

NPR

NOVA PRAVNA REVIIJA

Časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo

Iz sadržaja:

Članci

Dr. Stefan Kirsch: Rad dva *ad hoc* tribunala za bivšu Jugoslaviju i Ruandu...

Prof. dr. Meliha Powlakić: Novo stvarno pravo RS
Christian Seger: *Lex est quod notamus*

O uvođenju latinskog notarijata u tranzicijskim zemljama Istočne i Jugoistočne Evrope

Osim toga:

Aktualnosti iz bh. zakonodavstva i pravne prakse
Aktualnosti iz evropskog prava
Aktualnosti iz njemačkog prava

Težište broja:

Pravničko obrazovanje u SR Njemačkoj

Izdavači:

DEUTSCHE STIFTUNG FÜR
INTERNATIONALE RECHTLICHE
ZUSAMMENARBEIT E.V.



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



Njemačko-bosanskohercegovačko udruženje pravnika
Njemačko-bosanskohercegovačka udruga pravnika
II)CMa'IK0-(I)0CANCK0XEPNEIONAMK0 YJIPY>KEN.e UPAIHKA
Deutsch-Bosnisch/Herzegovinische Juristenvereinigung



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

1-2/2010

Decembar, 2010, stranice 1-75

NOVA PRAVNA REVUJA

NPR

Časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo

Poštovane čitateljke,
poštovani čitaoci,
drage kolegice i kolege

Pred Vama se nalazi "pilotsko izdanje" časopisa "Nova pravna revija - časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo". Ovaj naslov, koji se da objasniti genezom ovog časopisa, istovremeno predstavlja i njegov program.

Istoriju nastanka, u čijem središtu stoje njemačko-bosanskohercegovačka pravna razmjena i djelatnost Njemačke fondacije za međunarodnu pravnu saradnju (kratko: IRZ-fondacija) u Bosni i Hercegovini, moguće je kratko sažeti na slijedeći način: u okviru djelatnosti IRZ fondacije u Bosni i Hercegovini se već od 2000. godine održavaju seminari, na kojima se redovito susreću bosanskohercegovački i njemački pravници radi razmjene mišljenja i ideja. Ovo je prije nekoliko godina dovelo i do osnivanja Njemačko-bosanskohercegovačkog udruženja pravnikā (kratko: DBHJV), što je posebno bilo podržano i od strane Ambasade SR Njemačke u Bosni i Hercegovini, naročito od strane tadašnjeg djelatnika Ambasade gospodina Niels von Redecker-a.

U vremenu koje je slijedilo IRZ fondacija i DBHJV su, djelimično uz učešće i drugih suorganizatora kao naprimjer Udruženja za unapređenje njemačko-bosanskohercegovačkih privrednih odnosa, realizirali zajedničke manifestacije, na kojima je takođe u središtu bila njemačko-bosanskohercegovačka pravna razmjena mišljenja. Pritom se brzo došlo do spoznaje, da sadržaji tih manifestacija nisu od interesa samo za učesnike svake od tih manifestacija. Stoga se tragalo za mogućnostima da se referati i rezultati održanih seminara i radionica učine pristupačnim jednom širem krugu pravnikā. Od ovog razmišljanja do ideje o jednom novom stručnom pravnom časopisu je nakon nekoliko razgovora između predstavnika DBHJV i IRZ Fondacije, odnosno jednog od autora ovog predgovora trebalo preći još samo jedan veoma kratak put.

Tokom diskusija povodom ove ideje pronalazilo se sve više daljnjih razloga, koji su išli u korist etabliranja jednog takvog časopisa.

Kao prvo to je mali broj postojećih pravnih publikacija u Bosni i Hercegovini. Ovo samo za sebe već predstavlja problem, pošto u nedostatku odgovarajućih medija u Bosni i Hercegovini gotovo da se trenutno i ne može održati neki spomena vrijedan javni pravnički diskurs, a koji je sada potrebniji nego ikad. Bez jednog takvog diskursa pak ne može biti ni pravnog stručnog usavršavanja niti ujednačavanja prava. Osim toga, gotovo potpuni nedostatak pravnog medijskog pejisaža u Bosni i Hercegovini ima negativne posljedice za mlade generacije pravnikā. Općenito bi za mlade pravnike pluralitet pravnih publikacija bio poželjan, pošto podstiče na razmišljanje o pravnim pitanjima izvan mišljenja koje im je posredovano od strane vlastitih institucija. Nadalje, za mlade naučnike iz oblasti prava nedostatak mogućnosti objavljivanja otežava vlastito profesionalno napredovanje.

Nadalje, postojala je saglasnost o tome, da bi još jedan pravni časopis u Bosni i Hercegovini takođe iz sadržajnih razloga bio više nego poželjan.

Prema shvatanju inicijatora ovoga projekta u Bosni i Hercegovini kao zemlji sa mnogo neriješenih praktičnih pravnih problema, čija budućnost može biti samo u Evropskoj uniji, potrebno je težište pravnih publikacija staviti na teme relevantne za praksu. Osim toga bi evropskom pravu i njegovim uticajima na nacionalno pravo

i onih država, koje još nisu članice Evropske unije, trebalo dati široki prostor. Pogled bi se nadalje trebao usmjeriti i na ona nacionalna prava pojedinih država koja su za Bosnu i Hercegovinu u trenutnoj fazi tranzicije od posebnog značaja. U ta prava, s obzirom na pravnu tradiciju, spada prije svega njemačko pravo. Kao drugo, u to spadaju i pravni sistemi neposrednih susjednih država i drugih država, s kojima se do početka 90-ih godina prošloga stoljeća BiH nalazila u zajedničkoj državi. One su se naime susretale sa istim pitanjima, s kojim se još i danas susreće Bosna i Hercegovina, pri čemu su, naročito u vrijeme neposredno nakon disolucije, imale u velikoj mjeri identično pravo. Stoga je BiH nužno upućena na iskustva drugih zemalja regiona i to pogotovo onih koje su dalje odmakle u svome približavanju EU tako i ukupno u modernizaciji svoga pravnog sistema.

Iz do sada rečenog za ovaj časopis proizlaze različite posebnosti, kako u pogledu njegovog sadržaja i puta distribucije, tako i u pogledu saradnika.

U pogledu sadržaja cilj je da se pokriju svi pravni sistemi navedeni u naslovu. Sigurno je pri tome, da ovo već iz prostornih razloga neće uspjeti ravnomjerno u svakom izdanju. Međutim, izdavači imaju za cilj da opisanu raznolikost tema pokriju barem u srednjoročnom periodu. U svakom slučaju bi ipak u svakom broju po jedan odvojen prilog trebao ukratko posebno skicirati pravni razvoj u Bosni i Hercegovini, Njemačkoj i Evropskoj

Nadalje bi štampani prilozi trebali imati što je moguće veću praktičnu relevantnost. Ovo ne treba da se zaustavi samo na izboru tema. Štaviše, takođe se teži ka tome, da se obrađuju ne samo praktično relevantne teme, nego da se objavljuju prilozi, koji mogu ponuditi neposrednu podršku pri svakodnevnom praktičnom radu. Tako su naprimjer za neko od narednih izdanja planirani prilozi sa praktičnim uputama u vezi sa oblikovanjem ugovora, komentari modela ugovora, te prilozi u vezi sa njemačkom pravnom terminologijom, a što je naročito važno za njemačko-bosanskohercegovački pravni promet.

Naslov "Revija", u smislu pregleda, panorame, je izabran svjesno, pošto se time, barem u njemačkom razumijevanju, može asociirati "osvrtnje oko sebe" ili "gledanje preko ruba vlastitog tanjira". "Nova pravna revija - časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo" stoga ne bi trebala samo izvještavati o pravu država regiona, nego bi u tim državama trebala biti i čitana, s obzirom na to da se jezici u službenoj upotrebi u Bosni i Hercegovini razumiju gotovo u cijelom regionu.

Distribucija časopisa je jedno prvenstveno logističko pitanje. Da bi se troškovi u vezi s tim držali što je moguće nižim, inicijatori su se odlučili da "Nova pravna revija - časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo" izdaju ne samo kao štampano izdanje nego da sačine i besplatno pdf-izdanje. Do planiranog uspostavljanja vlastite internet-stranice ovog časopisa, ovo pdf-izdanje će se moći naručiti preko e-maila pod e-mail adresom: **novappravnarevija@gmail.com**.

Naravno da će cijenjene čitateljke i čitaoci ovoga časopisa prilikom lektire naići na poznate i ugledne autorice i autore. Međutim, izdavači se istovremeno već iz spomenutih razloga nadaju, da će sa ovim časopisom što većem broju mladih stručnih autora dati priliku za publikovanje vlastitih radova. Osim toga, izdavači se nadaju da će i iz čitateljstva pridobiti daljnje autore. U vezi s tim bismo se radovali ne samo priložima koji zadovoljavaju naučne zahtjeve, koji bi odgovarali kriterijima javnog poziva odštampanim na kraju časopisa, nego i kratkim priložima, takođe i putem e-maila. To mogu biti s jedne strane kratki, rado i kritički komentari u vezi sa časopisom i priložima u njemu, ali i informacije i kratki komentari u vezi sa presudama, novim zakonima ili praksom primjene prava od strane nadležnih organa.

Redakciji i časopisu bi bila velika čast i zadovoljstvo, ako bi se u budućim izdanjima moglo pojavljivati još više priloga o pravu Bosne i Hercegovine i država regiona. Stoga posebno molimo autore iz tih zemalja za priloge.

Ovaj časopis ne bi bio moguć bez angažmana cijelog niza pojedinačnih osoba, koje se navode u popisu urednika i ostalih saradnika. Njima se ovim putem od srca zahvaljujemo. Osim toga, izlazak ovog časopisa ne bi bio moguć, da IRZ fondacija nije izrazila spremnost, da bar za neko izvjesno početno vrijeme snosi troškove štampanja i druge troškove. Ovo opet ne bi bilo moguće bez finansijske podrške koju IRZ fondacija dobiva iz njemačkih budžetskih sredstava, za šta se mi ovim putem srdačno zahvaljujemo.

Njemačko-bosanskohercegovačka pravna saradnja, za čiji uspjeh je nova potvrda ovaj časopis, samo je jedan dio brojnih veza, koje postoje između Njemačke i Bosne i Hercegovine na najrazličitijim političkim, ekonomskim, društvenim i ljudskim nivoima. Pošto pravo stvara okvirne uslove za upravo navedene nivoe, to pravnoj saradnji pripada poseban značaj.

Stoga se treba nadati da časopisu "Nova pravna revija-časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo" predstoji duga i uspješna budućnost.

Redakcija napominje da je ovo prvo i pilotsko izdanje časopisa "Nova pravna revija - časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo". Svjesni smo da je ovo izdanje samo prvi korak, jedan eksperiment i daleko je od toga, da već sada bude u svim dijelovima perfektno. Izdavanje potpuno oblikovanog i u svim dijelovima detaljno definiranog časopisa međutim, nije ni bilo cilj ovog prvog izdanja. Cilj ovog prvog izdanja jeste, da se čitaocima i čitateljicama omogući prvi uvid u koncept ovog časopisa. Pošto koncept ovog časopisa počiva na što je moguće većem učešću čitalaca, nadamo se, da će taj uvid čitaoce motivirati da ubuduće dostavljaju vlastite priloge i svojim prijedlozima u pogledu osnovne koncepcije i eventualnih daljih rubrika doprinose razvoju ovog časopisa. Cilj časopisa NPR je, da svoje čitaoce i čitateljke aktivno uključi u oblikovanje časopisa, pa budući kvalitet i uspjeh ovog časopisa u velikoj mjeri zavise i od njih samih. Stoga molimo ne samo da ovaj časopis čitate pažljivo, a rado i kritički, nego i da nam šaljete Vaše prijedloge i priloge (više informacija se nalazi u pozivu za dostavljanje radova na kraju ovog izdanja).

Dr. Meliha Powlakić
Profesor pravnog fakulteta u Sarajevu
Njemačko-bosanskohercegovačko udruženje pravnik

Dr. Stefan Pürner
Rukovodilac Projekta
IRZ fondacija

Sadržaj

ČLANCI

Dr. Stefan Kirsch, Rad dva <i>ad hoc</i> tribunala za bivšu Jugoslaviju i Ruandu : Pokušaj podvlačenja bilansa	7
Prof. dr. Meliha Povlakić, Novo stvarno pravo Republike Srpske	13
Christian Seger, <i>Lex est quod notamus</i> : O uvođenju latinskog notarijata u tranzicijskim zemljama Istočne i Jugoistočne Evrope	21

AKTUELNOSTI IZ BOSANSKOHERCEGOVAČKOG ZAKONODAVSTVA I PRAVNE PRAKSE

Vesna Softić, Ugovor o doživotnom izdržavanju - problem dvostruke forme	30
Mr. sc. Vildana Vranj, Krivične sankcije prema maloljetnicima u duhu novog Zakona o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku u Bosni i Hercegovini	34

AKTUELNOSTI IZ EVROPSKOG PRAVA

Dr. Stefan Puerner, Razvoj EU općenito	40
Doc. dr. Zlatan Meškić, Nepravедnost odredbi potrošačkih ugovora o kreditu sa promjenjivom kamatnom stopom	43
Dr. Stefan Puerner, Aktuelni pojmovi iz evropskog prava: "Zelena knjiga"	45

AKTUELNOSTI IZ NJEMAČKOG PRAVA

Dr. Stefan Puerner, Pravno-političke diskusije i zakonodavstvo	46
--	----

PRAVNIČKO OBRAZOVANJE

Mr. sc. Elvedin Sedić, Damir Banović, Izvještaj o kursu pravne terminologije pri Goethe institutu u Bonu	48
Emina Libić, Izučavanje pravnih nauka na postdiplomskim studijima "Privatno i javno ekonomsko pravo" na Univerzitetu u Jeni	49
Vesna Merdanović, Izvještaj o hospitaciji u Njemačkoj	51
Naida Šehić, <i>Semper apertus</i> : Kako se izučava pravo na jednom od najstarijih univerziteta Evrope. Jedno lično iskustvo	53

PROPISI I MATERIJALI

Dr. Stefan Puerner, Propisi, materijali, tekstovi	56
Pravilnik za edukaciju pravnika i održavanje ispita (PEPI)	60
Drugi pravni državni ispit 2008/1	64

RAZNO

Petra Fortuna, Anja Roth, dr. Stefan Pürner, Iz djelatnosti IRZ-a u regionu i šire	72
Dr. Stefan Pürner, Pravo na internetu	73
Dr. Stefan Pürner, Značajni njemački pravници	74
Call for Papers - Poziv za dostavljanje radova	75

Članci

Rad dva *ad hoc* tribunala za bivšu Jugoslaviju i Ruandu

- Pokušaj podvlačenja bilansa -¹

Dr. Stefan Kirsch²

Jedan od bitnih aspekata kod ocjene rada dva *ad hoc* tribunala za Jugoslaviju (ICTY) i Ruandu (ICTR) čini pitanje, da li, i u kojoj mjeri, postupak ovih sudova obezbjeđuje da se provjera hipoteze sumnje tužilaštva izvrši isključivo na osnovu mjerila objektivne istine. Pri tome analiza procesnog prava i na njemu zasnovane procesne prakse otkriva značajne deficite, jer pred oba *ad hoc* tribunala odbrana redovno nije u stanju da u dovoljnoj mjeri izvrši svoju dužnost nezavisnog utvrđivanja činjeničnog stanja i kritičke provjere hipoteze optužbe, što je u adverzativnom postupku pred ovim tribunalima u njenoj nadležnosti. Međutim, na ovaj način tužilaštvo, zbog nedostatka efikasne kontrole odbrane i suda, dolazi u poziciju u kojoj može u činjeničnom pogledu diktirati rezultate postupka.

Prema trenutnim planovima Ujedinjenih nacija, dva *ad hoc* tribunala za Jugoslaviju (ICTY) i Ruandu (ICTR) koja su ustanovljena 1993. i 1994. godine, trebaju da do kraja 2008. godine završe sve prvostepene postupke, a time i obimne glavne rasprave u vezi sa ovim postupcima, dok se žalbeni postupci protiv odluka prve instance trebaju okončati do kraja 2010. godine ("completion strategy" / "strategija okončanja").³ Tribunali se očigledno trude da postupke u toku ubrzano privedu kraju ili da ih prosljede nacionalnim krivičnim sudovima mada je sporno da li se ovaj cilj može postići, osobito u slučaju Krivičnog tribunala za Ruandu.

Sa ovakvom pozadinom ne treba očekivati da će organizacija ili postupak ova dva *ad hoc* tribunala koji nisu u vezi sa "strategijom okončanja" i ne služe dodatnom ubrzanju postupka u periodu koji im je još preostao za rad,

doživjeti temeljite promjene.⁴ Čini se da je time došlo vrijeme da se rad oba tribunala pažljivo svede pod prvi bilans.

1.

Ocjena rada dva *ad hoc* tribunala se može izvršiti na brojne načine i iz raznih perspektiva.⁵

Iako tribunalima do sada nije pošlo za rukom da dođu do svih optuženih za teške ratne zločine i zločine protiv čovječnosti u nadležnosti tribunala, veliki broj visokih državnika, vojnih lica i političara morao je ili mora odgovarati pred jednim od ova dva suda.

Stoga, nijedan od tribunala u svakom slučaju nije podbacio u svom neposrednom zadatku - provođenju postupaka protiv navodno odgovornih lica. Vjerovatno je, nasuprot tome, znatno teže odrediti sam doprinos rada oba *ad hoc* tribunala u pogledu izmirenja i prevladavanja zajedničkih konflikata u bivšoj Jugoslaviji i u Ruandi.⁶ No, istovremeno je nepobitno da je uspostavljanje ova dva tribunala prije svega uticalo na buđenje međunarodnog krivičnog prava iz dubokog sna u koji je zapalo početkom hladnog rata, te da je uspostavljanje Međunarodnog krivičnog suda u Den Haagu 2002. godine gotovo nezamislivo bez rada oba tribunala. Konačno, svođenje bilansa o radu oba tribunala trebalo bi uzeti u obzir i okolnost da se oni unatoč u velikoj mjeri sličnih struktura, signifikantno razlikuju u određenim, za kvalitet primjene prava vrlo značajnim oblastima poput efikasnosti dotične administracije ili profesionalne kompetencije njenih zaposlenika.

S obzirom na raznolikost svih ovih perspektiva koje mogu da budu osnov za svođenje bilansa o radu oba *ad hoc* tribunala, potrebno je utvrditi mjerilo na osnovu kojeg se može izvršiti vrednovanje. Pri tome bi, doduše, ne samo

⁴ Kao u: *Eser*, *Vorzugswürdigkeit des adversatorischen Rechtssystems in der internationalen Strafjustiz? Reflektionen eines Richters*, u: *Müller-Dietz et al. (Izd.), Festschrift für Heike Jung*, Baden-Baden 2007, 167 (168).

⁵ Moguća perspektiva, koju zbog nedostatka veze sa radom tribunala kao takvih ovdje nećemo dalje slijediti je ona, koja pod sumnju stavlja već samu pouzdanost instituta dva *ad hoc* tribunala. Vidi, naprimjer, argumente koje je u tom smislu iznio *Prosecutor v. Tadic* (IT-94-1-AR72), *Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, 2. 10. 2005, 5 i dalje.

⁶ O jednom od centralnih podaspakata ovog pitanja, kvaliteta, odnosno, uvjeta prihvaćenosti primijenjenog prava, *Darcy*, *Imputed Criminal Liability and the Goals of International Justice*, u: *Leiden Journal of International Law*, 20 (2007), 377 i dalje.

¹ Ovaj prilog predstavlja pismenu verziju referata koji je autor držao na seminaru za IRZ-fondaciju 6. 6. 2008. godine u Sudu BiH.

² Advokat i advokat za stručnu oblast krivičnog prava, Frankfurt na Majni.

³ Vidi Rezoluciju 1503 (2003) Vijeća sigurnosti Ujedinjenih nacija od 28. avgusta 2003. godine (S/RES/1503 (2002)).

skeptici mogli biti skloni tome, da takvu ocjenu, koja implicitno ocjenjuje "uspjeh" ili "neuspjeh" rada nekog krivičnog suda - što ova dva tribunala u prvom redu žele da budu - okarakterišu kao besmisleno. Naime, ne samo skeptici s pravom ukazuju na to, da se empirijsko dejstvo određivanja kazne, mimo onog na koga se ona direktno odnosi, teško može obuhvatiti raspoloživim instrumentarijem i da, konačno, ova okolnost mora uticati i na razumijevanje djelovanja jednog suda.

Koliko god da je ova primjedba možda i ispravna, ipak je istovremeno isto toliko očigledno, da ona ne smije dovesti do toga, da se zahtjevi za ocjenom rada kao takvi odbijaju i da se rad dva *ad hoc* tribunala na taj način oslobađa od bilo kakve kritike. Međutim, jednako neprikladno bi bilo i kad bi se samo bazirali na dejstva koja je moguće kvantificirati i statistički obuhvatiti, poput, na primjer, broja osuda, visine priznatih kazni, ili trajanja pojedinih postupaka. Naprotiv, potraga za "pravnim" mjerilom za ocjenu rada ovih tribunala mora početi na nivou koji se nalazi između pitanja o dejstvima kazne kao takvih i pukog brojanja donesenih presuda.

Kao jedan takav nivo se nudi onaj, na kojem se razmišlja o funkciji i svrsi, te o ciljevima krivičnog postupka. Diskusije vođene u toj oblasti, uprkos svim razlikama u shvatanjima, ukazuju na jedan zajednički kriterij koji je dostupan u pogledu prikupljanja i procjene podataka, i time može poslužiti kao osnova za ocjenu. Kod ovog kriterija se radi o pitanju historijske istinitosti utvrđenih činjenica⁷ kao osnove za donošenje odluke suda ili, tačnije rečeno, o pitanju, da li, i u kojoj mjeri se od strane tužilaštva vrši provjera hipoteze o krivici u skladu sa mjerilima objektivne istine.

Kod utvrđivanja činjeničnog stanja koje odgovara stvarnosti, se bez sumnje ne radi o osnovnoj svrsi krivičnog postupka, koja se može posmatrati⁸ sa aspekta ostvarivanja državnog monopola na izricanje kazne⁹ ili uklanjanju i razrješenju nekog konflikta.¹⁰ Ipak je cilj rekonstrukcije stvarnog činjeničnog stanja u obje alternative neizostavan, jer se tek na osnovu njega može odgovoriti na pitanje o pravednoj sankciji,¹¹ odnosno, postizanju trajnog mira¹² izvan okvira samih stranaka u postupku. Ovo važi i u pogledu prigovora, da, prije svega okrivljeni nije nužno vođen interesom nalaženja istine, a osim toga istina se u krivičnom postupku može istražiti samo sredstvima i načinima koji će poštovati prava okrivljenog, ali i svih

ostalnih učesnika u postupku¹³ što često stoji na putu sveobuhvatnog razjašnjenja.¹⁴ Iako očuvanje prava učesnika u postupku mora biti centralni zadatak svakog sudskog postupka, ovo ne smije iskriviti pogled i prava u postupku dovesti u najmanju ruku u isti rang sa fundamentalnom garancijom da niko ne smije biti osuđen na osnovu neistinite pretpostavke o činjeničnom stanju.

Ukoliko eventualni kriterij za ocjenu rada ova dva *ad hoc* tribunala leži u pitanju, da li, i u kojoj mjeri su ovi tribunali u stanju da svoje odluke donose na temelju historijske istine, onda se zamisliv put za poduzimanje odgovarajuće ocjene može sastojati u tome, da se na osnovu drugih dostupnih historijskih izvora, provjeri činjenična podloga odluka ovih dvaju tribunala. No, prikaz koji slijedi će, ne samo zbog nedovoljne raspoloživosti upotrebljivog materijala za uporedbu, koji će se u okviru daljnjeg historijske obrade u narednim godinama i decenijama tek morati prikupljati i analizirati, ipak ići jednim drugim putem - analizom procesnog prava i na njemu zasnovane prakse postupanja tribunala radi utvrđivanja da li, i u kojoj mjeri se obezbjeđuje rekonstrukcija stvarnog činjeničnog stanja. U odnosu na poređenje "rezultata", ovakva metodika pokazuje prednost, jer može, ukoliko je to potrebno, uzeti u obzir i ograničenja utvrđivanja istine imanentna krivičnom postupku, a koja proizlaze iz potrebe zaštite okrivljenog i ostalih učesnika u postupku.

2.

Upečatljivo za izgled postupka pred oba *ad hoc* tribunala u prvom redu je napeti odnos između modela krivičnog postupka anglo-američkog *common law-a* i modela krivičnog postupka kontinentalno-evropskog *civil law-a*. Karakteristično za ovaj potonji je slika profesionalnog suca, koji kako u istražnom postupku, tako i u glavnoj raspravi, po službenoj dužnosti istražuje činjenično stanje koje služi kao osnova za njegovu odluku, a koji pri tome načelno nije vezan za prijedloge ili inicijative tužilaštva, odnosno okrivljenog ili njegovog branioca. Takva aktivna uloga sudije je nepoznanica za anglo-američko procesno pravo. Tamo u pravilu obim izvođenja dokaza određuju samo strane u postupku, tužilaštvo i okrivljeni, odnosno, njegov branilac, a sudija vodi računa, naročito u "model" slučaju postupka sa porotom, jedino o tome, da se dokazne činjenice koje uvode učesnici u postupku, porotnicima formalno-pravno prezentiraju na pravilan način. Stoga se jedan takav proces nerijetko naziva adverbativnim, dok se rimsko-germanski procesni model naziva (reformisano-) inkvizitorskim.

Istina, oni koji su učestvovali u izradi nacrti i stvaranju krivičnog-procesnog prava Međunarodnih sudova u Den Haagu i Arushi su pokušali da, uprkos jasnim obilježjima

⁷ Vidi LR-Kühne (26. izdanje), uvod u odlomak B (*Einkl. Abschn. B*), Rdn. 20.

⁸ Instrukтивно *Damaska*, *The Faces of Justice and State Authority*, 1986, 88 ff.

⁹ Vidi *KK-Pfeiffer* (5. izdanje), uvod (*Einleitung*), Rdn. 1.

¹⁰ Vidi LR-Kühne (26. izdanje), uvod u odlomak B (*Einkl. Abschn. B*), Rdn. 31.

¹¹ Vidi LR-Kühne (26. izdanje), uvod u odlomak B (*Einkl. Abschn. B*), Rdn. 20.

¹² Vidi *Weigend*, *Die Reform des Strafverfahrens*, u: *ZStW* 104 (1992), 486 (503).

¹³ Tipično je da se u ova prava ubrajaju pravo na nedavanje informacija i pravo na nedavanje iskaza u svojstvu svjedoka koja imaju potencijalni svjedoci.

¹⁴ Vidi *Meyer-Gofiner* (50. izd.), uvod (*Einl.*), Rdn. 50.

anglo-američkog prava,¹⁵ stvore procesne strukture koje će apsorbirati elemente oba modela. Nerijetko se stoga u odgovarajućoj literaturi može naći i tvrdnja, da krivično procesno pravo *ad hoc* tribunala karakteriše miješani ili hibridni procesni model *sui generis*.¹⁶ U pogledu takvih tvrdnji ispravno je, međutim, samo da se u procesnim poslovnicima oba krivična tribunala ustvari nalaze elementi adverzativnog postupka, kao i elementi koji su tipičan instrumentarij inkvizitorskog krivičnog postupka. Nasuprot tome pogrešna je pretpostavka, da sama mješavina različitih procesnih modela može izroditi održiv, procesni model *sui generis* u oblasti međunarodnog krivičnog procesnog prava. U suštini nema alternative¹⁷ jednoznačnom dodjeljivanju odgovornosti u pogledu određivanja dokaznog materijala u glavnoj raspravi bilo sudiji, odnosno sudijama, bilo strankama. Na kraju odgovornost može biti samo na jednoj ili drugoj strani, i zavisi od toga, da li je u suštini riječ o inkvizitorskom ili adverzativnom postupku.¹⁸

Ova alternativnost postaje posebno jasna kod pitanja, koje mogućnosti u okviru nekog pravnog sredstva stoje na raspolaganju, ako se neki relevantni dokaz nije uveo u glavnu raspravu, iako je bio poznat i raspoloživ: Ako je, kao u inkvizitorskom postupku, obaveza suda da ocjenu dokaza po službenoj dužnosti proširi na sve okolnosti koje su neophodne za utvrđivanje istine,¹⁹ onda je nedvosmisleno pravni propust, ukoliko sud nije nikako, ili je samo nedovoljno ispunio ovu obavezu (opomena zbog nedostatnog

razjašnjavanja činjenica). Na to se mogu pozivati kako tužilaštvo tako i odbrana. Nasuprot tome, u modelu adverzativnog postupka, nedovoljno razjašnjenje činjeničnog stanja u okviru prvostepene instance može, u okviru naknadne provjere prvostepene odluke, po pravnom lijeku, biti izbalansirano samo time što će učesnici u postupku naknadno podnijeti dokaz i - eventualno, uz objašnjenje da odbrana nije bila efikasna ("ineffective assistance of counsel")²⁰ - obrazložiti, zašto taj dokaz nije podnesen već u okviru prve instance, u kojoj su utvrđivane činjenice. No, u takvom procesnom modelu teško da može doći do pravne greške suda.

Brojne posljedice teze o načelnoj nespojivosti inkvizitorskog i adverzativnog procesnog modela se odražavaju prije svega u tome, što veliki, ako ne i pretežni dio pojedinosti u vezi sa uređivanjem procesa - može neminovno da se izvede iz načelne odluke za jedan ili drugi procesni model. Ovo se može slikovito pokazati na postojanju nekog spisa. Ukoliko porota ili sudija donesu odluku o nekoj činjenici samo na osnovu sadržaja dokaza koje su čuli na glavnoj raspravi, onda njima, jednako kao ni drugim učesnicima u postupku nije potreban spis, štaviše, takav jedan spis, odnosno poznavanje njegovog sadržaja bi čak moglo potkrijepiti strah da se odluka ne zasniva samo na zbiru činjenica sa glavne rasprave, nego na sadržaju spisa. Nasuprot tome, sudija u inkvizitorskom postupku je nezaobilazno upućen na poznavanje dokumentacije o toku i rezultatima istražnog postupka, jer u suprotnom uopće ne bi znao koje bi dokaze trebao učiniti predmetom glavne rasprave.

3.

Imajući ovo u vidu pokazuje se da oba *ad hoc* tribunala, uprkos postojanju elemenata kontinentalno-evropskog inkvizitorskog postupka, u biti slijede adverzativni krivično-procesni model,²¹ jer niti njihovi statuti, niti njihova procesna i pravila podnošenja dokaza ne poznaju obavezu suda da po službenoj dužnosti proširi izvođenje dokaza na sve okolnosti koje su neophodne za utvrđivanje istine. U skladu s tim je u postupcima pred *ad hoc* tribunalima samo i isključivo u nadležnosti učesnika u postupku - tužilaštva i odbrane - da u postupak izvođenja dokaza uvedu dokaze koji su neophodni za utvrđivanje istine, odnosno dokaze koje oni smatraju "pogodnim" dokazima.

Pri tome se osnovno usmjerenje adverzativnog postupka ne dovodi u pitanje time što je sudijama dopušteno da se pitanjima svjedocima ili nalaganjem podnošenja dodatnih dokaza bave razjašnjavanjem činjeničnog stanja.²² Jer, tu je riječ samo o ovlaštenju, ali ne i o obavezama, a neiskorištavanje

¹⁵ Instrukтивно i *Schwarz/Degen*, Zwischen angloamerikanischem Sendungsbewusstsein und kontinentaleuropäischer Tradition: Das neue Strafprozessrecht in Bosnien und Herzegowina, ZStW 117(2005), 458.

¹⁶ Vidi *Ambos*, Internationales Strafrecht, München 2006, 285.

¹⁷ Kao i: *Weigend*, Die Reform des Strafverfahrens, u: ZStW 104 (1992), 486 (498).

¹⁸ Vidi *Kirsch*, Verteidigung in Verfahren vor dem Internationalen Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien, u: StV 2003, 636 (638). Doduše, praktično značajna modifikacija adverzativnog procesnog modela bi se mogla sastojati od toga, da se sud obaveže da istraži zahtjeve stranaka za podnošenje dokaza; vidi: *Kirsch*, The Trial Proceedings before the ICC, u: International Criminal Law Review 6 (2006), 275.

¹⁹ U njemačkom krivičnom procesnom pravu odgovarajuća obaveza postoji u § 244 st. 2 StPO (*Zakona o krivičnom postupku*, prim. prev.). Vidi naprimjer BGH, odluka (*Beschl*) od 13. 6. 2007. - 3 StR 162/07: "Soweit nicht das Gesetz selbst aus Opportunitätsgründen eine Beschränkung des aufzuklärenden Sachverhalts zulässt (...), ist es daher unzulässig, dem Urteil einen Sachverhalt zu Grunde zu legen, der nicht auf einer Überzeugungsbildung unter vollständiger Ausschöpfung des Beweismaterials - nach Umfang und Beweiskraft - beruht". (prim. prev.: Ukoliko sam zakon zbog oportunitizma dozvoljava ograničenje činjeničnog stanja koje treba razjasniti (...) stoga je nedopustivo da se kao osnov za presudu uzme činjenično stanje koje se ne zasniva na formiranju ubjeđenja uz potpuno iskorištavanje dokaza - prema obimu snage dokaza).

²⁰ Instruktiv U. S. Supreme Court, *Strickland v. Washington*, 466 U.S. 668 (1984).

²¹ Vidi i u: *Zahar/Sluiter*, International Criminal Law, Oxford 2008, 43.

²² Vidi: Rule 98 RPE-ICTY ("A Trial Chamber may order either party to produce additional evidence. It may proprio motu

tog ovlaštenja, drukčije nego kod neispunjenja pravne obaveze, ne zasniva grešku u postupku, na koju bi se u okviru revizije pred nekom žalbenom instancom moglo pozvati. Stoga u pravilu ostaje prepušteno slučaju - tačnije rečeno, "pravno-kulturološkom" porijeklu sudije - da li će svjedocima postaviti dodatna pitanja, ili naložiti podnošenje dodatnih dokaza. Mimo toga nije prepoznatljivo, na osnovu čega sudija može iskoristiti dato ovlaštenje, jer on načelno nema saznanja o slučaju koja bi izlazila izvan okvira sadržaja do tada izvedenih dokaza. I konačno, treba uzeti u obzir da bi se materijalne intervencije nekog sudije u postupku sa dvije suprotstavljene strane, trebale izbjegavati već i zbog toga, što makar i nenamjerno mogu jednu od stranaka dovesti u lošiji položaj, i na taj način izazvati sumnju u nepristrasnost suda.

U skladu s tim, ni ovlaštenje suda, da pitanjima svjedocima, ili nalaganjem podnošenja dodatnih dokaza vrši razjašnjenje činjeničnog stanja, ne može promijeniti praksu, *ad hoc* tribunala, prema kojoj je u konačnici jedino u nadležnosti tužilaštva i okrivljenog, odnosno njegove odbrane, da pronađu i u postupak izvođenja dokaza unesu one dokaze koje oni smatraju značajnim u pogledu odluke o krivici ili u pogledu pravnih posljedica.

U skladu sa ovim modelom, tužilaštvo pri *ad hoc* tribunalima, kod sumnje da postoji krivično djelo iz nadležnosti tribunala, istražuje samo opterećujuće okolnosti koje potkrepljuju pretpostavku sumnje, dok se centralni zadatak okrivljenog, odnosno njegovog branioca u okviru pripreme za glavnu raspravu sastoji u tome da sa svoje strane istraži činjenice i utvrdi dokaze koji su za njega povoljni, kako bi se mogli prezentirati na glavnoj raspravi.

Utvrđivanju stvarnog činjeničnog stanja, odnosno provjeri, da li hipoteza tužilaštva o postojanju sumnje odgovara objektivnoj istini, služi takav adverzativni postupak - s izuzetkom posebnog slučaja sporazumne dispozicije u pogledu pojedinih dijelova činjenica ili cjelokupne hipoteze optužbe²³ - koji će objema stranama u postupku, tužilaštvu 1 okrivljenom, s jedne strane omogućiti da prezentira činjenično stanje koje smatraju istinitim i da u glavnu raspravu uvedu odgovarajuće dokaze, a s druge strane provjeriti dokaze suprotne strane.²⁴ Gledano iz obrnute perspektive, kvalitet rezultata, tj. utvrđivanje ili približavanje istinitom činjeničnom stanju, time u odlučujućoj mjeri zavisi od sposobnosti stranaka da iskoriste mogućnosti koje im stoje na raspolaganju.

Kako će se u nastavku teksta pokazati, ova pretpostavka

summon witnesses and order their attendance") odn. Rule 98 RPE-ICTR ("A Trial Chamber may proprio motu order either party to produce additional evidence. It may itself summon witnesses and order their attendance").

²³) Vidi: *Damaska*, Strukturmodelle der Staatsgewalt und ihre Bedeutung für das Strafverfahren, u: ZStW 87 (1975), 713 (720).

²⁴) Vidi: *Langbein*, The Origins of Adversary Criminal Trial, Oxford 2003, 338.

je u procesnom pravu i u procesnoj praksi u oba *ad hoc* tribunala samo nedovoljno obezbijeđena.

4.

Doduše, tužilaštva oba krivična tribunala, u Den Haagu i Arushi - za razliku od istražnih organa pojedinih zemalja - ne raspolažu direktnim ovlaštenjima za vršenje istrage, ali je na osnovu preuzete obaveze o suradnji članica Ujedinjenih nacija²⁵ u velikoj mjeri obezbijeđeno provođenje neophodnih istraga. Inače, tužilaštva se sa materijalnog i kadrovskog aspekta čine dobro opremljenim, tako da su u stanju da ispunjavaju zadatke iz svoje nadležnosti, osobito u okviru utvrđivanja činjeničnog stanja.

Nasuprot tome, odbrana je, posebno u pogledu izuzetno kompleksnih činjeničnih stanja, koja leže u osnovi postupaka pred *ad hoc* tribunalima, jedva u stanju da ovaj zadatak ispuni onako kako joj je to dužnost, jer, u pravilu, ne raspolaže ni materijalnim, niti kadrovskim resursima, kako bi mogla provesti neophodna utvrđivanja činjeničnog stanja. Ako su - kao naprimjer zbog političke situacije u Ruandi - potencijalni svjedoci i dokazni materijal odbrane redovno rasuti na više kontinenata, onda bi neposredno trebalo biti jasno, da provođenje odgovarajućih istraga, od strane jednog jedinog branitelja, koji u pravilu ne govori maternji jezik potencijalnog svjedoka, uprkos eventualne podrške dvojice istražitelja, predstavlja logistički nadljudski izazov, koji se u najboljem slučaju može samo u nekim njegovim dijelovima zadovoljavajuće obaviti.

Imajući u vidu okolnost da kadrovski i materijalni nedostaci odbrane²⁶ ne bi trebali da iznenade, jer se iz očiglednih razloga ne može uspostaviti "jednakost u oružju" sa tužilaštvom, možda čudi činjenica da procesno pravo oba tribunala ne obezbjeđuje garancije koje bi bile podobne za kompenziranje ili barem ublažavanje teškoća prilikom ispunjenja zadataka odbrane, a koje su rezultat njihove nedovoljne opremljenosti. Utoliko više iznenađuje, međutim, da tijela koja donose odluke u oba tribunala,²⁷ procesno pravo često interpretiraju na način koji dodatno

²⁵) Vidi: *Schomburg*, Die Zusammenarbeit mit den Internationalen Strafgerichtshöfen, u: *Kirsch* (Hrsg.), Internationale Strafgerichtshöfe, Baden-Baden 2005, 129 (130).

²⁶) Pri čemu se ovi nedostaci često produbljuju nedostatkom kompetentnosti ili spremnosti da se pozabave specifičnostima procesnog prava Tribunala. Sami Tribunali se u tom smislu ponašaju potpuno ambivalentno, tako što se, istina, žale na navedene nedostatke, ali kao razlog za razne probleme koji su pretežno domaći proizvod navode - kao naprimjer, dužinu trajanja postupaka - s druge strane se - kao u slučaju *Prosecutor v. Halilovic* (IT-01-48) - "izbore" za nekadašnje zaposlenike Suda kao branioca, kojim zbog neposjedovanja odobrenja za rad u svojstvu advokata već nedostaje formalna kvalifikacija za preuzimanje mandata odbrane.

²⁷) Bez obzira na pitanje u kojoj mjeri je za ovo kriva "ishitrena poslušnost" sa aspekta postojećih ili navodnih političkih očekivanja, pokazuje iskustvo - u Arushi i više nego u Den Haagu - da veliki broj sudija koji rade na tribunalima samo

otežava ili dijelom čak potpuno onemogućava nezavisnu istragu činjeničnog stanja i provjeru dokaznih sredstava tužilaštva od strane odbrane.²⁸

Za efikasno utvrđivanje činjeničnog stanja od strane odbrane se kao negativna okolnost pokazalo, naprimjer, da tužbeni navod ili navodi u pogledu činjeničnog stanja često ostanu nejasni do duboko u glavnu raspravu.

Sadržaj informacija optužnice ("indictment") tužilaštva na *ad hoc* tribunalima se u pravilu ispostavlja oskudnim, jer sadrži samo formalnopravni opis djela za koje se optuženi tereti, i ograničen je na prepričavanje obilježja djela, i pretpostavki krivično-pravne odgovornosti, a ne konkretizira osnove činjeničnog stanja individualne optužbe za počinjeno djelo.²⁹ Ovo postaje jasno osobito u velikom broju onih postupaka u kojima tužilaštvo djelo za koje se optuženi tereti, zasniva na "učestću" optuženog u "zajedničkom kriminalnom poduhvatu" ("Joint Criminal Enterprise"), jer upravo u tim slučajevima zbog pripisivanja krivično-pravne odgovornosti³⁰ koja nema ni granica ni kontura, nedostaje detaljan opis činjeničnog stanja u pogledu "upletenosti" optuženog. Osim toga, optužnice redovno sadrže mnoštvo alternativnih oblika odgovornosti³¹ - koji se nerijetko međusobno isključuju. Ne pomaže ni okolnost da optužnice ne navode dokazna sredstva.

Istina, obaveza tužilaštva, prema pravilniku o vođenju postupka tribunala, u cilju pripreme za glavnu raspravu (da?) odbrani preda ili omogući uvid ("Disclosure")³² u dokazni materijal, što treba kod odbrane otkloniti informacione deficite. No, u praksi je ovaj cilj često u najvećoj mjeri promašen. Jer, ukoliko odbrana želi da ostvari svoja prava na "sveobuhvatno informisanje",³³ onda je redovno zatrpaju takvom količinom nesređenog materijala - pretežno upitne

uvjetno ispunjavaju zahtjeve koji se pred njih postavljaju. Instruktiv: *Bohlander*, *The International Criminal Judiciary Problems of Judicial Selection, Independence and Ethics*, u: *Bohlander* (Hrsg.), *International Criminal Justice - A Critical Analysis of Institutions and Procedures*, London 2007, 325.

²⁸⁾ Vidi: *Zahar / Sluiter*, *International Criminal Law*, Oxford 2008, 294.

²⁹⁾ Vidi: *Boas*, *The Milosevic Trial*, Cambridge 2007, 108 ff.

