom isporuke smatraće se mjesto ukojem je prodavac dužan predati robu prvom prevozniku radi dostave kupcu. Ako je prema ugovoru o prodaji potrebno prevesti robu, a prodavac je nije obavezan predati u određenom mjestu, rizik prelazi na kupca kad je roba predana prvom prijevozniku, odnosno kupac snosi rizik za slučajnu propast stvari za vrijeme prijevoza od strane treće osobe. U vezi s tim treba imati u vidu da stranke nisu ugovorile primjenu neke od Incoterms klauzula, kojom bi na drugačiji način regulisale pitanje prelaska rizika.

Budući da u konkretnom slučaju račun, otpremnice, međunarodni tovarni listovi i carinske deklaracije glase na tuženog, a roba je otpremljena predajom prevozniku,

koji je potpisao međunarodni tovarni list, tužilac je na taj način dokazao da je izvršio predaju robe, što za posljedicu ima obavezu tuženog kao kupca u pogledu plaćanja kupoprodajne cijene.

Bez značaja su žalbeni navodi tuženog da na otpremnicama i carinskoj dokumentaciji nema njegovog potpisa, jer su to isprave tužioca, pa ih tuženi ne potpisuje. Pri tom treba imati u vidu da je otpremnicu potpisao prevoznik, uz propisno izdani međunarodni tovarni list CMR, u skladu sa Konvencijom o međunarodnom drumskom saobraćaju.

Zbog toga, a u vezi sa već iznesenim razlozima u pogledu primjene mjerodavnog prava, bez značaja je pozivanje tuženog na odredbe Zakona o računovodstvu o sravnjenju knjigovodstvenog stanja, kao i u pogledu valjanosti dokumentacije tuženog i zadržavanja prava vlasništva.

g) Zastara nije regulisana Bečkom konvencijom – Konvencija o zastari potraživanja u oblasti međunarodne kupoprodaje robe – mjerodavno pravo za zastaru prema čl. 20. ZRSZ

(Presuda Višeg privrednog suda u Banjaluci, br. 59 0 Ps 025439 15 Pž od 14. 9. 2015. godine)

Prvostepeni sud cijeni da je predmetni spor, spor sa međunarodnim elementom, da parnične stranke nisu ugovorile mjerodavno materijalno pravo, a imajući u vidu da je mjesto poslovanja tužioca u Republici Italiji, a mjesto poslovanja tuženog u Bosni i Hercegovini odnosno Republici Srpskoj, sud zaključuje da se o rješavanju predmetnog spora imaju primijeniti pravila Konvencije Ujedinjenih nacija o međunarodnoj prodaji robe iz 1980. godine ("Sl. list SFRJ" Međunarodni ugovori br. 10/84, dalje: Bečka konvencija). Kako Bečka konvencija ne reguliše institut zastare potraživanja, sud zaključuje da se u konkretnom slučaju pitanje zastare utuženog potraživanja primjenjuje unutrašnje pravo, odnosno odredbe člana 374. Zakona o obligacionim odnosima ("Službeni list SFRJ" broj: 29/78, 39/85, 45/89, 57/89 i "Službeni glasnik RS" broj: 17/93, 3/96, 39/03, 74/04, dalje: ZOO).

Predmetni spor predstavlja spor sa međunarodnim elementom, jer je tužilac privredno društvo sa sjedištem u Italiji, a tuženi u BiH. Parnične stranke nisu ugovorile mjerodavno materijalno pravo za rješenje ovog spora, te da se u rješavanju predmetnog spora imaju primijeniti pravila Bečke konvencije, a čiju primjenu stranke nisu izričito isključile.

Prema odredbi člana 1. stav 1. Bečke konvencije, ista se primjenjuje na ugovore o prodaji robe zaključene između strana koje imaju svoja sjedišta na teritorijima različitih država ugovornica, osim u slučaju kad su stranke izričito isključile njenu primjenu odnosno kad su ugovorile primjenu materijalnog prava pojedine države kao isključivo mjerodavno za ugovor.