³⁰⁾ Vidi: *Zahar / Sluiter*, *International Criminal Law*, Oxford 2008, 221 ff.

³¹⁾ Vidi naprimjer *Prosecutor v. Setako* (ICTR-04-81-I), Indictment, 22. 3. 2004; *Prosecutor v. Setako* (ICTR-04-81-I), Amended Indictment, 23. 9. 2007.

³²⁾ Vidi o tome *Möller*, *Das Vorverfahren im Strafprozess vor dem Internationalen Straftribunal für das ehemalige Jugoslawien* ("Pre-Trial and Preliminary Proceedings", u: *Kirsch* (Hrsg.), *Internationale Strafgerichtshöfe*, Baden-Baden 2005, 19 (35)).

³³⁾ Vidi: Rule 66 (B) RPE-ICTY ("The Prosecutor shall, on request, permit the defence to inspect any books, documents, photographs and tangible objects in the Prosecutor's custody or control, which are material to the preparation of the defence, or are intended for use by the Prosecutor as evidence at trial or were obtained from or belonged to the accused") bzw. Rule 66 (B) RPE-ICTR ("At the request of the Defence,

relevantnosti - što onemogućava da se jedna takva količina sistematično i temeljito pregleda, a naročito da se izdvoje oni materijali, koji su značajni za dalju obradu slučaja i preduzimanje vlastitih istraga. Pri tome ni činjenica da je za komunikaciju sa klijentom, koji se redovno nalazi u pritvoru, najčešće potrebna pomoć prevodioca, ne djeluje baš poticajno. Takav vid komunikacije posebno je podložan greškama i u svakom slučaju oduzima jako puno vremena, što nije potrebno posebno objašnjavati. No, upravo okolnost da tužilaštvo ne prevede sve dokumente koje preda i na maternji jezik klijenta, ili da u trenutku, u kojem odbrana dobije "originalnu verziju" ne postoji prevod na jedan od službenih jezika tribunala, a nekada upravo i obrnuto, nerijetko neophodno usaglašavanje sa klijentom čini pitanjem sreće. No, u svakom slučaju, samo sređivanje i pregled dokumentacije koju preda tužilaštvo ili dokumentacija koju ono stavi na uvid, za odbranu predstavlja zadatak kojeg ona jedva može riješiti na zadovoljavajući način, ako se uzme u obzir razumno korištenje resursa.

No, ukoliko se odbrana odrekne prava na "sveobuhvatno informisanje", onda izbjegava bespotrebno razbacivanje vlastitih resursa, ali se dovodi u opasnost, da se sa važnim materijalima neće nikako, odnosno, da će se tek kasno upoznati. Tako pravilnik o postupanju predviđa, da tužilaštvo odbrani, bez obzira na to da li ona koristi svoje pravo na "sveobuhvatnu informaciju", u svakom slučaju mora predati, između ostalog, materijal koji je predan sudu u cilju potvrđivanja optužnice ("supporting material"),³⁴ pismene iskaze onih svjedoka koje tužilaštvo namjerava saslušati na glavnoj raspravi,³⁵ te sav materijal koji bi mogao da rastereti okrivljenog.³⁶ No, u praksi se ove obaveze primjenjuju krajnje restriktivno. Materijal koji tužilaštvo predočava sudu u cilju potvrđivanja optužnice je u pravilu predmet primjene klauzule o zaštiti svjedoka i stoga u velikoj mjeri zacrnjen ili na neki drugi način promijenjen.³⁷ U vezi sa pismenim iskazima mogućih svjedoka optužbe,

the Prosecutor shall, subject to Sub-Rule (C), permit the Defence to inspect any books, documents, photographs and tangible objects in his custody or control, which are material to the preparation of the defence, or are intended for use by the Prosecutor as evidence at trial or were obtained from or belonged to the accused").

³⁴⁾ Rule 66 (A)(i) RPE-ICTY / RPE-ICTR.

³⁵⁾ Rule 66 (A)(ii) RPE-ICTY / RPE-ICTR.

³⁶⁾ Rule 68 RPE-ICTY / RPE-ICTR.

³⁷⁾ Vgl. etwa *Prosecutor v. Setako* (ICTR-04-81-I), Decision on Prosecution Motion for Protective Measures, 18. 9. 2007. Ovom odlukom, u vezi koje nije dopuštena žalba (vidi: *Prosecutor v. Setako* (ICTR-04-81-I), Decision on Defence Motion for Certification to Appeal Protective Measures, 5. 10. 2007) Vijeće suda je sve svjedoke tužilaštva stavilo pod zaštitu, nakon što su mu predočeni iskazi svjedoka koji nisu bili "zacrnjeni". O tome: *Prosecutor v. Setako* (ICTR-04-81-I), Motion for Reconsideration / Application for Certification to Appeal Decision on Defence Requests to lift confidentiality of Filings, 12. 11. 2007.

tužilaštvo se redovno poziva na minimalne rokove³⁸ koje je ili odredio sud ili su predviđeni u pravilniku o vođenju postupka i podnošenju dokaza ICTR, tako da odbrana odgovarajuću dokumentaciju dobije tek u vrijeme kada se više ne mogu provesti svrsishodne istrage. Konačno se, eventualno rasterećujući materijal stavlja na raspolaganje i uvid odbrani samo onda kada negiranje da je tužilaštvo u posjedu odgovarajućeg materijala više nema smisla, jer je, primjera radi, postojanje dotičnog materijala u okviru nekog drugog postupka već dospjelo u javnost.

Konačno se od slabe pomoći nastojanjima odbrane da provede ciljano utvrđivanje činjeničnog stanja i provjeri hipotezu optužbe tužilaštva često pokazuje i okolnost, da je tužilaštvo moguće mijenjati optužnicu do neposredno pred početak ili čak nakon početka glavne rasprave. Ovu mogućnost tužilaštva - uz saglasnost tijela koja donose odluku - često koriste, i teško se oduprijeti utisku da se i ovdje radi o taktičkoj mjeri koja u prvom redu služi tome, da slučaj tužilaštva ostane fleksibilan ("moving target") i da se, mimo toga, što je moguće duže drži podalje od kritičkog pogleda odbrane. Jer, iako izmijenjene optužnice redovno sadrže nove činjenice, tribunali odbijaju da postupke vrate u odgovarajuće stanje i na taj način okrivljenom oduzimaju pravo ponovnog "prvog saslušanja" ("initial appearance"), te mogućnosti korištenja odgovarajućih, s time povezanih pravnih sredstava.

Svi ovi informacioni deficiti imaju brojne posljedice, jer se istražne radnje odbrane po prirodi stvari grade na osnovu informacija o hipotezi optužbe tužilaštva, a što manje informacija o tome odbrani stoji na raspolaganju, utoliko joj je teže svoja istraživanja ograničiti na stvarna "težišna pitanja" optužnice, i utoliko je veća opasnost da se izgubi na sporednim mjestima koja, međutim, tek prekasno prepozna kao takva. Osim toga, nedovoljno informisanje odbrane povećava rizik kasnijeg "prepada" ("trial by ambush") od strane tužilaštva.

Opisani informacioni deficiti se, međutim, pokazuju kao smetnja efektivnom utvrđivanju činjeničnog stanja prvenstveno zbog toga što je odbrana u okviru svojih nastojanja da obavi istragu, upućena na dobrovoljno učešće osoba koje mogu pružiti informacije i dokaze, i stoga u velikoj mjeri zavisi od analize materijala koji se nalaze u posjedu tužilaštva. Ako, naprimjer, neki mogući svjedok kaže da nije spreman razgovarati sa braniocem ili njegovim istražiteljima, ili da se ne želi pojaviti pred sudom, odbrana može u pojedinim slučajevima iskoristiti pomoć suda ("subpoena order"),³⁹ ali je korištenje te pomoći zbog velikog utroška i visoko postavljenih zahtjeva u pogledu obrazloženja potrebe za tom mjerom, jedva pogodno za kompenziranje strukturalnog deficita u kojem se odbrana u tom slučaju nalazi. Isto važi ukoliko se odbrani ne dozvoli

uvid u državne arhive ili druge zbirke dokumenata. Pored slučajeva nedovoljne spremnosti za saradnju, nastojanja odbrane da obavi istragu, pri tome se i ciljano ometaju. Veliki broj takvih slučajeva je, naprimjer, u Ruandi, gdje su istražitelji hapšeni i gdje je protiv njih pokretan krivični postupak samo zato što su radili za jedan tim odbrane u Arushi. Vrhovni sud u Tanzaniji do sada ni u jednom takvom slučaju nije uložio protest protiv takvog ponašanja, niti je poduzeo ikakve korake kako bi i na teritoriji Ruande omogućio nesmetanu istragu odbrani.

U pravilu je odbrana u nepovoljnom položaju i u pogledu mogućnosti provjere slučaja tužilaštva i prezentacije vlastitog slučaja na glavnoj raspravi. Neka na ovom mjestu budu dovoljna sljedeća dva aspekta kao primjer, iako se upravo na glavnim raspravama u različitim fasetama - od primjene formalnosti, do discipliniranja pojedinih aktera - pokazuje, koliko su nejednake šanse i mogućnosti strana za prikazivanje svog slučaja:

S jedne se strane kod saslušanja svjedoka tužilaštva nerijetko pokazuje da tužilaštvo nije predalo sve protokole sa saslušanja dotičnog svjedoka ili neke druge važne dokumente koji su u vezi sa iskazom svjedoka. Umjesto da od tužilaštva izričito zahtijeva da poštuje svoje procesnopravne dužnosti i da se po spoznaji takvih okolnosti saslušanja odmah prekinu, tijela koja donose odluke redovno nastavljaju saslušanja i prisiljavaju time odbranu na unakrsno ispitivanje na osnovu očito nepotpunih informacija. Garancija koja se daje reda radi, prema kojoj će svjedok biti ponovno pozvan, ukoliko odbrana nakon upoznavanja sa nedostajućim materijalima, obrazloži potrebu nastavljanja saslušanja, teško da može popraviti nastalu štetu. Možda upravo zbog toga što i sudije to znaju, takve garancije uglavnom ostanu bez posljedica.

Drugi značajan aspekt sputavanja odbrane se nalazi u dodjeljivanju vremena koje se stavlja na raspolaganje za izlaganje i ispitivanje svjedoka. Tako bi već u startu trebalo biti razumljivo da vrijeme koje se braniocu dodijeli za unakrsno ispitivanje ne može isključivo zavisiti od vremena koje tužiteljstvo iskoristi za ispitivanje svjedoka. Gotovo groteskne su pri tome odluke, u kojim se braniocu za unakrsno ispitivanje jednog od ukupno šest saoptuženih precizno daje jedna šestina vremena u kojem je predstavnik tužilaštva na ročištu uspio da ispita relevantne podatke od strane dobro pripremljenog svjedoka.

Stoga odbrana koja djeluje pred ova dva *ad hoc* tribunala, ne samo zbog kadrovskog deficita i nedostatka materijalne opreme, nego upravo zbog procesne prakse koju su formirala tijela koja donose odluke, redovno nije u stanju da ispuni svoj zadatak da utvrdi činjenično stanje i da hipoteze optužbe podvrgne kritičkoj provjeri, na način kako se to od nje očekuje.⁴⁰ Na taj način, međutim, otpada bitna

³⁸ Vidi: Rule 66 (A)(ii) RPE-ICTR.

³⁹ Vidi o tome: *Kirsch*, The Trial Proceedings before the ICC, in: *International Criminal Law Review* 6 (2006), 275 (282).

Neke naznake govore u prilog tome da se još i odbrana pred Međunarodnim vojnim tribunalom u Nirnbergu (Nürnberg) nalazila u sličnoj situaciji. Vidi naprimjer: *Kranzbuhler*, Nuremberg Eighteen Years Afterwards, in: *DePaul L. Rev.* 14

pretpostavka, da će "takmičenje stranaka" u imanentno adverzativnom postupku dovesti do pronalaženja istine ili barem približno najvišeg stupnja historijske istine. Štaviše, tužilaštvo dopijeva u poziciju, u kojoj zbog nedostatka efektivne kontrole putem odbrane, a s obzirom i na adverzativnu strukturu samog sudskog postupka, može da u činjeničnom smislu dikтира rezultate postupka.⁴¹

Ovo utoliko prije, ukoliko sudska praksa oba tribunala, uprkos osnovnom adverzativnom usmjerenju postupka ne slijedi u *common law* sistemu utvrđena stroga mjerila za izricanje osuđujuće presude, na osnovu kojih tužilaštvo mora podnijeti "dokaz koji je izvan razumne sumnje" ("proof beyond reasonable doubt"), a prema kojim bi odbrana mogla spriječiti donošenje osuđujuće presude, ako bi uspjela obrazložiti postojanje "razumne sumnje", nego se, naprotiv,⁴² kao mjerilo dokaza uzima "održivost" sudske odluke.⁴³

5.

Kritička provjera procesnog prava i na njemu zasnovane prakse ova dva *ad hoc* tribunala prema svemu izloženom daje osnova za znatnu sumnju u to da provjera hipoteze o postojanju sumnje tužilaštva u postupcima pred ova dva *ad hoc* tribunala slijedi mjerila objektivne istine, odnosno da činjenična stanja koja čine osnovu za odluke ovih tribunala odgovaraju objektivnoj istini. Ukoliko bi se ove sumnje pooštrile - naprimjer na osnovu rezultata kritičkih historijskih istraživanja koja još predstoje - na rad oba tribunala pala bi teška sjena. U svakom slučaju nesigurnosti koje su ovdje prikazane trebale bi predstavljati povod za kritičku provjeru procesnog prava i prakse Međunarodnog krivičnog suda, jer se ovdje počinju pojavljivati odgovarajući deficiti.⁴⁴

(1964-1965), 333 (337) ("The picture unfolded to the court was thus one-sided and incomplete") i *Latenser*, Looking Back at the Nuremberg Trials with special consideration of the Processes against Military Leaders, u: *Whittier Law Review* 1986, 557 (561).

- 41) Pri tome možda "ishitrena poslušnost" u vezi sa predstojećim ili postojećim eventualnim očekivanjima mogu da također igraju ulogu, isto kao i želja dotičnog predstavnika tužiteljstva, da "dobije" svoj slučaj.
- 42) Vidi i kritičke procjene kod: *Fairlie*, The Marriage of Common and Continental Law at the ICTY and Its Progeny Due Process Deficit, u: *International Criminal Law Review* 2004, 243 ff.; *McIntyre*, Equality of Arms - Defining Human Rights in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, u: *Leiden Journal of International Law* 2003, 269 ff. i *Wilson*, Assigned defence counsel in domestic and international war crimes tribunals: The need for a structural approach, u: *International Criminal Law Review* 2002, 145 ff.
- 43) Vidi: *Wirth*, Das Appeal Verfahren, u: *Kirsch* (Hrsg.), Internationale Strafgerichtshöfe, Baden-Baden 2005, 75 (81) sa pogovorom.
- 44) Vidi u vezi s tim: *Kirsch*, Finding the Truth at International Criminal Tribunals, u: *Kruessmann* (Hrsg.), ICTY: Towards a Fair Trial?, 2008.

Novo stvarno pravo Republike Srpske

Dr. Meliha Povlakić*

1. Uvod - stanje zakonodavstva u oblasti stvarnog prava u BiH

Nadležnost za reguliranje stvarnog prava u BiH pripada entitetima i Brčko Distriktu BiH, a ne državi. Sigurno ima veoma jakih argumenta da bi, neovisno o političkim pitanjima, bilo oportunije stvarno pravo regulirati jedinstveno za cijelu zemlju,¹ ali ovaj se kratki prilog neće baviti tim prvenstveno političkim i ustavnopravnim pitanjem. Data situacija je takva, da trenutno u ovoj oblasti postoje dva nova zakona koja znače reformu stvarnog prava. To su Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Brčko Distrikta BiH (ZV BDBiH)² i Zakon o stvarnim pravima Republike Srpske (ZSP RS).³ U Federaciji BiH je stvarno pravo još uvijek regulirano Zakonom o vlasničkopравnim odnosima iz 1998.⁴ (ZOVO). Ovaj zakon, iako je donesen gotovo dvadeset godina nakon prethodno važećeg Zakona o osnovnim svojinskopравnim odnosima iz 1980.⁵ (ZOSPO)⁶, nije značio suštinsku reformu stvarnog prava.

Zakoni o stvarnim pravima Republike Srpske i Brčko Distrikta BiH su identične provenijencije, budući da su slijedili isti uzor, a to je Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Republike Hrvatske,⁷ odnosno rješenja austrijskog prava, te se i u velikoj mjeri podudaraju. U svojoj ukupnosti predstojeća reforma stvarnog prava stoji pod velikim utjecajem austrijskog prava. Kao što je to 1996. godine učinio hrvatski zakonodavac, tako su i zakonodavci Brčko Distrikta BiH i oba entiteta donijeli odluku, da se u stvarnom pravu slijedi pravna tradicija tj. austrijsko pravo. Takvo opredjeljenje ne treba da čudi, jer je na prostoru BiH važio Austrijski građanski zakonik koji je u različitim formama utjecao na pravo u ovim dijelovima bivše SFRJ, odnosno na pravo u BiH: u periodu od Berlinskog kongresa do aneksije BiH primjenjivao se *via facti*, zatim je do 1941. godine važio kao pozitivno pravo, utičući u tom periodu

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

- ¹) Jedan od argumenata leži i u tome da i pored postojanja tri neovisna stvarnopravna sustava nije u planu donošenje interlokalnih kolizijskih normi kojima bi se regulirao eventualni sukob zakona u međuentitetskim pravnim odnosima.
- ²) Službeni glasnik Brčko Distrikta BiH 11/01, 8/03, 40/04.
- ³) Službeni glasnik Republike Srpske 124/08, 58/09.
- ⁴) Službene novine Federacije BiH 6/98, 29/03.
- ⁵) Radi se o zakonu koji se donesen u bivšoj Jugoslaviji (Službeni list SFRJ 6/80, 36/90, 38/03).
- ⁶) Ovaj je zakon važio u Republici Srpskoj sa jednom izmjenom (Službeni glasnik Republike Srpske 38/03) sve do početka primjene ZSP RS.
- ⁷) Narodne novine Republike Hrvatske 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09.

odlučujuće na zakone Kraljevine Jugoslavije (npr. Zakoni o zemljišnim knjigama iz 1930/31. godine su značili potpuno preuzimanje austrijskog zakonodavstva), a nakon Drugog svjetskog rata primjenjivala su se pravna pravila sadržana u ovom zakoniku, što je u manjem obimu i danas slučaj. Odluka da nova kodifikacija slijedi austrijski model utoliko je logična, ali i problematična jer se radi o kodifikaciji građanskog tj. stvarnog prava, koja je, i pored svih naknadnih izmjena i novela ipak stara 200 godina.

Prije donošenja Zakona o stvarnim pravima Republike Srpske dva su entiteta imala gotovo identično stvarno pravo, a sada je sličnost uspostavljena između Republike Srpske i Distrikta; u Federaciji u BiH je već nekoliko godina predložak budućeg zakona o stvarnim pravima (bezuspješno) u proceduri donošenja.⁸ Ako navedeni zakon bude usvojen u Federaciji BiH, onda će i Federacija BiH uspostaviti paralelan sistem stvarnog prava kao i druga dva dijela BiH.⁹

Primjena ZSP RS započela je zvanično 1. 1. 2010.,¹⁰ a još je prerano da bi se govorilo o efektima koje je on proizveo za praksu; ovdje će se stoga dati samo najopštiji prikaz karakteristika ovog zakona.

U ovom će kratkom prilogu biti dat pregled sistematike i kratka naznaka najnovijih rješenja zakona (2), a zatim će nešto detaljnije biti izložene najmarkantnije novine Zakona (3).

2. Sistematika zakona i kratki pregled najznačajnijih novina

Zakon obuhvata 357 članova, a podijeljen je na pet dijelova. Prvi dio (čl. 1. - 16.) obuhvata opće odredbe, odredbe o predmetu i sadržaju stvarnih prava, te o pravima stranih lica. Drugi dio je posvećen pravu vlasništva (čl. 17. - 138.), treći dio stvarnim pravima na tuđoj stvari (čl. 139. - 322.), a četvrti posjedu (čl. 303. - 323.). Peti dio sadrži brojne i detaljne prelazne (čl. 324. - 343.) i završne odredbe (čl. 344. - 357.).

Poseban značaj za definiranje cilja Zakona ima prvi dio koji sadrži osnovne odredbe o stvarima i stvarnim pravima, od kojih su neke i ustavnopravne provenijencije (npr. garancija i ograničenja prava vlasništva, jednovrsnost prava vlasništva - čl. 2. i 3.). Zatim slijede odredbe o stvarima kao objektima stvarnih prava pri čemu je ova materija po prvi put uređena u stvarnom pravu BiH ili Republike Srpske (čl.

5. - 14.). Slijede odredbe o subjektima stvarnih prava. Budući da je načelno opredjeljenje da je pravo vlasništva jedno bez obzira na njegovog titulara, nema potrebe posebno regulirati položaj pojedinih subjekata, tako da su u ovom dijelu date samo odredbe koje se tiču stjecanja stvarnih prava u Republici Srpskoj od strane stranih fizičkih i pravnih lica (čl. 15. - 16.), novina je potpuna liberalizacija pravnog režima stjecanja od strane stranaca.

Ukratko izložena sistematika Zakona na prvi pogled nije bitno drugačija od sistematike ZOSPO-a. Međutim, veliki zahvati u sistematici su učinjeni u drugom dijelu posvećenom pravu vlasništva. Osim osnovnih odredaba o vlasništvu i njegovim modalitetima (suvlasništvo i zajedničko vlasništvo), ovaj dio je podijeljen na odredbe koje reguliraju pravo vlasništva na nepokretnostima i na dio koji regulira pravo vlasništva na pokretnostima, što je novina u pravnom poretku Republike Srpske. Ovu novinu treba pozdraviti jer unosi jasno razgraničenje između pravnog režima pokretnosti i nepokretnosti. Nakon toga slijede odredbe zajedničke i pokretnim i nepokretnim stvarima (prestanak i zaštita prava vlasništva). U dijelu koji regulira vlasništvo na nepokretnostima sadržane su odredbe o etažnom vlasništvu i susjedskim pravima. Prvi institut je do sada bio reguliran posebnim zakonom,¹¹ a susjedska prava nisu bila regulirana uopće.

Treći dio posvećen je ograničenim stvarnim pravima i sadrži već na prvi pogled značajne novine u odnosu na ranija rješenja. Nova kodifikacija stvarnog prava predviđa dva nova prava u pravnom poretku Republike Srpske a to su pravo građenja (čl. 286. - 302.) i pravo realnih tereta (čl. 264. - 285.). Osim toga su regulirane lične služnosti koje ZOSPO nije regulirao.¹² Redoslijed reguliranja ograničenih stvarnih prava u trećem dijelu ne odražava značaj koja bi ona trebala imati u savremenim odnosima. Tako je prvo regulisano založno pravo, što odgovara privrednom značaju toga prava, a pravo građenja tek na kraju, iza realnih tereta, koji sasvim sigurno nisu odraz novih tržišnih odnosa. Nesrazmjerno veliki broj zakonskih odredaba je posvećen pravima služnosti, kako stvarnim tako i ličnim. Naročito mnoge regulisane stvarne služnosti nemaju više većeg praktičnog značaja (službenost paše, provođenja tekućina, pravo kapnice i sl.). Pozitivno je što su u gotovo 30 zakonskih odredaba (čl. 186. - 213.) data pravila zajednička za obje vrste služnosti.

Četvrti dio zakona koji je posvećen posjedu/državini ne sadrži značajne novine u pravnom uređenju ovog instituta.

⁸ Od februara 2007. godine je taj predložak u Federalnom ministarstvu pravde.

⁹ Za sada je vidljiva razlika među entitetskim uređenjima u pogledu reguliranja zemljišnog duga, koji u Republici Srpskoj nije usvojen u definitivnom tekstu Zakona. U međuvremenu su u Federaciji BiH predložena neka redakcijska poboljšanja, naročito u pogledu reguliranja etažnog vlasništva.

¹⁰ Prvobitno je početak primjene bio predviđen za 1. 7. 2009., ali je izmjenom Zakona pomjeren na 1. 1. 2010. (Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o stvarnim pravima, Službeni glasnik RS 58/09).

¹¹ Zakon o svojini na posebnim dijelovima zgrade, Službeni list SR BiH 35/77.

¹² Budući da je ZOSPO regulirao samo osnove vlasničko-pravnih odnosa, što je bilo posljedica podjele ustavnih nadležnosti između savezne države i federalnih jedinica u ranijoj SFRJ, neka pitanja tim zakonom nisu bila uređena i bila su ostavljena za buduće republičke i pokrajinske zakone koji nikada nisu bili doneseni. Na lične služnosti su se primjenjivala pravna pravila Austrijskog građanskog zakonika.

Zakon ovdje uvodi kao novu kategoriju samostalni posjed. Samostalni posjednik je kategorija koju nisu eksplicitno predviđali ni ZOSPO ni ZOVO, a kojeg ZSP RS definira kao posjednika koji stvar posjeduje kao da je njen vlasnik.¹³ Povezana sa ovom zakonskom odredbom je odredba zakona prema kojoj je za dosjelost neophodan i samostalan posjed (čl. 58.). Međutim, ne radi se o novom uvjetu za dosjelost. ZOSPO je definirao savjestan posjed određivši da je to onaj posjed kod kojeg posjednik ne zna niti može znati da stvar koju posjeduje nije njegova.¹⁴ Na taj način je kroz pojam savjesnosti definiran samostalni (ili vlasnički) posjed. Takvo određenje savjesnosti nije bilo korektno, jer je na taj način samo samostalni posjednik mogao biti savjestan, a svaki posjednik koji bi stvar držao po nekom drugom pravnom osnovu (npr. plodouživalac, zakupac, zalagoprimac i sl.) bi se tretirao kao nesavjestan posjednik, jer zna da stvar koju posjeduje nije njegova. Proširenjem kategorije savjesnih posjednika, od kojih svi nisu podobni za stjecanje dosjelošću, zakonodavac je morao formulirati posebnu kategoriju posjednika koji mogu stjecati dosjelošću - to su savjesni, zakoniti i neviciozni posjednici, što je bilo i dosadašnje rješenje, koji posjeduju kao da je stvar njihova, čime je kao novina određen samostalni posjednik. Međutim ova novina ne traži od dosjedatelja ništa više nego što su prethodne norme tražile, već samo savjesnost posjednika raspoređuje između savjesnosti i samostalnosti posjeda; kao savjestan posjednik on opravdano vjeruje da ima pravo na posjed, a kao samostalan on vjeruje i da ima pravo vlasništva.

Naročit značaj imaju detaljne i brojne prelazne i završne odredbe; bosanskohercegovačko pravo ne poznaje mogućnost donošenja uvodnog zakona kod temeljnih reformi, ali bi ovim prelaznim odredbama moglo biti dano to značenje. Kao u hrvatskom pravu, ove odredbe ne trebaju samo razdvojiti primjenu novog i starog prava, nego omogućiti ponovnu uspostavu pravnog jedinstva nekretnine kao i ukinuti preostale socijalističke odnose konačnom pretvorbu društvenog u privatno vlasništvo.¹⁵ U ZSP RS je izražena namjera da se donošenjem ovog zakona u potpunosti dovrši pretvorba društvenog vlasništva, tako što će se sva prava koja izvire iz društvenog vlasništva i koja su kao takva upisana u zemljišnu knjigu danom stupanja na snagu zakona smatrati pravom vlasništva.

¹³) Čl. 304. st. 1. ZSP RS, 316. st. 2 Radnog nacrta ZSP FBiH.

¹⁴) Čl. 72. st. 2. ZOSPO, čl. 77. st. 2. ZOVO.

¹⁵) Ove prelazne i završne odredbe su krojene prema hrvatskom modelu. Više o hrvatskim prelaznim odredbama vidi kod J. Brežanski, *Prijelazne i završne odredbe Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 18, Nr. 1, 1997, str. 145 i dalje; N. Gavella, *Novo hrvatsko stvarno pravo u funkciji prilagodbe pravnog poretka Republike Hrvatske europskome u: Das Budapest Symposium, Beiträge zur Reform des Sachenrechts in den Staaten Südosteuropas/Budimpeštanski simpozijum, Doprinos reformi stvarnog prava u državama jugoistočne Evrope, Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit GmbH (Hrsg.), Bremen, 2003, str. 28 i dalje.*

Prelazne i završne odredbe budućih entitetskih kodifikacija stvarnog prava imaju za cilj definitivno ukidanje socijalističkih odnosa po uzoru na hrvatsko pravo. Problem predstavlja činjenica da su u Republici Hrvatskoj prethodno doneseni propisi koji reguliraju pitanja restitucije i naknade za oduzetu imovinu, što je već dovelo do razrješavanja određenih odnosa, a u BiH nisu. Problematično je i dalje što su prelazne odredbe u Republici Hrvatskoj 1996. značile pretvorbu društvenog vlasništva (tako je bilo i u Brčko Distriktu BiH), a što se više od deset godina kasnije u istovjetnom sadržaju donose u Republici Srpskoj, gdje su u međuvremenu vršeni drugi zakonodavni zahvati (pretvorba društvenog u državno vlasništvo)¹⁶ i što prelazne odredbe o tome ne vode računa.

3. Poseban osvrt na neke najznačajnije novine u ZSP RS

3.1. Novine u pogledu objekata, subjekata i sadržine prava vlasništva

Prvi dio Zakona regulira vrlo različite sadržaje, koje je teško svesti na zajednički imenitelj, a ovdje će se istaći one odredbe u kojima su izražena načelna opredjeljenja nove kodifikacije stvarnog prava u Republici Srpskoj. Na prvom mjestu treba istaći garanciju prava vlasništva, jednovrsnost prava vlasništva i socijalnu vezanost prava vlasništva.

Do sada je u BiH, odnosno u Republici Srpskoj izostala potpuna reforma vlasničkog poretka. Da je to tako, svjedoči 1 činjenica da Dejtonski ustav, osim u Preambuli, gdje su kao jedni od osnovnih motiva njegovog donošenja naznačeni afirmacija privatnog vlasništva i promocija tržišne ekonomije, ne sadrži norme koje bi se mogle okarakterisati kao privredni ustav, odnosno ne sadrži norme o društveno-ekonomskom uređenju. Niz normi Ustava Republike Srpske koje su regulirale osnove društveno-ekonomskog uređenja proglašene su neustavnim.¹⁷ Centralne norme društveno-ekonomskog uređenja, a to su garancija prava vlasništva, tržišna privreda, socijalna vezanost vlasništva i jednak tretman javnog i privatnog vlasništva¹⁸ nisu u potpunosti došle do izražaja u ustavnim tekstovima, ali su zato izražene u članovima 2. - 4. ovog zakona, čime je definitivno dat okvir za reformu vlasničkih odnosa.

Na osnovu opredjeljenja izraženih u Preambuli Dejtonskog ustava nije moglo biti više dilema oko tržišne orijentacije i garancije prava vlasništva, a ovo je podcrtano i katalogom ljudskih prava garantiranih ustavom među kojima je i pravo na imovinu.¹⁹ Osim toga Ustav određuje

¹⁶) Zakon o prenosu sredstava društvene u državnu svojinu, Službeni glasnik Republike Srpske 4/93, 9/95 (Ustavni sud), 8/96, 20/98 (Ustavni sud), 74/2007.

¹⁷) Odluka Ustavnog suda BiH 5/98 od 18. i 19. 2. 2000.

¹⁸) Ch. Rother, *Immobilienwerb und Kreditsicherungsrecht in Ungarn*, in: Herwig Roggemann (Hrsg.), *Eigentum in Osteuropa*, Berlin, 1996, str. 303.

¹⁹) Čl. II.3.k Ustava BiH.

da Evropska konvencija o ljudskim pravima ima prednost pred nacionalnim pravnim poretom.²⁰

Odredba člana 2. ZSP RS regulira mogućnost ograničenja prava svojine, na način koji je usklađen sa Evropskom konvencijom i Ustavom BiH. Ovaj član nije direktno izrazio garanciju prava vlasništva, već samo njegova ograničenja. Međutim, o tome nema sumnje kako iz ustavnih odredaba, tako i zbog činjenice da se opravdani izuzeci (ograničenja) mogu propisati samo ako postoji osnovno pravilo (garancija prava vlasništva). Ograničenja su moguća samo u javnom interesu i pod uslovima predviđenim zakonom, u skladu s principima međunarodnog prava. Zakonom se, u javnom interesu, a naročito radi zaštite prirodnih bogatstava, okoline i kulturno-historijske baštine i sl., može ograničiti ili posebno urediti način korištenja i raspolaganja određenim stvarima. Ovdje se radi o ograničenjima koja pogađaju sve vlasnike određene kategorije stvari i to temeljem zakona. Ovu odredbu treba povezano tumačiti sa odredbom člana 8. Zakona koja definiše dobra od opšteg interesa kao i vezi sa odredbom člana 19. Zakona koji govori o posebnim ograničenjima prava vlasništva, a prema kojoj vlasnik ne smije izvršavati svoje pravo preko granica koje su svim vlasnicima takvih stvari postavljene na osnovu ovog zakona ili posebnog zakona, a radi zaštite interesa i sigurnosti Republike Srpske, prirode, životne sredine i zdravlja ljudi.

I dok su se garancija prava vlasništva kao i opravdana ograničenja prava vlasništva, te opredjeljenje za tržišnu privredu mogle izvesti iz Preambule Dejtonskog ustava, kao i iz kataloga ljudskih prava garantiranih ustavom, nedostajala je izričita ustavna odredba na nivou države BiH o jednakosti svih oblika vlasništva, odnosno o jednakosti državnog i privatnog vlasništva. U mnogim zakonskim tekstovima koji su bili doneseni u ranijem periodu, a koji su još uvijek na snazi, dolazio je do izražaja poseban položaj društvenog/državnog vlasništva. Često su zanemarivane tekovine reforme provedene Amandmanom LXIII na Ustav SRBiH kojima su, između ostalog, izjednačeni svi oblici vlasništva.²¹ Ustav Republike Srpske sadrži normu identičnog sadržaja kao i Amandman LXIII na Ustav SRBiH, prema kojoj su svi oblici prava svojine ravnopravni.²² Istovremeno, međutim, Ustav RS sadrži posebne odredbe o društvenoj svojini koje ukazuju na njenu posebnu zaštitu.²³

Određene nedoumice koje su dovodile do favoriziranja državnog vlasništva u odnosu na privatno vlasništvo su definitivno otklonjene propisivanjem načela jednovrsnosti prava vlasništva,²⁴ prema kojem je pravo vlasništva jedno, bez obzira na nositelja prava vlasništva (član 3. st. 2. ZSP RS). Odredba Zakona koja određuje da postoji samo jedna vrsta prava svojine, bez obzira ko je nosilac prava svojine, predstavlja jednu od ključnih reformskih odredaba ovog zakona. Ova zakonska odredba se ne smije posmatrati izolovano, nego u vezi sa prelaznim odredbama čiji je cilj uspostava sistema jednovrsnosti prava svojine (v. čl. 324). Načelo jednovrsnosti prava svojine našlo je izraza i u odredbi člana 22. koja govori o svojini javnopravnih subjekata i određuje da ti subjekti kao vlasnici imaju isti položaj kao i drugi vlasnici, osim ako posebnim zakonom nije drugačije određeno.

U pravnom poretku BiH, kao i u pravnom poretku bivše SFRJ nedostajalo je normativno cjelovito uređenje materije općeg dijela građanskog prava koje bi, između ostalog, reguliralo pitanja objekata subjektivnih građanskih prava uopće, a tako i stvari kao objekata stvarnih prava. ZSP RS je popunio navedenu pravnu prazninu potpuno regulirajući pitanje stvari kao objekata stvarnog prava (član 7. - 14.).²⁵ I dok se određenje određenih vrsta stvari naslanja na definicije koje je do sada davala doktrina, pojam nepokretne stvari se određuje na potpuno nov način u odnosu na dosadašnji tretman nekretnina u pravu Republike Srpske (v. 3.2.).

3.2. Uspostavljanje pravnog jedinstva nekretnine

Jedna od temeljnih novina sadržana je u definiciji nekretnina (čl. 6/2, 14/1). Umjesto dosadašnje odredbe, prema kojoj se zemljišta, zgrade, stanovi i poslovne zgrade smatraju nepokretnim stvarima, sada se samo zemljišta smatraju nekretninom sa svim što je s njima iznad ili ispod površine povezano.²⁶ Iza ovog izmijenjenog pojma nekretnine stoji jedna od osnovnih planiranih izmjena stvarnog prava u entitetima. Time se ponovo uspostavlja pravno jedinstvo nekretnine i dejstvo načela *superficies solo cedit* sa dalekosežnim posljedicama po niz stvarnopravnih instituta. Posljedica ovog rješenja je da se samo zemljište smatra nekretninom, osim ako je zakonom drugačije propisano.

Novi pojam nekretnine te uspostavljanje pravnog jedin-

druge oblike imovine. Drugo tumačenje ne bi bilo protivno Ustavu BiH, pa je Ustavni sud zauzeo stav da osporenu odredbu treba podržati dok god ju je moguće tumačiti na način saglasan sa Ustavom BiH, a to je da on stipulira ustavnu obavezu za transformaciju društvene imovine (v. tač. 17 - 19. Odluke 5/98 Ustavnog suda BiH od 18. i 19. 2. 2000. g.).

20) Čl. II Ustava BiH.

21) Više o tome M. Povlakić, Transformacija stvarnog prava u Bosni i Hercegovini, Sarajevo, 2009, str. 32. i dalje.

22) Čl. 54. Ustava RS.

23) Čl. 58. Ustava RS. Ova odredba je bila ocjenom ustavnosti, ali je Ustavni sud ovdje izrazio vrlo ambivalentan stav. S jedne strane je tu odredbu tretirao kao nekompatibilnu sa "unapređenjem tržišne privrede" s obzirom da stvara, u teoriji i u praksi, ozbiljne prepreke u svakom procesu privatizacije, ali je s druge strane utvrdio da ju je moguće tumačiti kao obično zakonsko ovlaštenje, ili pak kao ustavnu obavezu za zakonodavstvo RS, da prenese svu društvenu imovinu u

24) Više o ovom načelu T. Josipović, Stvari u vlasništvu države i drugih osoba javnog prava (javno vlasništvo), Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, (1991) v. 22., br. 1. (2001), str. 96, N. Gavella u: Gavella (Red.), Stvarno pravo, Svezak 1., Zagreb, 2007., str. 379. i dalje.

25) ZV BDBiH je gotovo na isti način regulirao ovo pitanje. Vidjeti čl. 6. - 15. ZV BDBiH.

26) Čl. 14. st. 1. ZSP RS.

stva nekretnine i principa *superficies solo cedit* će nužno utjecati na izmjenu niza instituta stvarnog prava. Tako je npr. izmijenjen institut stjecanja prava vlasništva građenjem na tuđem zemljištu. Navedena promjena značajno utječe i na konstrukciju etažnog vlasništva. Neće biti moguće vidjeti stan kao posebnu nekretninu, a zemljište (i zajedničke dijelove zgrade) kao njegov pripadak, kao što je to bilo u dosadašnjem pravu. Kod određenja etažnog vlasništva će se nužno morati krenuti od zemljišta; suvlasništvo u cijeloj nekretnini, a to je zemljište i sa njim povezana zgrada će biti osnova i za vlasništvo na posebnom dijelu zgrade. Novi će zakon etažno vlasništvo nužno riješiti kao posebnu suvlasničku zajednicu, kao što je to prihvaćeno i u uporednom pravu. Navedeni koncept je već bio vidljiv iz odredaba Zakona o zemljišnim knjigama RS o načinu uknjižbe etažnog vlasništva,²⁷ ali se on bez odgovarajućeg rješenja u stvarnom pravu nije mogao primijeniti nakon donošenja ZZK RS 2003. pa do nove kodifikacije stvarnog prava. Na nju se, međutim, čekalo šest godina. Suprotnost odredbe člana 30. ZZK RS sa rješenjima važećeg stvarnog prava i teškoće u knjiženju etažnog vlasništva, uz činjenicu da je postupak reformi nepotrebno dugo trajao, doveo je do toga da je zakonodavac u zadnjem času, mjesec dana pred donošenje Zakona o stvarnim pravima, izvršio izmjenu člana 30. ZZK RS. Nakon donošenja ZSP RS odredbe materijalnog i zemljišnoknjižnog prava opet divergiraju.

"Prevod" starog koncepta etažnog vlasništva na novi će se ispostaviti problematičnim. Upis prava vlasništva na stanu i suvlasničkog udjela na zemljištu povezanog sa zasebnim vlasništvom na stanu zahtijeva tačno zemljišnoknjižno određenje stana. Pretpostavka za to je provedba izjave o etažiranju. Većina stanova, međutim, čak nije obuhvaćena ni katastrom, a time ni zemljišnom knjigom u kojoj je eventualno upisano samo zemljište kao gradsko građevinsko zemljište u državnom vlasništvu. Provedba etažiranja će značiti veliki vremenski i finansijski trošak.

ZSP RS predviđa da pored zemljišta posebna nekretnina bude pravo građenja.²⁸ Entitetsko zemljišnoknjižno pravo je propisujući način knjiženja prava građenja, već anticipiralo ova rješenja. Nakon upisa prava građenja (pogrešno u ZZK RS nazvanog pravo korištenja - čl. 26. i 29.) u teretni list nekretnine koja se opterećuje (bilo je opterećava?), po službenoj dužnosti se otvara poseban zemljišnoknjižni uložak za pravo građenja. Pravo građenja se tako pojavljuje u dvojakoj ulozi - kao stvarno pravo na tuđoj stvari, ali i

kao posebna nekretnina. Osnivanje prava građenja vlasniku zemljišta koje se opterećava omogućava tržišno iskorištavanje zemljišta (ubiranje naknade) bez gubitka prava vlasništva, a titularu prava građenja, građenje bez pribavljanja skupog građevinskog zemljišta. Budući da se smatra posebnom nekretninom i da se upisuje u poseban zemljišnoknjižni uložak, pravo građenja se može opteretiti npr. hipotekom i time finansirati gradnja. ZZK RS je anticipirajući uređenje ovog budućeg stvarnog prava definirao njegov sadržaj (pravo imati u vlasništvu građevinu na tuđem zemljištu), karakteristike (stvarno pravo koje je prenosivo i nasljeđivo), kao i način upisa (pravo građenja se smatra ograničenim stvarnim pravom koje se upisuje u C-listu opterećenog zemljišta, ali istovremeno i kao samostalna nekretnina za koju se po službenoj dužnosti otvara novi zemljišnoknjižni uložak).²⁹ ZSP RS ovdje nije donio suprotnu regulativu, ali je institut uredio detaljnije.

3.3. Novine u pogledu stjecanja prava vlasništva

U pogledu određenih mogućnosti stjecanja vlasništva ZSP RS unosi novine i to kako u pogledu stjecanja pokretnih stvari, tako i u pogledu stjecanja nepokretnih stvari, pri čemu je ovo posljednje bilo predmetom značajnih promjena.