Dakle, kod nespornog utvrđenja da je tužilac ispunio svoju ugovorenu obavezu jer je tuženom isporučio robu i

dostavio fakture za plaćanje, a tuženi nije istu platio, prema odredbi člana 53. Bečke konvencije, stoji obaveza tuženog da plati dug po predmetnom računu.

Prema pravilu iz člana 53. Bečke konvencije, prodavac je dužan da na način predviđen ugovorom i Konvencijom isporuči robu, preda dokumente koji se na robu odnose i prenese svojini na robu, a kupac shodno pravilu iz člana 53. se obavezuje da isplati cijenu i preuzme isporuku onako kako je to predviđeno ugovorom i Konvencijom.

Pravilno je utvrđenje prvostepenog suda da Bečka konvencija ne reguliše institut zastare, tako da se u pogledu prigovora zastare koju je istakao tuženi ne mogu primijeniti pravila iz Bečke konvencije. Konvencijom o zastari potraživanja u oblasti međunarodne kupoprodaje robe ("Službeni list SFRJ" – Međunarodni ugovori broj 5/78), koja se u Bosni i Hercegovini odnosno Republici Srpskoj primjenjuje na osnovu notifikacije o sukcesiji, propisan je zastarni rok od četiri godine (član 8). Italija nije pristupila ovoj Konvenciji, tako da se ne mogu primijeniti pravila koja predviđa ova Konvencija u pogledu rješenja prigovora zastare u ovom predmetu.

Međutim, žalba tužioca osnovano ukazuje da je pogrešan zaključak prvostepenog suda da se na sporno pitanje zastare utuženog potraživanja ima primijeniti unutrašnje pravo, odnosno odredba člana 374. ZOO. Prema odredbi člana 20. stav 1. tačka 1. Zakona o rješavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja u određenim odnosima ("Službeni list SFRJ" br. 43/82), ako nije izabrano mjerodavno pravo i ako posebne okolnosti slučaja ne upućuju na drugo pravo, kao mjerodavno pravo primjenjuje se za ugovor o prodaji pokretnih stvari, pravo mjesta gdje se u vrijeme prijema ponude nalazilo prebivalište odnosno sjedište prodavca.

Nesporno je da je u pitanju prodaja pokretnih stvari, i da se u vrijeme ponude sjedište prodavca nalazilo u Italiji, te u skladu sa odredbom člana 20. stav 1. tačka 1. navedenog zakona, s obzirom da nije izabrano mjerodavno pravo, niti posebne okolnosti slučaja ne upućuju na drugo pravo, kao mjerodavno pravo ima se primijeniti pravo mjesta sjedišta prodavca, u ovoj pravnoj stvari tužioca, dakle pravo Republike Italije.

Prvostepeni sud je pribavio sadržaj Italijanskog građanskog zakonika (Code civile), u dijelu koji reguliše pitanje zastare potraživanja, prema kome se na odnose dužnik – povjerilac kao dvije kompanije, treba primijeniti desetogodišnji rok zastare iz člana 2946. Građanskog zakonika. Potraživanje tužioca je po računu 6714 od 29. 7. 2009. godine sa valutom plaćanja od 60 dana, a to je 29. 9. 2009. godine, tužba u predmetnoj pravnoj stvari podnijeta je 16. 1. 2013. godine, pa primjenom odredbe člana 2946. Građanskog zakonika Republike Italije, evidentno je da potraživanje tužioca nije zastarjelo, pa je tuženi u smislu odredbe člana 53. Bečke konvencije obavezan da tužiocu isplati iznos od 16.336,13 EUR u protuvrijednosti od 31.950,69 KM.

Prof. Dr. Zlatan Meškić / Mag. Branka Skoko

Die Anwendung des Wiener Kaufrechts vor den Gerichten in Bosnien und Herzegowina

(Zusammenfassung)

In der Rubrik "Vorschriften und Materialien" werden jeweils Rechtstexte von allgemeinem Interesse für die Region vorgestellt. In dieser Ausgabe der NPR handelt es sich dabei um Entscheidungen des Handelsgrundgerichtes und des Höheren Handelsgerichts in Banja Luka, die erstmals im Rahmen einer von der IRZ und dem dortigen Zentrum für Richter und Staatsanwaltsschulung der Republika Srpska organisierten Veranstaltung in Banja Luka im Jahre 2016 von der Richterin Mr. Branka Skoko vorgestellt wurden.

Bei ihnen handelt es sich gleichzeitig um die ersten bekanntgewordenen Gerichtsentscheidungen in Bosnien und Herzegowina, in denen das Wiener Kaufrecht angewandt wird. Dieses wird in der Praxis der Gerichte von Bosnien und Herzegowina stark vernachlässigt, obwohl es das wichtigste internationale Übereinkommen im Bereich des Schuldrechts darstellt, und das ehemalige Jugoslawien nicht nur Konventionsstaat, sondern auch stark an der Erarbeitung des Konventionstextes beteiligt war. Das Übereinkommen wurde später von Bosnien und Herzegowina durch Sukzessionserklärung übernommen. Das Ziel dieses Beitrags ist es, die gute Praxis der Gerichte, die erkannt haben, dass das Wiener Kaufrecht anzuwenden ist, vorzustellen. Außerdem wird ausgeführt, dass diese die Anwendung des Abkommens in den genannten Entscheidungen vorbildlich begründet haben.

Razno

Centar za edukaciju sudija i tužilaca FBiH – pravni okvir, stanje i perspektive

Mr. sci. Arben Murtezić

Dr. sci. iur. Davor Trlin

Sredinom 2003. godine, entitetskim zakonima¹ koji su doneseni u praktično identičnim tekstovima su, kao javne ustanove, uspostavljeni Centar za edukaciju sudija i tužilaca u Federaciji Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu: Centar FBiH) i Centar za edukaciju sudija i tužilaca u Republici Srpskoj (u daljem tekstu: Centar RS). Ovim je

¹ Zakon o Centru za edukaciju sudija i tužilaca FBiH ("Službene novine FBiH", br. 24/02, 40/02, 59/02 i 21/03) i Zakon o Centru za edukaciju sudija i tužilaca Republike Srpske ("Službene novine RS", br. 49/02 i 77/02).

praktično započeo proces organizovane edukacije sudija i tužilaca u Bosni i Hercegovini, a navedene ustanove su postali glavni nosioci stručnog obrazovanja pravnika u Bosni i Hercegovini. Centar FBiH i Centar RS od samog početka do danas svakodnevno saraduju, i praktično i formalno, u istom pravnom okviru i sa zajedničkim ciljevima i zadacima, tako da, iako je ovaj tekst pisan iz perspektive Centra FBiH, sve navedeno se u najvećoj mjeri odnosi i na Centar RS.

Dakle, dvije osnovne funkcije Centra FBiH posebno su značajne za obezbjeđenje nezavisnog, nepristrasnog i profesionalnog obavljanja sudske odnosno tužilačke funkcije, a to su: obuka sudija i tužilaca, te nastave za početnu obuku osoba koje se namjeravaju baviti profesijom sudije ili tužioca. Obavezan i djelimično formalan karakter obuke koju organizuje Centar ogleda se i kroz zakonom propisano izdavanje uvjerenja o uspješno završenoj početnoj obuci, te uvjerenja o ispunjenim minimalnim uvjetima stručnog usavršavanja. Isto tako, zakonski je predviđeno i usvajanje godišnjeg programa početne obuke i programa stručnog usavršavanja, čiji nacrt izrađuju stručnjaci Centra, prvenstveno na osnovu iskazanih potreba nosilaca pravosudnih funkcija, prijedloga partnerskih organizacija, te obaveza koje proizlaze iz različitih strateških dokumenata (npr. Izvještaj o napretku Evropske komisije, Strategije razvoja sektora pravde itd.). Konačan tekst programa usvaja Upravni odbor Centra, a odobrava VSTV. Posljednjih nekoliko godina broj planiranih aktivnosti kreće se između 150 i 180, a ukupan broj učesnika prelazi 1000. S obzirom na vrlo ograničen budžet, te navedeni veliki broj aktivnosti, saradnja s međunarodnim organizacijama je neizostavan segment prilikom realizacije edukativnih aktivnosti. S tim u vezi, dugogodišnji partneri Centra su: USAID, IRZ, OPDAT, Ambasada Francuske, OSCE, ODIHR, UNDP, UNFPA, Evropska banka za obnovu i razvoj, CLDP, Vijeće Evrope, AIRE Centar, te druge relevantne međunarodne organizacije.