3.3.1. Stjecanje od nevlasnika

Kod stjecanja pokretnih stvari najkrupnije promjene su se desile u pogledu stjecanja vlasništva od nevlasnika. Kod ovog instituta su dosljednije nego u ZOSPO-u preuzeta rješenja njemačkog prava, te je ovo mjesto gdje ZSP RS odstupa unekoliko od svog uzora. Identični su ostali zahtjevi u pogledu savjesnosti stjecatelja, mogućnosti ovakvog stjecanja samo na pokretnoj stvari i naplatnosti pravnog posla (čl. 111/4) ili, kraće rečeno, opće pretpostavke stjecanja od nevlasnika nisu se izmijenile, ali jesu posebne. Ranije je ZOSPO definirao tri moguće situacije u kojima je stjecanje dopušteno (od lica koje stvari stavlja u promet u okviru svoje redovne djelatnosti, na javnoj dražbi, i od lica kome je vlasnik povjerio stvar po nekom pravnom osnovu koji nije podoban za stjecanje prava vlasništva - čl. 31/1 ZOSPO). Time su dosadašnja rješenja značila recepciju rješenja kakva su postojala u Srpskom građanskom zakonu i Austrijskom građanskom zakoniku.³⁰ Stjecanje od nevlasnika bilo je ograničeno na tri moguće situacije, ali su bila izostavljena ograničenja koja su se ticala načina kako je vlasnik bio lišen posjeda stvari. Naime, nisu postojala ograničenja u slučaju da je stvar bila izgubljena ili ukradena odnosno da je bez volje vlasnika izašla iz njegovog posjeda. Po uzoru na njemačko pravo izričito je propisano, da stjecanje od nevlasnika nad takvim stvarima nije moguće, osim ako se radi o stjecanju gotovog novca, papira od

²⁷⁾ Čl. 30. ZZK RS. Navedeno je rješenje neposredno pred donošenje Zakona o stvarnim pravima izmijenjeno kako bi bilo usaglašeno sa tada važećim konceptom etažnog vlasništva (Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o zemljišnim knjigama, Službeni glasnik RS 119/98). Međutim mjesec dana kasnije doneseni Zakon o stvarnim pravima usvojio je rješenja u pogledu etažnog vlasništva koja su bila u suprotnosti sa rješenjima izmijenjenog ZZK RS.

²⁸⁾ Čl. 74. ZV BDBiH, čl. 286. st. 2. ZSP RS.

²⁹⁾ Čl. 29 ZZK FBiH/ZZK RS.

³⁰⁾ Vidjeti § 221. Srpskog građanskog zakonika i § 367. Austrijskog građanskog zakonika. Više o tome D. Stojanović/D. Pop-Georgijev, Komentar Zakona o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima, Beograd, 1980, str. 89-90.

vrijednosti koji glase na donosioca, ili bilo kojih stvari ali na javnoj prodaji (čl. 111/4). U austrijskom pravu, a sljedstveno tome su to dopuštala i ranija rješenja ZOSPO-a, bilo je moguće stjecanje od nevlasnika i na izgubljenim ili ukradenim stvarima bez ograničenja. Stjecanje izgubljenih ili ukradenih stvari bilo je moguće kod stjecanja od lica koje takve stvari stavlja u promet kao i kod stjecanja na javnoj prodaji. Po prirodi stvari to nije bilo moguće u trećoj zakonom predviđenoj situaciji, jer je tu vlasnik dobrovoljno predao stvar licu kojem je vjerovao.³¹

Kod stjecanja od nevlasnika novinu predstavlja i reguliranje pitanja sudbine stvarnih prava koja su postojala na stvari koja se steče od nevlasnika. Usvojen je princip besteretnog stjecanja, osim ako je stjecatelj znao za postojanje ograničenih stvarnih prava. U slučaju da su bila upisana u javni registar važi pretpostavka da je stjecatelj znao za ta stvarna prava i iz zakonske dikcije čak slijedi da se radi o neoborivoj pretpostavci (čl. 111/5. i 6.).

Novina je i uređenje stjecanja nalazom tuđe stvari i nalazom blaga (čl. 120. - 125.), jer ovo pitanje do sada nije bilo regulirano u pravu Republike Srpske (BiH ili bivše SFRJ).

3.3.2. Stjecanje prava vlasništva na nekretninama

Posebno su značajne novine u pogledu stjecanja vlasništva na nekretninama, kako na osnovu pravnog posla, tako i na osnovu zakona (npr. na novi je način uređen institut građenja na tuđem zemljištu). Kod stjecanja nekret-nina dolazi do preklapanja rješenja ovog zakona sa Zakonom o zemljišnim knjigama koji je takođe uredio ovo pitanje i to u pogledu načela upisa i zakonitog načina stjecanja prava na nekretninama.

Odredbom člana 33. ZOSPO primjena načela upisa izričito je bila ograničena samo na stjecanja na osnovu pravnog posla. Jedna od temeljnih novina koju je uveo ZZK RS ogledala se u tome da je određeno da upis u zemljišnu knjigu ima konstitutivno dejstvo u svim slučajevima stjecanja, osim na osnovu nasljeđivanja.³² Ova odredba u principu nije odredba proceduralnog zemljišnoknjižnog prava, već materijalnog stvarnog prava, te je ovakva radikalna izmjena nužno morala biti praćena izmjenama i drugih normi stvarnog prava. To se, međutim, godinama nakon donošenja Zakona o zemljišnim knjigama Republike Srpske nije desilo, tako da su pravila o stjecanju stvarnih prava sadržana u zemljišnoknjižnim propisima i propisima koji reguliraju stvarno pravo bili suprotni. U ZSP RS odgovarajuće norme o stjecanju stvarnih prava na nekretninama u osnovi su ostale identične rješenjima ranijeg ZOSPO-a.

To znači da se navedena diskrepanca između odredbi zemljišnoknjižnog i stvarnog prava u pogledu stjecanja stvarnih prava na nekretninama nije otklonila.

Ukoliko se stjecanje upisom u zemljišnu knjigu ograniči samo na situaciju stjecanja temeljem pravnog posla, logična konsekvencija jeste mogućnost stjecanja vlasništva bez upisa, vanknjižnim putem. Ukoliko se pravo vlasništva ili druga stvarna prava steču nasljeđivanjem, na osnovu odluke nadležnog organa ili na osnovu zakona, momenat stjecanja prava se ne podudara sa momentom upisa u zemljišnu knjigu. Tako se na osnovu nasljeđivanja prava steču momentom smrti ostavioca, na osnovu odluke nadležnog organa u momentu njene pravosnažnosti odnosno konačnosti, na osnovu zakona ispunjenjem zakonom propisanih pretpostavki. Eventualni naknadni upis nema konstitutivno dejstvo. ZSP RS određuje da lice koje je steklo pravo vlasništva na temelju nasljeđivanja, zakona ili odluke nadležnog organa ima pravo ishoditi upis u zemljišne knjige. Iz toga slijedi da su stjecanja bez upisa moguća, što je bila pozicija i ranijeg stvarnog prava, ali ne i važećeg zemljišnoknjižnog prava u Republici Srpskoj.

Novinu predstavlja i uređenje stjecanja predbilježbom (čl. 54.) kao i uređenje višestrukog stjecanja nekretnine pravnim poslom (čl. 57.). Predbilježba nije do implementacije propisa koji reguliraju notarijat imala nikakvu praktičnu ulogu (a bila je predviđena samo kao institut zemljišnoknjižnog prava). Uloga notara u pravnom prometu nekretnina revitalizirala je ulogu ovog instituta koji može značajno doprinijeti kako sigurnosti kupca, tako i sigurnosti prodavca, te ima veliku ulogu u pogledu sigurnosti transakcija nekretninama.³³

U pravu Republike Srpske do sada nije bila uređena situacija u kojoj je zemljišnoknjižni vlasnik višestruko otuđio nekretninu. Ovakva praksa je ranije u BiH bila veoma česta i dodatno je destabilizirala zemljišnu knjigu; djelatnost notara i upis predbilježbe će značajno reducirati ovakvu mogućnost u praksi. Ipak, zakonodavna rješenja u pogledu višestrukog otuđenja ne zaslužuju pozitivnu ocjenu, jer nije sasvim dosljedno provedena ideja da prednost uživa savjesno treće lice koje je prvo podnijelo zahtjev za upis u zemljišnu knjigu. Istovremeno je u odredbi koja regulira višestruko otuđenje predviđeno i pravno sredstvo za brisanje pogrešnog upisa. Samo zakonsko rješenje je takvo da će nužno otvoriti pitanje pravne prirode predviđene tužbe kao i njenog dejstva prema trećim savjesnim licima.

Jedna od veoma značajnih novina je i izričito reguliranje stjecanja prava vlasništva povjerenjem u zemljišnu knjigu. Iako je odstupljeno od strogog dejstva načela upisa i ponovo otvorena mogućnost vanknjižnog stjecanja vlasništva, treće savjesno lice je konsekventnije zaštićeno i ne može trpjeti štetne posljedice (čl. 55. i 56.); načelu

³¹) Vidjeti kod Koziol/Welser, Bürgerliches Recht, Band I, 12. Auflage, Wien, 2002., str. 299.

³²) Čl. 5. st. 1. Zakona o zemljišnim knjigama Federacije BiH (dalje i: ZZK FBiH), Službene novine Federacije BiH 58/02, 19/03; čl. 5. st. 1. Zakona o zemljišnim knjigama Republike Srpske (dalje i: ZZK RS), Službeni glasnik RS 74/02, 67/03.

³³) Više o predbilježbi kod M. Povlakić, Transformacija stvarnog prava u BiH, str. 85. i dalje.

pouzdanja u zemljišnu knjigu dat je veći značaj nego je to bio slučaj sa ranijim rješenjima. Lice koje je pravo steklo vanknjižno ipak ne može svoje pravo suprotstaviti pravu trećeg savjesnog lica koje je pouzdavajući se u zemljišnu knjigu izvršilo upis svog prava, odnosno čiji je zahtjev za upis podnesen prije zahtjeva lica koje je pravo već steklo, ali se nije upisalo u zemljišne knjige.³⁴ Zajedno sa odredbom prema kojoj se niko neće smatrati nesavjesnim samo zato što nije istraživao vanknjižno stanje,³⁵ ova će odredba sigurno doprinijeti većem poštovanju načela prvenstva i načela pouzdanja, nego je to bio slučaj u dosadašnjem pravu, te je tu moguće uočiti bitnu razliku u odnosu na ranije važeći sistem stjecanja stvarnih prava na nekretninama.

3.3.3. Stjecanje vlasništva građenjem na tuđem zemljištu

Građenje na tuđem zemljištu je nesumnjivo jedan vid priraštaja. Ako bi se primijenila opća pravila o priraštaju, onda bi zbog činjenice da se u novom stvarnom pravu zemljište tretira kao glavna stvar, a sve ono što je sa njim povezano kao sastavni dio zemljišta, proizlazi, da u slučaju građenja na tuđem zemljištu izgrađeni objekti pripadaju vlasniku zemljišta. Međutim, upravo kod građenja na tuđem zemljištu načelo *superficies solo cedit* ne dolazi u potpunosti do izražaja, te se čine određeni ustupci i može se desiti da vlasnik zemljišta ne postane i vlasnikom objekta. Ukratko bi se razlika između starih i novih rješenja sadržanih u članu 59. ZSP RS mogla sažeti u ocjeni, da je manji broj situacija u kojima se prednost daje graditelju.

Rješavajući odnose između vlasnika zemljišta i graditelja ZOSPO nije polazio od primarne zaštite vlasnika zemljišta na čijem se zemljištu intervenira, već je pravnu situaciju primarno razrješavao primjenom načela savjesnosti, a ne na osnovu garancije prava vlasništva i načela *superficies solo cedit* na osnovu kojih bi prednost trebalo dati vlasniku zemljišta. U određenim je situacijama ZOSPO bio velodušan prema graditelju i u principu je više štitio graditelja nego vlasnika zemljišta, bilo je čak moguće da u određenim situacijama nesavjestan graditelj stekne vlasništvo na zemljištu i objektu, što je ovaj institut činilo upitnim sa stanovišta kako ustavne tako i konvencijske garancije prava vlasništva. U situaciji da je graditelj nesavjestan, savjesni vlasnik zemljišta je imao pravo izbora - on je mogao zahtijevati rušenje objekta i vraćanje u prvobitno stanje, ili da mu graditelj isplati prometnu vrijednost zemljišta, ili da mu pripadne vlasništvo nad objektom uz isplatu. Sud je, međutim, mogao ograničiti pravo izbora vlasnika zemljišta, i ne dozvoliti rušenje izgrađenog objekta, ako njegovo rušenje, s obzirom na okolnosti slučaja (vrijednost objekta, ponašanje vlasnika zemljišta i graditelja za vrijeme izgrad-

nje i sl.), ne bi bilo opravdano.³⁶ Vlasnik zemljišta je bio slabije zaštićen u odnosu na graditelja i time što je na nizu mjesta zakonodavac ograničavao vremenski njegov izbor.

U Republici Srpskoj je ovaj institut pretrpio značajne promjene i principijelno štiti vlasnika zemljišta, što je izraženo odredbom da zgrada koju neko sagradi na tuđem zemljištu pripada vlasniku zemljišta, a mogućnost stjecanja građenjem na tuđem zemljištu se dopušta samo iznimno i to jedino u situaciji da vlasnik zemljišta nije bio savjestan (znao je za gradnju ali se tome nije usprotivio), a graditelj bio savjestan (nije znao niti mogao znati da gradi na tuđem zemljištu). Prema ZSP RS vlasnik zemljišta ima pravo tražiti predaju zemljišta i zgrade u posjed, uz obavezu da graditelju plati naknadu prema pravilima obligacionog prava. Navedena odredba je posljedica dejstva načela *superficies solo cedit*, ali kako je već rečeno, nije moguća samo primjena ovog načela u situaciji građenja na tuđem zemljištu, jer izgradnja zgrade nije običan priraštaj. Ako je graditelj pri tome nesavjestan, vlasnik zemljišta ima još dvije dodatne mogućnosti - da traži od graditelja da o svom trošku uspostavi prijašnje stanje, ili da otkupi zemljište po tržišnoj cijeni, pri čemu i u jednom i u drugom slučaju ima pravo na naknadu štete, što svjedoči o jačoj zaštiti vlasnika zemljišta. Njegovo pravo izbora, za razliku od ranijih rješenja, ničim nije ograničeno. Samo ako je graditelj savjestan (a kako će niže biti rečeno veoma je upitno koji to graditelj može biti savjestan), a vlasnik zemljišta nesavjestan, graditelj stiče izgrađeno zemljište, a vlasniku zemljišta pripada naknada.

Za razliku od ranijih rješenja, ZSP RS ne regulira situaciju stjecanja kada su obojica savjesni, gdje je u principu više štitio graditelja cijeneći vrijednost objekta prema vrijednosti zemljišta, stambene potrebe graditelja, ponaša nje u vrijeme izgradnje, pri čemu su se navedena rješenja, prema stanovištu doktrine, analogno primjenjivala i na situaciju kada su obojica nesavjesna. Navedene situacije nisu uopće više moguće. Ako je vlasnik zemljišta savjestan, irelevantno je da li je graditelj savjestan ili ne, jer je to situacija u kojoj je prednost data vlasniku, a ako je graditelj nesavjestan prema ZSP RS je irelevantno kakav je odnos prema činjenici gradnje na njegovom zemljištu imao graditelj; nesavjestan graditelj neće nikada moći postati vlasnik zemljišta i objekta.

Navedena rješenja zaslužuju pozitivnu ocjenu jer reduciraju ovu mogućnost stjecanja.³⁷ Dalju redukciju mora načiniti sudska praksa. Naime, savjesnost graditelja mora biti strožije promatrana, savjestan je samo onaj ko ne zna niti može znati da gradi na tuđem zemljištu, čime bi primjena navedenog instituta trebala biti bitno ograničena u slučaju bespravne gradnje.

Novinu osim toga predstavljaju i odredbe koje reguliraju građenje tuđim materijalom (čl. 60.), dogradnju,

³⁴) Čl. 52. st. 2. ZSP RS, čl. 52. st. 2. Radnog nacrtu ZSP FBiH.

³⁵) Čl. 55. st. 3. ZSP RS, čl. 55. st. 3. Radnog nacrtu ZSP FBiH.

³⁶) Čl. 28. st. 2. ZOVO, čl. 25. st. 2. ZOSPO.

³⁷) U Brčko Distriktu BiH nije uopće predviđena mogućnost stjecanja vlasništva građenjem na tuđem na zemljištu.

nadziđivanje, preuređenje i ulaganje (čl. 61.), koje slijede stavove izražene u sudskoj praksi prema kojima ove radnje nisu osnov stjecanja prava vlasništva, zatim odredbe o prekoračenju međe građenjem (čl. 62.), te odredbe o građenju na tuđem pravu građenja. Kod prekoračenja međe osnovni kriterij kod odlučivanja kako razriješiti odnose između graditelja i vlasnika zemljišta jeste savjesnost. Savjestan graditelj stiže zemljište uz obavezu naknade. Ako je graditelj nesavjestan pravo izbora pripada vlasniku zemljišta koji može optirati za dovođenje u pređašnje stanje, ili da mu graditelj otkupi zemljište. Ovo pitanje je riješeno drugačije nego institut građenja na tuđem zemljištu, s obzirom na to da je građenjem zahvaćena međa odnosno mala površina tuđeg zemljišta. Naravno, sudska praksa će morati izgraditi kriterije gdje prestaje prekoračenje međe i zahvat znači zahvat u cijelo zemljište. Kod građenja na tuđem pravu građenja dolazi do izražaja principijelni stav da je pravo građenja posebna nekretnina, te se titular prava građenja stavlja u isti položaj sa titularom vlasnika zemljišta na kojem se gradi. U slučaju građenja na zemljištu na kojem je ranije osnovano pravo građenja, vlasnik zemljišta nije u pravnom odnosu sa graditeljem, već samo titular prava građenja.

3.4. Založno pravo

Nekoliko je suštinskih izmjena vezanih za institut založnog prava. Ovdje je zakonodavac slijedio ideju koju je slijedio svojevremeno i hrvatski zakonodavac, i to da se založno pravo, gdje god je to moguće, posmatra kao jedinstven institut bez obzira na to da li se radi o založnim pravima na nekretninama ili na drugim objektima i bez obzira na to da li je založno pravo zasnovano na pravnom poslu, odluci nadležnog organa ili zakonu.³⁸ Tretiranje založnog prava kao jedinstvenog instituta ne ogleda se samo u činjenici da su sve tri vrste založnog prava regulirane jednim zakonom, dok je ranije ZOO regulirao pignus i založno pravo na pravima, a ZOSPO hipoteku, već i u tome da se stjecanje, principi, zaštita i prestanak prava generalno reguliraju za sve vrste založnog prava, s tim da se dopuštaju određeni izuzeci uvjetovani specifičnostima pojedinih objekata založnog prava.

Veoma značajna novina je obuhvat reguliranja. ZOO je detaljno regulirao pignus (čl. 966. - 988.) i založno pravo na pravima (čl. 989. - 996.), dok je hipoteka bila regulirana samo sa sedam članova (čl. 63. - 68. ZOSPO-a) koji već najmanje deceniju nisu mogli da udovolje zahtjevima koje je postavljala nova uloga hipoteke u tržišnim odnosima. U pogledu hipoteke je taj nedostatak nesumnjivo otklonjen. Posebno je za bankarsku praksu od značaja što je omogu-

ćeno zasnivanje maksimalne hipoteke (čl. 141. st. 2.), kao i mogućnost raspolaganja neizbrisanom hipotekom po prestanku osiguranog potraživanja i raspolaganja rangom hipoteke (čl. 181.), koje je preuzeto iz austrijskog prava. Navedena odstupanja od načela akcesornosti hipoteke se već dugo i željno očekuju u bankarskoj praksi, jer BiH spada u rijetke zemlje gdje je hipoteka potpuno akcesorna³⁹ i kao takva ne udovoljava zahtjevima moderne kreditne privrede.⁴⁰

ZSP RS predviđa samo klasično založno pravo na pokretnim stvarima koje nastaje prenosom posjeda, a vrši uputu na Okvirni zakon o zalozima koji regulira registriranu bezposjedovnu zalogu (čl. 144.). Nije za očekivati da će ručni zalog igrati veću ekonomsku ulogu, za razliku od registriranog zaloga u skladu sa Okvirnim zakonom o zalozima. ZSP RS na nekoliko mjesta pravi "link" prema OZZ-u. Tako ZSP RS definirajući savjesnost, predviđa da se prilikom stjecanja vlasništva ili drugog stvarnog prava na pokretnoj stvari savjesnim smatra samo ono lice koje nije znalo niti je moralo znati za postojanje opterećenja. Pri tome se uspostavlja zakonska pretpostavka, da se u slučaju upisa prava u javnom registru, poput npr. registra zaloga, znanje neoborivo pretpostavlja.⁴¹

Zakonske odredbe u pogledu pignusa su se trebale jezički osloniti više na rješenja ZOO, ali dijelom i sadržinski. Najkrupniji propust predstavlja regulisanje zalaganja prava, kome je u principu posvećena jedna odredba odnosno primjena pravila za zalaganje pokretnih stvari predviđa se i za prava. U pogledu na savremena i detaljna rješenja koja je sadržavao ZOO, nova rješenja ZSP RS ne predstavljaju korak naprijed. ZOO je u odredbama članova 989. - 995. sadržavao najmoderniju regulativu ovog pitanja, dok ABGB spada u krug zakona koji ovu instituciju nisu ni poznavali. Nova kodifikacija stvarnog prava kod reguliranja ovog privredno važnog pitanja zato predstavlja korak nazad u odnosu na pozitivnopravna rješenja koja su postojala u BiH; umjesto jedne moderne, razrađene regulative buduće stvarno pravo će sadržavati samo jednu odredbu koja određuje da se prava zalažu na način na koji se prenose. Pri tome je detaljnije regulirano samo zalaganje vrijednosnih papira, koje je u pravu BiH na drugi način već uređeno posebnim zakonima (u pitanju su zakoni koji reguliraju mjenicu, papire od vrijednosti itd.).⁴²

³⁸) N. Gavella, *Kreditsicherung durch Rechte an Liegenschaften in Kroatien*, u: U. Drobnig et al. (Hrsg.), *Systemtransformation in Mittel- und Osteuropa und Ihre Folgen für Banken, Börsen und Kreditsicherheiten*, Tübingen, 1998., str. 333.

³⁹) M. Povlakić *Grundschild in BiH u: Otmar M. Stöcker (Red.), Flexibilität der Grundpfandrechte in Europa I, Schriftenreihe des Verbandes deutscher Pfandbriefbanken, Band 23, Berlin, 2006, str. 39.*

⁴⁰) D. Softić, *Akcesornost hipoteke kao prepreka pri primjeni modernih tehnika finansiranja, Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, br. 6, Mostar 2008., str. 622. i dalje.

⁴¹) Čl. 10. st. 4, čl. 11. st. 4., čl. 111. st. 6. ZSP RS.

⁴²) Čl. 150. ZSP RS.

4. Zaključak

Osnovna ocjena vezana za ZSP RS je pozitivna - Republika Srpska je prvi put dobila cjelovitu kodifikaciju stvarnog prava. U ovom slučaju čak i kvantitet znači kvalitet, jer govori o novom značaju privatnopravnog uređenja koje više nije marginalizirano, već zauzima centralno mjesto u pravnom poretku. U principu pozitivno treba ocijeniti i to, da stvarno pravo znači povratak pravnoj tradiciji. Kada se ima u vidu vlasničko i uopće stvarnopravno uređenje prije Drugog svjetskog rata na teritoriji Bosne i Hercegovine, pedesetogodišnje socijalističko iskustvo, reforme u Republici Srpskoj i Brčko Distriktu BiH, kao i pravac budućih reformi stvarnog prava u Federaciji BiH, može se zaključiti da razvoj stvarnog prava u BiH ne obilježava ravna već kružna linija i da se buduće stvarno pravo vraća na ishodište - stvarnopravno uređenje na temeljima austrijskog prava. Vrlo je moguće da je sudija obrazovan u Osmanskom carstvu svojevremeno početak primjene Austrijskog građanskog zakonika doživio kao neprimjerenu novotariju suprotnu pravnoj tradiciji, ali za nešto više od vijeka primjene ta su uređenja postala bliska "narodnom duhu", koji često sada prisutne utjecaje angloameričkog prava doživljava kao pravne iritante.⁴³

Kako je AGZ uprkos svim naknadnim izmjenama jedna od najstarijih evropskih kodifikacija na određenim mjestima je odstupljeno od izvornika i prihvatana su druga modernija rješenja (npr. zadržana je objektivistička koncepcija posjeda uvedena u pravni poredak bivše SFRJ 1980. godine). Velika je šteta što u Republici Srpskoj nije prihvaćen zemljišni dug. Etažno vlasništvo u austrijskom pravu je regulirano posebnim zakonom donesenim sredinom XX vijeka, ali je opet velika šteta što je regulirano po rješenjima koja su postojala prije reforme etažnog vlasništva u Austriji 2002. godine. Ipak, najveći je propust učinjen što je odstupljeno od sistema stjecanja stvarnih prava uspostavljenih Zakonom o zemljišnim knjigama Republike Srpske. Neovisno od pitanja koje je rješenje bolje, dvije radikalne promjene osnovnih načela stjecanja prava vlasništva u kraćem vremenskom periodu, niti doprinose pravnoj sigurnosti, niti izgradnji pravnog poretka.

O problemu preuzimanja stranih pravnih instituta i njihove transplantacije u drugi pravni poredak G. Teubner, *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences*, *The Modern Law Review*, Vol. 61, 1998, str. 14. i dalje; G. M. Rehm, *Rechtstransplantate als Instrument der Rechtsreform und -transformation*, *RechtsZ* 72 (2008), str. 4-13.

*Lex est quod notamus*¹

O uvođenju latinskog Notarijata u tranzicijskim zemljama Istočne i Jugoistočne Evrope

Christian Seger, Waldmünchen²

I. (Ponovno) uvođenje latinskog notarijata u Jugoistočnoj Evropi

1. Društvo u promjenama - pravni sistemi u promjenama

Kraj hladnog rata i društvene promjene koje su potom uslijedile, doveli su do mnoštva preokreta u zemljama Istočne i Jugoistočne Evrope. Ove promjene u društvenim uređenjima najčešće su dovodile do drastičnih promjena u pravnim sistemima. Na mjesto više ili manje socijalistički obilježenih vlasničkih i društvenih sistema stupila je slobodna tržišna ekonomija.³ Za slobodnu razmjenu roba i usluga su dosadašnji socijalistički obilježeni pravni i vlasnički sistemi postali neupotrebljivi. Štaviše, slobodna tržišna ekonomija zahtijevala je brze izmjene pravnih okvirnih uslova.

2. Borba pravnih kultura?

Kod stvaranja novih zakona iz oblasti građanskog i privrednog prava mnoge zemlje su ponovno posegle za institutima i pravnim principima koji su u tim zemljama bili poznati već u prošlosti (prije svjetskih ratova), ili su te institute recipirale iz različitih zemalja i prilagodile ih vlastitim potrebama. Pored donošenja odluka o pojedinačnim pitanjima kao što su strukturiranje privrednih društava kao npr. društava sa ograničenom odgovornošću, dioničkih društava, sloboda izbora i bavljenja privrednim djelatnostima, prijenos nekretnina, prestanak (ukidanje) posebnog tretmana državne imovine itd., često je bilo potrebno donositi složene odluke o temeljnim sistemskim pitanjima.

Da li pravno uređenje (ponovo) uključiti u sistem kontinentalno-evropskog prava, ili se okrenuti anglo-američkom pravnom sistemu (*common law*)?⁴

¹ Na bosanskom jeziku to znači: "Pravo je ono što zapišemo". Ova latinska rečenica je moto UINL-a, Internacionalnog udruženja latinskog notarijata (www.uinl.org) i opisuje plastično ulogu notara koji aktivno učestvuje u oblikovanju ugovora u okviru preventivne pravne zaštite.

² Autor je trenutno notar u Waldmünchen (Bavarska) i bio je jedan od direktora Njemačkog udruženja notara u Berlinu.

³ Da li je "slobodna" tržišna ekonomija sada *non plus ultra* za društvena uređenja, naravno time nije rečeno: ključne riječi koje govore protiv toga su "Finansijaka kriza", "Lehman-brothers", itd.

⁴ U vezi sa konkurencijom pravnih uređenja vidi Schmitz-Vornmoor u *Notar* 2009, 4ff.

Vidi takođe www.law-made-in-germany.de u vezi sa prednostima kontinentalnog evropskog prava.

Pritom se može čak govoriti o određenoj globalnoj borbi pravnih kultura, u kojoj je svaka strana uvjerena da je za sebe zakupila najbolje strukture i pravne principe. Razlike između kontinentalno-evropskog pravnog sistema (u koji se na kraju krajeva mogu svrstati i zemlje kao što su Japan, mnoge južnoameričke države, Kina itd.) i *common law-a*, su pritom Legion. Precedentno pravo (*case-law*) stoji nasuprot kodificiranom zakonskom pravu: najšira deregulacija i povjerenje u konkurenciju stoji nasuprot vjerovanju u potrebu pravnog okvira koji bi uređivao tržište. Tako pravna tradicija *common law-a* načelno prepušta (pravnu) prevenciju individualnoj odluci. Da li će se prilikom osnivanja nekog društva sa ograničenom odgovornošću ili prilikom kupovine neke nekretnine poslužiti savjetodavnim uslugama i od strane koga, odlučuje načelno svaki građanin na vlastitu odgovornost. Ovo pitanje time *common law* prepušta tržištu pravnih usluga. Ovaj sistem polazi od toga da pojedinac samostalno može prosuditi, da li je u njegovom konkretnom slučaju pravna prevencija od veće koristi nego odricanje od te prevencije, sa svim rizicima koji iz toga proizlaze. Intervencije države na slobodnom tržištu, koje bi išle u pravcu preventivnog pravnog savjetovanja i oblikovanja, načelno se ne smatraju potrebnim, ili se čak odbijaju kao napadi na privatnu autonomiju i prava i slobode građana.

Kontinentalno-evropski koncept preventivnog prava - suđa nasuprot tome ima manje snažno povjerenje u snage tog tržišta. Država obavezuje građane i preduzeća da kod određenih pravnih poslova moraju koristiti prevenciju, na taj način što propisuje preventivnu pravnu kontrolu od strane nositelja službe, kojeg postavlja država (bilo da je to notar, bilo da je to sud, bilo da je to neki organ uprave). Da li se u tome želi vidjeti intervencija na tržištu koju je potrebno opravdati, ili se državno preventivno pravosuđe uopšte ne podvodi pod to tržište, svakako jako zavisi od date polazne tačke.⁵

U širem smislu u ovoj divergenciji se može prepoznati temeljna kulturološka razlika između naprimjer Njemačke i SAD koja počinje kod preventivnog državnog pravosuđa i zaokružuje se u državnom zdravstvenom, penzionom osiguranju i osiguranju osoba sa posebnim potrebama. Ovo bi se moglo nazvati i utakmicom između socijalne tržišne ekonomije i gesla "svako je kovač svoje sreće".

Borba pravnih kultura pritom je već izgledala da je odlučena (u najmanju ruku na globalnoj ravni) u korist *common law-a*, što je zavisilo naročito od ekonomske moći i agresivnog nastupa odgovarajućih igrača (US-Aid, velike

međunarodne kancelarije), koji su pokušali u prvi plan izvući prividne prednosti *common law-a*.

Upravo svuda prisutna svjetska finansijska kriza i zakazivanje svih mogućih sistema nadzora u bankarskom sektoru SAD i Britanije kao i sektoru nekretnina dovode u međuvremenu do izvjesne promjene mišljenja. Ne mogavši ili ne želeći ovdje izvršiti konačno vrednovanje, mislim da smijem tvrditi, da se čisti tržišni model danas mora gledati veoma kritički. Očigledno se milioni vlasnika kuća u USA nisu dali nezavisno pravno savjetovati - a ko bi ih i savjetovao?

3. Preventivno pravosuđe - posebnosti

Jedan od obilježavajućih (markantnih) suštinskih elemenata kontinentalno-evropskog pravnog sistema jeste već spomenuto preventivno pravosuđe, o čemu će u narednom dijelu teksta biti riječ. Preventivno pravosuđe kao državna zadaća, naročito oslikava prethodno spomenute temeljne ideje.⁶

Pritom kontinentalno-evropsko pravo pod preventivnim pravosuđem podrazumijeva drugi stub sudova, organa vlasti ili javnih nositelja službe, koji djeluju isključivo preventivno. Određeni pravni poslovi trebaju prije zaključenja da budu provjereni i odobreni od strane određenog organa javne vlasti u cilju potpunog izbjegavanja kasnijih sporova, a ako bi do njih ipak došlo bitno je da se mogu predočiti isprave moćne dokazne snage. Na ovaj način se unapređuju pravna sigurnost i sigurnost transakcija. Tome dalje doprinosi i postojanje javnih registara kao što su trgovački registar i zemljišna knjiga u koje se na osnovu dejstva načela javnog povjerenja svako može pouzdati.⁷

Preventivno pravosuđe može biti ubjedljivo i u makro-ekonomskom smislu, ako recimo putem funkcionalnog trgovačkog registra otpadaju skupa pravna mišljenja advokata, kako bi ovi ustanovili ko je titular nekog udjela u društvu. Tako stvaranje jasne slike o vlasništvu udjela u nekom američkom društvu sa ograničenom odgovornošću (*LLC - limited liability company*), može brzo progutati više hiljada dolara advokatskih troškova, ako se saberu naplativi sati prilikom provjere ugovora dugih stotinama stranica. Nasuprot tome provjera, ko je imalac određenog udjela nekog njemačkog društva sa ograničenom odgovornošću (*GmbH - Gesellschaft mit beschränkter Haftung*) košta samo € 4.50 za pristup i štampanje liste članova društva iz elektronskog trgovačkog registra. Pošto ustupanje takvog jednog udjela zahtijeva notarski obrađenu ispravu, svako može da se pouzda u tu listu. Isto vrijedi i u prometu nekretnina. Pouzdana zemljišna knjiga koja funkcioniše na

⁵ Tako kontinentalno-evropski pravni sistemi polaze od toga da zadaci notara imaju obilježja javne službe i državnog suvereniteta i da prema tome "tržište" za sačinjavanje javnih isprava za kupoprodaje nekretnina ne postoji. Uporedi za Njemačku stalnu sudsku praksu Saveznog ustavnog suda [*BverfG*], Odluka od 19. 8. 2008, Az. 1 BvR 623/08, DNotZ 2009, 792.

⁶ Vidi npr. umjesto mnogih *Schmitz-Vornmoor / Kordel* "Vorsorge durch den Notar, Vertragsfreiheit und Verhaltensökonomik" Notar 1/ 2009, 3 ff. ["*Preventiva putem notara, ugovorna sloboda i ekonomika ponašanja*"].

⁷ Tako *Reithmann*, *Vorsorgende Rechtspflege*, § 1 Rn. 5. ["*Preventivno pravosuđe*"]

principu javnog povjerenja ušteđuje skupe "due diligence" procjene, kad se mora razjasniti, kakva opterećenja postoje na nekoj nekretnini. I ovdje notarski obrađena isprava garantuje dokaznu snagu svih prethodnih upisa.

Akteri preventivnog pravosuđa su u Njemačkoj notari kao i sudovi vanparničnom sudovanju. To su prije svega predmeti u vezi sa zemljišnom knjigom i trgovačkim registrom, ostavinski predmeti i slično.⁸

Notar u Njemačkoj pri tom stoji u tradiciji takozvanog "latinskog notarijata" (pogledaj u vezi s ovim odmah dolje II.). Notar "latinskog obilježja" je visokokvalifikovani pravnik,⁹ koji nije postavljen kao službenik, ali koji prema § 1 Saveznog zakona o notarima (BNotO - *Bundesnotarordnung*) obavlja jednu "posebnu javnu službu".¹⁰ Pri tom pojam "latinski" notar ima vrlo malo veze sa pojmom "notary public" iz *common law-a*. Tako je "notary public" ovlašten samo da vrši ovjere, međutim ne može i ne smije pravno savjetovati ili sačinjavati pravne poslove.¹¹

4. Latinski notarijat u tranzicijskim zemljama Istočne i Jugoistočne Evrope

Mnoge zemlje su nakon pada željezne zavjese (ponovo) uvele institut latinskog notarijata. Djelimično su se pritom nadovezale na tradiciju, koja je postojala još iz vremena Austro-Ugarske monarhije ili iz napoleonovih dana. Navest ćemo od tih zemalja samo neke kao Poljsku, baltičke države, Češku, Slovačku, ali i Rusiju i Ukrajinu itd. Na području bivše Jugoslavije ulogu predvodnika je igrala primjerice Hrvatska. Tu danas postoji jedna gotovo dvadesetogodišnja istorija notarijata.

U vrijeme hladnog rata i željezne zavjese sve ove zemlje su (gotovo u pravilu) imale isključivo državni notarijat sa postavljenim notarima kao službenicima. Državni notari su, međutim, u društvenom uređenju sa socijalističkim obilježjima imali malo zadataka. Ključni zadatak notara latinskog tipa (u vezi s tim vidi dolje II) su transakcije nekretnina, radnje u vezi sa pravom privrednih društava, kao što su osnivanja preduzeća i njihovo strukturiranje, kao i nasljedno i porodično pravo. Sve ove pravne oblasti su u socijalističkom društvenom uređenju imale samo podređenu ulogu.

5. Situacija u Bosni i Hercegovini

U Federaciji BiH kao i Republici Srpskoj uvođenje "latinskog notarijata" se desilo tek prije nekoliko godina. U Federaciji BiH trenutno radi ca. 188 notara koji su u službi od 2007. godine, a u Republici Srpskoj službuju nekih 57 notara od 2008. godine. U Distriktu Brčko ne postoji

posebna, vlastita notarska komora. Štaviše, notari koji tamo službuju mogu se priključiti jednoj od dvije entitetske notarske komore.

Savjetovanja oko donošenja zakona o notarima su pri tom započela već 2002. godine. Nakon uvođenja notarijata su njegovo etabliranje u zemlji, putem seminara i slanja stručnjaka, podupirali GTZ,¹² IRZ-fondacija¹³ kao i Njemačko udruženje notara.

Zakoni o notarima koji su potom stupili na snagu se sadržajno orijentišu prema međunarodnim uzorima, posebno prema njemačkom Saveznom zakonu o notarima (BNotO) i njemačkom Zakonu o notarskoj obradi isprava (BeurkG - *Beurkundungsgesetz*).

II. Latinski notarijat - pregled

Ako se ima u vidu koliko malo vremena je prošlo od uvođenja notarijata u Federaciji BiH i Republici Srpskoj, nije nikakvo čudo što među stanovništvom, ali i među kolegama pravnicima, postoje još mnogi nesporazumi i pogrešne predodžbe o smislu i svrsi notarijata kao i o vršenju službe notara. Neke od ovih pogrešnih predodžbi želim u narednom dijelu teksta otkloniti.

1. Rasprostranjenost, ključna struktura i istorija

Nerijetko se može čuti da se sa notarijatom uveo sistem koji je veoma malo rasprostranjen ili da se čak kao takav pojavljuje samo u jednoj njemačkoj pokrajini.

a) Rasprostranjenost

Oboje je potpuno netačno. Latinski notarijat je rasprostranjen diljem cijelog svijeta,¹⁴ samo Sjeverna Amerika u tome čini veliki izuzetak. Tu postoje notari našeg shvatanja isključivo u pojedinim savezima SAD (Florida, djelimično Novi Meksiko, djelimično Kalifornija) i u kanadskoj provinciji Kvebek, koja se ne samo u jeziku nego i u pravnoj kulturi drži svojih francuskih korijena. Ako se uračuna i NR Kina, onda negdje oko četiri milijarde ljudi živi u pravnom sistemu koji poznaje latinski notarijat.

Pritom u preko sedamdeset zemalja članica UINL zanimanje notara naravno i nije stoprocentno ustrojeno na isti način. Naprimjer notar u Francuskoj naplaćuje i porez na promet nekretnina, što u Njemačkoj obavlja poreski ured. Tako notar u Austriji završava nesporne nasljedne predmete, što npr. u mnogim drugim zemljama leži u nadležnosti sudova. Međutim sve države sa latinskim notarijatom imaju izvjesne ključne strukture kao zajednički element.

⁸⁾ Vidi npr. Preuß "Der Notar als Außenstelle der Justiz" DNotZ 2008, 258 ff. ["Notar kao podružnica pravosuđa"].

⁹⁾ Uz svu skromnost neka bude dozvoljena napomena, da u Njemačkoj samo najbolji pravnici jednog godišta/generacije imaju mogućnost da postanu notari.

¹⁰⁾ Vidi Bracker-Schippel, BNotO, 8. izdanje, § 1 Rn. 5 ff.

¹¹⁾ Vidi http://en.wikipedia.org/wiki/Notary_public.

¹²⁾ Deutsche Gesellschaft für technische Zusammenarbeit GmbH (Društvo za tehničku saradnju d.o.o.).

¹³⁾ Deutsche Stiftung für Internationale Rechtliche Zusammenarbeit e. V. (Njemačka fondacija za internacionalnu pravnu saradnju).

¹⁴⁾ Vidi www.uinl.org za kartu svijeta sa pojedinim zemljama.

b) Ključne strukture

Notari su, prema tome, nezavisni nosioci službe koji istovremeno vrše javnu vlast.¹⁵ U Njemačkoj se notar shvata kao državno vezan poziv, za koga osnovne slobode vrijede samo ograničeno.

Notari su nezavisni i nepristrasni savjetnici svih učesnika u nekom pravnom poslu. Notar vodi (usmjerava) naprimjer transakciju nekretnine kao neutralni i od svih strana nezavisan treći.

Njega imenuje država u jednom pravno formaliziranom postupku (u pravilu na bazi izbora po principu najboljeg od najboljih) i notar je u mnogim pitanjima blizak sudiji, kao što su disciplinsko pravo, nezavisnost itd.¹⁶

Nadalje, notar za greške i povrede obaveza odgovara strankama lično sa svojom ukupnom imovinom.¹⁷ Ova odgovornost se ne može ograničiti čak ni sporazumom. Drugačije nego recimo kod posrednika kredita i investicionih bankara, notar stoga lično mora da snosi rizike koji proizlaze iz njegove djelatnosti. Ovo predstavlja pravilne stimulanse, tako da normalna poduzetnička težnja za ostvarenjem dobiti u pravilu ne prelazi u pohlepu.

Notari sačinjavaju isprave o pravnim poslovima i time generišu javne isprave sa povećanom dokaznom snagom, koje redovno služe i kao izvršni naslov.