Takođe, Centar implementira Srednjoročnu strategiju početne obuke i stručnog usavršavanja sudija i tužilaca za period 2017–2020, koja je plod samostalnog rada stručnjaka Centra FBiH i Centra RS, te je kao takva zajednički i usvojena.

Strategijom je, između ostalog, predviđeno uspostavljanje: uže saradnje s visokoškolskim ustanovama, srodnim institucijama u drugim zemljama te drugim relevantnim institucijama u Bosni i Hercegovini. U tom pogledu već su napravljeni važni koraci. Tako su potpisani i memorandum o saradnji sa Pravnim fakultetom Univerziteta u Sarajevu i Američkim univerzitetom u Bosni i Hercegovini. Dalje, formalizovana je i dugogodišnja saradnja sa pravosudnim akademijama Republike Turske i Kraljevine Holandije. Usaglašeni su i nacrti sporazuma sa svim institucijama koje se bave obukom policijskih službenika, a koji će biti potpisani najdalje do kraja godine.

Pored obavljanja osnovne funkcije Centra, posebna pažnja je posvećena i podizanju svijesti u široj zajednici o određenim pojavnim oblicima kriminala, kao što su kompjuterski kriminal ili nedozvoljena trgovina umjetninama. S tim u vezi, seminari na ove teme praćeni su odgovarajućim saopštenjima na konferencijama za novinare koje su rezultirale značajnom pažnjom javnosti.

U vezi s navedenim je i namjera Centra da u budućem periodu u značajnim stručnim publikacijama, kao što je Nova pravna revija, periodično objavljuje prikaze važnijih seminara i konferencija s fokusom na otvorena pitanja i probleme u praksi. Na ovaj način će se akademskoj zajednici i drugim potencijalnim autorima stručnih i naučnih radova ukazati na potrebne i moguće pravce rada i istraživanja, a koji bi bili od višestruke koristi.

Mag. Arben Murtezić

Dr. Davor Trlin

Zentrum für die Fortbildung von Richtern und Staatsanwälten der Föderation BiH – Rechtlicher Rahmen, aktueller Stand und Perspektiven

(Zusammenfassung)

In diesem Beitrag wird über die Tätigkeit des Zentrums für die Fortbildung von Richtern und Staatsanwälten in der Föderation Bosnien und Herzegowinas berichtet. Hierzu wird einleitend der rechtliche Rahmen der Tätigkeit des Zentrums vorgestellt. U.a. wird berichtet, dass das Zentrum seit 2003 besteht und eine regelmäßige Zusammenarbeit mit der IRZ unterhält.



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 zemalja regiona, njemačkog i evropskog prava.

Naročito su poželjni naučni prilozi za sljedeće rubrike:

- Članci
- Aktuelnosti iz prava regiona
- Aktuelnosti iz njemačkog prava
- Aktuelnosti iz evropskog prava

Konkretno teme članka autori mogu slobodno birati. Naročito su poželjni članci sa praktičnim uklonom, članci koji doprinose razvoju prava, te članci mladih naučnika koji se nalaze na početku svoje akademske karijere.

Kako bi se obezbijedio visoki nivo priloga, svi prilozi predviđeni za rubriku "Članci" će biti recenzirani. Prilozi će od strane recenzenata biti i kategorizirani prema uobičajenoj kategorizaciji (izvorni naučni rad, pregledni rad, stručni rad). Prilozi se smatraju prihvaćenim, ukoliko budu ocijenjeni pozitivno od strane recenzenata i prihvaćeni od strane redakcije. O terminu objavljivanja odlučuje redakcija.

Dostavljanjem određenog priloga za objavljivanje autori su obavezni dostaviti i sažetak priloga koji će od strane redakcije biti preveden na njemački i engleski jezik. Sažetak ne treba biti duži od jedne stranice i treba sadržavati pet do deset ključnih riječi.

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 jezika koji se koriste u NPR 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 size 12, prored 1,5)
2. Kratki članak/prikaz (3 – 9 stranica, font Times New Roman, font size 12, prored 1,5)

Članci mogu biti predati na latiničnom ili ćiriličnom pismu, te će takvi biti i objavljivani. 1500 karaktera vrijede kao jedna stranica.

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 bosanskom, crnogorskom, hrvatskom, srpskom ili njemačkom jeziku u elektronskom obliku kao word dokument na e-mail 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.

Prilozi se primaju kontinuirano.

Vaša pitanja možete uputiti na sljedeću e-mail adresu:

novaprvnarevija@gmail.com

ili na broj telefona 033 206-350 lok. 234.

CITIRANJE I NAVOĐENJE IZVORA

Citiranje

"xxxx" C Citati treba da budu navedeni pod navodnim znacima

C Okvirno je pravilo da citati duži od četiri reda treba da budu navedeni u bloku/cjelini.

"xxxx." C Znaci navoda trebaju uvijek biti stavljeni nakon završnog interpunkcijskog znaka.

[xxxxxx] C Ako autor želi da unese vlastiti komentar u citat, taj komentar treba biti stavljen između uglastih zagrada.

[podvukao autor] C Ako citat sadrži dijelove koji su kurzivom istaknuti od strane autora to treba da bude navedeno: [podvukao autor].

N.B. Ukoliko fusnota sadrži citat, njegov izvor treba da bude naveden neposredno po završetku citata.

Navođenje izvora

U pravilu reference i izvori trebaju biti navedeni u fusnotama, a izbjegnuti u samom tekstu. Broj fusnote treba da bude stavljen iza završnog interpunkcijskog znaka ako

se referira na cijelu rečenicu odnosno direktno iza riječi ako referira samo na tu riječ.

1. Navođenje u samom tekstu

Ukoliko se izvori kao zakoni ili međunarodni sporazumi navode u samom tekstu obratiti pažnju na slijedeće:

Kod prvog navođenja potrebno je navesti njihov puni naziv.

Ukoliko se želi upotrijebiti skraćenica, navesti je uz prvo pominjanje izvora.

U slučaju da se navode pravni akti koji nisu izvorno doneseni na nekom od jezika koji se koriste u NPR, kod prvog navođenja je potrebno pored naziva na nekom od jezika koji se koriste u NPR 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 jezika koji se koriste u NPR, kod prvog navođenja je potrebno pored naziva na nekom od jezika koji se koriste u NPR, navesti u uglastoj zagradi i originalni naziv. Npr. čl. 5 Zakona o notarskoj obradi isprava [*Beurkundungsgesetz*].

Kod prvog navođenja pravnog akta može se dati skraćenica koja će se 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/prezimana. 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 prvopomenuto)
- 5) godina izdanja
- 6) broj stranice na koju se referira.

Za interpunkciju slijediti sljedeći primjer:

N. Misita, *Osnovi prava Evropske unije*, 3. izdanje, (Sarajevo, 2009) str. 212.

N. Gavella et al., *Stvarno pravo*, 2. izdanje, Svezak 1., (Zagreb, 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/prezimana. 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 prvopomenuto)
- 6) godina izdanja
- 7) 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, 1996) str. 21 na str. 27.