Konačno, provjera potrebe za notarskim uslugama utvrđuje/određuje broj notarskih mjesta, pošto prema sistemskoj odluci njemačkog zakonodavca notari ne treba da budu organizovani na tržišnoj osnovi, nego isključivo potrebe uređenog pravosuđa određuju koliko će notara biti u pojedinoj saveznoj pokrajini.¹⁸ Ovo garantuje nezavisnost notara i geografski ravnomjerno pokrivenu opskrbu stanovništva notarskim službenim radnjama. Obaveza da se obezbijedi prostorna pokrivenost notarskim službenim radnjama za državu proizlazi kao logična posljedica iz činjenice da država u materijalnom pravu predviđa različite poslove, za koje je obavezna notarska obrada.¹⁹

c) Istorija - kratak presjek

Naziv "latinski notarijat" pritom nije nastao proizvoljno. Ako se hoće biti precizan, notarijat se može pratiti unazad sve do *Tabelliona* rimskog carskog doba, koji su kao privatne osobe na osnovu državno dodijeljenog ovlaštenja sačinjavali isprave o određenim pravnim poslovima uz naplatu odgovarajućih pristojbi. U Francuskoj je Karlo Veliki naredio da se u kotarima Carstva ima postaviti dovoljno notara, koji bi na način *Tabelliona* na kraju isprave dodavali svoj potpis (*Signet*) kao znak prepoznavanja. Malo

pomalo se etablirao pojam *Notar* za poimanje svih poslova sačinjavanja javnih isprava. Nauka o umijeću notarijata ušla je na italijanske univerzitete, naročito onaj u Bolonji. Značajni postglosatori pisali su u 11. i 12. stoljeću naučne radove o notarijatu.²⁰

U Njemačkoj je Carski zakon o notarijatu, usvojen 1512. na njemačkom i latinskom jeziku na zasjedanju Reichstaga u Koln-u pod vladavinom cara Maximiliana I, markirao važnu prekretnicu u istoriji notarijata. U četiri dijela Zakona koji je obuhvatao 46 članova sačinjeni su principi, koje notari imaju poštovati u svome poslu. Još i danas se takva načela nalaze u BNotO i u BeurkG, kao recimo, da notar ne može sam sebi postaviti zamjenika (zastupnika) ili da notar ne smije izvršiti sačinjavanje notarske isprave u nekoj vlastitoj stvari.

Carski zakon o notarijatu doduše nije još dugo bio kraj tog razvoja. Prije svega Pruska je započela sa samostalnim uređenjem svog sistema notarijata. Procesni zakon koji je usvojen 26. aprila 1781. u Pruskoj čak je u potpunosti ukinuo notarijat kao slobodno zanimanje i prenio je njegove zadatke na državnog službenika, takozvanog pravosudnog komesara.²¹ Isto se desilo i advokatima koji su radili u slobodnom zanimanju, koje su zamijenili službenici - tzv. *Assistenzrate* - pomoćnici savjetnici. Dakle, notar je postao službenik pravosuđa, a advokat službenik. U vremenu koje je uslijedilo obje ove službe su objedinjene. Ova regulativa je bila čas rođenja tzv. "*Anwaltsnotar*" - advokata - notara.

Ovaj hibrid od notara i advokata zahvaljuje svoj nastanak samo jednoj istorijskoj slučajnosti i sam po sebi je stran sistemu. Njegov nastanak se da objasniti samo time, da je u Pruskoj u to doba i advokat bio službenik, tako da je on mogao preuzeti nadležnosti notara sa obilježjima državnog suvereniteta. Sa prelaskom advokata u pružaoca pravnih usluga u slobodnom zanimanju, ovakvu mješavinu danas ne opravdava više ništa, a i u Njemačkoj je danas advokatski notarijat ograničen na one regione, koji su istorijski povezani sa ranijom Pruskom. Pojedine od tih njemačkih saveznih pokrajina razmišljaju u međuvremenu o prelasku na institut notara kome je to jedino zanimanje. Međutim, razumljiv interes za održanje postojećeg stanja postavljenih advokata - notara se tome višestruko suprotstavlja.

U svim drugim zemljama latinskog notarijata ne postoji ova pomiješanost između advokata i notara. Zemlje u svijetu koje je obilježio Code Napoleon (bilo da su u Evropi, Africi ili Južnoj Americi) mogu pokazati kontinuiranu tradiciju notarijata koja počinje najkasnije sa 19. stoljećem, a ta tradicija obuhvata upravo gore naznačene ključne strukture.

¹⁵⁾ Uporedi između ostalog *Bracker-Schippel*, BNotO, 8. izdanje, § 1 Rn. 11 ff BVerfGE 17, 371.

¹⁶⁾ BVerfGE 73, 280.

¹⁷⁾ Vidi § 19 BNotO.

¹⁸⁾ Umjesto mnogih vidjeti kod *Bracker-Schippel*, BNotO, 8. izdanje, § 4 Rn. 3 ff.

¹⁹⁾ BGHZ 67, 348 = DNotZ 1977, 180.

²⁰⁾ Mnoštvo bibliografskih podataka se može naći na www.notariatsgeschichte.de.

²¹⁾ Slično se desilo u Bavarskoj, gdje su zadaci notara za period od nekih 100 godina unazad bili preneseni na sudije.

2. Funkcije notarske obrade isprava

Sličan broj pogrešnih predstava, kao i o porijeklu i rasprostranjenosti notarijata, postoji i o funkciji notarske obrade isprava.

Notari su, za razliku od npr. advokata, nosioci javne službe.²² Stoga se notarijat označava kao osamostaljeni dio vanparničnog sudstva, to jest dio koji se izdvojio iz aparata državne vlasti.²³ Učešće notara u naprijed navedenim oblastima vanparničnog sudstva odvija se najčešće u uvodnoj fazi. Njihov glavni zadatak je sačinjavanje notarskih isprava o pravnim radnjama. U to spada notarska obrada isprava o pravnim poslovima uključujući i raspolaganja u slučaju smrti, sačinjavanje isprava o činjeničnim radnjama, te ovjeravanje potpisa i rukoznaka.

a) Notarska isprava kao dokazno sredstvo

Isprave notara su javne isprave, isto kao isprave organa vlasti i sudova.²⁴ Njima je u državnim i sudskim postupcima priznata posebna dokazna snaga. Javna notarska isprava zasniva puni dokaz o činjenicama koje su u njima posvjedočene. Sudija dakle smije posumnjati u njihov sadržaj samo ako je dokazano da ta isprava predstavlja falsifikat. Sudu je, međutim, zabranjeno slobodno vrednovanje njene dokazne snage.²⁵ Javna isprava stoga u sistemima građanskog prava koji počivaju na kontinentalno-evropskom pravnom uređenju predstavlja primarno dokazno sredstvo.

Ostala dokazna sredstva, kao recimo iskazi svjedoka, zahtijevaju uvijek materijalno vrednovanje tog iskaza i vjerodostojnosti svjedoka od strane sudije.

Isprava, a naročito javna isprava notara, predstavlja za sudiju najsigurnije dokazno sredstvo. To naravno ne znači da bi vjerodostojnost svjedoka trebala načelno biti sumnjiva. Štaviše, nedostatnost čovječijeg pamćenja je ono što umanjuje vrijednost dokaza putem svjedoka.²⁶

b) Notar i registri

Iz navedenih razloga su u mnogim propisima o vanparničnom postupku za određene sudske radnje prinudno propisane notarske isprave. To vrijedi naročito za javne knjige i registre, npr. zemljišnu knjigu i trgovačke registre, kojima se u zemljama kontinentalno-evropske pravne tradicije pridaje centralni značaj.

U zemljišnim knjigama su zapisani svi relevantni pravni odnosi na nekretninama/zemljištu i - ukoliko i oni mogu pored zemljišta biti predmet posebnih prava - na zgradama i stanovima. U trgovačkim registrima su dokumentovani za trgovačke i druge poslovne partnere važni pravni odnosi

trgovaca i preduzeća.

Ove registre u Saveznoj Republici Njemačkoj i u brojnim drugim državama vode sudovi, a ne upravni organi vlasti ili npr. industrijske i trgovačke komore. To se obrazlaže time što se upisi i tamo dokumentovani pravni odnosi smatraju elementom garantovanja osnovnih prava priznatih ustavom, naročito prava vlasništva.²⁷ U tom smislu se govori o javnom povjerenju u upise u registrima. Stoga upise treba da realizuju nezavisne sudije i specijalizirani pravosudni personal. Pravo građanina na poduzimanje ispravnog (tačnog) upisa i otklanjanje pogrešnih upisa se ima provesti u sudskim žalbenim postupcima.

Međutim, isto tako važno za funkcionalnost registara je zajedničko djelovanje notara i registarskog suda: formalno registarsko pravo i procesno pravo zahtijeva za većinu upisa notarsku ovjeru podnesenih zahtjeva ili notarsku obradu izjava stranaka, koje ove prilažu kao obrazloženje tih zahtjeva. Uključivanje notara kao specijaliste koji je naročito kvalifikovan i za registarski promet, koji je nezavisan i nije podređen interesima stranaka, ima za svrhu da već i zahtjevi koji se podnose za upis u spomenute registre budu stručno i tačno ispunjeni i da su dokumenti koji se prilažu uz zahtjev potpuni. Kad bi država uspostavila registre, koji su doduše javni, ali koji bi dopuštali općenito svakom građaninu i svim zainteresovanim zanimanjima i preduzećima podnošenje zahtjeva, bez uključivanja notara, tada ona uopšte ne bi bila u stanju, ili bi to bila samo uz ekstremno velik utrošak vremena za provjere i uz angažovanje velikog broja personala (te uz odgovarajuće dugo trajanje postupka upisa), da garantuje javno povjerenje i tačnost upisa u registru.

c) Ostala polja djelovanja notara

Kod nasljednih stvari klasično polje djelovanja notara se nalazi u sačinjavanju isprava o raspolaganjima po osnovu izjava posljednje volje, dakle testamena i nasljednih ugovora. Kod testamenta je doduše prema njemačkom pravu važeća forma postignuta i u vidu privatnog pismenog dokumenta, to znači testamenta napisanog svojeručno od strane ostavioca.²⁸ Međutim, praksa je pokazala da sačinjavanje izjava posljednje volje od strane nepravnik može otvoriti velike probleme i u mnogim slučajevima vodi do toga da posljednja volja ostavioca ne može biti provedena.²⁹

Osim toga, u nasljednom pravu se nalaze i drugi propisi o sačinjavanju javnih isprava i ovjerama, tako da se notar uključuje takođe i u stvarima koje se ne odnose na sačinjavanje isprava o raspolaganju na osnovu izjava posljednje volje. Kao primjer se može navesti odbijanje nasljedstva ili

²²) Uporedi *Bracker-Schippel*, BNotO, 8. Izdanje, § 1 Rn. 11 ff; BVerfGE 17, 371.

²³) Uporedi *Preuß* "Der Notar als Außenstelle der Justiz", DNotZ 2008, 258 ff.

²⁴) Uporedi § 415 ZPO [Njemački Građanski procesni red/zakon].

²⁵) Uporedi *Thomas / Putzo*, ZPO, § 415 Rn. 3.

²⁶) Uporedi *Thomas / Putzo*, ZPO, § 415 Rn. 7.

²⁷) Uporedi *Demharter*, GBO, § 29 Rn. 1 ff.

²⁸) § 2247 BGB [Njemački građanski zakonik].

²⁹) Aktuelne statistike njemačkog Saveznog ministarstva pravde polaze od toga, da negdje oko polovine privatnih pismeno sačinjenih testamena sadržavaju greške. O privatnim pismenim testamentima vodi se tri puta više sporova nego o notarski obrađenim testamentima, uporedi www.bmj.bund.de.

odustajanje nosioca prava na nužni nasljedni dio od svog nužnog dijela ili odricanje od cjelokupnog prava nasljeđivanja.

U porodičnom pravu notar djeluje kao "sudija u predvorju", ako se recimo radi o o tome da se u okviru sporazumnog razvoda braka prije sudskog brakorazvodnog postupka izvrši imovinska podjela među strankama. Takođe i ovo doprinosi uštedi resursa kod pravosuđa i ubrza sudski postupak. Ako se npr. poravnanje očekivanih prava za doba starosti izvrši prije razvoda sporazumno kod notara, tad se taj brakorazvodni postupak može ubrzati za čitavu godinu dana.

U pravu privrednih društava uključivanje notara obezbjeđuje ponajprije transparentnost npr. o odnosima udjela u nekom društvu kapitala ili u vezi sa ovlaštenjem za zastupanje. Ovo stvara sigurnost u pravnom prometu i doprinosi sprečavanju pranja novca i finansiranja terorizma. Nije nikakvo čudo da većina fiktivnih firmi koje funkcionišu preko tzv. poštanskog sandučeta, bivaju registrovane u zemljama koje upravo ne predviđaju nikakvu kontrolu prilikom osnivanja i upravljanja društava kapitala.³⁰

d) Poučavanje i savjetovanje

Ovlaštenje notara da sačinjava javne isprave korespondira, prema njemačkom razumijevanju, sa sveobuhvatnom funkcijom podrške i poučavanja notara za sve učesnike u ispravi (uporedi § 17 BNotO); odgovarajuće norme sadrže i zakoni o notarima Federacije BiH i Republike Srpske.

Time se osim dokumentacione i dokazne funkcije treba garantovati ispravno oblikovanje pravnih odnosa učesnika na tačnoj činjeničnoj osnovi i u saglasnosti sa voljom svih učesnika pravnog posla. Tako postaje jasno da notaru u savremenoj pravnoj državi pripada jedna vrlo važna uloga u pogledu zaštite potrošača, pravne sigurnosti i sprečavanja sporova. Tačna dokumentacija jake dokazne snage u notarskim ispravama rasteretuje sudske postupke u kojima se takva isprava predočava kao dokazno sredstvo od dugotrajnog i skupog pribavljanja i vrednovanja potrebnih dokaznih sredstava. Osim toga, preventivno, pravno praćenje (podrška) stranaka i njihovo savjetovanje od strane notara, obezbjeđenje tačnog, nesumnjivog i volji stranaka odgovarajućeg pravnog oblikovanja, vodi ka tome, da kasniji spor ili sumnja u vezi sa pravnim i ugovornim odnosima uopšte ne nastane, dakle da se sudovi uopšte ne moraju koristiti/uključivati.³¹

Notarijat time već u fazi pravnog oblikovanja i sačinjavanja ugovora, dakle "u predvorju" praktične realizacije

³⁰⁾ Da navedemo recimo samo Kajmanska ostrva ili Delaver, takođe jednu saveznu državu Amerike. Kod društava koja su tamo registrovana je na kraju krajeva kako za nekog poslovnog partnera, tako i za nadležni sud ili neki finansijski organ gotovo nerazjašnjivo ko stoji iza tog preduzeća ili ko može ovo preduzeće valjano zastupati.

³¹⁾ Uporedi npr. *Preuß* "Der Notar als Außenstelle der Justiz", DNotZ 2008, 258 ff.

ugovornih sporazuma, a time "u predvorju" bilo kakvog spora, obezbjeđuje pravnu zaštitu, koju sudovi i sudije mogu postići tek naknadno, to znači nakon nastanka spora između učesnika u pravnom poslu. Stoga se čini da je opis uloge notara u pravnom životu kao "sudije u predvorju" ili "prethodnog sudije" sasvim dobro pogođen.

e) Notarska isprava kao izvršni naslov

Pored ovih nadležnosti notara, koje u krajnjoj instanci podržavaju i rasterećuju sudstvo u području vanparničnog sudovanja, ne smije se propustiti ukazati na ulogu notarskih javnih isprava u parničnom sudovanju.

Tako su notarske isprave od bitnog značaja u izvršnom pravu. Prinudno izvršenje, dakle prinudni pristup državnih izvršnih organa imovini i vlasništvu nekog dužnika, je u pravilu moguće samo na osnovu isprava izdatih od strane javne vlasti, najčešće sudskih naslova.³² U jednoj pravnoj državi takve prinudne mjere obavezno pretpostavljaju da je u jednom uređenom postupku nesumnjivo utvrđeno postojanje zahtjeva koji treba da se prinudno izvrši. Redovno su stoga građanskopravni zahtjevi podobni za izvršenje samo ako su utvrđeni sudskom presudom. Građanskopravni sistemi sa latinskim notarijatom dopuštaju, međutim, pored izvršenja na osnovu presude takođe i izvršenje na osnovu javne isprave notara, ako se dužnik u notarskoj ispravi podvrgao prinudnom izvršenju.³³ Jamčenje tog zahtjeva putem notarske isprave se time izjednačava sa jamčenjem putem sudske presude.

f) Sažetak

Notari dakle mogu putem svoje djelatnosti sačinjavanja javnih isprava (notarske obrade isprava) vršiti rasterećenje sudova u višestrukome pogledu:

- oni preuzimaju određene funkcije, koje bi inače morale biti obavljene od strane sudova, npr. izdavanje spomenutih izvršnih isprava;
- troškovi provjere prilikom vođenja sudskih registara se uz primjenu notarskih isprava bitno reduciraju;
- u svim postupcima, u kojima se primjenjuju notarske isprave, redovno je nepotrebno skupo izvođenje dokaza;
- Pravnom podrškom i savjetovanjem građana od strane notara i sačinjavanjem isprava u skladu sa propisima u najvećoj mjeri se već u "predvorju" izbjegavaju sporovi koji bi inače opterećivali sudove;
- notarska isprava doprinosi borbi protiv pranja novca i finansiranja terorizma.

g) Monopoliziranje?

Da bi notari ove funkcije mogli ispuniti u skladu sa propisima, neizostavna su dva preduslova:

³²⁾ Uporedi § 704 ZPO.

³³⁾ § 794 ZPO.

S jedne strane pravni sistem mora notarima dati odgovarajuće mogućnosti sudjelovanja i oblikovanja. To su propisi o formi iz zakona o notarima i regulativa o vršenju notarskog zanimanja.

Drugi preduslov je notarijat sposoban za vršenje svojih funkcija, dobro obrazovan i svjestan svojih odgovornosti. To također nije nešto što se samo po sebi razumije.

U Njemačkoj strogi kriteriji za izbor učesnika na konkursu za imenovanje za zanimanje notara od strane pravosudne uprave značajno doprinose tome, da samo kvalifikovani pravници smiju obavljati ovo vrlo odgovorno zanimanje. Pošto polja djelovanja notara pri tome ni blizu nisu tako višestruka kao recimo kod advokata, tako on gotovo prinudno postaje visoko kvalifikovani specijalista.

Njemački notari doživljavaju redovno dejstva ovog smislenog sistema u svom svakodnevnom poslu: nacрте isprava, koji dolaze od strane poreskih savjetnika ili advokata, oni moraju naročito kritički pregledati, pošto često ne zadovoljavaju notarske standarde kvaliteta, što nije bezuslovno vezano za manjkave sposobnosti, ali svakako jeste za manjkavu rutinu i specijalizaciju tih drugih nosilaca zanimanja.

Samo onda kada ugovori i druge isprave u tim, za građane posebno ekonomski važnim oblastima, padnu u isključivu nadležnost notara, optimalno je realizovana pravna zaštita, a time i pravni mir u fazi oblikovanja prava i ugovora, a sudovi se optimalno rasterećuju.

U ovom kontekstu također nije primjereno govoriti o tome kako, navodno, notari vrše bilo kakav monopol. Jer prema poimanju kontinentalno-evropskog pravnog uređenja notari vrše javnu vlast. Oni djeluju kao dio suverene državne vlasti. Sačinjavanje notarski obrađenog ugovora o kupoprodaji zemljišta/nekretnine, bračnog ugovora ili testamenta nije djelatnost podvrgnuta tržištu.³⁴ Štaviše, notar je državni službenik koji se ne nalazi u neposrednoj hijerarhijskoj strukturi organa vlasti, sa specifičnošću, da prihvata koje ubire obavljajući svoj posao ostaju njemu. Tako država ne stvara monopol za određenu grupu zanimanja, nego sa stanovišta efikasnosti iz neposredne državne uprave izdvaja određene poslove, koje bi inače obavljali službenici i sudije (kako se to npr. u Njemačkoj u prošlosti i dešavalo). U tom slučaju je govoriti o monopolu isto tako pogrešno kao kad bi se monopol pripisao pokrajinskoj upravi, kad se radi o izdavanju vozačkih dozvola.

h) Nezavisnost notara

Zajedno sa obavezom čuvanja poslovne tajne nezavisnost notara je za povjerenje, koje građanin unosi u relaciju

sa notarom, od centralnog značaja. Građanin zna da notar ne služi tuđim interesima i - ne računajući zakonske izuzetke - da je obavezan na čuvanje poslovne tajne.³⁵ Nezavisnost notara međutim ne odnosi se samo na odnos prema drugim, državnim službama, ili drugim institucijama, nego i na odnos prema samom klijentu. Ukoliko građanin želi od notara nešto nedopušteno ili nepošteno, notar to mora odbiti.³⁶

Nezavisnost notara prema pravosuđu, kako je poznato, nije neograničena. Njemački notar podliježe nadzoru službe od strane predsjednika pokrajinskog/višeg suda. Taj nadzor se naravno ne proteže na to, da li su isprave notara sadržajno svrsishodne. Za to je notar načelno sam odgovoran i odgovara - podržan od strane dobrog obaveznog osiguranja - neograničeno za eventualne štete koje je on skrivio svojim klijentima. Nadzor službe se proteže samo na to, da li su ispoštovani propisi o notarskoj obradi isprava i da li su prekršene bilo kakve zabrane, da li je vršio svoje obaveze poučavanja i da li je odbio nepoštene/nekorektne službene radnje, kao što je prekomjerno davanje prednosti ili zavaravanje nekog učesnika u pravnom poslu ili nekog trećeg. Ovaj službeni nadzor nije za notara nikakav teret nego jedan oslonac i podrška, kako bi se odbranio od želja klijenata za nekorektnim službenim radnjama. Stoga službenom nadzoru, pored izbora besprijekornih ličnosti za službu notara, pripada centralni značaj za dobro funkcionirajući notarijat.

i) Primjeri

Jedan je klijent došao kod notara u pratnji *Au-pair* djevojke iz Istočne Evrope, koja vrlo loše govori njemački jezik. Ta mlada žena mu je neposredno pred svoj povratak u domovinu trebala dati notarski obrađenu generalnu punomoć. Iz razloga što taj muškarac u razgovoru dominira, notar pretežno razgovara sa njim. Na pitanje da li mlada dama razumije notara i da li tom muškarcu želi dati generalnu punomoć, djevojka odgovara sa ne više od jednosložnog "da". Čak i ako učesnici u spomenutom pravnom poslu traže suprotno, notar naravno mora paziti na poštovanje propisa o notarskoj obradi isprava, naime na to, da se u takvom slučaju mora uključiti tumač za strani jezik. U ovom konkretnom slučaju stoga nije došlo do notarske obrade isprave. Pošto učesnici u pravnom poslu osim toga nisu znali ili htjeli navesti nikakvu razumnu upotrebnu svrhu punomoći, notar je mogao biti siguran da je time spriječio nešto nekorisno ili čak nemoralno.

Kupovina zemljišta sa stambenom kućom ili kupovina stana u vlasništvu je za većinu građana najveći pravni posao, koji oni ikada u svom životu poduzmu. U nedostatku vlastitog iskustva većina građana je samo nedovoljno informisana o rizicima i opasnostima koje su s time povezane.

³⁴⁾ Uporedi npr. *Schmitz-Vornmoor / Kordel* "Vorsorge durch den Notar, Vertragsfreiheit und Verhaltensökonomik" Notar 1/ 2009, 3 ff.; Odluka Saveznog ustavnog suda [BVerfG] od 19. 8. 2008, Az. 1 BvR 623/08, DNotZ 2009, 792 u stalnoj sudskoj praksi.

³⁵⁾ § 28 BNotO.

³⁶⁾ § 4 BeurkG.

Danas na tržištu nekretnina nisu prisutni samo poštenu građani, nego ima i onih koji bi rado za sebe iskoristili neiskusnost svoga ugovornog partnera. Tu je centralni zadatak notara da učesnicima predloži izbalansirano oblikovanje ugovora čak i onda kad je taj ugovorni partner veliki klijent notara, koji bi rado za sebe želio jednostrano povoljne klauzule. Ako ugovorne strane, nasuprot savjetu notara, ipak žele jednostrano oblikovanje ugovora, npr. neobezbijedeno prethodno plaćanje, zadatak notara je da stranku kojoj to ide na štetu neizostavno upozori na opasnosti koje su s tim povezane. Notar dakle nije neutralni "zapisivač" želja učesnika u pravnom poslu, nego mora, kako je to formulisano u § 17 njemačkog Zakona o notarskoj obradi isprava [*Beurkundungsgesetz*] "paziti na to, da se izbjegnu sumnje i zablude kao i da neiskusne i neuke stranke ne budu oštećene". Što neizbalansirani treba da bude ugovor i što su veći rizici za jednog učesnika, to oštrije notar treba da formuliše svoja upozorenja u pogledu dotičnih ugovornih odredaba. On notarsku obradu jednog takvog ugovora opterećenog rizicima, naravno, smije odbiti samo onda, ako se time krši neki zakon ili ako se time namjeravaju postići prepoznatljivo nepoštene ili nečasne svrhe, jer on nije tutor učesnika u poslu.

Da pouke i upozorenja imaju eminentna dejstva po pitanju zaštite potrošača ne mora se dalje naglašavati. Isto tako je jasno da je ova notareva funkcija upozoravanja i zaštite u pravnim uređenjima sa mladim demokratijama i slobodnim tržištem, s obzirom na nizak nivo poznavanja rizika nekih ugovora od strane stanovništva, od posebno velikog značaja.

Uvijek iznova se kod notarske obrade isprava doživljava da učesnici prilikom čitanja onog upozorenja, da su svi postignuti dogovori obavezni da se notarski obrade, saopšte da su dogovorili još detalja, koji do sada ne stoje u ugovoru. Tako npr. prodavac treba još bilo šta da popravi na prodatoj kući prije primopredaje, ili kupac treba za još neke predmete koji su prodati sa kućom platiti dodatnu cijenu mimo kupoprodajne cijene. Učesnici redovno misle da se to ne bi morali posebno zapisati u ugovoru. Dužnost notara je da djeluje u pravcu da se i ovi sporedni dogovori unesu u ispravu. Jer samo ako ugovor tačno oslikava sve postignute dogovore, on može u potpunosti ispuniti svoju funkciju sprečavanja sporova. Ovo istovremeno za notara znači da je obavezan da sveobuhvatno ispita želje učesnika u pravnom poslu. On se ne smije zadovoljiti samo time da klijentima predoči svoj standardni formular, koji je više loš nego uistinu odgovarajući. Život je tako šarolik, a prihvatljive i razumne želje učesnika su tako mnogostruke da čak i najveća zbirka modela ugovora, ma kako ona bila od pomoći za svakodnevnu praksu, nije dovoljna za oblikovanje ugovora. Stojeći na sigurnom fundamentu temeljitog pravničkog obrazovanja i dužeg pripremnog perioda za poziv notara, ovaj mora biti u stanju, da i naročite želje klijenata svrsta u pravilne pravne kategorije i da ih

pretoči u jasne ugovorne klauzule. Ovo je zasigurno upravo u reformskim državama jedan poseban izazov.

U nasljednom pravu, posebno kod oblikovanja testamentata i nasljednih ugovora, notar takođe ima važnu ulogu u pogledu pravne podrške/praćenja i savjetovanja. Njegov glavni zadatak se ovdje sastoji u tome da razjasni sa ostaviocem često neprecizno i laički iznesene želje, da ga se uputi u vezi sa pravom nužnog dijela i sa njegovim konkretnim posljedicama, te nakon toga sačini testament, koji jasno i jednoznačno oslikava želje ostavioca uz upotrebu tačnih pravnih pojmova.

III. Perspektiva

*Quo vadis Notariat?*³⁷ Zemlje koje su nedavno uvele sistem notarijata mogu i smiju se s pravom pitati, da li ovaj sistem ima budućnost? Da li on donosi neku specifičnu korist?

1. Dejstva uvođenja notarijata

Iz prethodnog izlaganja je postalo jasno kako sveobuhvatno savjetovanje, oblikovanje ugovora prilagođeno svakoj individualnoj situaciji i sveobuhvatna pravna podrška imaju usmjeravajuću ulogu za notarijat u jednom modernom pravnom uređenju. Iskustvo nas uči da je građaninu potrebna ova preventivna i skrbnička podrška, kako bi se mogao svjestan odgovornosti i po mogućnost bez sporova ophoditi prema svome vlasništvu i svojoj imovini. Notarijat je stoga bitan dio pravnog okvira zaštite vlasništva.

Iz iskustava drugih zemalja, kao što su Hrvatska, Češka ili baltičke zemlje, može se reći da upravo obuhvatanje prometa nekretnina od strane specijaliziranih, probranih mjesta, koja su nezavisna i imaju javni autoritet, dugoročno vodi ka tome da se otklanjaju loša stanja u pogledu zemljišne knjige i katastra i da nastane pravna sigurnost na tržištu nekretnina koja je posebno važna za realnu ekonomiju. Jer za jednu banku je nekretnina kao sredstvo obezbjeđenja upotrebljiva samo ako banka može biti sigurna, da ona uistinu pripada primaocu kredita i da na njoj nisu upisani drugi tereti prvog reda. Ako praktično svako može podnijeti inicijativu za upis u zemljišnu knjigu, ako se kod identifikiranja učesnika ne postavljaju dovoljni zahtjevi, tad je javno povjerenje u registre nezamislivo.

U pravu privrednih društava vrijedi nešto slično. I ovdje trgovački registar, koji je opremljen javnim povjerenjem, može funkcionisati samo ako su podaci koji se dostavljaju registru pouzdani i ako ne agiraju marionete, odnosno ne nastupaju fiktivne firme. Upravo ovdje i u području borbe protiv pranja novca, zemlje koje nemaju notarijat imaju i dalje ogromne nedostatke. Nastojanja engleskog Companies House³⁸ oko transparentnosti i sigurnosti djeluju gotovo smiješno. Tako Companies House preporučuje: *watch your*

37) Kuda ide notarijat? - prim. prev.

38) www.companieshouse.gov.uk

*company!*³⁹ Što je moguće redovnije bi se trebao provjeravati vlastiti upis, da li su prevaranti možda prijavili novog direktora. FBI preporučuje za kuće u SAD-u nešto slično, međutim tamo postoji mnoštvo slučajeva tzv. *house stealing* i *mortgage fraud*.⁴⁰

Zbog međusobnog dopunjavajućeg djelovanja notara i registarskih sudova tako nešto je u Njemačkoj nezamislivo.

2. Evropa

Upravo Evropska Komisija do sada nije pokazivala oduševljenje kad je riječ o latinskom notarijatu. Prije svega generalna direkcija za unutrašnje tržište i usluge (u daljem tekstu: GD za tržište) je pokušavala po svaku cijenu smanjiti regulacije, a visoko regulisan notarijat joj je bio trn u oku. Do danas je međutim GD za tržište ostala dužna dokaze u vezi sa ekonomskom neefikasnošću toga sistema. U postupku zbog povrede ugovora⁴¹ kojeg je Evropska Komisija pokrenula protiv 16 država članica sa latinskim notarijatom, generalni odvjetnik se nedavno izjasnio u tom pravcu, da notar vrši javnu vlast a time je, čak i sa evropskog stanovišta, izuzet od slobode izbora sjedišta. Po prvi put će time i Evropski sud pravde (sada Sud Evropske unije - *prim. prev.*) priznati, da notari djeluju isključivo u ime suverene države

³⁹) "Nadgledaj svoju kompaniju!" - *prim. prev.*

⁴⁰) "Krađe kuće" i "hipotekarne prevare" - *prim. prev.*

⁴¹) Postupak C 54/08.

i da nisu upravo ono što su advokati ili poreski savjetnici - privatni davaoci pravnih usluga.⁴²

3. Budućnost

Finansijska kriza je učinila jasnim da i slobodno tržište treba neki regulatorni okvir kako bi moglo funkcionisati. Jedan "*level-playing-field*" (sistem jednakih mogućnosti - *prim. prev.*) je moguć samo ako se nešto tako garantuje putem državnih struktura. Vrijednost institucija se ponovo vratila jasnije u svijest stanovništva i nosilaca odlučivanja. "*Povjerenje je sredstvo podmazivanja pravnog prometa*", slobodno je naslovio jednom FAZ (novine: Frankfurter Allgemeine Zeitung - *prim. prev.*) u Njemačkoj prema izjavama jednog američkog univerzitetskog profesora.⁴³ Tu se ponovo pronalazi i latinski notarijat. I tako autor teksta, inače najmlađi notar u Bavarskoj, pozitivno gleda na budućnost, jer je ubijeđen da će institucija notarijata živjeti još dugi niz godina.

⁴²) Vidjeti pod www.curia.eu slučaj C-54/2008 i pledoaje uz njega. Generalni pravozastupnik svakako čini jasnim, da u budućnosti ne bi smjela biti dopuštena rezerva za notare u vezi sa državljanstvom. To je u ujedinjenoj Evropi zasigurno razuman rezultat.

⁴³) Uporedi Robert J. Shiller, Arthur M. Okun Professor of Economics Yale University: *The Subprime Solution: How Today's Global Financial Crisis Happened, and What to Do about It*. Tu autor izlaže, da bi strukture kao što je latinski notarijat vjerovatno spriječile krizu nekretnina u SAD.

Aktuelnosti iz bh. zakonodavstva i pravne prakse

Ugovor o doživotnom izdržavanju - problem dvostruke forme

Vesna Softić*

I. Prethodne napomene

Zakon o notarima Federacije Bosne i Hercegovine¹ (u daljnjem tekstu: ZNot) u odredbi člana 73.² propisuje određeni skup pravnih poslova, čije zaključenje podliježe obaveznoj notarskoj obradi isprave, kao formi *ad solemnitatem*. Iz sadržaja odredbe vidljivo je da se notarska obrada, kao posebna forma, zahtijeva za one pravne poslove koji imaju poseban značaj za fizička i pravna lica i gdje pravni poredak općenito ima interes "da odredbe ovih pravnih poslova budu formulirane jasno i neprotivriješno od strane osoba sposobnih i ovlaštenih na zaključenje takvih pravnih poslova, da prava i obaveze stranaka budu uravnoteženi i jasno definirani, kako ne bi došlo do pravnih sporova prilikom njihove realizacije i kako bi oni mogli bez problema biti upisani u odgovarajuće registre".³ Među pobrojane spadaju svi pravni poslovi koji za predmet imaju prenos ili sticanje prava vlasništva ili drugih stvarnih prava na nekretninama.⁴

Od početka rada notara i primjene ZNot⁵ nisu postojale bitnije nedoumice u vezi sa primjenom odredaba člana 73 ZNot FBiH, izuzev dileme koja se pojavila u pravnoj praksi pojedinih sudova i pojedinih notara u vezi sa potrebnom formom ugovora o doživotnom izdržavanju, koji za predmet ima prenos prava vlasništva na nekretninama.

Ugovor o doživotnom izdržavanju je uređen Zakonom o nasljeđivanju⁶ (u daljnjem tekstu: ZN FBiH) koji je u

Federaciji BiH preuzet iz pravnog poretka bivše SFRJ. ZN FBiH kao formu *ad solemnitatem* za zaključenje ugovora o doživotnom izdržavanju predviđa pismenu formu ovjerenu od strane suda, pri čemu je sudija prilikom ovjere dužan pročitati ugovor ugovaračima i upozoriti ih na pravne posljedice koje ovaj ugovor proizvodi.⁷ ZN FBiH nije mijenjan nakon početka primjene ZNot FBiH, pa ne poznaje učešće notara prilikom sklapanja pravnih poslova nasljednopravnog karaktera. Upravo je u pogledu ove odredbe u kombinaciji sa odredbom već spomenutog čl. 73. ZNot FBiH nastupio problem u praksi na području Federacije BiH. Ovaj problem u pravu Republike Srpske brzo je otklonjen, s obzirom na to da je u ovom entitetu nakon početka primjene ZNotRS na snagu stupio novi Zakon o nasljeđivanju,⁸ koji u potpunosti uvažava Zakon o notarima, te u pogledu forme za zaključenje ugovora o doživotnom izdržavanju izričito propisuje notarsku obradu isprave kao formu *ad solemnitatem*.⁹

Cilj ovog rada jeste da predstavi važeće zakonske propise u FBiH vezane za formu propisanu za valjano zaključenje ugovora o doživotnom izdržavanju, uz kratki prikaz praktičnog značaja i osnovnih karakteristika ovog pravnog posla, koje opravdavaju stroge zahtjeve u pogledu forme. Težište rada nalazit će se na problemima u praksi izazvanim različitim tumačenjem pozitivnopravnih propisa koji se odnose na ugovor o doživotnom izdržavanju, kao i na predstavljanju tumačenja, koje prema posljednjim dešavanjima prihvata i Vrhovni sud FBiH, u cilju otklanjanja postojećih problema u praksi.

II. Ugovor o doživotnom izdržavanju - pojam i karakteristike

Ugovor o doživotnom izdržavanju je ugovor kojim se jedna strana - davalac izdržavanja, obavezuje da doživotno izdržava drugu stranu ili neko treće lice - primalac izdržavanja, a druga strana kao protučinidbu na davaoca izdržavanja prenosi cijelu svoju imovinu ili njen dio, pri čemu je prenos te imovine odgođen do smrti primaoca izdržavanja. Ovaj ugovor ima veliki praktični značaj, a njegova primjena je u postratnom kontekstu u BiH, s obzirom na veliki broj razdvojenih porodica uslijed migracija koje su izazvane ratnim dejstvima, dodatno porasla. U BiH trenutno živi veliki broj starijih osoba, koje u neposrednoj blizini više nemaju nikoga ko bi po zakonu

*) Autorica je bivša sutkinja Vrhovnog suda FBiH, trenutno notar sa službenim sjedištem u Sarajevu, općina Novi grad.

1) Zakon o notarima Federacije BiH, (Službene novine FBiH 45/2002), u daljnjem tekstu: ZNot FBiH, Zakon o notarima Republike Srpske, (Službeni glasnik RS, 86/2005), u daljnjem tekstu: ZNot RS, Zakon o notarima Brčko Distrikta BiH, Sl. Glasnik BD 09/2003), u daljnjem tekstu: ZNot BD BiH.

2) Odredba je istovrsna i u ZNot RS čl. 68, i ZNot BD, čl. 47.

3) Povelakić M. u Povelakić/Schalast/Softić, Komentar Zakona o notarima u Bosni i Hercegovini, str. 136.

4) Član 73. stav 1. tačka 4. ZNot FBiH

5) 3. 5. 2007. godine počeli su da rade prvi notari u FBiH i od tog datuma se počeo primjenjivati ZNotFBiH, dok je u Republici Srpskoj početak rada prvih notara 11. 3. 2008. godine.

6) Službeni list SR BiH 7/80 - 267, 15/80 - 711.

7) Čl. 120. st. 3 i 4. ZN FBiH.

8) Zakon o nasljeđivanju Republike Srpske, Službeni glasnik RS, 1/09.

9) Čl. 139. st. 2. Zakona o nasljeđivanju RS.

bio obavezan da se o njima brine i da ih izdržava,¹⁰ te za njih zaključenje ugovora o doživotnom izdržavanju predstavlja način da za sebe osiguraju minimum brige u starosti, a bez potrebe da za života otuđe svoju imovinu, što ima velike psihološke prednosti.

Ugovor o doživotnom izdržavanju koji uređuje ZN FBiH¹¹ pretpostavlja da imovina obuhvaćena ovim ugovorom prelazi na davaoca izdržavanja tek nakon smrti primaoca izdržavanja. Zbog tog, na prvi pogled nasljednopravnog karaktera ovog ugovora, zakonodavac ga je svojevremeno umjesto u Zakon o obligacionim odnosima, smjestio u Zakon o nasljeđivanju.

U našoj pravnoj praksi nije zabranjeno ugovoriti ni da imovina prelazi na davaoca izdržavanja odmah po zaključenju ugovora, ali se u tom slučaju ne bi radilo o ugovoru o doživotnom izdržavanju na koji se primjenjuju navedene odredbe čl. 120. do 125. ZN FBiH, nego o drugoj vrsti inominatnog obligacionopravnog ugovora,¹² na koji se imaju primijeniti odredbe ZOO i druga načela općeg imovinskog prava, te posebni zakoni koji reguliraju pravni promet na nekretninama.¹³

Ugovor o doživotnom izdržavanju je dvostrano obavezujući, teretni i u pravilu trajan pravni posao *mortis causa*, pošto je prenos imovine na davaoca izdržavanja odgođen do trenutka smrti primaoca izdržavanja, koji u sebi sadržava element aleatornosti, s obzirom da obaveza davaoca izdržavanja nije unaprijed utvrđena u potpunosti, pošto nije moguće predvidjeti trajanje izdržavanja, odnosno trenutak smrti primaoca izdržavanja. Imovina obuhvaćena ugovorom

o doživotnom izdržavanju ne ulazi u sastav zaostavštine, te stoga ne može služiti ni kao podloga za namirenje nužnih nasljednika.¹⁴

Sve navedene karakteristike ugovora o doživotnom izdržavanju u potpunosti opravdavaju opredjeljenje zakonodavca da za zaključenje ovog ugovora propiše posebnu kvalificiranu formu. Prilikom zaključenja ovog ugovora neophodno je zaštititi interese najmanje triju strana. Prije svega, neophodno je primaoca izdržavanja upoznati sa pravnim posljedicama ovog ugovora, te spriječiti da to lice, u stanju nužde zbog eventualne bolesti, starosti i nemoći zaključi ovaj pravni posao na svoju štetu, dajući kao protučinidbu imovinu velike vrijednosti. S druge strane element aleatornosti, vezan za neizvjesnost dužine života primaoca izdržavanja, nekad može ići i na štetu davaoca izdržavanja. Također i činjenica da se prijenos imovine na davaoca izdržavanja odgađa do trenutka smrti primaoca izdržavanja stavlja davaoca izdržavanja u nepovoljan položaj do nastupanja smrti. Nije nezamislivo da troškovi izdržavanja i eventualno troškovi liječenja, koje se davalac izdržavanja, obavezao preuzeti, s obzirom na broj godina tokom kojih traje obaveza izdržavanja, postanu nesrazmjerni u odnosu na ugovorenu protučinidbu. Sve ovo opravdava potrebu da ugovorne strane budu adekvatno poučene u pogledu pravnih posljedica ugovora, te međusobnih prava i obaveza. Također i činjenica, da zbog izraženog elementa aleatornosti ni jedna ugovorna strana ugovor o doživotnom izdržavanju ne može pobijati zbog nesrazmjera međusobnih davanja odnosno prekomjernog oštećenja, dodatno opravdava kvalificiranu formu.

Ipak postoje mišljenja da bi se moglo raspravljati o prekomjernom oštećenju, ako bi se radilo o iskorištavanju tuđe nevolje radi postizanja nesrazmjerne imovinske koristi (zeleniški pravni posao), odnosno ako bi se zaključenje ugovora protivilo dobrim običajima ili se smatralo nemoralnim.¹⁵ U ovoj situaciji je sudija po citiranoj odredbi člana 120. stav 3. ZN FBiH, svojom poukom trebao uticati na ugovarače, da ne pristanu na očit nesrazmjer u međusobnim davanjima, odnosno upozoriti i na činjenicu da bi zaključeni pravni posao mogao iz navedenih razloga biti poništen.

Konačno je nužno zaštititi i nužne nasljednike primaoca izdržavanja, odnosno primaocu izdržavanja posebno naglasiti da zaključenjem ugovora o doživotnom izdržavanju može uskratiti nužne nasljednike za njihov nužni dio, s obzirom na to da imovina obuhvaćena ovim ugovorom ne ulazi u sastav zaostavštine.

Dakle, *ratio legis* propisane obaveze na čitanje ugovora 1 upozoravanje na pravne posljedice koje taj ugovor

¹⁰) Potrebno je napomenuti da se ugovor o doživotnom izdržavanju pri tome može zaključiti i između lica koja su po zakonu obavezna da se međusobno izdržavaju - npr. između roditelja i djece - čl. 120 st. 6. ZN FBiH.