Petrić, ‘Usklađivanje europskog odštetnog prava,’ in *Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse* (Mostar, 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.
- 2) Naziv priloga (između jednostavnih znakova navoda npr. ‘xxxx’)
- 3) broj
- 4) naziv časopisa (kurziv/*in italics*; potrebno je navesti puni naziv, a ako se radi o internacionalno poznatom izdanju može se koristiti skraćena)

5) godina izdanja

6) prva stranica priloga te stranica na koju se referira.

Primjer:

D. Možina, ‘Uslovi i 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 von 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 Recht der Staaten der Region, dem deutschen und dem europäischen Recht zu schaffen.

Insbesondere sind Beiträge für die folgenden Rubriken erwünscht:

- Aufsätze
- Aktuelles aus dem Recht der Region
- Aktuelles aus dem deutschen Recht
- Aktuelles aus dem europäischen Recht

Die jeweiligen Themen der Beiträge können die Autoren frei wählen. Besonders willkommen sind praxisrelevante Beiträge, Beiträge, die zur Rechtsentwicklung beitragen, sowie Beiträge junger Wissenschaftler, die sich am Anfang ihrer akademischen Laufbahn befinden.

Um ein hohes Niveau der Beiträge zu gewährleisten, werden die Beiträge, die für die Rubrik Aufsätze vorgesehen wurden, rezensiert. Die Beiträge werden von den Rezensenten kategorisiert, anhand der in der Region üblichen Kategorisierung (origineller wissenschaftlicher Beitrag, Überblicksbeitrag, Fachbeitrag). Beiträge gelten als angenommen, wenn sie seitens der Rezensenten positiv bewertet und von der Redaktion angenommen wurden. Über den Veröffentlichungszeitpunkt entscheidet die Redaktion.

Mit Einreichung eines Beitrags zur Veröffentlichung reicht der Autor eine Zusammenfassung des Artikels, die

von der Redaktion in die deutsche und englische Sprache übersetzt werden wird, ein. Die Zusammenfassung soll nicht länger als eine Seite sein und auch fünf bis zehn Stichwörter enthalten.

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 Sprachen, die in der NPR Verwendung finden, 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.

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 Bosnisch, Kroatisch, Montenegrinisch, Serbisch 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.

Beiträge werden laufend angenommen.

Beiträge deutscher Autoren, die für die Veröffentlichung ausgewählt wurden, werden von der Redaktion 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 wird, sollte diese bei der Erstangabe durch Wiedergabe des vollständigen Begriffs erläutert werden.

Wenn Rechtsakte, welche nicht ursprünglich in einer der Sprachen, die in der NPR Verwendung finden, verabschiedet wurden, angegeben werden, sollte bei der Erstangabe 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 Oktober 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 02. 03. 2004, objavljen 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 Sprachen, die in der NPR Verwendung finden, verabschiedet wurden, ist es bei der Erstangabe notwendig, neben der Bezeichnung in einer der Sprachen, die in der NPR Verwendung finden, 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) Erscheinungsjahr
- 6) Seitenzahl auf die verwiesen wird.

Hinsichtlich der Interpunktion sollte folgendem Beispiel gefolgt werden:

N. Misita, *Osnovi prava Evropske unije*, 3. izdanje, (Sarajevo, 2009) str. 212.

N. Gavella et al., *Stvarno pravo*, 2. izdanje, Svezak 1., (Zagreb, 2008) str. 657.

Titel, die nicht in einer der Sprachen, die in der NPR Verwendung finden, sind, werden in der Ursprungssprache wiedergegeben, danach sollte in eckigen Klammern eine Übersetzung in eine der Sprachen, die in der NPR Verwendung finden, 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) Erscheinungsjahr
- 5) Erste Seite auf der der Beitrag beginnt und Seitenzahl auf die verwiesen wird.

Beispiel:

Weiler, 'European Citizenship and Human Rights', u J.A. Winter, et al., eds., *Reforming the Treaty on European Union: The Legal Debate* (The Hague, 1996) str. 21 na str. 27.

Petrić, 'Usklađivanje europskog odštetnog prava', u *Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse* (Mostar, 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.
- 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 eine übliche Abkürzung besteht, sollte auch zusätzlich diese 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.