¹¹) Član 120. do 125. ZN FBiH.

¹²) U hrvatskom pravu je i ovaj ugovor donošenjem novog Zakona o obligacionim odnosima dobio svoje zakonsko utemeljenje pod nazivom Ugovor o dosmrtnom izdržavanju, koji se od ugovora o doživotnom izdržavanju primarno razlikuje u tome što se imovina prenosi na davaoca izdržavanja za života primaoca izdržavanja.

¹³) Ovo je dugogodišnji stav sudske prakse na prostorima bivše Jugoslavije. Vidi npr. Načelno mišljenje Proširene sjednice Saveznog vrhovnog suda broj 8/57 od 11. 1. 1957. godine, Odluku, Vrhovnog suda Bosne i Hercegovine broj Gž-295/57 od 11. 9. 1957. godine. "Zakon o nasljeđivanju propisuje formu suskog testameta za ugovor o doživotnom izdržavanju kojim primalac izdržavanja ostavlja u nasljeđe svoju imovinu ili jedan njen dio davaocu izdržavanja, ali zakon ne isključuje zaključenje ugovora o ustupanju imovine ili njenog dijela za života primaoca izdržavanja. Za ovaj drugi ugovor zakon ne propisuje posebnu formu, pa je u skladu sa načelom neformalnosti ugovora punovažan i neformalan ugovor o doživotnom izdržavanju, ako posebni zakon za pravni promet pojedinih dobara ne propisuje posebnu formu." - Odluka Vrhovnog suda Bosne i Hercegovine, broj Gv1-4/91 od 23. 5. 1991. godine, Bilten VS BiH, broj 1991/3, odl. Br. 87. Sve navedene odluke preuzete su iz: *Medić/Tajić*, Nasljedno pravo u sudskoj praksi, Sarajevo - Banja Luka, 2008. god.

¹⁴) Detaljnije o općim karakteristikama ugovora o doživotnom izdržavanju: *Bago/Traljić/Petrović/Poolakić*, Osnovi nasljednog prava, prvo izdanje, Sarajevo, 1991. god., str. 34. i dalje.

¹⁵) Vidi *Perkušić/Ivančić-Kačer*, (Ne)dopušteni nasljednopravni ugovori ili ugovori nasljednog prava ili paranasljedni ugovori u hrvatskom pozitivnom pravu, Pravni vjesnik 22, (1-2), Osijek, 2006, str. 134.

proizvodi, leži upravo u potrebi zaštite prava ugovornih strana i trećih lica i objašnjava zašto je zakonodavac svojevremeno za ugovore o doživotnom izdržavanju pored obaveze da sud ovjeri potpise ugovornih strana kao dodatnu formu *ad solemnitatem* zahtijevao da sudija ugovaračima ugovor pročita i pouči ih o njegovim pravnim posljedicama.

Kao što je u uvodu rečeno, od početka primjene ZNot FBiH, ugovorne strane su upućene da za sačinjavanje takvog ugovora moraju da potraže notara svog povjerenja. Međutim, istovremeno su se, mada kao pojedinačni slučajevi, pojavila tumačenja da je i dalje na snazi odredba člana 120. ZN FBiH, i da je pored obavezne notarske obrade neophodno i čitanje i ovjera istog ugovora i od strane sudije.

Ova forma predviđena ZN FBiH još uvijek vrijedi u onim slučajevima, u kojim se kod imovine, obuhvaćene ovim ugovorom, radi isključivo o pokretnim stvarima, što je u praksi rijetkost. U većini slučajeva se na davaoca izdržavanja kao protučinidba prenosi nekretnina, u kojem slučaju je u skladu sa čl. 73. ZNot FBiH neophodna notarska obrada isprave.

U postupku sačinjavanja ugovora o doživotnom izdržavanju, svjesni odgovornosti za valjanost pravnog posla kojeg zaključuje, pojedini notari su, u svojim obaveznim poukama i upozorenjima,¹⁶ ukazivali na disharmoniju ovih zakona, a pojedini su čak i direktno poučavali ugovarače, da je u smislu odredbe člana 120. ZN FBiH, ugovor koji je notar sačinio, pročitao i pojasnio, potrebno dostaviti i sudiji na čitanje i ovjeru. Shodno takvim poukama i upozorenjima stranke su podnosile nadležnim općinskim sudovima prijedlog da sud u vanpraničnom postupku zakaže ročište na kojem će sudija ugovornim stranama ponovno pročitati i pojasniti ugovor, a potom ga ovjeriti. Većina sudova je zauzela stav da ugovor koji je notarski obrađen predstavlja valjan pravni osnov za provođenje u javnim registrima i na zahtjeve za dodatno postupanje sudije, reagovalo donošenjem rješenja kojim se zahtjev za ovjeru ugovora od strane sudije odbacuje ili pak odbija kao neosnovan.

Međutim, kod malog broja sudova, među koje spadaju sudovi sa područja Kantona Sarajevo i Unsko-sanskog kantona, sudije su, bez upuštanja u ocjenu osnovanosti zahtjeva za postupanje u smislu člana 120. ZN FBiH, određivali ročište u vanpraničnom postupku, na kojem je sudija ugovornim stranama ponovno čitao i ovjeravao već pročitani i od notara ovjeren ugovor. Osim nelogičnosti takvog postupanja, odmah su se pojavili i određeni praktični problemi - kako će sudija bilješku o ovjeri staviti na ugovor koji je po pravilima notarske struke spojen jemstvenikom i zapečaćen suhim žigom notara, pa je to "riješeno" na taj način što se na jemstvenikom uvezani ugovor običnom "spajalicom" spajao dodatni list sa bilješkom o postupanju sudije u smislu čl. 120. ZN FBiH.

¹⁶⁾ Član 81 ZNotFBiH, Obaveza upozoravanja i pouke obavezuje notara da upozori stranke u slučaju da namjeravani pravni posao ne bi mogao ostvariti željeni pravni domet i pouči ih kako da namjeravani pravni domet ostvare.

Ovakvo postupanje suda je vrlo brzo u pravničkom žargonu prozvano "nadovjerom od strane sudija", a u praksi ovih sudova je na taj način temeljem dva različita zakona uvedena dvostruka forma za isti pravni posao.

Usprkos diskusijama vođenim na različitim pravničkim skupovima, pogotovo u okviru Centra za edukaciju sudija i tužilaca, gdje se ukazivalo na probleme koje izaziva različita praksa sudova, i neutemeljenost takvog dvojakog postupanja, krajem 2007. godine je Kantonalni sud u Sarajevu, postupajući po žalbi u predmetu pokrenutom radi ovjere ugovora o doživotnom izdržavanju sačinjenog od strane advokata, stao na stanovište da je dvostruka forma obavezna. Radi se o predmetu u kojem je u prvoj instanci odlučivao Općinski sud u Sarajevu, koji je rješenjem broj 065-0-V-07-00862 od 21. 8. 2007. godine pozvao predlagatelje da u skladu sa članom 73. ZNot FBiH dostave sudu na ovjeru notarski obrađen ugovor o doživotnom izdržavanju. Kako predlagatelji u ostavljenom roku nisu dostavili notarski obrađen ugovor, to je prvostepeni sud prijedlog za ovjeru ugovora o doživotnom izdržavanju smatrao povučenim i donio odgovarajuće rješenje.¹⁷ Predlagatelji su na to rješenje podnijeli žalbu zbog pogrešne primjene materijalnog prava, smatrajući da ZNot FBiH svojim stupanjem na snagu nije stavio van snage odredbe ZN FBiH, čije su odredbe po njihovom mišljenju *lex specialis* u pogledu zaključivanja ugovora o doživotnom izdržavanju. Kantonalni sud u Sarajevu je kao drugostepeni sud odbio podnesenu žalbu kao neosnovanu i potvrdio rješenje prvostepenog suda, te u drugostepenom rješenju broj 0090-Gž07-002210 od 14. 11. 2007. godine iznio mišljenje da je "prvostepeni sud postupio ispravno i u skladu sa važećim pravnim propisima pozivajući predlagatelje da sudu na ovjeru dostave ugovor o doživotnom izdržavanju zaključen u obliku notarski obrađene isprave".

Navedena sudska odluka je našla podršku i u literaturi i ocijenjena je kao veoma korisna i dobrodošla,¹⁸ posmatrajući ovu odluku kao potvrdu da su za zaključenje ugovora o doživotnom izdržavanju nadležni i sudovi i notari.

Druga odluka koja je eksplicite stala na stanovište o obaveznosti dvostruke forme izražena je u Rješenju Kantonalnog suda u Sarajevu broj 009-0-Gž-09-000439 od 14. 4. 2010. godine.

Taj sud je rješavajući po žalbi davaoca izdržavanja iz Sarajeva, utvrdio da je zemljišnoknjižni ured tog suda pravilno postupio kada je odbacio prijedlog davaoca izdržavanja za uknjižbu prava vlasništva na stanu temeljem ugovora o doživotnom izdržavanju koji je notarski obrađen, a nije dodatno ovjeren i kod nadležnog suda.

¹⁷⁾ Detaljnije o činjeničnom stanju u ovom slučaju vidi: *Mutapčić Đ.*, Ugovor o doživotnom izdržavanju u praksi prvih notara u Bosni i Hercegovini, Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, br. 6, Mostar 2008, str. 608-609.

¹⁸⁾ *Mutapčić Đ.*, op. cit., str. 609.

Prema citiranoj odluci se na jedan pravni posao istovremeno primjenjuju dva pozitivnopravna propisa. Kumulacija formi propisanih ZNot i ZN FBiH nema nikakvog opravdanja. ZNot FBiH je *lex posterior* u odnosu na ZN FBiH, pa bi u skladu sa pravilom *lex posterior derogat legi priori* on trebao biti mjerodavan u pogledu forme za zaključenje ugovora o doživotnom izdržavanju. Odredba člana 73. ZNot FBiH je materijalnopravnog karaktera i određuje formu pravnih poslova kao uslova za njihovu pravnu valjanost, pa nije dovoljno ni obrazloženje da je ZN FBiH *lex specialis* u odnosu na ZNot FBiH. Ali ovo nipošto nisu jedini argumenti. Ako razmišljamo o smislu propisane forme za zaključenje ugovora o doživotnom izdržavanju, *ratio* odredbe se nalazi u potrebi pružanja adekvatne zaštite ugovornim stranama s obzirom na specifičnosti ovog ugovora i pravne posljedice koje on ima ne samo u pogledu ugovorača, nego i trećih lica, naročito nužnih nasljednika primaoca izdržavanja. Već je naglašeno da su zahtjevi vrlo stroge forme u ovom slučaju opravdani. Zahtijevanje dvostruke forme međutim bi moglo dovesti do izjalovljavanja intencije zakonodavca i do dovođenja ugovornih stranaka u izuzetno nepovoljan položaj. Već se dešavalo u praksi sudova kod kojih se dvostruka forma ustalila kao pravilo, da ugovarači zaključe ugovor o doživotnom izdržavanju u postupku notarske obrade kod notara, a da u periodu čekanja na ročište za ovjeru ovog ugovora od strane sudije (period koji je katkada, zbog preopterećenosti sudova, trajao i po nekoliko mjeseci), primalac izdržavanja umre. Dodatni problem za ugovorne strane je bio i ukoliko primalac izdržavanja zbog bolesti i starosti nije bio u mogućnosti otići u sud, što je zahtijevalo da sudija izade na lice mjesta. Postoje primjeri iz sudske prakse da je sud u tom slučaju, radi provjere neophodnosti da se ovjera obavi izvan suda, zahtijevao ljekarsko uvjerenje o nesposobnosti ugovarača za dolazak u sud. Ovo je sve naravno imalo odraz i na troškove (notarskih usluga i sudskih taksi i naknada) koje su ugovarači dužni snositi. Nisu nepoznati ni slučajevi različite ocjene postojanja potrebne poslovne sposobnosti primaoca izdržavanja za zaključenje navedenog ugovora, i odbijanje sudije da ovjeri već zaključen ugovor u formi notarski obrađene isprave, iz razloga što je sudija, za razliku od notara, ocijenio da primalac izdržavanja nije sposoban da pravo relevantno izrazi svoju volju. Na taj način je sudija dovodio u pitanje ne samo dužnost notara da utvrdi da li su stranke sposobne za poduzimanje pravnog posla,¹⁹ nego i dokaznu snagu tako sačinjene notarske isprave.²⁰

Isprava sačinjena u skladu sa propisanim postupkom notarske obrade, koja uključuje obavezu provjere od strane notara da li su stranke sposobne i ovlaštene za poduzimanje

i zaključivanje pravnog posla, potom poučavanja i upozoravanja na pravne posljedice namjeravanog pravnog posla i prije potpisivanja čitanja njegovog sadržaja, predstavlja javnu ispravu za koju u parničnom, a i u drugim sudskim postupcima vrijedi pretpostavka istinitosti i autentičnosti. U odredbi člana 4. ZNot propisuje da je na takav način zasnovan pun dokaz o izjavama datim pred notarom. Uslovljeno posebnom dokaznom snagom javnih isprava, ne bi bilo dovoljno da sudija samo ocijeni da stranka, koja je zaključila ugovor u formi notarski obrađene isprave, nije poslovno sposobna da na pravno relevantan način izrazi svoju volju. Na te okolnosti bi se od strane suda morao izvesti puni dokaz, što bi značilo da bi se u tom slučaju putem vještačenja, a ne samo slobodne ocjene i slobodnog sudijskog uvjerenja, moralo dokazati da ugovorna strana u trenutku zaključivanja pravnog posla pred notarom nije imala potrebnu poslovnu sposobnost, pa tek na bazi takvog protudokaza, odbiti ovjeru ugovora koji je već potpisan i ovjeren od strane notara. U suprotnom, prostim odbijanjem da ovjeri ugovor sudija osporava pravnu valjanost već zaključenog ugovora, što naravno nije dozvoljeno izvan zakonom propisanog postupka, a to znači u parničnom postupku po tužbi za utvrđivanje da je ugovor o doživotnom izdržavanju sačinjen u postupku notarske obrade ništav usljed nedostatka poslovne sposobnosti, odnosno mana volje.

Notarski obrađena isprava se smatra najjačom formom isprave, a postupajući notar odgovara za cjelokupan sadržaj sačinjene isprave. Za razliku od sudije, čija je obaveza po navedenoj odredbi člana 120. ZN FBiH da pročita, pojasni 1 upozori bez posljedica i odgovornosti ukoliko tako i ne postupi.

Ovo sve predstavlja još jedan argument protiv dvostruke forme prilikom zaključenja ugovora o doživotnom izdržavanju. Na taj način sud koji ovjerava notarski obrađen ugovor o doživotnom izdržavanju, kvazi autorizira tu ispravu koja pri tome *ex lege* ima snagu javne isprave i ne zahtijeva nikakve dalje ovjere, a u slučaju da odbije da ga dodatno ovjeri, bez zakonom propisane procedure poništava javnu ispravu kojoj je zakonodavac dao karakter i dokaznu snagu javne isprave.

III. Umjesto zaključka

Kako se duže vrijeme na različitim pravničkim skupovima, naročito među sudijama i među notarima vodila diskusija o pravnoj valjanosti ugovora o doživotnom izdržavanju u kontekstu primjene ZNot FBiH i ZN FBiH, to je, u nastojanju da ovu pravničku dilemu otkloni i ponudi pravilno pravno tumačenje, koje je u skladu sa odgovarajućom zakonodavnom i ustavnosudskom praksom, građansko odjeljenje Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine zauzelo pravno stanovište koje glasi: Ugovori o doživotnom izdržavanju, koji za predmet imaju prenos nepokretnosti, a koji su zaključeni nakon početka primjene Zakona o

¹⁹⁾ Vidi: Softić V. u Povelakić/Schalast/Softić, Komentar Zakona o notarima u Bosni i Hercegovini, str. 171.

²⁰⁾ Detaljnije Christof Schalast, Dopuna komentara Zakona o notarima u Bosni i Hercegovini, str. 26.

notarima FBiH, pravno su valjani ukoliko su zaključeni u formi notarski obrađene isprave u smislu člana 73. stav 4. u vezi sa članom 80. Zakona o notarima, tako da za njihovu pravnu valjanost nije potrebna dodatna ovjera od strane sudije u smislu člana 120. stav 2. i 3. Zakona o nasljeđivanju. Iako ovaj stav građanskog odjeljenja Vrhovnog suda FBiH u skladu sa odredbom člana 35. Zakona o sudovima u Federaciji BiH²¹ mora biti predmet razmatranja Opće proširene sjednice Vrhovnog suda FBiH, koja je nadležna za zauzimanje načelnih stavova o pitanjima koja su od interesa za primjenu federalnih propisa, izraženi načelni stav građanskog odjeljenja tog suda, konačno vodi ka ujednačenju u postupanju sudova na području Federacije BiH. To zapravo u praksi znači da će se na cijeloj teritoriji Bosne i Hercegovine za pravnu valjanost ugovora o doživotnom izdržavanju zahtijevati jedna forma, a to je forma notarski obrađene isprave, koja kao takva kao jedina forma vrijedi na području drugog bosanskohercegovačkog entiteta - Republike Srpske. Na taj način ispunit će se jedan od uvjeta za ostvarivanje jednakosti građana unutar jedne države u smislu Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, koja garantira jednakopravni položaj građana na području iste države u postupanju državnih, sudskih i drugih organa povodom istih pravnih radnji.

²¹) Zakon o redovnim sudovima Federacije Bosne i Hercegovine (Sl. novine FBiH 38/05).

Krivične sankcije prema maloljetnicima u duhu novog Zakona o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku u Bosni i Hercegovini

Mr. sc. Vildana Vranj*

Više od 100 godina sudstvo za maloljetnike je tema niza rasprava. U posljednjih 30 godina maloljetničko prestupništvo doživjelo je najveću promjenu u pogledu vrsta, a posebno načina izvršenja krivičnih djela.¹ U BiH krivično zakonodavstvo već dugo vremena uređuje problematiku maloljetničkog kriminaliteta u okviru krivičnih zakona, zakona o krivičnom postupku i zakona o izvršenju krivičnih sankcija. Još od 1998. godine krivično zakonodavstvo

poznaje i alternativne načine rješavanja krivičnih sporova, u kojima su učinioci krivičnih djela maloljetnici.² Govorimo o odgojnim preporukama koje izriče tužilac ili sudija za maloljetnike, bez održavanja glavnog pretresa, kao centralnog dijela krivičnog postupka.

U posljednjih nekoliko godina aktuelan je proces odvajanja krivičnopravne regulative za maloljetnike u sukobu sa zakonom iz zakona³ koji regulišu istu problematiku i za punoljetne osobe. Tako je u Strategiji protiv maloljetničkog prestupništva za BiH 2006-2010. kao prvi strateški cilj u oblasti zakonodavstva predviđeno: stvaranje uslova za usvajanje i implementaciju Nacrta Zakona o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku (Zakon) koji objedinjava procesni, materijalni i izvršni pravni aspekt koji je baziran na međunarodnim standardima i rezultatima dobre prakse u drugim zemljama, te koji uvažava pravni, socijalni i kulturni kontekst BiH.

Spomenuti Nacrt Zakona je uređivao problematiku maloljetnika u sukobu sa zakonom na nivou BiH, međutim, zbog niza okolnosti ovaj zakon nije usvojen, te se krenulo u izradu i usvajanje *lex specialis* na nivou entiteta. Ovakav pristup je i polučio rezultate tako da je do danas, novembra 2010. godine, Zakon o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku RS-a i usvojen, a stupa na pravnu snagu 1. 1. 2011. godine.⁴

Novo zakonodavstvo donosi niz promjena koje imaju jedan cilj, povećati primjenu alternativnih načina rješavanja krivičnopravnih sporova, uz direktno izbjegavanje sankcioniranja maloljetnika, odnosno njihovog institucionalnog tretiranja.

Tako, u najkraćem možemo reći da su najznačajnije izmjene dosadašnjih rješenja, ne uzimajući u obzir rješenja o krivičnim sankcijama prema maloljetnicima, u sljedećem:

- ²) Prema članu 2. novog Zakona o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku maloljetnik je dijete koje je u vrijeme izvršenja krivičnog djela navršilo četrnaest godina, a nije navršilo osamnaest godina života i prema kome se mogu izreći krivične sankcije i druge mjere predviđene ovim zakonom.
- ³) **Krivični zakon Bosne i Hercegovine**, "Službeni glasnik BiH" 3/2003, 32/2003, 37/2003, 54/2004, 61/2004, 30/2005, 53/2006, 55/2006 i 32/2007, 8/10; **Zakon o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine** "Službeni glasnik BiH" 3/03, 32/03, 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 58/08, 12/09, 16/09, 93/09. **Zakon Bosne i Hercegovine o izvršenju krivičnih sankcija i mjere pritvora i drugih mjera**, "Službeni glasnik BiH" 12/10. Isti zakoni postoje i na nivou entiteta s tim da je dio materije, posebno onaj koji se odnosi na izvršenje krivičnih sankcija prema maloljetnicima, uređen i kantonalnim zakonima i to zakonima o izvršenju krivičnih sankcija.
- ⁴) Što se tiče Federacije Bosne i Hercegovine situacija je drugačija, istoimeni zakon je u proceduri donošenja i do kraja 2010. godine očekuje se njegovo usvajanje, odnosno za određeno vrijeme i stupanje na snagu. Slična situacija je i u Brčko Distriktu Bosne i Hercegovine.

* Mr. sc. Vildana Vranj je viša asistentica na Katedri krivičnog prava na Pravnom fakultetu Univerziteta u Sarajevu.

¹) Sijerčić-Čolić, H., 2008: Juvenile justice in Bosnia and Herzegovina. Chronicle IAYFJM. Winter Edition, str. 11-13.

1. Zakon sadrži odredbe koje se primjenjuju prema maloljetnim učiniocima krivičnih djela i koje se odnose na materijalno krivično pravo, krivični postupak i izvršenje krivičnih sankcija, zatim odredbe o organima koji ga primjenjuju, kao i odredbe o krivičnopravnoj zaštiti djece i maloljetnika na čiju štetu je izvršeno krivično djelo.
2. Maloljetniku pripadaju minimalna prava koja će se poštovati u svim fazama krivičnog postupka i koja se odnose na pravo maloljetnika da mu se jasno kaže zbog čega se optužuje, da se smatra nevinim dok se ne dokaže suprotno, da se brani šutnjom, da mu se priznanje ne iznuđuje silom, pravo na pravnu pomoć advokata, pravo na prisustvo roditelja ili staratelja, pravo na provođenje postupka "bez odlaganja", pravo da unakrsno ispituje svjedoke i pozove i sasluša vlastite svjedoke pod jednakim uslovima i pravo na djelotvoran pravni lijek.
3. Pravo na privatnost maloljetnog učinioca krivičnog djela poštovat će se u svim fazama postupka tako da se u medijima neće objaviti ime i drugi podaci koji otkrivaju identitet maloljetnika.
4. U tužilaštvu i sudu postoje odjeljenja za maloljetnike, u čijem radu učestvuju i stručni savjetnici sa posebnim zadacima u postupku koji se vodi prema maloljetniku (misli se na socijalne pedagoge-defektologe, socijalne radnike i psihologe).
5. Prema maloljetnom učiniocu krivičnog djela može se izreći policijsko upozorenje za krivična djela za koja je propisana novčana kazna ili kazna zatvora do tri godine.
6. Postupak prema maloljetniku pokreće se naredbom za pokretanje pripremnog postupka koju donosi tužilac.
7. Prema maloljetnom učiniocu krivičnog djela mogu se primijeniti odgojne preporuke za krivična djela za koja je propisana novčana kazna ili kazna zatvora do pet godina, a za krivična djela za koja je zapriječena kazna zatvora preko pet godina, ako je to srazmjerno okolnostima i težini učinjenog krivičnog djela.
8. Za krivična djela za koja je propisana novčana kazna ili kazna zatvora do tri godine, uz pribavljeno odobrenje tužioca, maloljetnika ispituje ovlašćena službena osoba koja ima posebna znanja iz oblasti prava djeteta i delinkvencije mladih.
9. Sud može na prijedlog stranaka ili branioca, ili po službenoj dužnosti prema maloljetniku, umjesto određivanja i produženja pritvora, odrediti mjere zabrane (npr., zabranu napuštanja boravišta i zabranu putovanja bez odobrenja, zabranu posjećivanja određenih mjesta ili područja, zabranu sastajanja sa određenim osobama, ili povremeno javljanje određenom državnom organu).
10. Posebno poglavlje u zakonu su krivična djela na štetu djece i maloljetnika. Ovim odredbama nastoji se pružiti adekvatna zaštita žrtvama u toku postupka. U tom smislu, a po uzoru na savremena zakonodavstva, predviđeni su posebni oblici ispitivanja djece i maloljetnika, kao žrtava specifičnih krivičnih djela.

Ovom prilikom posebnu pažnju posvetit ćemo krivičnim sankcijama prema maloljetnicima, odnosno naglasiti najznačajnije specifičnosti novog zakonodavstva u pogledu izricanja i izvršenja krivičnih sankcija prema maloljetnicima.

U kreiranju rješenja koja se odnose na lišavanje slobode i pritvaranje maloljetnika uzeti su u obzir odgovarajući međunarodni standardi o zaštiti prava na slobodu. Isto tako, rješenja o položaju maloljetnika u toku izdržavanja kazne maloljetničkog zatvora odnosno zavodskih mjera, prate preporuke i standarde koje propisuju međunarodni dokumenti.

Najznačajniji međunarodni dokumenti čiji su standardi poštovani u pogledu krivičnih sankcija za maloljetnike su Pravila UN za zaštitu maloljetnika lišenih slobode iz 1990. godine i Evropska zatvorska pravila iz 2006. godine.⁵

S obzirom na duh Zakona o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku iz niza odredaba navedenih međunarodnih izvora izdvojiti ćemo jedno značajnije pravilo i to da: "Pravila prevashodno predviđaju da lišenje slobode treba da bude zadnja opcija i to samo onda kada je to u skladu sa zakonom i na način propisan zakonom, te da djeca budu lišena slobode najkraći mogući period".

U tekstu koji slijedi navest ćemo najznačajnije specifičnosti Zakona u pogledu krivičnih sankcija za maloljetnike.

1. **Princip srazmjernosti** je jedan od općih principa pri izricanju sankcija u krivičnom pravu. On podrazumijeva mogućnost izbora i primjene zakonom predviđene sankcije i mjere koje su prilagođene ličnim svojstvima, sredini i prilikama u kojim maloljetnik živi i u srazmjeri sa okolnostima i težini učinjenog krivičnog djela i uz uvažavanje prava osobe oštećene krivičnim djelom.
2. U popisu osnovnih pojmova posebno su izdvojeni **resocijalizacija i reintegracija**, kao krajnji ciljevi sankcija prema maloljetnicima. U penološkom smislu svrha sankcioniranja je resocijalizacija učinioca krivičnog djela, odnosno preduzimanje sistematske, planske i organizovane aktivnosti društva sa ciljem osposobljavanja maloljetnika da ubuduće poštuje društvene norme i njegov povratak u društvo kao punopravnog, ravnopravnog člana društvene zajednice.
3. **Princip postepenosti u izricanju krivičnih sankcija** koji znači da ukoliko nisu primijenjene odgojne preporuke kao primarni odgovor na maloljetnički kriminalitet, prednost u izricanju krivičnih sankcija imaju:
 - mjere upozorenja, zatim
 - mjere pojačanog nadzora i na kraju
 - kazna maloljetničkog zatvora.

To je veoma značajan opći princip čije se utemeljenje nalazi u spomenutim Pravilima UN-a za zaštitu maloljetnika lišenih slobode, a koji je konkretizovan kroz niz

⁵ Preporuka br. (2006) 2, Komiteta ministara zemalja članica u vezi sa Zatvorskim pravilima.

rješenja u postupku primjene mjera i sankcija u novom Zakonu.

4. Značajne izmjene napravljene su na polju vrsta sankcija **uvođenjem novih vrsta odgojnih mjera i mjera sigurnosti**. Tako maloljetnom učiniocu krivičnog djela mogu se izreći odgojne mjere, kazna maloljetničkog zatvora i sigurnosne mjere.

5. **U okviru odgojnih mjera:** upućivanje u odgojnu ustanovu, upućivanje u odgojno-popravni dom i upućivanje u posebnu ustanovu za **liječenje** i osposobljavanje, novina je uvođenje termina liječenje u nazivu posebnih ustanova u koje se upućuju maloljetnici koji su izvršili krivično djelo, a koji su ometeni u psihičkom ili fizičkom razvoju. Na ovaj način naglašena je posebna svrha ovih sankcija ka liječenju i na taj način osposobljavanju maloljetnika, da se reintegrira u normalne životne tokove. Također u pogledu odgojnih mjera uvedene su nove vrste odgojnih mjera i to **mjere upozorenja i usmjerenja: sudski ukor i posebne obaveze**. Ove mjere su sasvim nove i specifične sankcije, ali i poseban odraz principa postepenosti, gdje se s obzirom na njihovu prirodu i svrhu pokušava na što blaži način uticati na ličnost i ponašanje maloljetnika. Tako se sudski ukor izriče kada se i **priekorom može** postići svrha odgojnih mjera. Sadržaj ukora je da će sud maloljetnika upozoriti na neprihvatljivost i štetnost njegovog ponašanja, posljedice koje na njega takvo ponašanje može imati, kao i da mu u slučaju ponovnog izvršenja krivičnog djela može biti izrečena druga sankcija. S druge strane **posebne obaveze** su određeni nalozi ili zabrane kojima je potrebno, ali i moguće uticati na maloljetnika i njegovo ponašanje. Izriču se kao: samostalne sankcije ili kao dodatne obaveze uz mjere pojačanog nadzora, odnosno uz uslovni otpust sa izvršenja odgojne mjere. Vrste posebnih obaveza su:

- da redovno pohađa školu,
- da ne izostaje sa posla,
- da se osposobljava za zanimanje koje odgovara njegovim sposobnostima i sklonostima,
- da se uključi u rad humanitarnih organizacija ili poslove socijalnog, lokalnog ili ekološkog sadržaja (ovaj rad ne može trajati duže od 120 sati u toku 6 mjeseci),
- da se uzdrži od posjećivanja određenih lokala, odnosno priredbi i kloni društva i određenih osoba koje na njega mogu štetno uticati,
- da se uključi u pojedinačni ili grupni rad u savjetovaništu za mlade,
- da se maloljetnik uz saglasnost zakonskog zastupnika podvrgne stručnom medicinskom postupku ili postupku odvikavanja od droge ili drugih vrsta ovisnosti,
- da pohađa kurseve za stručno osposobljavanje ili da se priprema i polaže ispite na kojima se provjerava određeno znanje,

- da se uključi u određene sportske i rekreativne aktivnosti i
- da bez posebne saglasnosti suda ne može da napusti mjesto prebivališta ili boravišta.

Posebne obaveze traju najduže jednu godinu. Pri odabiru posebne obaveze sud vodi računa o spremnosti maloljetnika da saraduje u njihovom ostvarivanju, kao i o tome da one budu prilagođene njemu i uvjetima u kojima maloljetnik živi.

Upućivanje u odgojni centar⁶ je također sankcija koja je pretrpila određene izmjene. Razlika u odnosu na dosadašnje rješenje je u dužini trajanja sankcije. Tako se maloljetnik upućuje u disciplinski centar na:

- **određeni broj sati tokom dana** u trajanju od najmanje 14 dana, a najduže 30 dana (do sada nije bilo minimuma trajanja sankcije)
- **na neprekidni boravak u trajanju od najmanje 15 dana**, ali ne duže od **tri mjeseca** (do sada neprekidni boravak do 20 dana)
- ranije je postojala mogućnost izricanja na određeni broj sati samo u praznične dane, ali ne više od 4 uzastopna praznična dana.

U okviru **odgojnih mjera pojačanog nadzora** evidentne su promjene u dužini trajanja sankcija, i to na način da je smanjeno trajanje na minimalno 6 mjeseci do maksimalno 2 godine (ranije od 1 do 3 godine) i povećanoj ulozi tužioca u toku izvršenja odgojnih mjera. Tako je tužilac za maloljetnike dužan da saraduje sa organima socijalnog staranja, koji su zaduženi za provođenje mjere pojačanog nadzora i dužnosti u smislu intervencije prema sudu ka obustavi ili zamjeni odgojne mjere kada za to postoje uslovi.

Kada su u pitanju **zavodske odgojne mjere** načinjene su promjene opet u pogledu dužine trajanja i to:

- upućivanje u odgojnu ustanovu može trajati od 6 mjeseci do 2 godine (ranije do 3 godine)
- upućivanje u odgojno-popravni dom može trajati od 6 mjeseci i najduže 4 godine (prije 1-5 godina)
- upućivanje u posebnu ustanovu za **liječenje** i osposobljavanje može trajati dok je to potrebno, ali ne duže od 3 godine.

Inače, zavodska mjera upućivanje u posebnu ustanovu za liječenje i osposobljavanje ima karakter i **zamjenske mjere**, pa se maloljetnik kojem je izrečena mjera sigurnosti obaveznog psihijatrijskog liječenja može uputiti u posebnu ustanovu za liječenje i osposobljavanje maloljetnika samo ako se u toj ustanovi može osigurati čuvanje i liječenje i ostvariti svrha mjere sigurnosti obaveznog psihijatrijskog liječenja. Ova funkcija mjere upućivanja u posebnu ustanovu za liječenje i osposobljavanje je direktan izraz osnovnog principa na kojem počiva novi Zakon i to principa postepenosti.

⁶ Do sada upućivanje u disciplinski centar za maloljetnike.

Uslovni otpust maloljetnika kojima je izrečena neka od zavodskih odgojnih mjera jedan je od novih instituta u krivičnom zakonodavstvu za maloljetnike. Može se izreći tek nakon 6 mjeseci boravka u ustanovi. Dok je na uslovnom otpustu može se izreći i neka od **mjera pojačanog nadzora ili više posebnih obaveza**. Do opoziva uslovnog otpusta može doći u slučaju da maloljetnik počini novo krivično djelo, da pojačan nadzor ne ostvaruje svrhu ili maloljetnik ne ispunjava postavljene obaveze.

6. **Kazna maloljetničkog zatvora**, kao najstrožija krivična sankcija za maloljetnike, u novom Zakonu pretrpjela je određene promjene, koje su direktna posljedica integracije međunarodnih standarda u domaće zakonodavstvo. Riječ je o skraćivanju trajanja kazne maloljetničkog zatvora. Naime, kazna maloljetničkog zatvora ne može biti duža od pet godina, osim za krivično djelo za koje je propisana kazna dugotrajnog zatvora, ili za sticaj najmanje dva krivična djela za koja je propisana kazna zatvora duža od deset godina, maloljetnički zatvor može trajati do deset godina. Ranije rješenje je ostavljalo mogućnost izricanja kazne maloljetničkog zatvora od jedne do 10 godina. Kao što je vidljivo i ovo novo rješenje ne predviđa posebni minimum kazne.

Nadalje, promjene postoje u pogledu mjere uslovnog otpusta sa izdržavanja kazne maloljetničkog zatvora. Riječ je o promjeni uslova za uslovno puštanje, koji su direktna posljedica navedenih promjena u dužini trajanja kazne maloljetničkog zatvora. Uslovi za uslovno puštanje na slobodu su: izdržana 1/3 izrečene kazne, ali **ne kraće od 6 mjeseci** (ranije minimalno 1 godinu), zatim da je postignuta svrha kažnjavanja. Uz uslovni otpust mogu se izreći neke od **odgojnih mjera pojačanog nadzora** (ranije samo jedna - nadzor od strane organa starateljstva) ili jedna ili više **posebnih obaveza**. **Odgođeno izricanje kazne maloljetničkog zatvora** je također značajna novina, a riječ je o tome da sud može izreći kaznu maloljetničkog zatvora **i istovremeno odrediti da je neće izvršiti** kada se opravdano može očekivati da se **prijetnjom naknadnog izricanja kazne** može uticati na maloljetnika da ubuduće ne čini krivična djela. Uz kaznu se može izreći neka od odgojnih mjera **pojačanog nadzora** i uz tu mjeru odrediti **jedna ili više posebnih obaveza**. Ako u vremenu **provjeravanja** koje odredi sud maloljetnik učini novo djelo, ili ako odbija da postupi po izrečenoj odgojnoj mjeri pojačanog nadzora ili izvršenju posebnih obaveza, **sud naknadno može izreći izvršenje izrečene kazne maloljetničkog zatvora**. Nakon što **protékne najmanje jedna godina vremena provjeravanja**, sud može, nakon što pribavi izvještaj organa socijalnog staranja, **izreći konačni odustanak od izricanja kazne**, ako nove činjenice potvrđuju uvjerenje da maloljetnik neće učiniti nova krivična djela.

7. **Mjere sigurnosti** su izmijenjene u pogledu uvođenja novih vrsta mjera koje se mogu izreći maloljetniku. Tako

se maloljetniku mogu izreći slijedeće mjere sigurnosti:

- a. obavezno psihijatrijsko liječenje,
- b. obavezno liječenje od ovisnosti,
- c. **obavezno ambulantno liječenje na slobodi**,
- d. **zabrana upravljanja motornim vozilom** i
- e. oduzimanje predmeta.

Izriču se kao sporedna sankcija uz kaznu maloljetničkog zatvora ili odgojnu mjeru. U pogledu uvođenja novih mjera sigurnosti posebno izdvajamo mjeru obaveznog ambulantnog liječenja na slobodi kroz koju je opet posebno vidljiv princip postepenosti i davanje prednosti neinstitucionalnom tretiranju maloljetnika. Naime, "protežiranje" ove mjere vidljivo je i kroz odredbu: "Kada god je moguće, mjere liječenja na slobodi imaju prednost nad smještajem maloljetnika u zdravstvenu ustanovu radi provođenja mjera sigurnosti obaveznog psihijatrijskog liječenja i obaveznog liječenja od ovisnosti".

8. **Izvršenje krivičnih sankcija**. Treći dio Zakona o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku odnosi se na izvršenje krivičnih sankcija prema maloljetnicima. Treba napomenuti da su rješenja ovog dijela krivičnog zakonodavstva za maloljetnike do sada bila navedena u zakonima o izvršenju krivičnih sankcija na više nivoa vlasti. Za razliku od materijalnog krivičnog prava i pravila krivičnog postupka, najveći dio materije bio je uređen kantonalnim zakonima o izvršenju krivičnih sankcija. Zbog toga je veoma značajno da je izvršno krivično pravo maloljetnika objedinjeno i "podignuto" na nivo entiteta.

U najkraćem navest ćemo neke opće karakteristike postupka izvršenja krivičnih sankcija prema maloljetnicima ne naglašavajući ranija rješenja.

U zakonu su date opće odredbe o izvršenju dok će se veliki broj pitanja regulisati podzakonskim aktima.

Odgojne mjere izvršava državni organ - **centar za socijalni rad**. Nadzor nad izvršenjem sankcija vrši sud i tužilaštvo na način da:

- neposredno obilazi mjesta gdje se sankcije izvršavaju (jednom do dva puta godišnje),
- dobija izvještaje koji se dostavljaju u obliku redovnih izvještaja - svaka dva mjeseca ili *ad hoc* u situacijama otežavanja izvršenja mjere.

Izvršenje krivičnih sankcija odvija se prema **programu postupanja** kojeg sačinjavaju nadležni organi za njihovo izvršenje. Program je prilagođen ličnosti maloljetnika i u skladu sa savremenim dostignućima nauke, pedagoške i penološke prakse. Program se sačinjava nakon provedene tzv. **opervacije (proučavanja) ličnosti** maloljetnika od strane stručnih osoba (psihologa, pedagoga, socijalnih radnika i ljekara). Pojedinačnim programom posebno se utvrđuju: nivo zrelosti maloljetnika, druga svojstva njegove ličnosti, mogućnost uključenja u proces obrazovanja i radnog osposobljavanja, korištenje i organizacija slobodnog

vremena, rad sa roditeljem, usvojiocem ili staraocem maloljetnika i drugim članovima njegove porodice, kao i drugi oblici psihosocijalnog, pedagoškog i penološkog uticaja na maloljetnika.

Prava maloljetnika koji su lišeni slobode, odnosno kojima je izrečena neka od sankcija institucionalnog karaktera, posebno je važno pitanje. Veliki broj, kako domaćih, tako i međunarodnih dokumenata bavi se ljudskim pravima. Novi zakon taksativno nabraja prava maloljetnika lišenih slobode kratko ih opisujući. To su sljedeća prava:

- a. **nositi vlastitu odjeću** ako je pogodna, ako nema vlastitu, ima mu se obezbijediti donji veš, sezonska odjeća i obuća primjerena lokalnim vremenskim uslovima. Pogodnom odjećom se smatra i odjeća koja nije degradirajuća ili ponižavajuća i koja ne predstavlja rizik za bezbjednost,
- b. **ishrana koja je dijetetski, higijenski i zdravstveno prilagođena njegovom uzrastu**, koja će ga održati u dobrom zdravlju i snazi i omogućiti normalan psihofizički razvoj,
- c. **najmanje tri obroka dnevno** čija je ukupna vrijednost najmanje 16.000 džula,
- d. **boravak na svježem vazduhu** u slobodno vrijeme izvan zatvorenih prostorija ustanove najmanje tri časa dnevno,
- e. **učestvovanje** u organizovanim kulturnim, sportskim i drugim prikladnim **aktivnostima izvan ustanove**,
- f. obezbjeđivanje uvjeta za **bavljenje fizičkom rekreacijom i sportom**,
- g. **pohađanje nastave izvan ustanove ako u toj ustanovi nije organizovana nastava određenog smjera ili obrazovanja i ako to opravdavaju dosadašnji uspjesi u odgoju i školovanju maloljetnika, pod uvjetom da ne šteti izvršenju odgojne mjere**,
- h. **neograničeni prijem paketa čija se težina i dopuštena sadržina određuju aktom o kućnom redu**,
- i. **primanje pošte i omogućavanje da, po sopstvenom izboru, komunicira pismeno ili telefonom najmanje dvaput sedmično**,
- j. **primanje informacija praćenjem štampe i drugih publikacija, radio i televizijskog programa, igranog filma, pristupom biblioteci, internetu ili na drugi prihvatljiv način koji promoviše dobrobit maloljetnika**,
- k. **posjete jednom nedjeljno roditelja, usvojioca, staraoca, bračnog druga, osobe sa kojom je zasnovao vanbračnu ili kakvu drugu trajnu zajednicu, usvojenika, djece i ostalih srodnika u prvoj liniji, a u pobočnoj liniji do četvrtog stepena srodstva**,
- l. **boravak sa bračnim drugom ili osobom sa kojom je zasnovao vanbračnu ili kakvu drugu trajnu zajednicu jednom mjesечно do tri sata nasamo u za tu svrhu određenoj prostoriji u okviru ustanove**,
- m. **posjete dva puta mjesечно i drugih osoba** koje ne ometaju izvršenje odgojne mjere, s tim da zabranu posjete ovih osoba može da izrekne rukovodilac ustanove koji će rješenjem dati obrazloženje za donošenje takve odluke,
- n. **posjetu predstavnika vladinih i nevladinih organizacija**, institucija i drugih koji su zainteresovani za pružanje pomoći maloljetniku u obliku obrazovanja, zapošljavanja ili smještaja u svrhu pripreme za povratak u zajednicu,
- o. **rad prema svojim mogućnostima** u ustanovi saglasno obavezama u pohađanju nastave,
- p. za maloljetnika koji ne pohađa nastavu, **radno vrijeme traje u skladu sa opštim propisima**. Maloljetnik se van radnog vremena može uposliti najviše dva časa dnevno na održavanju čistoće i drugim tekućim poslovima ustanove,
- q. **naknada za rad i novčane nagrade za posebne uspjehe** u radu, čije najniže i najviše iznose određuje rukovodilac ustanove, kao i pravo da polovinom naknade i nagrade slobodno raspolaze, a ostatak mu se stavlja na štednju, s tim da mu, izuzetno, rukovodilac ustanove može odobriti korištenje cijele naknade. Ni u kom slučaju interes maloljetnika i njegov rad ne smiju biti podređeni ciljevima ostvarivanja profita ustanove ili nekog trećeg,
- r. **dnevni i nedjeljni odmor** u skladu sa opštim propisima, **godišnji odmor** u trajanju od 18 do 30 dana koji se koristi izvan ustanove ili u okviru ustanove, s tim da o dužini, načinu i mjestu korištenja odlučuje rukovodilac ustanove na prijedlog odgajatelja,
- s. **zdravstvena zaštita** izvan ustanove ako ustanova ne može da pruži odgovarajuću zdravstvenu zaštitu. Vrijeme provedeno na liječenju u odgovarajućoj zdravstvenoj ustanovi uračunava se u trajanje odgojne mjere,
- t. **obavješćavanje porodice maloljetnika o zdravstvenom stanju maloljetnika**, a ako maloljetnik umre u roku od šest mjeseci od otpuštanja, da izvrši uvid u izvještaje provedene istrage,
- u. **obavješćavanje u najkraćem mogućem roku** o smrti, ozbiljnoj bolesti ili povredi bilo kog člana uže porodice i da mu se obezbijedi posjeta članu porodice ili prisustvo sahrani,
- v. ako želi, maloljetnik ima pravo da učestvuje u **vjerskoj službi** i u vezi sa tim da posjeduje i zadrži potrebne vjerske knjige i predmete za vjeroispovijedanje, kao i pravo da odbije sve oblike učešća u vjerskim i religioznim službama i obrazovanju,
- w. ustanove posebnim pravilnikom mogu predvidjeti i **druga prava koja promovišu dobrobit maloljetnika i potpomažu njegov povratak u društvenu zajednicu i preuzimanje produktivne uloge**,
- x. **pravo na pogodnosti**: prošireni prijem posjeta, izlazak van doma u grad, posjete sportskim, kulturnim ili drugim prikladnim manifestacijama van doma, posjete porodici, srođnicima ili drugim bliskim osobama za vrijeme vikenda i praznika i

y. dodatno odsustvo iz ustanove odgojno-popravnog doma do 15 dana.

Osim navedenih prava maloljetnik ima i **određene obaveze**. U prvom redu misli se na obavezu poštivanja kućnog reda i drugih pravila ustanove u kojoj boravi. Kršenje spomenutih propisa iziskuje disciplinsko tretiranje maloljetnika. Pored navedenog postoji još čitav niz specifičnosti izvršenja kazne maloljetničkog zatvora u BiH.

Kazna maloljetničkog zatvora izvršava se u posebnoj kaznenopopravnoj zavodu za maloljetnike koji ne može imati dodira sa kaznenopopravnim zavodom u kojem odrasle osobe izdržavaju kaznu zatvora.

O **uvjetima otpusta** osuđenog na kaznu maloljetničkog zatvora odlučuje **sudija prvostepenog suda koji je donio presudu**, po molbi maloljetnika.

Postpenalna pomoć je jedno od veoma važnih pitanja u procesu izvršenja krivičnih sankcija i predstavlja finalni potez države u cilju ostvarivanja svrhe sankcioniranja. Zakon predviđa nekoliko oblika pomoći:

- pri nalaženju smještaja i sredine u kojoj će živjeti,
- pri dovršetku započetog obrazovanja i stručnog osposobljavanja, liječenja radi zaštite njegovog fizičkog i duševnog zdravlja,
- pri pronalaženju zaposlenja,
- pri obezbjeđenju ishrane, odjeće i finansijskih sredstava za druge nužne potrebe,
- radi omogućavanja njegovog ponovnog integrisanja u društvenu zajednicu.

Najkraće rečeno, treći dio Zakona o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku koji predstavlja izvršno krivično pravo prema maloljetnicima, je djelimično uredio tu materiju. Pravilom shodne primjene odredaba zakona o izvršenju krivičnih sankcija i principom uređivanja materije podzakonskim aktima, prepušteno je uređenje nekih značajnih pitanja ili po "starom" pravilu, ili aktom manje pravne snage koji ostavlja mogućnost različitog pristupa u rješavanju pojedinih pitanja. Po nama to je veliki nedostatak jer proizvoljnost, kada su u pitanju maloljetni učinioci krivičnih djela može biti opasna.

* * * *

Na kraju treba reći da je odvojeno krivično zakonodavstvo za maloljetnike veoma značajan korak naprijed u borbi protiv maloljetničkog kriminaliteta. Međutim, obezbjeđivanje uslova njegove primjene u praksi je težak zadatak. Prema dosadašnjim istraživanjima, zatim s obzirom na strukturu učinjenih krivičnih djela, te primjenu principa postepenosti i srazmjernosti, dolazi se do zaključka, da je mali broj maloljetnika koji zahtijevaju institucionalni tretman. U pravilu radi se o recidivistima kod kojih su primarna i sekundarna prevencija zatajile. Ovo bi nadalje značilo da provedba Zakona o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku u pogledu krivičnih sankcija koje zahtijevaju institucionalni tretman maloljetnika nije upitna. Međutim situacija nije takva. Neke intervencije su neophodne i urgentne u pravcu:

- proučiti kapacitete i usluge koje već imaju postojeće ustanove u BiH;
- efikasnije je i sa stručne i sa materijalne strane uložiti u postojeće ustanove u smislu njihove humanizacije i osavremenjivanja tretmana u radu sa maloljetnicima u sukobu sa zakonom, prateći međunarodne standarde vezane za lišenje slobode, kao i uslove i režime u institucijama za prevaspitanje;
- uložiti u profesionalizaciju kadra i
- oformiti timove sa dovoljnim brojem stručnjaka i
- povećati kvalitet rada nego duplirati ustanove;
- iznaći iz postojećih kapaciteta rješenja za smještaj maloljetnika kako zatvora tako i zavoda;
- otvoriti nove ustanove prvenstveno odgojno popravni dom u FBiH;
- obezbijediti postpenalni prihvata, naročito nevladinog sektora;
- obezbijediti alternativni smještaj maloljetnika koji čekaju suđenje, prihvatne centre.

Pored navedenog treba naglasiti i hitnost preduzimanja niza drugih aktivnosti u cilju poboljšanja postojećih i obezbjeđivanja novih uslova za provedbu Zakona zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku u BiH.

Aktuelnosti iz evropskog prava

O ovoj rubrici

Pravo Evropske unije (EU) ima sve više utjecaja ne samo na pravo zemalja članica EU nego i na pravo onih država koje se pripremaju za eventualno članstvo u EU. Osim toga prema ovom pravu se orijentiraju i države koje nemaju za cilj članstvo u EU, kao što je naprimjer Švajcarska.

Kako će iz tema koje su oslovljene u priložima ove rubrike biti jasno, pravo EU ostvaruje utjecaj na gotovo sve oblasti prava. Kao primjer se ovdje ističe ugovorno pravo, kao pravna oblast koja je najbliža svakodnevnom životu u kojoj se dejstva prava EU (prije svega putem harmonizacije prava u oblasti zaštite potrošača) protežu sve do pojedinačnih pitanja kao što su zaključenje ugovora, zahtjevi u vezi sa formom, prava i obaveze ugovornih strana.

Zbog toga će se u svakom izdanju ovog časopisa dati kratak pregled važnih aspekata aktuelnog razvoja evropskog prava. Osim toga biće data korisna uputstva u vezi sa širim izvorima informacija, naročito na internetu.

Razvoj EU općenito

Dr. Stefan Puerner

Program belgijskog predsjedavanja EU

Od 1. jula do 31. decembra 2010. Belgija obnaša polugodišnje naizmjenično predsjedavanje Savjetom ministara Evropske unije (dalje: Savjet). Program belgijskog predsjedavanja Savjetom nastavlja mnoge pothvate, koji su u prvoj polovici 2010. godine započeti ili nastavljeni pod predsjedavanjem Španije. Pod tim se između ostalog podrazumijeva:

- usvajanje (donošenje) smjernice o pravnim posljedicama zakašnjenja u plaćanju,
- nastavak djelovanja u oblasti patentnog prava i uopće prava intelektualnog vlasništva EU,
- harmoniziranje potrošačkog prava,
- ocjenjivanje provođenja smjernice o uslugama.

Ostala tematska težišta su:

- stvaranje istinskog unutrašnjeg tržišta u oblasti elektronskog poslovanja,
- radno pravo (zaštita majke, radno vrijeme i prenosivost zahtjeva iz penzijskog osiguranja),
- nastavak djelovanja u cilju osiguranja istog položaja žena kao i borba protiv nasilja nad ženama,
- pregovori sa Vijećem Evrope o pristupu Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima,
- pojačana saradnja u brakorazvodnim parnicama,
- borba protiv organiziranog kriminala, trgovine ljudima i seksualnog zlostavljanja djece.

Šire informacije se mogu naći pod

<<http://www.eu2010.be/>>.

Sporni SWIFT-Sporazum zaključen sa SAD

Pregovori EU sa SAD o zaštiti i razmjeni finansijskih podataka formalno su završeni 13. jula ove godine potpisivanjem Sporazuma između EU i SAD u vezi sa dostavom finansijskih podataka (SWIFT- Sporazum). Na osnovu ovog sporazuma SAD sada mogu zahtijevati prosljeđivanje EU - finansijskih podataka, koje SAD mogu upotrijebiti u okviru programa traganja za izvorima finansiranja terorizma - TFTP (Terrorist Finance Tracking Programme). Ovom sporazumu su prethodile značajne političke nesuglasice. Još u februaru je Evropski parlament odbio takozvani "Privremeni SWIFT sporazum" iz 2009. godine, jer je smatrao da nije dovoljno osigurana zaštita podataka. Kao posljedica toga je u sadašnjem Sporazumu poboljšana zaštita podataka. Prema ovom sporazumu građani koji su pogođeni istragom sada u većoj mjeri imaju pravo pristupa podacima kao i pravo na korigovanje i brisanje netačnih podataka. Osobe, čiji podaci se obrađuju prema tom sporazumu, mogu kod američkih sudova ulagati pravne lijekove protiv upravnih mjera izrečenih protiv njih. Podaci smiju na zahtjev biti prosljeđeni samo ako je to neophodno za borbu protiv terorizma i njegovih izvora finansiranja i ako postavljeni zahtjev zadovoljava određene pretpostavke u pogledu njegove osnovanosti. Da li je to slučaj provjerava evropski organ Europol.

Osnovna prava: Dejstva EU povelja o osnovnim pravima u pravnom prostoru EU i pristup Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima

Dana 4. juna 2010. godine Savjet (u sastavu ministara pravde i ministara unutarnjih poslova) je usvojio Nacrt Komisije o mandatu za pregovore o pristupu Evropske unije Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima na osnovu člana 6. st. 2. Ugovora o EU. U istom mjesecu je Odbor za

građanske slobode, pravosuđe i unutarnje poslove razmatrao na jednoj sjednici dejstva EU povelje o osnovnim pravima na pravni prostor EU kao i na dalji razvoj osnovnih prava. Tom prilikom se diskutiralo i o dejstvima (posljedicama) mogućeg pristupa EU Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima. Kao glavni problem pristupa EU ovoj konvenciji smatra se poklapanje nadležnosti Evropskog suda pravde (sada Suda Evropske unije) i Evropskog suda za ljudska prava.

EU povelja o osnovnim pravima na njemačkom jeziku nalazi se pod <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_de.pdf>.

Donošenje pravnih propisa i pravni propisi u pripremi

Pripreme za evropsko ugovorno pravo napreduju

Pripreme za evropsko ugovorno pravo napreduju. Dana 1. jula 2010. godine Komisija EU je predstavila takozvanu "Zelenu knjigu" ("Grunbuch") za ugovorno pravo za potrošače i poduzetnike (Grunbuch KOM (2010) 348/3). Cilj ove inicijative Komisije je da se ugovorno pravo u EU pojednostavi, kako bi se postiglo zaključenje i izvršavanje ugovora između ugovornih partnera iz različitih zemalja članica. U tu svrhu se nude i stavljaju na diskusiju različite mogućnosti. Cilj dakle nije bezuslovno stvaranje jedinstvenog, unificiranog ugovornog prava za sve zemlje članice EU. Ovo je samo jedan od predloženih načina postupanja (pri čemu mnogi stručnjaci polaze od toga da nije vjerovatno da će doći do unificiranja ugovornog prava država EU).

U pojedinačnim detaljima predlaže se:

- objavljivanje (neobavezujućih) modela ugovornih klauzula na internetu koje bi bile primjenjivane u ugovorima između ugovornih strana iz različitih država članica,
- stvaranje takozvanih "Referentnih okvira" za nacionalne zakonodavce koji bi im trebali dati orijentacione tačke odnosno služiti kao "tool box"/alat pri formuliranju odredaba u pojedinim zakonodavstvima. U tom smislu referentni okvir ima sadržajno izvjesnu sličnost sa odredbama smjernica. U pogledu pravne obaveznosti referentnih okvira diskutuje se o alternativnim mogućnosti i to naime stvaranje obavezujućih ili neobavezujućih referentnih okvira,
- izrada jedinstvenog evropskog ugovornog prava, koje bi države članice preuzele u svoje nacionalne pravne sisteme,
- djelimična harmonizacija nacionalnih prava koje regulira ugovore putem smjernica,
- potpuno ujednačavanje važećeg ugovornog prava u državama EU putem uredbi,

- stvaranje posebnog evropskog ugovornog prava za ugovore između stranaka iz različitih EU država članica. Na ovaj način bi nastali fakultativni instrumenti koji bi se primjenjivali ako ih stranke izaberu, te koji bi postojali pored nacionalnih ugovornih prava koja bi se primjenjivala na ugovorne odnose unutar pojedinih država članica,
- donošenje Evropskog građanskog zakonika.

Zelena knjiga (das Grunbuch KOM (2010) 348/3) je na njemačkom jeziku dostupna pod <http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/0052/consultation_questionnaire_de.pdf>.

Uz Zelenu knjigu biće provedene konsultacije koje će biti dostupne na engleskom jeziku pod <http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/news_consulting_0052_en.htm>.

Uporedi u vezi sa pojmom Zelene knjige dalje rubriku "Aktuelni evropsko-pravni izraz".

Novi prijedlog Uredbe o jezicima u patentnom postupku EU

Komisija EU je u julu objavila novi prijedlog Uredbe u vezi sa neophodnim prevodenjem u postupku dodjele EU patenta. Ovaj prijedlog nije interesantan samo zbog toga što EU patenti imaju bitan ekonomski značaj, već i zbog toga što pokazuje da pitanja upotrebe jezika i prevodenja u EU sa 27 zemalja članica uzrokuju sve veći broj praktičnih poteškoća.

Taj prijedlog predviđa dodjelu EU patenta u budućnosti samo na tri službena jezika Evropskog ureda za patente, naime na engleskom, francuskom i njemačkom jeziku, zvaničnim jezicima Evropskog parlamenta.

Time bi se troškovi prevodenja u postupku izdavanja patenata smanjili sa dosadašnjih oko 14.000 € na nekih 680 € (a time na približno 5% dosadašnjeg iznosa). Kako bi patentne prijave i pismena u vezi sa patentima učinili raspoloživim i na svim drugim službenim jezicima, treba onima koji prijavljuju EU patent u budućnosti staviti na raspolaganje besplatne mašinske prevode prijave patenta i pismena u vezi sa patentom na drugim službenim jezicima EU.

Ovaj prijedlog uredbe nalazi se na internetu pod: <http://ec.europa.eu/internal_market/indprop/docs/patent/20100701_patent_proposal_de.pdf>.

Savjet usvaja političke smjernice za nasljedno pravo EU

Nasljednopravni slučajevi sa elementom inostranosti su najčešće povezani sa nizom problema. Pošto ne postoji jedinstveno nasljedno pravo EU problemi se javljaju i unutar Evropske unije, što može imati za posljedicu da u pojedinim slučajevima građani EU odustanu od svog nasljedstva. Ovo je razlog zbog čega je Vijeće ministara (u sastavu ministara pravde) 4. juna 2010. godine usvojilo političke smjernice

za daljne savjetovanje o prijedlogu uredbe KOM (2009) 154 o nasljednom pravu EU i evropskoj potvrdi o nasljeđivanju. Navedene smjernice su usmjerene na donošenje sveobuhvatnog zakona koji bi regulisao sve aspekte prekograničnih nasljednih slučajeva.

Na internet stranici Evropske Komisije (http://ec.europa.eu/news/justice/091015_de.htm)

o ovome pojašnjavajuće stoji:

"Nadležnost kod prekograničnih nasljednih slučajeva treba biti jasno regulisana zajedničkim propisima. Evropljani koji nasljeđuju imovinu u nekoj drugoj zemlji EU, nađu se često u birokratski komplikovanoj situaciji. Nasljedno pravo se razlikuje od zemlje do zemlje i često je nejasno odredbe kojeg pravnog sistema tada trebaju biti primijenjene. Traganje za putevima iz ovog lavirinta može biti veoma skupo i oduzimati jako puno vremena. Mnogi dižu ruke i odriču se svoga nasljedstva ako se ono nalazi u nekoj drugoj zemlji. Komisija sada želi pojednostaviti prekogranično nasljedno pravo. Građani koji žive u inostranstvu trebaju imati mogućnost da odrede da će se njihova posljednja volja izvrši prema zakonodavstvu njihove zemlje porijekla. U suprotnom vrijede pravni propisi one zemlje u kojoj je živjela preminula osoba - i to za cjelokupnu ostavštinu, čak ako je njome obuhvaćena i imovina koja se nalazi u nekoj drugoj državi članici EU. Cilj je spriječiti da sudovi u različitim EU-državama i dalje donose kontradiktorne odluke o jednom te istom nasljedstvu. Jedna jedina instanca - bilo u zemlji prebivališta ili zemlji porijekla - treba u budućnosti da bude nadležna za raspravu cjelokupne zaostavštine. Komisija osim toga predlaže stvaranje nasljedničke potvrde, kojim se nasljednici mogu lako legitimisati u nasljednim postupcima u drugim zemljama. Trenutno sve zemlje EU ne priznaju odgovarajuće dokumente drugih zemalja."

Važno je da namjeravana rješenja ne diraju pitanja poreza na nasljedstvo, koji bi isto kao i pitanje reguliranja nasljednog reda ili podjele ostavštine, i dalje - bili uređeni nacionalnim pravom.

Njemačka verzija spomenute vodeće smjernice nalazi se pod: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0154:FIN:DE:PDF>.

Uostalom, u EU postoji oko 450.000 nasljednih slučajeva godišnje sa prekograničnom pozadinom. Ukupna vrijednost zaostavštine u ovim slučajevima procjenjuje se na 120 milijardi eura godišnje. Takođe i u Saveznoj Republici Njemačkoj je u međuvremenu u 20% svih zaključenih brakova najmanje jedan od bračnih partnera inostranog porijekla.

Praksa Suda Evropske unije

Sud Evropske unije (ranije Evropski sud pravde) je u prvoj polovini ove godine ponovo odlučivao u jednom nizu slučajeva, koji očigledno pokazuju, da evropsko pravo

doseže duboko u nacionalna građanska prava. Ovdje ćemo kao primjer navesti odluku od 1. jula 2010. u pravnoj stvari C-471/08, koja se odnosi na radnopravno pitanje, naime tumačenje Smjernice o zaštiti majke 92/58/EEZ.

Kao osnova toj odluci poslužilo je činjenično stanje, da je uposlenica personala koji radi u letjelicama jednog društva za avio-prevoz (Finnair) zbog svoje trudnoće premještena na radno mjesto na tlu. Prije svoje trudnoće bila je uposlena kao šef kabine. Na taj način se veliki dio njenih primanja iz rada sastojao od dodatka, koji se vezuju za njenu rukovodnu poziciju ili s kojima se trebaju namiriti posebne negativne posljedice koje su posljedica posebnog uređenja radnog vremena u sektoru vazdušnog saobraćaja. Za vrijeme trudnoće njoj je privremeno dodijeljeno jedno radno mjesto na tlu koje je odgovaralo kancelarijskom poslu, koji je ona obavljala do početka svog porodiljskog odsustva. Njena mjesečna naknada za rad se smanjila ovim premještanjem između ostalog i zbog toga jer više nije primala dodatke za svoju funkciju šefice kabine. Postavilo se pitanje, na koje dodatke pored svoje mjesečne osnovne plate ona ima pravo, ako zbog trudnoće za određeno vrijeme obavlja drugi posao.

Ona je podnijela tužbu pred Helsingin Karajaoikeus, koji je u toj stvari bio nadležni sud prve instance u Helsinkiju, Finska. Nadležni je sud Evropskom sudu pravde (sada Sud Evropske unije) uputio pitanje da li Smjernica o trudnim uposlenicama dopušta poslodavcima, da tim uposlenicama odbiju plaćanje određenih dodatka, koje su one primale prije svoje trudnoće.

U vezi s tim Evropski sud je odlučio, da uposlenica u tom slučaju ima pravo na mjesečnu osnovnu platu i dodatke, koji su vezani za njenu profesionalnu poziciju, međutim ne postoji pravo na dodatke i naknade, kojima se trebaju nadoknaditi negativne posljedice obavljanja određenih poslova pod posebnim okolnostima, ako ona te poslove zaista i ne obavlja.

Njemačka verzija ove presude u predmetu C-471/08 nalazi se pod:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62008J0471:DE:HTML>,

a tekst Smjernice o zaštiti majke 92/58/EWG pod:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31992L0058:DE:HTML>.

Izvori informacija u vezi sa pravom Evropske unije

EU-internet portal pravosuđa je preuzeo svoju službu
Od jula 2010. zainteresirani za evropsko pravo mogu otvoriti e-portal pravosuđa pod <https://e-justice.europa.eu/>

Ovaj sadrži odgovore na brojna pravna i praktična pitanja na 22 oficijelna EU jezika. Putem ovog portala treba da se poveća i međusobno razumijevanje 27 različitih pravnih sistema u EU i da se stvori jedan jedinstven pravni sistem.

Nepravednost odredbi potrošačkih ugovora o kreditu sa promjenjivom kamatnom stopom

- odluka Suda Evropske unije, 3. juni 2010., C-484/08, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid/Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)¹

Doc. dr. Zlatan Meškić*

I. Uvod

Direktiva 93/13/EEZ o nepravednim ugovornim odredbama² (u nastavku: Direktiva) ima za cilj zaštitu potrošača od nepravednih ugovornih odredbi na čiji sadržaj potrošač nije mogao uticati. Direktiva najveću praktičnu primjenu ima u oblasti unaprijed formuliranih standardnih ugovora o čijim odredbama potrošač nije pojedinačno pregovarao sa trgovcem.³ Standardni ugovori ipak nisu jedino područje primjene Direktive, nego su obuhvaćeni svi ugovori na čiji sadržaj potrošač bilo zbog svog neiskustva, dominantnog položaja trgovca na tržištu, ili iz nekih drugih razloga nije mogao uticati. Stoga, formulacija ugovora unaprijed i korištenje ugovora u velikom broju slučajeva nisu preduslov za primjenu Direktive, iako predstavljaju najčešće slučajeve u praksi.⁴ Ugovorne odredbe koje ispunjavaju prethodno navedene uslove podliježu naknadnom sudskom testu nepravednosti, pri čemu se prema čl. 3. st. 1. Direktive ocjenjuje, da li suprotno načelu savjesnosti i poštenja ove ugovorne odredbe na štetu potrošača stvaraju značajnu (i neopravdanu)⁵ neravnotežu između prava i obaveza ugovornih stranaka. Ugovorne odredbe koje sud na osnovu

ovako provedenog testa proglasi nepravednim su ništave. Prema čl. 4. st. 2. Direktive testu nepravednosti ne podliježu odredbe koje se odnose na "glavni predmet ugovora ili na primjerenost cijene odnosno naknade i isporučene usluge odnosno robe, koja predstavlja protučinidbu, ukoliko su te odredbe formulirane jasno i razumljivo". Čl. 8. Direktive dozvoljava državama članicama da u području koje reguliše Direktiva donesu strožije odredbe kako bi osigurale viši nivo zaštite potrošača.

II. Činjenično stanje

Španska kreditna institucija Caja de Madrid je sa svojim klijentima zaključivala ugovore o kreditu sa promjenjivom kamatnom stopom u svrhu finansiranja kupovine stanova. Putem unaprijed pripremljenih formularnih ugovora u ugovore o kreditu uvrštena je klauzula prema kojoj se u ugovoru sadržana promjenjiva nominalna kamatna stopa, koja se periodično usklađuje sa ugovorenom referentnom kamatnom stopom, od svoje prve promjene svaki put kada se pređe 0,25% zaokružuje na veću četvrtinu procenta (tzv. "klauzula zaokruživanja"). Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Udruženje korisnika bankarskih usluga) podnijelo je tužbu protiv Caja de Madrid u kojoj je zahtijevalo poništenje i zabranu korištenja klauzula zaokruživanja.

Španski Zakon o opštim uslovima poslovanja,⁶ kojim je Direktiva implementirana u špansko pravo, nije transponovao odredbu čl. 4. st. 2. Direktive, što ima za posljedicu da prema španskom pravu i odredbe koje se tiču glavnog predmeta ugovora podliježu testu nepravednosti. Španski sudovi u prvoj i drugoj instanci odlučili su da klauzula zaokruživanja predstavlja nepravednu ugovornu odredbu koja je suprotna španskom Zakonu o opštim uslovima poslovanja i time ništava. Tribunal Supremo koji se ovim predmetom bavio u trećoj instanci, konstatovao je da čl. 4. st. 2. Direktive isključuje ispitivanje nepravednosti ovakve klauzule koja se odnosi na glavni predmet ugovora, ali da španski zakonodavac nije implementirao navedenu odredbu Direktive. Stoga se Tribunal Supremo obratio Sudu Evropske unije sa zahtjevom za prethodnu odluku o slijedećim pitanjima:

1. Mora li se čl. 8 Direktive 93/13/EEZ od 15. aprila 1993. o nepravednim odredbama u potrošačkim ugovorima tumačiti tako da država članica u svom pravnom poretku, u svrhu zaštite potrošača, može propisati kontrolu nepravednosti ugovornih odredbi, koje su prema čl. 4. st. 2. Direktive izuzete iz ove kontrole?
2. Da li čl. 4. st. 2. u vezi sa čl. 8. Direktive 93/13/EEZ zabranjuje državi članici da u svom pravnom poretku

⁶ Zakon 7/1998 od 13. aprila 1998. o opštim uslovima poslovanja; ovim zakonom izmijenjen je španski Opšti zakon 26/1984 o zaštiti potrošača i korisnika (Ley General 26/1984 para la Defensa de los Consumidores y Usuarios) od 19. jula 1984. u svrhu implementacije Direktive 93/13/EEZ.

* Doc. dr. Zlatan Meškić, docent na Katedri za građansko pravo i Katedri za državno i međunarodno javno pravo Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici.

¹ Odluka još nije objavljena u Zborniku prakse Suda Evropske unije (eng. European Court Reports; njem. Sammlung der Rechtsprechung).

² Direktiva Vijeća 93/13/EEZ od 5. 4. 1993. o nepravednim odredbama u potrošačkim ugovorima, Službeni list L 095, 21. 4. 1993, 29-34.

³ Čl. 3. st. 1. i 2. Direktive 93/13/EEZ; Vidi N. Misita, *Osnove prava zaštite potrošača Evropske zajednice*, Pravni Centar, Sarajevo 1997, 266.

⁴ Vidi Z. Meškić/A. Brkić, "Zaštita potrošača od nepravednih ugovornih odredbi - Usklađivanje obligacionog prava BiH sa Direktivom 93/13/EEZ", *Anali Pravnog fakulteta u Zenici*, god. 3. br. 5, Pravni fakultet Univerziteta u Zenici 2010, 68; Vidi M. Karanikić-Mirić, "Nepravične odredbe u potrošačkim ugovorima", *Zbornik Pravni kapacitet Srbije za evrointegracije*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu 2009, 130.

⁵ Njemački prevod ove odredbe sadrži formulaciju "značajnu i neopravdanu neravnotežu" dok engleska i francuska verzija govore samo o "značajnoj neravnoteži".

u svrhu zaštite potrošača propiše kontrolu nepravdnosti za odredbe koje regulišu "glavni predmet ugovora" ili "primjerenost cijene odnosno naknade i isporučene usluge odnosno robe, koja predstavlja protučinidbu", iako su formulisane jasno i razumljivo?

3. (..)

III. Iz obrazloženja

Prema čl. 8. Direktive države članice mogu "na području koje reguliše Direktiva donijeti strožije odredbe koje su u skladu sa Ugovorom kako bi osigurale viši nivo zaštite potrošača". Stoga se mora ispitati da li se područje primjene čl. 8. Direktive prostire na cjelokupno područje regulisano Direktivom, pa time i na čl. 4. st. 2., ili je ova odredba, kako smatra Caja de Madrid, izuzeta iz područja primjene čl. 8.

Čl. 4. st. 2. Direktive određuje samo da se "ocjena nepravdnosti" ne odnosi na klauzule navedene u ovoj odredbi, ukoliko su one formulisane jasno i razumljivo. Stoga iz formulacije čl. 4. st. 2. Direktive slijedi da se za nju ne može smatrati da ona uređuje područje primjene Direktive *ratione materiae*. Naprotiv, klauzule navedene u čl. 4. st. 2. koje spadaju u područje regulisano Direktivom, izuzete su iz ocjene njihove nepravdnosti samo kada nadležni nacionalni sud u konkretnom slučaju dođe do zaključka da ih je trgovac formulisao jasno i razumljivo. Također, čl. 4. st. 2. Direktive ima za cilj da utvrdi način i obim kontrole sadržaja ugovornih klauzula o kojima nije pojedinačno pregovarano, koje opisuju glavne činidbe ugovora zaključenog između trgovca i potrošača. Iz toga slijedi da klauzule navedene u čl. 4. st. 2. zaista spadaju u područje uređeno Direktivom, tako da se njen čl. 8. primjenjuje i na čl. 4. st. 2.

IV. Dispozitiv

1. Čl. 4. st. 2. i čl. 8. Direktive 93/13/EEZ Vijeća od 5. aprila 1993. o nepravdnim odredbama u potrošačkim ugovorima moraju se tumačiti tako da nisu protivni nacionalnom propisu poput onog u osnovnom postupku, koji dozvoljava sudsku kontrolu nepravdnosti ugovornih odredbi, koje se tiču glavnog predmeta ugovora ili primjerenosti cijene odnosno naknade i isporučene usluge odnosno robe, koja predstavlja protučinidbu, iako su te odredbe formulisane jasno i razumljivo.

2. (..)

V. Rezime

U slučaju Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid /Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc) Sud EU razrješava dilemu da li nacionalni sudovi smiju ispitivati nepravdnost odredbi koje se tiču predmeta ugovora, ili jednakost vrijednosti uzajamnih davanja, ako nacionalni zakon kojim se implementira Direktiva nije implementirao izuzetak iz čl. 4. st. 2. Direktive. Odlučujući

o ovom pitanju Sud EU uzeo je u razmatranje da Direktiva slijedi načelo minimalne harmonizacije, tj. da je zakonodavac Evropske unije Direktivom pružio potrošačima onaj nivo zaštite oko kojeg se na nivou EU uspio postići dogovor, a da je u skladu sa čl. 8. Direktive prepustio nacionalnim zakonodavcima država članica da putem nacionalnih propisa unutar područja primjene Direktive potrošačima pruže viši nivo zaštite ukoliko to žele. Stoga je odlučujuće pitanje na koje je Sud EU u ovom slučaju dao odgovor, da li se putem čl. 4. st. 2. Direktive sužava područje primjene Direktive, što bi u slučaju pozitivnog odgovora imalo za posljedicu da klauzule navedene u ovom članu više nisu unutar područja primjene Direktive, pa ni nacionalni zakonodavac u pogledu takvih odredbi ne bi smio pružiti višu zaštitu potrošačima. Neimplementacija ove odredbe u špansko pravo vodila je neposredno ka povećanju zaštite potrošača, jer je test nepravdnosti proširen i na one odredbe koje su prema čl. 4. st. 2. Direktive iz njega izuzete.

Sud EU odlučio je da čl. 4. st. 2. ne sužava područje primjene Direktive, te je povećanje nivoa zaštite potrošača njegovom neimplementacijom u nacionalno pravo dozvoljeno. Svojom argumentacijom se oslonio na mišljenje opšteg pravobranioca *Trstenjak*⁷, koja je zaključila da čl. 4. st. 2. Direktive ne uređuje područje primjene Direktive, nego samo ograničava obim i način ocjene nepravdnosti navedenih klauzula, kada su formulisane jasno i razumljivo. Tako ove odredbe prema Direktivi podliježu ocjeni nepravdnosti ako ne ispunjavaju kriterije formulacije jasnim i razumljivim jezikom, zbog čega *Trstenjak* s pravom sumnja u namjeru zakonodavca EU da određivanje područja primjene Direktive prepusti nacionalnim sudovima, koji bi o njemu na osnovu ovako neodređenih kriterija odlučivali za svaki slučaj pojedinačno.⁸

Odluka Suda EU u predmetu Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid/Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc) ima poseban značaj za primjenu Zakona o zaštiti potrošača BiH⁹ (u nastavku: ZZZP), jer zakonodavac BiH u čl. 93.-97. ZZZP kojima je implementirao Direktivu, nije transponovao čl. 4. st. 2. Direktive.¹⁰ Kako pokazuje navedena odluka, ZZZP pruža potrošačima viši nivo zaštite od onog u Direktivi, jer se test nepravdnosti

⁷⁾ Vidi Sud EU, 29. 10. 2009., C-484/08, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid/Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc), mišljenje opšteg pravobranioca Verice Trstenjak, tačka 74 i dalje.

⁸⁾ *Ibid.*; Vidi Sud EU, 3. juni 2010, C-484/08, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid/Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc), tačka 32.

⁹⁾ *Službeni glasnik BiH*, br. 25/06.

¹⁰⁾ Jednaka pravna situacija je u Srbiji i Crnoj Gori; Vidi Z. Čađenović/E. Čikara/J. Dabović Anastasovska/N. Dollani/N. Gavrilović/M. Karanikić Mirić/Z. Meškić/N. Zdraveva, Potrošačko ugovorno pravo Evropske unije, Forum za građansko pravo za Jugoistočnu Evropu - Izbor radova i analiza, Volume III, Cavtat 2010, 637 i dalje.

primjenjuje i na ugovorne odredbe kojima se definiše predmet ugovora ili odnos vrijednosti uzajamnih davanja. Ovo proširenje je od naročito značaja za potrošačke kredite zaključene u svrhu "kupovine, iznajmljivanja ili renoviranja nekretnina", s obzirom na to da čl. 52.-67. ZZP koji pružaju zaštitu potrošačima u pogledu ugovora o kreditu, u skladu sa čl. 53. ZZP iste isključuju iz zaštite. Iz harmonizirajuće klauzule člana 70. Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju,¹¹ koja utvrđuje obavezu Bosne i Hercegovine da usklađuje svoje zakonodavstvo sa *acquisom* Unije koji obuhvata kako Direktivu, tako i presude Suda EU koji konačno tumači odredbe ove Direktive, izvodi se obaveza za ispravnim tumačenjem odredbi direktive koje podrazumijeva slijeđenje relevantne prakse Suda EU.¹² U predstavljenom predmetu pred španskim sudovima za obje strane je bilo nesporno da je "klauzula zaokruživanja" uvrštena u formularnom ugovoru, prema kojoj se u ugovoru sadržana promjenjiva nominalna kamatna stopa, koja se periodično usklađuje sa ugovorenom referentnom kamatnom stopom, od svoje prve promjene svaki put kada se pređe 0,25% zaokružuje na veću četvrtinu procenta, nepravедna te u slučaju primjene propisa o zaštiti potrošača i ništava.

Prema čl. 32. st. 3. Prijedloga "Direktive Evropskog Parlamenta i Vijeća o pravima potrošača"¹³ kojom bi se trebala zamijeniti Direktiva 93/13/EEZ, test nepravедnosti neće se primjenjivati na odredbe kojima se definiše predmet ugovora ili primjerenost naknade za glavnu ugovornu činidbu poduzetnika, ako su odredbe formulisane jasno i razumljivo. Značajna razlika u odnosu na Direktivu 93/13/EEZ jeste da je predložena Direktiva o pravima potrošača utemeljena na načelu potpune harmonizacije, pa u skladu sa svojim čl. 4. ne dozvoljava državama članicama da uvedu ili zadrže nacionalne propise koji odstupaju od onih iz Direktive, čak ni kada pružaju viši nivo zaštite potrošača od onog propisanog Direktivom.¹⁴ Tako bi usvajanjem ovog Prijedloga Direktive o pravima potrošača, "klauzula zaokruživanja" bila izuzeta iz primjene testa nepravедnosti kako prema španskom pravu tako i prema ZZP BiH.

¹¹) Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju potpisan je 16. 7. 2008. između država članica Evropske zajednice s jedne i Bosne i Hercegovine s druge strane.

¹²) Vidi tako i T. Čapeta, "Interpretativni učinak europskog prava u članstvu i prije članstva u EU", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 5/2006, 1443 i dalje.

¹³) KOM (2008) 614 final.

¹⁴) Vidi E. Čikara, Prikaz predloga Komisije za "Direktivu Evropskog parlamenta i Saveta u vezi potrošačkih prava", u Z. Čadenović/E. Čikara/J. Dabović Anastasovska/N. Dollani /N. Gavrilović/M. Karanikić Mirić/Z. Meškić/N. Zdraveva, *Potrošačko ugovorno pravo Evropske unije, Forum za građansko pravo za Jugoistočnu Evropu - Izbor radova i analiza*, Volume III, Cavtat 2010, 722 i dalje.

Aktuelni pojmovi evropskog prava

U vezi sa ovom rubrikom

Pravo Evropske unije (EU) pokazuje brojne posebnosti. Stoga na ovom mjestu treba objasniti važne pravne institute i pojmove ovoga prava, naročito one koji su upotrijebljeni u rubrici "Aktuelnosti iz evropskog prava".

Aktuelni pojam evropskog prava: "Zelena knjiga"

Zelene knjige EU spadaju u takozvane "obojene knjige" i predstavljaju istovremeno jednu etapu na putu donošenju planiranih pravnih normi. Obojene knjige su službeni dosijei vlada u obliku knjige. Prvobitno su obojene knjige predstavljale vanjskopolitičke razvoje iz ugla jedne vlade i opravdavale su njihovo vlastito ponašanje. Pritom je svaka država koristila jednu određenu boju za omot: Njemačka naprimjer ima bijelu boju.

U toj tradiciji stoje zelene knjige Evropske Komisije. One su papiri za diskusiju u vezi sa određenom temom, naročito u vezi sa nacrtima uredbi i smjernica, s ciljem da se u ovoj oblasti dođe do javne i naučne diskusije te da se pokrenu temeljni politički ciljevi. Često se iznese čitav niz ideja ili pitanja i pojedinci kao i organizacije se pozovu da daju svoje priloge. Sljedeći korak je često bijela knjiga, koja sadrži prijedloge za zajedničko postupanje u nekoj određenoj oblasti.

Aktuelno se diskutiraju slijedeće zelene knjige:

- Zelena knjiga "Zaokružiti potencijal kulturne i kreativne industrije",
- Zelena knjiga o praksama korporativnog upravljanja u oblasti finansijskih usluga,
- Zelena knjiga o poboljšanju slobodnog protoka dokumenata,
- Zelena knjiga o penzijama,
- Zelena knjiga o objedinjavanju porodica,
- Zelena knjiga o pospješivanju sistema nabavke elektronskim putem,
- Zelena knjiga o elektronskim igrama na sreću na unutrašnjem tržištu,
- Zelena knjiga o elektronskom identitetu, ovjeravanju i potpisima u EU,
- Zelena knjiga o strategiji poreza na dodanu vrijednost.

Aktuelnosti iz njemačkog prava

Pravno-političke diskusije i zakonodavstvo

Dr. Stefan Purner

Neslaganja oko ukidanja samoprijavlivanja koje oslobađa od kažnjavanja za slučajeve utaje poreza

U Saveznoj Republici Njemačkoj paragraf 371. Zakona o izdvajanjima/davanjima, koji predstavlja Opšti zakon o postupku finansijskih ureda, određuje, da utajivači poreza ostaju slobodni od kažnjavanja, ako sami sebe prijave zbog utaje poreza. Pretpostavka za to je, da je samoprijavlivanje uslijedilo prije nego što su pokrenute istražne radnje od strane poreskih organa protiv utajivača poreza. Pozadina ovog tzv. samoprijavlivanja koje oslobađa od kažnjavanja, koje postoji samo za delikt utaje poreza, jeste ta, što se država time nada većem nivou plaćanja poreza od strane utajivača poreza koji su pokajnički raspoloženi. Tako su nedavno njemački poreski organi htjeli od jednog anonimnog prodavca otkupiti podatke o hiljadama slučajeva utaja poreza, počinjenih tako što novac, koji su poreski obveznici imali na računima u inostranstvu, nije bio opozovan u Njemačkoj. Ovaj anonimni prodavac je zasigurno protupravno došao do ovih podataka od banaka u inostranstvu, zbog čega i jeste pravno sporno, da li državni organi uopšte trebaju ili smiju otkupljivati takve podatke. Sama diskusija o mogućem otkupu je međutim u Njemačkoj dovela do toga da su se hiljade poreskih prestupnika, koji su se plašili, da bi se informacije o njihovim poreskim utajama mogle nalaziti na često nuđenim CD-ima, sami prijavljivali, kako bi izbjegli kažnjivost. Ovo je dovelo do toga da se do sada 16.000 poreskih prekršilaca samoprijavilo zbog utaje poreza, iako se na prvom CD-u, nabavljenom nakon dugih diskusija, nalazilo svega 2.000 podataka. Dakle mogućnost samoprijavlivanja koje oslobađa od kažnjavanja dovela je do toga, da se samo-prijavilo osam puta više poreskih prestupnika, nego što bi se u stvarnosti od strane EZ moglo u najgorem slučaju goniti. Time izazvana samoprijavlivanja dovela su do naknadnih plaćanja poreza u visini od oko 2.000.000.000 €. Zagovornici samoprijavlivanja vide u ovom iznosu potvrdu za opravdanost regulative paragrafa 371. Zakona o izdvajanjima. Kritičari naprotiv smatraju da je ovim propisom povrijeđena poreska pravda. Naročito bi se ovom mogućnošću izbjegavanja kažnjavanja, po njima povrijedio osjećaj za pravdu poreski poštenih građana. Ovo je dovelo do toga da je SPD

nedavno dostavio u Bundestag nacrt zakona s ciljem ukidanja samoprijavlivanja (Tiskani predmet Bundestaga 17/1411 od 20. 4. 2010.). Vladajuće partije su to ukidanje odbile, ali ipak žele pooštriti preduslove oslobađajućeg samoprijavlivanja (Tiskani predmet Bundestaga 17/1755).

Evropski sud za ljudska prava osuđuje Njemačku

Jedna presuda Evropskog suda za ljudska prava od 17. 12. 2009. je masivno prisilila njemačkog zakonodavca na djelovanje i izazvala značajnu pravno-političku diskusiju. Na osnovu ove presude, naime, njemački zakonodavac je prisiljen da izmijeni zakonsku regulativu za takozvano sigurnosno oduzimanje slobode (Sicherungsverwahrung). Ovo sigurnosno lišavanje/oduzimanje slobode je u njemačkom kaznenom/krivičnom pravu mjera oduzimanja slobode radi popravka i sigurnosti, koja služi zaštititi zajednice od opasnih počinitelja krivičnih djela. Sigurnosno oduzimanje slobode je lišavanje slobode, koje se ne određuje kao kazna za neko određeno krivično djelo, nego na osnovu opasnosti nekog počinioca. Ovakvo oduzimanje slobode treba spriječiti, da počinioci krivičnih djela koji se nakon izdržavanja kazne ponovo nalaze na slobodi, ponove krivična djela (recidivisti). Tipično se ova vrsta sigurnosnog oduzimanja slobode primjenjuje kod počinitelja seksualnih krivičnih djela koji se ne daju terapistirati. U Njemačkoj je 23. jula 2004. god. stupio na snagu "Zakon o uvođenju naknadnog sigurnosnog oduzimanja slobode" (*Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung*). Prema tom zakonu se, u slučaju osuđivanja zbog određenih teških krivičnih djela, mogla izdati naknadna naredba sigurnosnog oduzimanja slobode, pod određenim pretpostavkama i nakon osuđivanja. Ovo se dešavalo u slučajevima u kojim u pogledu određenog osuđenika, prije završetka izdržavanja kazne, postanu prepoznatljive činjenice, koje ukazuju na značajnu opasnost za zajednicu. Kao nove u takvim slučajevima vrijede one činjenice, koje postupajućem sudu u trenutku donošenja presude još nisu bile poznate. Pri ovoj odluci se naročito treba uzeti u obzir ponašanje osuđenika prilikom izdržavanja kazne. (Samo) nastavak postojanja opasnosti od strane počinioca se dakle ne smatra dovoljnim.

Savezni Ustavni sud je 2004. godine došao do stanovišta da naknadno sigurnosno oduzimanje slobode nije kazna, nego jedna "mjera popravka i sigurnosti". Time se ta mjera ne bi kosila sa pravnim principom koji je utemeljen u čl. 103, st. 2. Osnovnog zakona, a koji glasi "Nema krivičnog djela bez zakona". Evropski sud je sada sa presudom od 17. decembra 2009. konstatovao, da se naknadno neograničeno produženje sigurnosnog oduzimanja slobode kosi sa čl. 7

Evropske konvencije o ljudskim pravima, koji takođe sadrži načelo "nema krivičnog djela bez zakona". Sud je ovu presudu obrazložio time, da se sigurnosno oduzimanje slobode u svome izvršenju samo neznatno razlikuje od zatvorske kazne. Pravni lijek koji je Savezna vlada Njemačke uložila protiv ove presude 11. maja 2010. godine je odbijen od strane Velike komore Evropskog suda za ljudska prava. Njemački zakonodavac je na to u kratkom roku reagovao usvajanjem *Zakona o osiguranju jedinstvenosti sudske prakse prilikom odlučivanja o sigurnosnom oduzimanju slobode* (*Gesetz zur Sicherung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung bei Entscheidungen zur Sicherungsverwahrung*), koji treba spriječiti različito postupanje njemačkih sudova u slučajevima, u kojima sada oni koji su sigurnosno lišeni slobode zahtijevaju svoje puštanje na slobodu. Prema ovom zakonu, sud koji želi odstupiti od pravnog poimanja nekog drugog suda, taj slučaj treba podnijeti Saveznom Vrhovnom sudu.

Tekst navedene odluke Saveznog Ustavnog suda nalazi se pod: http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20040205_2bvr202901.html.

Saopštenje za štampu Evropskog suda za ljudska prava nalazi se na internetu na engleskom jeziku pod <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=867588&portal=hbkm&source=externalbydncnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>.

BGH-Odluka (Saveznog Vrhovnog suda) u vezi sa kršenjem dobrih običaja u slučaju slabog plaćanja mladih advokata (stručnih saradnika).

Savezni vrhovni sud je presudio jedan interesantan predmet, u kome se radilo o pitanju kršenja dobrih običaja u slučaju slabog plaćanja mladih advokata, uposlenih u advokatskim kancelarijama kao stručnih saradnika ("trainee"). U ovom slučaju je u julu 2006. godine jedna advokatska i notarska kancelarija na internet stranici Savezne agencije za zapošljavanje ponudila radno mjesto stručnog saradnika ("trainee") za mlade advokatice i advokate. Ovo mjesto je trebalo biti ograničeno na dvije godine trajanja i za njega je bila predviđena plata, kako je doslovno glasilo na internet stranici "koja leži malo iznad plate pripravnika". Osim toga je u oglasu za to radno mjesto bilo zajamčeno, da će obavezno profesionalno osiguranje od odgovornosti i doprinos za advokatsku komoru biti preuzeti od strane kancelarije, isto tako i poslodavčev udio u doprinosima za socijalno osiguranje. Pored toga je kancelarija bila voljna platiti pristojbe za seminare u svrhu stručnog usavršavanja. Nadalje je potencijalnim kandidatima u tom oglasu saopšteno, da bi kancelarija dodatno na ova davanja platila i učešće u prometu, koji bi mlade advokatice i advokati ostvarili radom sa vlastitim klijentima.

Mjesna advokatska komora reagovala je na ovaj oglas za radno mjesto na internetu na taj način što je toj kancelariji poslala takozvanu "poučavajuću uputu", prema kojoj bi

takav oglas bio u suprotnosti sa advokatskim profesionalnim obavezama. Dotična kancelarija je smatrala ovu uputu neosnovanom i prepustila se problem riješi pred sudom. Po tužbi dotične advokatske komore je slučaj konačno dospio pred Savezni Vrhovni sud. Ovaj se priključio shvaćanju advokatske komore koja je podigla tužbu.

Pravni pripravnici se za vrijeme svog obaveznog pripravničkog obrazovanja u Njemačkoj upošljavaju od strane date savezne pokrajine, oni međutim dobijaju samo takozvanu "pomoć za izdržavanje". Ovaj iznosi za neoženjene/neudate pravne pripravnike bruto, dakle prije poreza, trenutno iznosi 894,75 € mjesečno. (Ovo je s obzirom na životne troškove u Njemačkoj i u poređenju s time, da u Njemačkoj jedan radnik/uposlenik s punim radnim vremenom u 2009. godini ima prosječnu bruto zaradu preko 3.386 Eura mjesečno, veoma mali iznos.) Nakon što je u oglasu za popunjavanje radnog mjesta bilo riječi o tome, da mjesečna plata, koju je dotična kancelarija htjela platiti, trebala da leži "malo iznad" ove pripravničke naknade, advokatska komora je pretpostavila, da ta kancelarija mladim advokatima želi platiti iznos od ispod 1.000 € mjesečno. (Koliko bi ta kancelarija stvarno platila, ne da se utvrditi, pošto nijedan kandidat nije reagovao na taj oglas). Zatim je sud dodatno uračunao upravo spomenuta daljnja davanja kancelarije, te tako došao do rezultata, da je kancelarija mladim potpuno osposobljenim pravnicima u krajnjoj liniji željela platiti bruto platu od 1.250 € mjesečno. Prema konstatacijama Instituta za slobodna zanimanja u Nurnbergu i Soldan-Instituta za advokatski menadžment, koji statistički vode podatke o prihodima advokata u Njemačkoj, prosječna polazna plata zaposlenog advokata koji po uspjehu ne spada u one koji su završne ispite položili sa "predikatom" ("Pradikatsexamen") stižu pravnici koji su prvi i drugi državni ispit položili sa preko 9 bodova od maksimalnih 18) i koji nema posebnih dodatnih kvalifikacija, kreće se oko 2.300 €. Plata koju je ponudila kancelarija time je iznosila pola polazne plate za početnike bez posebnih dodatnih kvalifikacija i sa prosječnim rezultatima ispita. Ona je bila takođe i ispod onoga što zarađuju advokatski stručni uposlenici (Rechtsanwaltsfachangestellte), što u Njemačkoj predstavlja posebno obrazovno zanimanje. Stoga je Savezni Vrhovni sud smatrao ponuđenu platu protivnom dobrim običajima, pošto je postojala upadljiva nesrazmjera između izvršenog rezultata rada i naknade koja je za to ponuđena. Takva nesrazmjera, kako dalje navodi Savezni vrhovni sud, postoji naime onda, ako isplaćena plata ne iznosi čak ni dvije trećine tarifne plate koja se uobičajeno plaća u odgovarajućoj branši.

Savezni vrhovni sud je konstatovao da taj oglas za popunu ranog mjesta odaje utisak, da je kancelariji prije svega stalo da pod plaštom navodnog programa osposobljavanja (Traineeprogramm) pridobije mlade advokate kao jeftinu radnu snagu, koji bi nakon isteka vremena uposlenja trebali biti zamijenjeni novim. Takođe ni napomenu, da bi mladi advokati mogli uvećati svoju zaradu

putem obećanog učešća u prometu, sudije nisu prihvatile. Konačno, navodi se, da mladi početnici u tom zanimanju jedva da imaju mogućnost da uspješno pridobijaju nove klijente u nekom spomena vrijednom obimu. Iz tih razloga je Senat Saveznog Vrhovnog suda za advokatske predmete došao do zaključka, da taj oglas za popunu radnog mjesta predstavlja nezasiću ponudu, koja se kosi sa paragrafom 43. Saveznog zakona o advokaturi, prema kome se advokat "unutar i izvan zanimanja ima pokazati dostojan poštovanja i povjerenja". Sudije su konstatovale, da javno nuđenje takvih uslova/odnosa uposlenja ugrožava ugled advokata. Da je ta kancelarija zaista sa nekim mladim advokatom zaključila neki ugovor pod navedenim uslovima, ona bi prekršila paragraf 26. Pravilnika profesije, prema kome advokati smiju biti uposleni samo pod primjerenim uslovima (Broj akta slučaja: AnwZ (B) 11/08).

Pravne činjenice

Brojevi u vezi sa advokaturom u Njemačkoj

Savezna advokatska komora je početkom godine objavila brojeve u vezi sa advokaturom u Saveznoj Republici Njemačkoj. Prema tome je u SR Njemačkoj na dan 1. januara 2010. godine bilo ukupno 153.251 advokata. Ovo je značilo povećanje od 1,91 % u poređenju sa prethodnom godinom. 46.736 od tog broja advokata u Njemačkoj su žene. Osim toga, tamo je registrovano 536 inozemnih advokata. U Njemačkoj se advokatske kancelarije mogu voditi kao društva kapitala ili u formi ortačkog društva - to je jedna posebna forma društva za slobodna zanimanja.

Na dan 1. januara 2010. bilo je 2.378 advokatskih kancelarija, koje su organizovane kao ortačka društva prema Zakonu o ortaštvu. Nasuprot tome, mogućnost da se osnuje društvo sa ograničenom odgovornošću ili dioničko društvo, njemački advokati gotovo i ne koriste. U navedenom trenutku bilo je samo 324 advokatska društva koja su organizovana kao d.o.o. i samo 16 dioničkih društava.

Pravničko obrazovanje

Izveštaj o kursu pravne terminologije pri Goethe institutu u Bonu

Mr. sc. Elvedin Sedić*
Damir Banović**

Kurs pravne terminologije pod nazivom "Njemački za pravnike" održao se od 5. do 17. septembra 2010. god. u Bonnu - Bad Godesberg. Učesnici kursa su bili kako inozemni pravnici, tako i sudski tumači i studenti. Zastupljenost zemalja je bila šarolika, od Brazila, preko Nizozemske, Španije, Italije, Gruzije, Bosne i Hercegovine do Indije. Može se slobodno reći da to nije bio samo kurs pravne terminologije, već i prilika za upoznavanje različitih kultura.

Kurs je intenzivan i traje dvije sedmice. Obrađivane su razna pravna područja i grane, kao što su javno pravo, privatno pravo i krivično pravo. Prva sedmica je podijeljena u dva dijela. U prvom dijelu obrađivano je ustavno i upravno pravo, a u drugom dijelu krivično pravo sa posjetom Općinskom sudu u Bonnu. Posjeta sudu je bila mogućnost da se učesnici upoznaju na koji način se primjenjuje teoretski dio obrađivan u okviru predavanja na kursu. U drugoj sedmici, akcent je dat na oblast građanskog, odnosno privatnog prava s fokusom na Njemački građanski zakonik. Na kraju, učesnici su se upoznali i sa kategorijama njemačkog radnog prava, a sa praktičnim dijelom kroz posjetu Sudu za radne sporove u Bonnu. Postupanje pred sudom, koji je oslobođen stroge forme postupka i gdje stranke većinu sporova riješe u postupku mirenja, pokazuje da sudsko zanimanje traži posjedovanje mnogih istančanih osobina. Na kraju, posljednja dva časa su bila rezervisana za privatnu praksu, pri čemu su učesnici bili upoznati sa dnevnim zadacima i obavezama jedne advokatske kancelarije u Njemačkoj.

Po uspješnoj okončanom dvosedmičnom kursu, učesnici su dobili potvrdu o učešću.

Za sve studente prava, inozemne pravnike i sve one koji žele naučiti više o njemačkom pravničkom jeziku i njemačkom pravnom sistemu i principima, kurs je idealan način da se to i postigne.

* Autor je viši asistent na Katedri za državno i međunarodno javno pravo Pravnog fakulteta Univerziteta u Bihaću.

** Autor je asistent na Katedri za državno i međunarodno javno pravo Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu.

Izučavanje pravnih nauka na postdiplomskim studijima "Privatno i javno ekonomsko pravo" na Univerzitetu u Jeni

Emina Libić*

Uvod

Nakon što sam dobila titulu "diplomirani pravnik" na Univerzitetu u Bihacu u septembru mjesecu 2009. godine, uputila sam se za Jenu, mali grad u Njemačkoj, poznat po velikom broju naučnika koji su tamo studirali ili djelovali krenuvši od Schillera, preko Goethea, pa do Marksa. Nakon višemjesečne procedure koja je slijedila dobijanju stipendije, mogla sam da započnem svoj novi put. U narednom dijelu teksta ću se osvrnuti kako na akademski dio mog dosadašnjeg boravka u Njemačkoj, tako i na studentsku svakodnevnicu, te se nadam da ću ovim tekstom moći odgovoriti barem na neka pitanja, koja svaki student postavlja, prije nego se uputi na studije u stranu zemlju.

Prvi susret sa njemačkim obrazovnim sistemom

Upute o prvim koracima u novoj državi mi je dala moja tutorica na fakultetu, a koja mi i danas mnogo pomaže. Svakom DAAD stipendisti je dodijeljen tutor, tako da strani student nije potpuno sam kada dođe u grad u kojem nikog ne poznaje. Uloga tutora je vrlo važna, ne samo u slučajevima kada je potrebna pomoć pri akademskim stvarima, nego i u svakodnevnim situacijama, ili kada su potrebni savjeti kako se prilagoditi novoj sredini. Tutor ima ključnu funkciju pri objašnjenju nastavnog programa, a prije početka predavanja se organizuje tzv. "uvodni dan", gdje se objašnjava sistem predavanja na postdiplomskom studiju. Ovo je vrlo važno iz razloga što svaki student sam kreira svoj raspored, tj. bira predmete, vrijeme predavanja i koje će ispite polagati.

Program studija "Privatno i javno ekonomsko prava" koje sam ja odabrala koncipiran je na takav način da se plan predavanja objavljuje neposredno pred početak svakog semestra, a isti je dostupan i na internetu, kao i na tzv. "intranetu", odnosno stranicama fakulteta, na koje samo studenti tog fakulteta sa svojom lozinkom imaju pristup. Ta lozinka se dobija prijavom u računarskom centru univerziteta i fakulteta, i njenim dobijanjem se mogu besplatno koristiti računari (sa internet konekcijom), kako u računarskom centru univerziteta, tako i fakulteta, te u bibliotekama.

Nastavni program na ovim postdiplomskim studijima se sastoji iz nekoliko sadržaja:

- pet osnovnih predmeta pri čemu svaki nosi po 2 ECTS-a, ukupno 10 ECTS bodova,

- četiri predmeta iz oblasti ekonomije (8 ECTS bodova),
- dodatni predmeti iz pravne oblasti (10 ECTS bodova),
- dva seminarska rada (8 ECTS bodova, s tim da svaki seminarski rad nosi po 4 ECTS boda),
- obligatorna praksa u minimalnom trajanju od 2 mjeseca,
- te izrada magistarskog rada.

U okviru svake od navedenih oblasti je ponuđeno mnoštvo predavanja, a na svakom studentu je da odabere koji predmet iz te oblasti će raditi. Zbog toga je preporučeno da studenti posjete veći broj predavanja, i da nakon toga odluče, šta je najpovoljnije za njih. Jedino u oblasti osnovnih predmeta ne postoji mogućnost izbora. Tako se u toj oblasti nalaze Poresko pravo, opće ili posebno, iz razloga što je poreski sistem u Njemačkoj veoma kompleksan. Osim toga, u ovu oblast spadaju i Prava dioničkih društava i društava sa ograničenom odgovornošću, zatim Autorsko pravo i sl.

U predmete iz oblasti ekonomije spadaju npr. Statistika, Finansije i bankarstvo, Mikroekonomija, Makroekonomija, kao i razni predmeti, koji se tiču rukovođenja preduzećem. Moguće je da se priznaju predmeti položeni u matičnoj zemlji. Tako su meni priznata i uračunata tri ispita položena u Bosni i Hercegovine, pa mi je, iz tog razloga, preostalo da položim samo jedan ispit iz te oblasti. Pravna oblast je, prema mom mišljenju, najzanimljiviji dio, jer postoji i mogućnost optiranja za predmete koji se predaju na engleskom jeziku, a osim toga, kao jedan od predavača je Dr. J. Lieder, koji je postdiplomske studije radio na Harvardu, tako da je velika čast imati za profesora nekog, koji je dio studija proveo na tako eminentnom univerzitetu. Polajući ispit i na engleskom jeziku, strani student paralelno sa usavršavanjem njemačkog jezika može usavršavati i engleski jezik i englesku pravnu terminologiju.

Poseban sistem bodovanja seminarskih radova

Poseban način bodovanja se javlja kod seminarskih radova. Naime, na postdiplomskim studijima koje pohađam ocjena iz seminarskog rada je nezavisna u odnosu na ispit, i čini zasebnu ocjenu, a osim toga, nosi 4 ECTS boda, dok ispit nosi samo 2 boda. Iz izloženog se vidi da seminarski rad ima veći značaj u odnosu na ispit, jer predstavlja jedan mali naučni rad, koji se kasnije ne smije objaviti na internetu, jer fakultet raspolaže autorskim pravima u pogledu tog rada. Na Pravnom fakultetu u Bihacu je situacija potpuno drugačija. Postoji mnoštvo seminarskih radova na internetu, a sam rad na istima ulazi samo u jedan mali dio ocjene na ispitu, ili se potpuno zanemari kao nebitan dio, pa na kraju student dobije ocjenu samo iz pismenog ispita, a seminarski rad je služio samo kao preduvjet za upis u slijedeći semestar. A upravo je to enormna greška našeg obrazovnog sistema. Mnogo je lakše stvoriti armiju studenata, koji mogu da uče samo teoriju, nego studente sposobne

* Autorica je diplomirana pravica.

da se bave naučno-istraživačkim radom, koji je osnov za kasnije kvalitetnog sudiju, profesora ili advokata. Međutim, treba uzeti u obzir i činjenicu da Pravni fakultet u Bihaću raspolaže sa vrlo malim fondom knjiga, časopisa i sl. Zbog toga se studenti koji pišu seminarski rad suočavaju sa nedostatkom adekvatne literature, što je značajan limitirajući faktor.

Prije nego se odluči kod kojeg profesora, i iz koje oblasti će se raditi seminarski rad, prije početka svakog semestra se izloži niz tema, a onda se studenti sami opredjeljuju koju od ponuđenih tema žele da obrade, ili sami mogu ponuditi neku zanimljivu temu. Nakon toga, organizuje se sastanak sa svim studentima, profesorom, i tutorima, koji su inače doktori nauka, te se raspravlja o svakoj temi ponaosob, i svakom studentu odredi tutor, koji će pratiti njegov rad, i pomagati mu pri tom. Ovom prilikom bih pohvalila kvalitet rada, kako profesora, tako i njihovih suradnika, koji su u svakom trenutku spremni pomoći. Njihovi odgovori na elektroničku poštu stižu u roku od pola sata, a često odgovaraju i vikendom. Prema tome, sve nejasnoće, koje strani student može imati, može uspješno savladati zahvaljujući stručnosti i predusretljivosti akademskog osoblja.

Sistem ocjenjivanja i način organizovanja ispitnih rokova

Student koji je prije dolaska na studij u Njemačku posjedovao samo školsko znanje njemačkog jezika, suočava se na početku svog boravka sa poteškoćama posebno kada je u pitanju veoma kompleksna pravna terminologija. Međutim, profesori su u pravilu bili veoma susretljivi, naročito prema stranim studentima. Njima su omogućeni usmeni ispiti za prvi semestar, iz razloga što studenti prava u Njemačkoj imaju poseban sistem pisanja testova, koje strani studenti ne poznaju. Naime, njemački studenti prava ne dobijaju teoretska pitanja na ispitu, nego slučajeve iz prakse, koje trebaju riješiti, ali u okviru posebne forme, pozivajući se na konkretne zakone i članove istih, pri tom kombinirajući više različitih zakona. Posebno me se dojmio način rada njemačkih studenata prava, a prije svega obavezno korištenje zakona, kako na predavanjima, tako i na ispitu. Upravo je pravilno korištenje zakona ono što kasnije čini dobrog pravnika, i zbog toga mislim da bi bilo više nego povoljno da se bosanskohercegovačkim studentima prava na svim pozitivnim predmetima omogući ovakav način studiranja, koji se mnogo više bazira na praksi.

Zanimljivo je i to da njemački studenti prava nemaju dva ispitna roka, a isto tako, ukoliko student ne položi ispit npr. u januarskom roku, nema mogućnost da ga ponovi u junu, kao što je to slučaj u bosanskohercegovačkom sistemu, nego ga može ponoviti tek naredne godine, kada je taj ispit ponovo u ponudi predavanja, ili eventualno, kakva prilika postoji na mojim postdiplomskim studijima, da slijedeći semestar radi drugi ispit iz iste oblasti. Dakle, sistem je u jednu ruku jako fleksibilan i transparentan, ali i strog, upravo kako bi se lakše omogućila klasifikacija studenata.

Ocjene se kreću u rasponu od 0 do 18 bodova. Prolazna ocjena je 4, a prosjek ocjena studenata u Njemačkoj je između 6 i 7, što ponovo potvrđuje strogost sistema. Svaka ocjena od 9 pa više je jako dobra, i onaj koji ima prosjek veći od 9 ostvaruje uvjete da, nakon dodiplomskih studija, radi postdiplomske studije ili doktorat, ukoliko želi.

Obligatorna praksa kao dio studija

Osim ispita, dio studija čini i obligatorna praksa u minimalnom trajanju od dva mjeseca. Pošto postoji zaista veliki broj ponuda za upražnjavanje iste, nije jednostavno odlučiti kome se obratiti, i znati gdje bi bilo najbolje obavljati praksu. Odlučila sam se za praksu u okviru IRZ fondacije ("Deutsche Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit") iz više razloga. Navedena fondacija preko 10 godina djeluje u BiH, tako da navedena praksa može povezati individualni interes sa djelatnosti Fondacije u Bosni i Hercegovini. Praksa u Fondaciji još uvijek traje, a posebno bih istakla topao prijem drugih suradnika Fondacije, koji su uvijek spremni da mi pomognu, jer znaju da su upravo timski rad i pozitivna radna atmosfera ključni za efikasno funkcionisanje svakog zaposlenika.

Mali savjeti za one koji planiraju studije u Njemačkoj

Ono što bih posebno naglasila jeste da sam u ovoj godini, koliko sam u Njemačkoj, naučila mnogo ne samo o oblasti prava kojom se bavim, nego i spoznala mnoge stvari koje samostalan život u novoj sredini donosi. Prije svega mislim na potrebe svakodnevnog života koje svaki student mora sam organizirati, bez pomoći koju su mu do tada pružali roditelji, zaključujući pri tome niz ugovora (o zakupu stana, korištenju telefona, interneta i sl.). Moj je savjet svim studentima da zaključenju navedenih ugovora pristupe ozbiljno i prouče sve njihove klauzule, a naročito one koje su sitno štampane na poleđini, u fusnotama ili koje su dio općih uvjeta poslovanja. Vrlo su često tamo skrivene odredbe o veoma važnim pitanjima kao što su forma, rokovi i pretpostavke otkaza takvih ugovora. Neki od tih ugovora vežu korisnika usluge za duži period (npr. 2 godine), što predstavlja problem npr. prilikom preseljenja. Tako da korisnik usluge koji želi ranije prekinuti ugovorni odnos biva obavezan da izvrši plaćanje za dvije godine unaprijed. Naravno, postoje i dodatne klauzule, prema kojima se prilikom selidbe ipak dopušta raskid ugovora, ali uz potpunu blagovremenu dostavljenu dokumentaciju o novom ugovoru o stanovanju.

Isto tako, i mobilni operateri često mijenjaju način poslovanja, pa se zna desiti da se kupac obaveže na ugovor na 2 godine, koji na prvi pogled izgleda primamljiv, a onda dobije obavještenje da je otkazni rok 6, a ne 3 mjeseca. I pošto naravno, većina korisnika usluga ne čita naknadna pisma od operatera, misleći da se samo radi o još jednoj u nizu njihovih reklama, desi se da se ugovor automatski produži za još 2 godine.

Zbog toga bih preporučila svim stranim studentima koji se sa takvim situacijama nisu susretali u svojoj zemlji da se detaljno informiraju i pažljivo prouče sve stavke ugovora, a naročito one koje nisu posebno istaknute, već su odštampane sitnim slovima npr. na poledini.

Posebna prednost za studente u Njemačkoj jeste ta što se uplaćeni novac za obrazovanje (tzv. Semesterbeitrag) doista i vraća studentu, u vidu plaćenog korištenja javnog prijevoza u određenoj saveznoj državi (Jena pripada saveznoj državi Thüringen). Od tog novca se izrađuju i studentske karte, koje se na posebnim automatima mogu puniti, te se putem njih može uplaćivati jelo u studentskoj kantini, koristiti kopirni aparati, koji se nalaze, kako u bibliotekama, tako i na hodnicima svakog fakulteta, posuđivati knjige u biblioteci. Tako reći, studentska iskaznica služi kao jedan vid lične karte, koja u određenim situacijama služi i kao sredstvo plaćanja.

Facit

U godini dana, koliko sam na studijima u Njemačkoj, sam naučila mnogo kako o pravnom sistemu u ovoj državi, tako i o jednom drugom sistemu obrazovanja. Osim toga, kao posebno dragocjeno iskustvo jesu mnogobrojna novostečena prijateljstva, i to sa osobama sa raznih strana svijeta, što mi je omogućilo drugačiji, bolji pogled na svijet, pogled oslobođen predrasuda, spreman da akceptira sve ono što je drugačije od onog na što sam navikla. Pri tome ne želim dati nikakav vrijednosni iskaz o tome da li je nešto bolje ili ne od moje kulture življenja, nego da je prosto drugačije. U svijetu globalizacije, akceptiranje različitosti i suživot u multikulturalnom i multietničkom društvu, je ključ mirnog suživota.

Preda mnom je još jedna godina mojih studija, u okviru koje ću, nadam se, uspjeti da sakupim još mnoga znanja i pozitivna iskustva. Sve ovo ne bi bilo moguće bez moje prijateljice Sabine Günther, koja me informisala o DAAD stipendiji, i davala savjete prilikom prikupljanja dokumentacije za dobijanje iste, a kojoj se ovom prilikom mnogo zahvaljujem.

Izveštaj o hospitaciji u Njemačkoj

Vesna Merdanović*

Njemačka fondacija za međunarodnu pravnu saradnju (IRZ) u saradnji sa Udruženjem sudija Njemačke i Državnom sudskom upravom, organizovala je u 2009. god. hospitaciju sudija i tužilaca sa Općinskog i Kantonalnog nivoa, Istočne, Srednje i Južne Evrope u Njemačkoj, koja se za sudije u građanskim procesima sa Općinskih i Kantonalnih sudova, održavala od 1. 11. 2009.god. do 20. 11. 2009. god.

*) Autorica je sutkinja Općinskog suda u Sarajevu.

Uslov za prisustvovanje ovoj hospitaciji bio je dobro poznavanje njemačkog jezika, kao i njegove pravne terminologije. Bila sam učesnik ove hospitacije i jedini predstavnik Općinskog suda u Sarajevu u kome sam uposlena kao sudija i jedini predstavnik Bosne i Hercegovine. Učesnici su imali obezbijeđen smještaj na seminaru u Bonu, te smještaj u mjestu hospitacije. U organizaciji istih organizatora, organizovana je i hospitacija za sudije i tužioce u krivičnim procesima, ali u drugom terminu. Program hospitacije u građanskim procesima je pohađalo 14 učesnika iz deset zemalja i to osim Bosne i Hercegovine, i iz Bugarske, Estonije, Litvanije, Poljske, Rumunije, Srbije, Slovačke, Češke i Mađarske.

Trosedmični program se sastojao od tri dijela. Prvi dio u trajanju od jedne sedmice je bio teoretski i održavao se u Bonu. Drugi dio je bio boravak u mjestu hospitacije u određenom sudu u trajanju od 11 dana, a treći dio se održavao također u Bonu u trajanju od 2 dana.

U prvom dijelu programa, u Bonu, imali smo petodnevni uvodni seminar sa temama Izgradnja i ustrojstvo stvarnog njemačkog građanskog pravnog sistema, Pravo suđe u Njemačkoj, Sudačko pravo, Suđenje i dalje usavršavanje, Osnovna pravila - načela građanskog postupka, Pravna sredstva u građanskom postupku, Nasljedno pravo, Porođično pravo, Stvarno pravo, Obligaciono pravo, Evropsko međunarodno pravo, Stanje u nacionalnim pravnim sistemima sa Sudom za ljudska prava, Privredno pravo, Ugovorno pravo, Dejstvo odluka instancionih sudova na sudske odluke.

U ovom dijelu seminara, učesnici su stekli osnove iz njemačkog građanskog zakonodavstva i građanskog procesnog prava. Predavači su bili ugledne sudije svih sudskih nivoa, pa i Saveznog suda Njemačke, profesori sa uglednih njemačkih univerziteta npr. Dr. Matthias Hartwig sa Max-Planck-Institut sa Univerziteta u Hajdlbergu, ugledni advokati i dr. U ovom dijelu između ostalog učesnici su razgovarali i o nekim od razlika njemačkog građanskog prava, zakona i procesa i nacionalnih građanskih prava, zakona i procesa zemalja učesnika seminara. Program se održavao u periodu od 9 do 18 sati, sa pauzama i u tom periodu smo imali dovoljno i vremena i prostora za razmjenu mišljenja i iskustava vezanih za rad sudija u građanskim oblastima. Predavači kao i organizator su se potrudili da svim učesnicima obezbijede potrebne materijale, zakone, primjere sudskih odluka i praktična uputstva za rad.

Drugi dio programa je bio praktični dio. Svaki od učesnika je od strane organizatora poslan u neki sud i to svaki od učesnika u drugi grad, širom Njemačke i praksu u trajanju od 11 dana učesnici su obavljali u mjestu hospitacije. Svaki učesnik je imao domaćina - sudiju toga suda, kod koga je boravio i koji je učesnika tih 11 dana upoznao sa radom toga suda i njemačkih sudova u postupanju u građanskim procesima i to praktično. Ja sam bila u

gradu Rathenau u Osnovnom-općinskom sudu - Amt Gericht-Rathenau država Brandenburg, kao gost sudije Gabrielle Faehrman. Sud u kojem sam boravila, tj. Predsjednik suda i sudije domaćini, a posebno gospođa Faerman, kod koje sam boravila, su organizovali program rada za tih 11 dana. Moram reći da su i oni bili prijatno iznenađeni sadržajem teoretskog dijela hospitacije u Bonu, kao i predavačima i materijalom koji je učesnicima obezbijeđen. Za vrijeme moga boravka u navedenom sudu prisustvovala sam ročištima u građanskim parnicama - građanskom procesu, a također i ročištima u krivičnom procesu i mogu reći da su sporovi u građanskim stvarima slični sporovima koji se vode pred sudovima u BiH. U tom periodu mi je bila organizovana posjeta gradonačelniku grada Rathenau, koji je izrazio zadovoljstvo mojim dolaskom u sud grada u kome je gradonačelnik, a također je izrazio interes za pravosudni sistem u Bosni i Hercegovini. Omogućen mi je i susret sa predstavnicima službe za socijalni rad za mlade, gdje smo razgovarali o koordinaciji suda i tog ureda - službe, posebno u slučajevima iz porodičnog prava i slučajevima kada se u postupku pojavljuju malodobne osobe. Zajedno sa predsjednikom suda u kojem sam boravila, sa sudijom Faehrman i još nekim od sudija ovoga suda, posjetili smo i Policiju grada Rathenau, gdje mi je pojašnjena koordinacija rada policije i suda, posebno u građanskim i krivičnim stvarima, porodičnim stvarima, te u slučajevima nasilja u porodici, pitanjima koja se odnose na maloljetnike, na postupanje policije u slučaju činjenja krivičnog djela, na slučajeve vožnje pod alkoholom, saobraćajnih udesa i ostalih stvari vezanih za građanske postupke, a što je mene posebno interesovalo budući da radim na parničnom odjelu suda.

Moji domaćini su organizovali večernje druženje sudija, tužilaca i advokata grada Rathenau tj. pokrajine Brandenburg, gdje smo razgovarali o pravnom sistemu u BiH i reformi pravosuđa koja se u BiH provodi. U okviru boravka na hospitaciji sa mojom domaćicom sudijom Faehrman i predsjednikom suda, posjetili smo Osnovni sud u Brandenburg, gdje smo također prisustvovali ročištima, te smo posjetili Vrhovni sud Brandenburga i sa predsjednikom navedenog suda također razmijenili iskustva o postupanju u građanskim parnicama i razlikama između njemačkog pravosudnog sistema i pravosudnog sistema BiH.

Moji domaćini tj. sudija Faehrman su organizovali i posjetu Saveznoj Vladi Njemačke u Berlinu - Bundestagu, gdje smo gotovo četiri sata bili gosti i prisustvovali plenarnoj sjednici, obišli gotovo sve sale svih partija, te sa domaćinima razgovarali o mogućnostima obavljanja prakse diplomiranih pravnika iz Bosne i Hercegovine - pripravnika u Bundestagu. Također smo posjetili zgrade Pravnog fakulteta u Berlinu, Kelnu i Brandenburg, zgradu pravde u Potsdamu i mogu kazati da su se moji domaćini potrudili da mi praktično pokažu funkcionisanje pravnog sistema u Njemačkoj.

Kao što sam navela, prisustvovala sam ročištima u građanskim i krivičnim stvarima, a nakon ročišta i tokom posjeta pravosudnim institucijama u Njemačkoj, razgovarali smo o našim pravosudnim sistemima, toku ročišta, razlikama i sličnostima, općim načelima itd. U svim sudovima gdje sam boravila bila sam upoznata sa radom kompletnog suda, počev od pisarne sudova, arhiva, i zatvorskih ćelija i mogu reći da su sve kolege sudije i predsjednici sudova u kojima sam boravila, izrazili veliku zainteresovanost za stanje u pravosuđu BiH i spremnost, da na bilo koji način pomognu u reformi našeg pravosudnog sistema i edukaciji sudija.

Treći dio hospitacije se održavao po povratku iz mjesta hospitacije, ponovo u Bonu, gdje su učesnici razmijenili svoja iskustva koja su stekli za 11 dana hospitacije u sudovima širom Njemačke. Ne mogu a da ovom prilikom ne navedem da su svi učesnici bili zadovoljni. U ovom dijelu za koji mogu reći da je bio jako interesantan i poučan, svaki od učesnika iz 10 zemalja je obrazložio postupanje u građanskim postupcima u zemlji iz koje dolazi i naveo razlike u odnosu na pravosudni sistemom zemlje domaćina - Njemačkom. Pri mome izlaganju sam iznijela razlike našeg građanskog sistema u kome je shodno izmjenama Zakona o parničnom postupku iz 2003. god. u građanskim postupcima prestalo da važi istražno načelo i na snazi je načelo dispozicije stranaka tj. adversarni sistem, dok je u Njemačkoj još uvijek važeće istražno načelo. Također sam primijetila da u Njemačkoj i dalje postoje sudovi rada, privredni sudovi, a što u Bosni nije slučaj, te da i u sudovima u Njemačkoj postoje odjeljenja, te da su po instancama suđenja sudovi u Njemačkoj limitirani novčanim iznosom za postupanje u građanskim procesima, a što u Bosni i Hercegovini nije slučaj, odnosno za postupanje u prvom stepenu općinski sudovi nisu ograničeni visinom tužbenih zahtjeva. Također moram reći da su i domaćini, a i većina učesnika, bili iznenađeni centralnim mrežnim sistemom koji je uveden u pravosuđe Bosne i Hercegovine tj. elektronskim aktima, jer navedeni sistem u većini zemalja ne funkcioniše na isti način kako je to u Bosni i Hercegovini.

Iskustvo koje sam stekla svojim boravkom na hospitaciji u Njemačkoj uvećalo je moje znanje o pravosudnom sistemu u Njemačkoj i doprinijelo širenju vidika o pravosudnom sistemu i postupanju u građanskim stvarima u zemljama Istočne, Srednje i Južne Evrope.

Od strane organizatora svim učesnicima su uručena Uvjerenja o pohađanju navedene hospitacije sa detaljno navedenim oblastima koje su bile predmet hospitacije. Na kraju želim da dodam da sam ostala u kontaktu sa svim učesnicima seminara, a posebno u kontaktu sa sudijama iz suda u kome sam boravila na hospitaciji, te da mi je moj domaćin sudija Gabriele Faehrman uzvratila posjetu i boravila u Bosni i Hercegovini u periodu od 1 do 9. septembra ove godine. Njena posjeta je bila privatna, ali sam se ja ovoga puta kao njen domaćin potrudila da istu upoznam i sa pravosudnim sistemom Bosne i Hercegovine,

između ostalog i na način, da je ona posjetila pravosudne ustanove moje države, a posebno gostoprimstvo joj je pruženo u Općinskom sudu u Sarajevu, u kome sam uposlena, kako od strane Predsjednika suda, tako i od sekretara, te šefova odjela, šefova pisarni, arhiva i svih drugih uposlenih, te se moja gošća, puna utisaka o pravosudnom sistemu Bosne i Hercegovine, vratila u svoju zemlju.

Semper apertus

Kako se izučava pravo na jednom od najstarijih univerziteta Evrope. Jedno lično iskustvo.

Naida Šehić*

Uvod

Moje ime je Naida Šehić, studentica sam prava u Sarajevu, a u akademskoj 2009./2010. godini imala sam čast biti stipendista Basileus programa. Nastavu sam u tom periodu pohađala na Pravnom fakultetu Univerziteta u Heidelbergu. Težak je zadatak sažeti to iskustvo u nekoliko odjeljaka teksta, a da kažem zaista sve ono što želim, u vezi s mojim studijskim boravkom u Njemačkoj. Zato ću se ovdje ograničiti samo na akademske aspekte tog boravka. Dodiplomska studentska razmjena u Evropi zamišljena je na način da se tokom jednog ili dva semestra slušaju oni predmeti na nekom univerzitetu u inostranstvu, koji bi se inače slušali na matičnom fakultetu, da se nije otišlo na razmjenu.

Ugovor o učenju

Okvirnu orijentaciju za studij ovdje treba da osigura ugovor o učenju, tzv. *learning agreement*. Taj ugovor sadrži popis predavanja i kurseva koji se namjeravaju pohađati na stranom univerzitetu, ovisno o samom planu i programu matičnog univerziteta. Sadržaj tog ugovora treba da osigura kooperaciju između dva fakulteta, odnosno priznavanje rezultata koje je student postigao boraveći i studirajući izvan matičnog univerziteta. No sadržina tog ugovora nije toliko kruta, moguće ju je naknadno izmijeniti; dodati ili izbrisati pojedine kurseve, što prvenstveno zavisi od zahtjeva matičnog fakulteta prema studentu, ali i od vlastitih sfera interesovanja studenta. Običaj u Heidelbergu je bio da se za dva semestra sastave i dva odvojena ugovora o učenju, kako bi studentu bilo lakše odabrati one predmete i kurseve koji su mu i zaista potrebni ili ga zanimaju.

Nastavni predmeti

Popis predmeta na fakultetima Univerziteta u Heidelbergu se štampa u tzv. *Vorlesungsverzeichniss-u*, iliti popisu predavanja, koji se izdaje obično tik pred novi semestar i sadrži više informacija o curriculumu predmeta, predavačima, mjestu i datumu održavanja, ECTS bodovima, literaturi itd. Tako je studentima, kako stranim, tako i domaćim, omogućeno kreiranje ličnog rasporeda predavanja, iz bogate ponude kurseva, seminara, vježbi i slično.

Sistematizacija predmeta izvršena je po cjelinama:

1. Uvod u pravnu nauku,
2. Osnovi prava i crkveno pravo,
3. Građansko i građansko procesno pravo,
4. Trgovačko i privredno pravo; radno i socijalno pravo,
5. Krivično pravo, krivično procesno pravo i kriminologija,
6. Javno pravo,
7. Evropsko pravo, međunarodno javno pravo, internacionalno i inozemno pravo.

Predavanje i vježbe

U ove cjeline spadaju sva predavanja i vježbe. Svakog semestra fakultet nudi niz seminara iz najrazličitijih grana prava, koji se često prilagođavaju aktuelnim dešavanjima u zemlji ili regiji, gorućim pravnim pitanjima i problemima i slično. Tako ne iznenađuje što su neke od seminarskih tema iz ljetnog semestra akademske 2010. godine bile "Pravo zaštite podataka i sigurnost informacijskog društva", "Reforma poreskih i socijalnih sistema", "Nogomet i pravo", "Pravo društava kapitala i pravo tržišta kapitala", "Medicinsko krivično pravo" itd. Izbor je zaista raznolik i mijenja se svakog semestra. Seminari mogu da traju od nekoliko sati do nekoliko dana, što zavisi od obima materije, koncepta samog predavača, ali i zainteresovanosti studenata. Teme seminarskih radova se ili mogu same predlagati ili se biraju sa već ponuđene liste i obično se prijavljuju mnogo prije datuma održavanja seminara. Također je na nekim seminarima moguće učestvovati bez pisanja vlastitog rada, ali to njemački studenti ne praktikuju, pošto su im potrebne ocjena i potvrda o izlaganju bar jednog seminarskog rada tokom studija. Do predaje seminarskog rada, student je u manje ili više intenzivnom kontaktu sa profesorom, koji će mu dati eventualne upute o njegovoj predstavi o dotičnom radu. Kontakt se većinskim dijelom odvija elektronskim putem. Potom se objavljuje redosljed izlaganja seminarskih radova, gdje će svaki student na dan zakazanog termina izlaganja da održi prezentaciju i predstavi temu svoga rada. Nakon toga slijedi diskusija i razmjena mišljenja o temi. Broj učesnika na seminarima varira, ali nikad nisam bila ni na jednom, gdje bi se učesnici zbog prevelikog broja osjećali neugodno ili bi im to predstavljalo smetnju u izražavanju ličnog mišljenja. Riječ je, dakle, više o skupu s užim krugom

*) Autorica je studentica Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu, lokalni predstavnik IRZ-fondacije u BiH.

učesnika, što podstiče prisnost i radnu atmosferu među samim učesnicima. U sekciju seminara također spadaju i pripreme za *moot court-ove*, koje traju tokom čitavog semestra ili čitave akademske godine. Težište ipak leži na predavanjima i vježbama.

Gutachtenstil kao posebna metoda rješavanja praktičnih slučajeva

Kao strani student sam posjećivala gotovo isključivo predavanja, pošto su se na vježbama uglavnom obrađivali slučajevi iz njemačkog pravosuđa ili se na školskim primjermima vježbao način rješavanja slučajeva u tzv. *Gutachtenstil*-u (njem. *Gutachten* - mišljenje, ekspertiza). Riječ je o posebnoj metodi rješavanja praktičnih slučajeva, koja slijedi tačno predodređeni sistem rješavanja ključnog pravnog pitanja, te subsumacije odgovarajućih pravnih normi pod isto. Ovaj stil je ne samo jezički, već i sistematski vrlo složen i zahtjevan, te se studenti po njemačkim pravnim fakultetima u početnoj fazi studija uglavnom posvećuju usvajanju pravila tog postupka. Za nekoga ko je došao sa nenjemačkog govornog područja da pohađa studije na kraće vrijeme, *Gutachtenstil* će ostati manje-više misterija, zamršeno klupko skraćenica, znakova i referenci na članove zakona. Svoje težište sam, dakle, bila stavila na predavanja. Na Pravnom fakultetu sam slušala Građansko procesno pravo, Pravo privrednih društava, Međunarodno privredno pravo, Poslovno pravo, Pravo intelektualnog vlasništva, Autorsko pravo i pravo umjetnina, Filozofiju prava, Upravno pravo - opći dio i Upravno procesno pravo. Sva predavanja koja sam pohađala su bila na njemačkom jeziku, mada Fakultet posebnu pažnju posvećuje i obučavanju studenata na stranim jezicima, uvodeći ih organiziranom programskom nastavom (pod nazivom "Pravna edukacija i edukacija na stranom jeziku") u pravne sisteme drugih zemalja, s pripadajućom pravnom terminologijom jezika dotičnih zemalja. Najposjećeniji su bili kursevi koji su se ticali anglo-američkog prava ili uvoda u političko-pravni sistem SAD, no studenti mogu da se odluče i za izučavanje poljskog, francuskog, talijanskog, brazilskog i portugalskog, španskog i arapskog prava i pravne terminologije. Spomenutu nastavu, jasno, drži naučni kadar koji je ili porijeklom iz date zemlje ili ima akademskog doticaja s njom. Sama predavanja se nisu razlikovala mnogo od onoga što sam već poznavala od ranije sa svog matičnog fakulteta, no to je ovisilo i mnogo o samom predavaču i materiji.

Zbirka zakona uvijek pri ruci

Zajedničko svim predavanjima je bilo da se ona ne pohađaju bez odgovarajuće zbirke zakona. Jer pravo, ipak, treba znati primjenjivati. Metod rada jednog profesora, (izvanrednog stručnjaka za evropsko pravo) koji mi je predavao Pravo privrednih društava i Pravo intelektualne svojine, sastojao se uglavnom u predavanjima, koja su bila zamišljena kao nastava dopunskog karaktera, koja treba da inspiriše, da podstakne studente na rad ili da im produbi

znanje iz određene oblasti, pa je volio da citira i parafrizira mnogo, približavajući nam različita stanovišta u stručnoj literaturi. To je često onemogućavalo vođenje redovnih bilješki. Zato je ovakav pristup otvorao predavaču mogućnost da se dotakne najrazličitijih tema i najkompleksnije ili izrazito posebne problematike. S druge strane, pak, su moji predavači iz Upravnog i Upravnog procesnog prava imali izrazito deduktivan i čvrst plan i program izvođenja nastave, što vjerovatno stoji u vezi i sa samim predmetima koje su predavali. Prednost njihovih predavanja bila je upravo ta sistematičnost, gdje bi se najprije izložilo novo gradivo, primjerice forma postupanja po određenoj tužbi, a potom bi se primjena nove materije učila na slučaju iz prakse. Također sam ovdje primijetila i veliku želju profesora za uključivanjem studenata u razgovor, i to je obično dobro funkcionisalo. Strpljivost, susretljivost i ljubaznost profesora s kojima sam imala doticaj u Heidelbergu želim posebno da istaknem. Riječ je bilo uvijek o vrlo profesionalnim osobama, s kojima se komunikacija odvijala bez poteškoća. Ispiti su za studente na razmjeni na Pravnom fakultetu u Heidelbergu bili posebno organizovani, iz prostog razloga što redovni studenti prava u Njemačkoj polažu ispite po jednom drugom sistemu, nema organizovanih ispita iz svakog predmeta koji se slušao na kraju svakog semestra, već se ocjenjivanje njihovog rada bazira uveliko na pismenim zadaćama, tzv. *Hausarbeiten*; ekvivalent kod nas bi za to bio izrazito složen seminarski rad, ali na osnovu slučaja iz prakse. Sve te zadaće i ispiti tokom studija prava u Njemačkoj zapravo služe pripremi za krajnji veliki, državni ispit (*Staatsexamen*).

Ispiti i sistem ocjenjivanja

Ispite na kraju semestra smo mi, strani studenti, prema tome zakazivali posebno u dogovoru s predmetnim profesorom. Ovdje su se profesori prema studentima - gostima iskazali ponovo vrlo fleksibilnima, jer se dešavalo i da ponude dva različita termina za usmeni ispit, ukoliko određenom broju ljudi prvi termin zbog kolizije s nekim drugim ispitom ne bi odgovarao. Većina ispita za strane studente, koji su tu samo na razmjeni, a ne i na master studijama, održava se usmeno. Odgovarali bismo uvijek u malim grupama, nekad samo i u paru, pošto sam ja slušala ipak prilično specifične grane prava. Taj ispit bi često izgledao kao razgovor, u prosječnom trajanju od 15 minuta po studentu, a ukoliko ovaj nije znao odgovor na postavljeno mu pitanje, student pored njega je imao šansu da iskaže svoje znanje. Na ispitima bismo se uvijek koristili zakonom. Profesori su imali razumijevanje za poseban status stranih studenata prava, koji su dolazili iz drugačijih pravnih sistema. Ali su na zakonskim normama ipak insistirali. Ukoliko nešto nisu obradili na predavanjima, to nas i ne bi pitali. Sistem je, dakle, zaista jednostavan, fer i učinkovit. Također su voljeli da teoriju povežu s praksom, pa su zahtijevali da znamo riješiti bar slučajeve koji su obrađeni na predavanjima. No znalo se, naravno, i desiti da nas postave pred

sasvim novu problematiku. Studirati pravo u Heidelbergu je, dakle, bio izazov. Trud se na koncu isplatio. Ukoliko bi profesori bili zadovoljni sa znanjem stranog studenta, nisu se libili to i pokazati. Sistem ocjenjivanja po pravnim fakultetima u Njemačkoj također je nesvakidašnji, jer je to skala od 0 do 18 bodova. 4 boda su dovoljna za prolaznu ocjenu, a većina studenata svoje ispite, kao i zadnji veliki, državni ispit (*Staatsexamen*) položi s brojem bodova koji se nalazi u rasponu od 4 do 9. Iznad 9 bodova se često smatra već izvanrednim uspjehom, budući da su kriteriji ocjenjivanja, odnosno bodovanja jako strogi, no i to zavisi od pokrajine do pokrajine. 16-18 bodova je ekvivalent za našu ocjenu deset. Specifičnost studija prava u Njemačkoj je ta što se u ponekim dijelovima zemlje, samo svakih par godina desi da student prava na državnom ispitu dobije najvišu ocjenu, odnosno 16 do 18 bodova. U pokrajini Baden-Württemberg je to, recimo, prava rijetkost. Nijemci su mi to objasnili na sljedeći način: "18 niko ne dobiva. Osamnaestka je nedostižna, ona se ne dodjeljuje nikom, i ona je samo tu, da bi te ona, kad bi dobio 17 bodova, motivirala za daljnji rad, učenje i trud. Ova materija se nikad ne može znati savršeno." Studij prava se ovdje, dakle, shvata izrazito ozbiljno, darežljivost pri ocjenjivanju se drži u granicama, te je potrebno jako puno rada i sjedenja nad knjigom da bi se postigli zadovoljavajući rezultati. Studentima su, međutim, pruženi jako dobri uslovi za bavljenje naukom. Univerzitetaska biblioteka u Heidelbergu poznata je kao najstarija ustanova te vrste u Njemačkoj. Sa preko 3 miliona medija, kompjuterskim sobama i čitaonicama u samoj jezgri starog grada, kao i radnim vremenom do 22 sata (čak i nedjeljom) boravak u biblioteci je veliko zadovoljstvo, i ne ograničava se samo na potrebe studija. Zato i ne začuđuje da mnogo studenata koristi prostorije Univerzitetске biblioteke za učenje i istraživanje. Mislim da su se

ovom opcijom najviše služili i studenti prava i medicine, vjerovatno zbog direktne dostupnosti stručne literature u čitaonicama.

Rezime

Mogućnost pohađanja predavanja, pa i polaganja ispita sa drugih fakulteta Univerziteta u Heidelbergu je opcija koja me je, primjerice, prosto oduševila. Mobilnost između ustanova samog Univerziteta je dakle dosta velika, ukoliko student prava poželi da se detaljnije upozna s političkim sistemom Savezne Republike Njemačke, on može da pohađa predavanja koja nudi Institut za političke nauke. To uključuje i pohađanje vježbi i, na koncu, polaganje pismenog ispita iz tog predmeta - ukoliko student ima takve ambicije. Riječ je, dakle, o jednoj zaista staroj, renomiranoj i kvalitetnoj obrazovnoj ustanovi, koja studentima prava pruža nastavu na visokom nivou, ali isto toliko i zahtijeva od studenata. A pošto nije sve ni u nauci, Univerzitet u Heidelbergu ima izvanredan program kulture, sporta, socijalnog umrežavanja i rekreacije. Većina ponuda je besplatna za studente te ustanove. Uvide koje sam dobila u način studiranja prava, iskustvo koje sam stekla samim odlaskom zbog studija na drugoj visokoškolskoj ustanovi, nove kompetencije koje sam usvojila i, naravno, ljude koje sam upoznala - sve me je to obogatilo kao čovjeka i budućeg pravnik. Zato je potrebno iskoristiti ovu priliku i još jednom zahvaliti se na podršci pojedinih profesorica mog matičnog fakulteta (prof. dr. Povelkić i prof. dr. Bakšić-Muftić), kao i Uredu za međunarodnu saradnju Univerziteta u Sarajevu. Lijepo je ne osjećati se više marginalizovanim zbog zemlje porijekla, dobiti mogućnost da se vlastito obrazovanje uzme u svoje ruke, dokučiti smisao gesla univerziteta s višestoljetnom tradicijom - *semper apertus*, uvijek otvoren.

** Više informacija o studiju na Ruprecht-Karls Univerzitetu u Heidelbergu: <http://www.uni-heidelberg.de/international/>
Više informacija o Basileus programu:
<http://www.basileus.ugent.be/index.asp>

Propisi i materijali

Propisi, materijali, tekstovi

O ovoj rubrici

Dr. Stefan Puerner

U rubrici časopisa NPR "Propisi i materijali" će se ubuduće objavljivati zanimljivi pravni tekstovi sa uvodnim pojašnjenjem. Ovi tekstovi mogu biti prevedeni propisi drugih država, ali i ugovorni obrasci ("model-ugovori") ili obavještenja pravnih organizacija. Prema tome, nakon uvodnog teksta moći ćete pronaći prevedene inostrane pravne dokumente.

Uvod

Pošto težište prvog izdanja časopisa NPR čine prilozima u pravnom obrazovanju u Njemačkoj, objavit ćemo materijale za pravnu naobrazbu u ovoj državi, tačnije za drugi pravni državni ispit. Pravna naobrazba kao i ispiti u ovoj oblasti su u Njemačkoj drugačije organizirani nego u Bosni i Hercegovini. U ovom broju ne možemo predstaviti cjelokupno njemačko pravno obrazovanje, ali će to biti učinjeno korak po korak u slijedećim priložima "Nove pravne revije". U našim izdanjima će biti objavljeni materijali za završne ispite, a u ovom broju, za tzv. drugi državni ispit (*Zweites juristisches Staatsexamen*).

Ovdje ćemo predstaviti kratak sadržaj bavarskog Pravilnika za edukaciju pravnika i ispite (skraćeno: PEPI).¹ To je propis, koji u Bavarskoj regulira pravno obrazovanje. Radi se o pokrajinskom propisu, pošto pravno obrazovanje u Njemačkoj spada u nadležnosti saveznih pokrajina. Većina tih pokrajina je veća od Bosne i Hercegovine u cijelosti. Uzet ćemo za primjer Bavarsku, koja ima više od 12 miliona stanovnika, što je tri puta više od broja stanovnika Bosne i Hercegovine.

U narednom dijelu teksta ćemo objaviti prijevod originalnog teksta sa drugog bavarskog pravosuđnog državnog ispita sa prvog termina iz 2008. godine. Ovaj prijevod je nastao od strane autora ovog teksta, u okviru Njemačke fondacije za međunarodnu pravnu saradnju (IRZ fondacija) u Bosni i Hercegovini, a ovdje će biti objavljen uz odobrenje bavarskog Ministarstva pravosuđa.

Za objašnjenje ovih dokumenata su neophodne generalne napomene za ispite u okviru obrazovanja.

Završni ispiti su u pravilu u pismenoj formi

Veoma je značajna činjenica da se većina ispita u Njemačkoj u toku pravnog obrazovanja obavlja u pismenoj formi.² U gotovo svim slučajevima se radi o pismenom rješenju konkretnog pravnog slučaja.³ Na tzv. prvom državnom ispitu⁴ se najčešće radi o davanju pravnog mišljenja za određeni slučaj. U zadatku se opisuje, naprimjer tok ugovornih pregovora, zatim način na koji je ugovor zaključen, kao i činjenica da je predmet ugovora imao određene nedostatke, te da je nesretnim slučajem od strane treće osobe uništen. Kandidati trebaju dati odgovore na postavljena pitanja, u smislu da odgovore kojoj stranci pripadaju određena prava, i na temelju kojih propisa. U oblasti krivičnog prava se, naprimjer, može dati zadatak, u kojem ispitanici trebaju odgovoriti koji se od počinitelaca i na temelju kojih odredaba Krivičnog zakona treba kazniti.

Na drugom državnom ispitu kandidati moraju, na temelju izvoda iz propisa, da obrade neku sudsku odluku, najčešće presudu, ili da obrade neki od podnesaka advokata (tužbu, žalbu i sl.). U tu svrhu oni dobijaju kratak izvod fiktivnih predmeta kao početni materijal. Kako izgleda jedan takav slučaj može se vidjeti na temelju prevedenog primjera jednog originalnog testa sa drugog državnog ispita, koji slijedi u narednom dijelu teksta.

Značaj napomena za ispitne kandidate (Bearbeitervermerk)

U ovom slučaju zadatak je bio da se riješi slučaj iz fiktivnog spisa. Na kraju slučaja su napisane upute za kandidate na ispitu. Te upute su uobičajeno prvo šta kandidati pročitaju na ispitu.

Onaj koji pravilno ne pročita uputstva urednika i obradi stvari, koje nisu potrebne, gubi dragocjeno vrijeme na ona pitanja, koja uopće nisu postavljena. Osim toga, takvom kandidatu se, prilikom bodovanja, mogu oduzeti bodovi, jer nije pravilno pročitao pravila za rad. U priloženom slučaju je firma A & C Video d.o.o. podnijela zahtjev protiv gospodina Kleina. Moguće je, međutim da je ova firma podnijela zahtjeve također i protiv gospodina Martina Mosera, koji je u postupku naveden kao svjedok.

Napomene kandidatima daju jasno do znanja da zahtjevi koji postoje protiv Martina Mosera, ili zahtjevi koje bi Martin Moser podnio protiv drugih osoba, nisu predmet rasprave.

² Uporedi § 62 PEPI.

³ Uporedi § 62 Abs. 2 PEPI.

⁴ Ovaj ispit korespondira bosanskohercegovačkoj diplomi. Jedina razlika jeste u tom što se u Njemačkoj ovaj završni ispit sastavlja od strane države, dok u Bosni i Hercegovini diplomu izdaje fakultet.

¹ Pravilnik za edukaciju pravnika i ispite od 13. 10. 2003. godine, promijenjen uredbom od 21. 12. 2009. godine, Bavarski Službeni list 2007, strana 10, (skraćeno: PEPI).

Zbog toga bi bilo pogrešno da kandidati analiziraju zahtjeve, koji postoje protiv Mosera ili one, koje je on sam uložio. Ovo bi bila greška čak i u onim slučajevima, kada bi analiza ovih pitanja bila tačna. To u principu nije ništa drugo nego odraz dispozitivnih odredbi civilnog procesa. Sud smije da odlučuje samo o onim zahtjevima, koje su mu stranke podnijele, a napravio bi pogrešku, ukoliko bi išao preko ovih zahtjeva ("ultra petit"). Zbog toga i ispitanici čine grešku, ukoliko daju odgovore na one stvari, za koje uopće nisu pitani.

Trajanje pojedinačnih ispita i dozvoljena pomoćna sredstva

Svaki pismeni ispit traje po pet sati,⁵ što znači da kandidati imaju pet sati vremena da pismeno daju rješenje za određeni slučaj. Pri rješavanju se smiju koristiti samo određene i izričito dozvoljene zbirke zakona. Međutim, zabranjeno je da se u tim zakonskim tekstovima dopisuju komentari ili informacije o odlukama viših sudova o određenim paragrafima, ili definicije za neke pojmove. Ukoliko neki kandidat to ipak učini, i pri tom bude otkriven, smatrat će se da ispit nije položen. Drugim riječima: ispitanik je pao ispit. Na drugom pravnom državnom ispitu je dozvoljeno korištenje čak i određenih zakonskih komentara.

Primjena zakonskih tekstova i zakonskih komentara na ispitima nije ništa neuobičajeno u Njemačkoj. Cilj obrazovanja jeste da se nauči primjenjivati zakone, a ne da se oni nauče napamet. Dakle, studenti su poučeni i naučeni kako da primjenjuju zakone, ali cilj nije da znaju šta stoji u trenutno važećim zakonima. Bilo bi besmisleno učiti sadržaj zakona, s obzirom na to da su oni stalno podložni promjenama. Sa stanovišta njemačkog pravника bi polaganje ispita, u kojima se ne mogu koristiti zakoni, bilo otprilike jednako kao kada bi zanatlija polagao svoj ispit ne koristeći neophodni alat.

Sva pravna područja se ispituju odjednom

Na kraju odgovarajućeg obrazovanja (studija ili pripravničkog staža) kandidati moraju polagati ispit iz svih pravnih oblasti. To znači, da se ne mogu u toku obrazovanja polagati ispiti iz različitih pravnih područja, čiji bi se rezultati kasnije uračunali u završnu ocjenu, te da na taj način kandidat ne mora više da bude ispitivan u toj oblasti. Tako za drugi pravni državni ispit ispitanici iz Bavarske, u toku jedanaest uzastopnih dana, pišu ispite iz različitih pravnih polja, kao što su: građansko pravo, javno pravo uključujući poresko pravo, te krivično pravo.⁶ Ovakav koncept je formiran iz razloga što je neophodno da svaki pravnik, barem u trenutku polaganja ovih ispita, raspoláže mogućnostima poznavanja cjelokupnog prava. Osim toga, u pravnoj praksi mnogih pravnikā, naročito advokata, se javljaju slučajevi, u

kojima moraju da poznaju i primjenjuju istovremeno više grana prava.

Završni ispiti se zovu državni ispiti (*Staatsexamen*), a njih izrađuje svaka savezna pokrajina ponaosob, tačnije Ministarstvo pravosuđa svake pokrajine. U odnosu na prve državne ispite ovo pravilo se u međuvremenu promijenilo, jer u tim slučajevima jedan dio ispitnih testova izrađuje Ministarstvo pravosuđa, a drugi dio nadležni fakultet, s tim da 70% testa izrađuje Ministarstvo pravosuđa, a 30% nadležni fakultet. Za drugi državni ispit pravilo je ostalo isto, što znači da sve ispitne testove izrađuje Ministarstvo pravosuđa, a ispiti se rade u isto vrijeme na svim ispitnim mjestima.⁷

Svi pismeni ispiti se održavaju bez prekida

Pismeni ispiti se održavaju bez prekida, što znači da se održavaju svaki radni dan, a prekidi se prave samo tokom vikenda. Prvi pravosudni državni ispit, koji se u Bavarskoj sastoji od osam ispita, od kojih se svaki radi po 5 sati, najčešće počinje u utorak prve ispitne sedmice. Prva četiri dana se pišu ispiti iz oblasti civilnog prava, u trajanju od po 5 sati svaki dan. Prva dva ili tri ispita su iz oblasti civilnog prava u užem smislu, tj. iz općeg i posebnog obligacionog ili stvarnog prava. Posljednjeg dana se najčešće ispituje slučaj iz radnog ili nasljednog prava. Naravno da se mogu pojaviti zadaci, u kojima su postavljena pitanja kako iz obligacionog, tako i iz nasljednog, te stvarnog prava odjednom. Takva kombinacija se često javlja i u pravnoj praksi. Stvarni život se ne orijentira neophodno na pravna područja ponaosob. U drugoj sedmici, od ponedjeljka do četvrtka, pišu se ispiti iz javnog i krivičnog prava, što predstavlja "ispitni maraton" od oko 40 sati.

Na drugom pravnom državnom ispitu u Bavarskoj se piše ukupno 11 pismenih ispita, od kojih svaki traje po 5 sati.⁸ To znači da se sa ispitima počinje u utorak prve ispitne sedmice, i tako svaki naredni dan u trajanju po pet sati, sve do četvrtka treće ispitne sedmice, uz prekide vikendom. Kandidati iz Bavarske, prema tome, imaju ispitni maraton u trajanju od 55 sati. Polaganje takvog ispita nije samo psihičko nego i fizičko opterećenje, a neki ispitanici u tom vremenu izgube i po nekoliko kilograma, što dovoljno govori o kakvom opterećenju se radi.⁹

Pretpostavke za uspješno polaganje tih ispita jeste neophodna potpuna predanost radu, uz vremenski pritisak, te uz mnogo stresa. Upravo to je bila namjera, iz razloga što je takva situacija slična njihovoj budućoj radnoj svakodnevnicima. Zbog toga se čak ni u tako stresnim situacijama ne bi smjele dešavati velike pogreške.

⁷) § 62 Abs. 5 PEPI.

⁸) Prije su neki ispiti radili čak po osam sati.

⁹) Drugi dio ispitanika čak dobije nekoliko kilograma, jer stres tokom ispita kompenziraju kroz hranu. Nažalost, ovdje ne možemo detaljno opisati tok ispitnih priprema, ali možemo spomenuti kako se u Njemačkoj razvila industrija, koja pravnicima nudi pripreme kursove za pravosudni Državni ispit, pri tom zarađujući mnogo novca. O ovom ćemo opširnije u jednom od narednih brojeva časopisa NPR.

⁵) Kod ispita u toku studija ispitanici imaju za obradu uglavnom 2 sata vremena, a radi se o kraćim i jednostavnijim slučajevima.

⁶) Uporedi sa § 58 priloženog prijevoda izvoda "Bavarskog pravilnika za edukaciju i ispite" (PEPI).

Ispravljanje i ocjenjivanje su anonimni

Jedna potpuno drugačija situacija u pogledu završnih pravnih državnih ispita u Njemačkoj u odnosu na Bosnu i Hercegovinu jeste ta, što je ocjenjivanje tih ispita u Njemačkoj anonimno.

To je omogućeno tako što svaki kandidat prije polaganja upisuje određen broj, koji se zajedno sa ličnim podacima unosi u posebnu listu, koja se već u ispitnoj prostoriji zatvara i zapečati u kovertu, a nakon toga polaže u trezor Ministarstva pravosuđa. Koverta se ne šalje poštom, nego se, zajedno sa ostalim ispitnim materijalima i obavještenjima od strane sudske policije, šalje u Ministarstvo pravosuđa. Na ispitnim listovima se pišu samo ovi brojevi, ali ne i imena.

Ispit korigiraju dvije osobe, nezavisno jedna od druge.^{10,11} Nakon tog prvog pregledanja radovi se šalju Ministarstvu pravosuđa, koji radove prosljeđuje novim dvjema osobama na pregled i korekciju, opet nezavisno u odnosu na prvo pregledanje radova. Nakon toga se radovi ponovo šalju Ministarstvu pravosuđa, gdje se pravi srednja ocjena, uzimajući u obzir prvu i drugu korekciju.¹² Tek nakon što se utvrdi konačan rezultat, otvara se koverta iz trezora, nakon čega se anonimni rezultati dodjeljuju odgovarajućem kandidatu.

Sa sigurnošću je ovaj sistem jako skup, a uz to je potrebno nekoliko mjeseci dok se ne utvrde konačni rezultati. Na prvom pravnom državnom ispitu se radi 8 testova, a na drugom 11, dok svi se ispiti moraju ocijeniti dva puta. Zbog toga je manipulacija sa ispitnim rezultatima gotovo pa isključena. Čak je česta situacija da profesori svoje miljenike među studentima ocijene sa lošom ocjenom, jer prilikom ocjenjivanja ne znaju o čijem radu je riječ.

Naučni radovi tokom studija (*Hausarbeiten*)

Tokom studija se pišu kako ispiti, tako i "domaći radovi" (*Hausarbeiten*), koji predstavljaju naučno razrađena rješenja pravnih slučajeva. Ovi radovi se zovu domaći radovi, jer se rade kod kuće. Međutim, stvarni rad se odvija u biblioteci, jer upravo tamo studenti istražuju presude, pravne članke iz pravnih časopisa, kao i tekstove iz stručne literature, koji su im neophodni za razradu rješenja tog slučaja. Ovi izvori se detaljno moraju navesti. Kandidat koji napiše samo okvirne podatke, bez konciznog navoda izvora, gubi bodove, jer pravnik nije novinar, koji uživa tajnost svojih izvora. Pravnik, naročito sudija, mora da objavi izvore kako bi stranke u postupku, kao i javnost, a posebno advokati stranaka i sudovi viših instanci mogli imati uvid zašto i na temelju kojih izvora je sud došao upravo do tih rezultata.

U nekim savezним državama se takvi domaći radovi pišu kao dio završnih pravnih državnih ispita. U Bavarskoj ta opcija ne postoji, jer se želi izbjeći mogućnost manipulacije, naročito primjena nedozvoljenih pomoćnih sredstava.

¹⁰⁾ Kod prvog Državnog ispita to čine jedan profesor, te najčešće sudija.

¹¹⁾ Uporedi sa ostalim dijelovima § 64 PEPI.

¹²⁾ Ako se desi da su mišljenja ocjenjivača mnogo različita, onda radove vrednuje još jedan dodatni ocjenjivač.

Usmeni ispit

Osim pismenog dijela ispita postoji i usmeni ispit, jer je upravo usmena prezentacija vrlo važan dio pravničke djelatnosti, što vrijedi ne samo za advokate, nego i za sudije, koji u toku rasprave diskutiraju o pravnim pitanjima, koja se tiču postupka. Međutim, usmeni dio ispita dolazi uvijek nakon pismenog dijela. Na usmenom ispitu učestvuju samo oni kandidati, koji nakon pismenog dijela imaju barem teoretsku priliku da polože cijeli ispit.¹³ U ovom dijelu ispita se kandidate još jednom ispituje cjelokupno prethodno navedeno pravno gradivo.

U pravilu se istovremeno ispituje oko 4-5 kandidata, što među njima stvara konkurentnu atmosferu, ali omogućuje i određen nivo transparentnosti. Na kraju krajeva, ovim načinom ispitivanja svaki od ispitanika ima uvid na koji način su ispitani i ocijenjeni ostali kandidati.

Prema tome, usmeni dio ispita ne može biti anonimn, jer se ispitanici prozivaju po imenima, što dovodi do toga da kandidati pokušavaju da doznaju koja pitanja ispitivači uobičajeno postavljaju, što mogu da saznaju ako je njihov kolega već polagao ispit kod istih ispitivača. Osim toga, postoje tzv. Repetitoriji - privatni instituti, na kojima se plaća učešće za pripremu za državni ispit, a koji, na temelju zapisnika prethodnih kandidata, nude i informacije o najčešće postavljenim pitanjima. Bavarsko udruženje pripravnika (*Referendarverein*) na internetu besplatno objavljuje takve zapisnike. Oni koji su zainteresirani koja su to pitanja, koja se na usmenom ispitu u Bavarskoj postavljaju kandidatima na drugom pravnom državnom ispitu, a uz to razumiju njemački jezik, ove zapisnike mogu pronaći pod <http://www.refv.de/index.php>, a zatim kliknuti na link "Ispitni protokoli" ("Prüfungsprotokolle").

Izborni predmeti na pravnom državnom ispitu

Kandidati imaju pravo da odaberu jedan predmet, u okviru kojeg će biti ispitani na usmenom dijelu ispita. Ovi izborni predmeti se dijele prema radnim područjima, u okviru kojih kandidat može da radi poslije uspješno apsolviranog drugog državnog ispita. Ta radna područja su regulirana u § 58. stav 3. PEPI. Međutim, kandidati mogu kasnije u toku svoje karijere da se bave i onim oblastima prava, koje nisu odabrali za usmeni ispit. Njemački pravni obrazovni sistem želi da stvara univerzalnog pravnik, koji će moći da obavlja pravne poslove iz različitih pravnih oblasti. Pošto odabir predmeta za usmeni ispit ne igra nikakvu ulogu za karijeru nakon ispita, ispitanici često taktiziraju, pa odabiru one predmete, za koje znaju da je prolaznost mnogo bolja.

Nakon uspješno položenog drugog državnog ispita, kandidati stječu sposobnost za obavljanje sudske funkcije ("Befähigung zum Richteramt"). Slično kao i kod pravosudnog ispita u Bosni i Hercegovini, nemaju svi kandidati, koji taj ispit polože, mogućnost da dosita obnašaju sudačku dužnost. Na mjesto sudija se upošljava samo onoliki broj,

¹³⁾ Uporedi sa ostalim jedinicama § 64 Abs. 3 PEPI.

koje je neophodan. Pošto se ne radi o velikom broju, na mjesto sudije mogu doći samo najbolji.

Sistem ocjenjivanja prilikom vrednovanja pravosudnih ispita

Teoretski gledano, u Njemačkoj postoji sedam nivoa ocjenjivanja državnih ispita. Riječ "teoretski" je ovdje s namjerom primijenjena, jer se ocjena "odličan" u praksi gotovo nikad ne dobiva. Pri ocjenjivanju su neke savezne države strožije, a neke blaže. U nekim saveznom zemljama se ocjena odličan, što odgovara broju bodova 14-18 ("sehr gut"), dobije u nekoliko godina jednom. Djelomično i traje dugo dok neki kandidat dobije tu ocjenu. Tako naprimjer, na Univerzitetu u Regensburgu, koji egzistira od 1967. godine, je tek 1988. godine po prvi put neki kandidat dobio ocjenu "odličan". Također i ukupnu ocjenu "vrlo dobar" (11,5-13,99 bodova) postigne samo 2-3% najboljih, dok ocjenu dobar (9,00-11,49 bodova-"gut") postigne samo oko 15% kandidata u cijeloj Njemačkoj. U nekim saveznom zemljama, među njima i u Bavarskoj, čak i manji broj ispitanika postigne ovaj rezultat.

Zbog svega toga, među njemačkim pravnicima, postoji šala prema kojoj je pravnik koji dobije ocjenu "dobar" "samo malo lošiji pravnik od Boga", a onaj koji je "vrlo dobar" je "dobar pravnik kao Bog", dok je onaj koji je "odličan" i "bolji pravnik od Boga". Pozadina ovog načina ocjenjivanja leži u činjenici da država želi da odabere najbolje kandidate, koji će moći raditi u državnim službama. Tako će oni "najbolji od najboljih" moći da rade na posebno zahtjevnim poslovima.

Slijedeći nivo ocjena jeste zadovoljavajući (8,99-6,50 bodova - "befriedigend"), dovoljan (6,49-4,00 bodova - "ausreichend"), te nedovoljan (3,99-0 bodova - "nicht bestanden"). Najveći broj pravnika u Njemačkoj završi ispit sa ocjenom dovoljan.

Udio onih koji nisu položili ispit

Udio onih koji nisu položili ispit na nivou države iznosi 32% na prvom državnom ispitu, a oko 18% na drugom. Međutim, i ovdje postoje razlike među saveznom pokrajinama. Na prvom državnom ispitu iz 2007. godine u pokrajini Hessen, 22% kandidata nije položilo, dok je u pokrajini Mecklenburg-Vorpommern taj broj iznosio čak 48%, što je izuzetan slučaj. U pokrajinama, u kojima je način ocjenjivanja strožiji, a među koje se ubraja i Bavarska, udio onih koji nisu položili prvi državni ispit, svake godine iznosi između 30 i 40%. Prema tome, velike su šanse da se ne položi prvi ispit, a upravo je to razlog zašto mnogi odustaju od studija prije nego što uopće dođu do završnog ispita. Na drugom državnom ispitu udio onih kojih ne polože ispit je nešto manji, a kreće se između 18 i 30%. I jedan i drugi državni ispiti se mogu ponoviti samo jedan put, a ukoliko neki kandidat ne položi dva puta ispit, nema više mogućnosti da ponovi isti.

Mogućnosti zapošljavanja nakon položenog ispita

Svi oni koji u Njemačkoj polože oba državna ispita, su prešli dug naučni i radni put, što međutim ne znači da im je garantovan posao u struci. U njemačkoj pokrajini Nordrhein-Westfalen, broj nezaposlenih pravnika iznosi čak 24%.¹⁴ Osim toga, mnogi pravnici koji su položili oba državna ispita obavljaju djelatnosti u oblastima, za koje im nije potrebna pravna naobrazba, ili u oblastima u kojima ostvaruju vrlo male plaće. Dobre mogućnosti za zaposlenje imaju oni, koji su položili državne ispite među najboljima. Pravnici koji nisu imali tako dobre rezultate također imaju priliku da nađu zaposlenje, ali pod uvjetom da uz pravne sposobnosti posjeduju i neke dodatne kvalifikacije, poput poznavanja stranih jezika, znanja iz oblasti ekonomije, ili radna iskustva u nekim drugim oblastima i sl. Cijelo jedno desetljeće se u Njemačkoj tematizira reforma pravnog obrazovanja, a do sad su i poduzeti neki koraci na tom putu, jer se obrazovanje pravnika sa sigurnošću u ovoj zemlji može poboljšati. Međutim, prije nego se krene sa korjenitom reformom, trebalo bi se još razmisliti, iz razloga što samo tako teški ispiti garantiraju jednake mogućnosti, te korektno ocjenjivanje. Zbog toga bi se i u Bosni i Hercegovini trebalo diskutirati o uvođenju anonimnog ocjenjivanja pravnih ispita, te obaveze da studenti na ispitu rješavaju pravne slučajeve, umjesto što odgovaraju na teoretska pitanja.

Ostale informacije dostupne na internetu

Oni koji se interesiraju za pravničko obrazovanje u Njemačkoj mogu pronaći pregršt informacija na internetu. Na njemačkom jeziku može se pronaći brošura o pripravnštvu u Bavarskoj pod linkom: http://www.justiz.bayern.de/imperia/md/content/stmj_internet/ljpa/broschueren_me_rkblaetter_vd/broschuere_vorbereitungsdienst_bayern_200_5.pd. Ostale informacije bavarske komisije za državne možete pronaći na:

<http://www.justiz.bayern.de/pruefungsamtsamt/referendare>. Informacije od strane pripravnika se nalaze na internet stranici Bavarskog udruženja pripravnika, koje predstavlja jednu grupu zastupnika interesa pripravnika (<http://www.refv.de/index.php>). Na istoj stranici se nalazi link za gore u tekstu već navedene, ispitne zapisnike. Na engleskom jeziku, pod <http://hosted.law.wisc.edu/wilj/issues/24/1/korioth.pdf>, se nalazi esej Stefana Koriotha o današnjem pravnom obrazovanju u Njemačkoj (*Legal education in Germany today*), a pod <http://hosted.law.wisc.edu/wilj/issues/24/1/korioth.pdf> se nalazi članak Philipa Leitha "Legal Education in Germany: becoming a Lawyer, Judge, and Professor".

¹⁴) Dieter Finzel, Novo desetljeće ("Zum neuen Jahrzehnt") - Izvještaj advokatske komore Tübingen od februara 2010. god., strana 6.

Pravilnik za edukaciju pravnika i održavanje ispita (PEPI)

Od 13. oktobra 2003. godine (Službeni glasnik GVBI str. 758) izmijenjen Propisom od 29. decembra 2009. godine (GVBI 2010. str. 10)

Pregled sadržaja

Prvi dio Opći propisi

- § 1 Jedinstvena edukacija, imenovanje ispita
- § 2 Sadržaji ispita
- § 3 Neovisnost ispitivača
- § 4 Pojedinačne ocjene, Zbirne ocjene i Zaključne ocjene ispita

Drugi dio Opći propisi

- § 5 Forma ispita
- § 6 Republički ured za pravne državne ispite
- § 7 Ispitne komisije
- § 8 Oduzimanje prava učešća
- § 9 Povlačenje i propuštanje
- § 10 Spriječenost, nemogućnost
- § 11 Zatajivanje, napuštanje lokacije ispita koja se nalazi pod nadzorom, pokušaj utjecanja na ispitivača
- § 12 Nedostaci u okviru ispitnog postupka
- § 13 Kompenzacija oštećenog kandidata
- § 14 Postupak naknadnog ispita
- § 15 Obnavljanje ispita radi poboljšanja ocjene

Treći dio Prvi pravosudni ispit

- § 16 Sadržaj, smisao i značaj ispita
- § 17 Zbirna ocjena ispita, Zaključna ocjena i stjecanje zvanja

Peto poglavlje Drugi pravni državni ispit

§ 57

Smisao i značaj ispita

(1) Drugi pravni državni ispit je završni ispit i ispit za stjecanje zvanja u smislu Bavorskog Zakon o državnim službenicima.

(2) Drugi pravni državni ispit ima natječajni karakter (član 94, stav 2 alineja 1 Ustava) i trebao bi pokazati da li su pravni pripravnici postigli cilj edukacije (§44 stav 1), te da li im se na osnovu njihovog znanja, njihovih praktičnih vještina te ukupne slike njihove ličnosti može pripisati spremnost za obavljanje pravosudne funkcije (§5 stav 1 Njemačkog zakona o sudijama) te spremnost za višu upravnu službu.

1. Poglavlje

Prvi pravni državni ispit

- § 18 Ispitna područja
- § 19 Ispitna komisija
- § 20 Ispitne lokacije i lokalni Predsjednici ispitne komisije
- § 21 Ispitivači
- § 22 Univerzitetski studij
- § 23 Odgovarajući studij prema Pravilniku
- § 24 Dokumentovanje učinka
- § 25 Vrijeme provedeno na praktičnom dijelu studija
- § 26 Termin ispita; Rokovi za prijavu ispita
- § 27 Verifikovanje za pismeni dio ispita
- § 28 Pismeni ispit
- § 29 Pravne posljedice u slučaju spriječenosti
- § 30 Vrednovanje ispitnih radova
- § 31 Rezultat pismenog dijela ispita: Kvalifikacija za usmeni dio ispita
- § 32 Usmeni ispit
- § 33 Vrednovanje usmenog ispita
- § 34 Zbirna ocjena ispita
- § 35 Potvrda o položenom ispitu
- § 36 Ponavljanje ispita
- § 37 Slobodni pokušaj

§ 58

Ispitna područja

(1) Drugi pravni državni ispit obuhvata one obavezne predmete, te stručno područje koje određuju kandidati, koji se temelje na dotičnim društvenim, ekonomskim, političkim načelima, te načelima evropskog prava. U okviru pravnih područja koja ulaze u ispitno gradivo mogu biti ispitana i pitanja iz drugih područja ukoliko je u tom kontekstu tipična pojava istih. Ispit može obuhvatati i druga pravna područja ukoliko je samo potrebno konstatovati razumijevanje i radne metode, ukoliko se pri tome ne postavlja preduvjet pojedinačnog znanja, te ako se zadatak korištenjem dozvoljenih pomoćnih sredstava može riješiti u toku vremena obrade ispita. Ekvivalentno se primjenjuje § 18 stav 1 alineja 3.

(2) Obavezni predmeti su:

1. Ispitno gradivo Prvog pravnog državnog ispita (§ 18 stav 2) uz uzimanje u obzir željenog proširenja i produblivanja znanja u okviru praktične edukacije.
 2. iz područja građanskog prava i radnopravnog zakonodavstva (uključujući postupke):
 - a) Zakon o parničnom postupku (uključujući Odluku Vijeća (EZ) br. 44/2001 o sudskoj nadležnosti te priznavanju i izvršenju odluka u građanskopravnim i trgovačkim stvarima) i zakonski propisi o prinudnom izvršenju u okviru Zakona o parničnom postupku;
 - b) Osnove dobrovoljnog sudstva u okviru porodičnih i ostavinskih stvari;
 - c) Postupak na Sudu za radnopravne stvari (samo postupci sa presudom) - osnove;
 3. iz područja kaznenog prava (uključujući postupke); zastarijevanje i naplata, Zakon o kaznenom postupku (bez Postupaka osiguranja);
 4. iz područja javnopravnog zakonodavstva (uključujući postupke):
 - a) iz posebnog upravnog zakonodavstva: građevinskog prava (bez dijela 3 poglavlja 1 do 6 i bez članova 45 i 46 Bavorskog građevinskog Pravilnika) i Zakon o urbanističkom planiranju (samo urbanistički planovi i njihovo obezbjeđenje te prihvatljivost namjera shodno urbanističkim planovima), osnove Zakona o zaštiti od emisija, osnove Zakona o vodama;
 - b) Posebni upravni postupci, Postupak na Sudu za upravne stvari te Zakon o izvršenju u upravnim stvarima;
 - c) iz Zakona o porezima:
Zakon o poreznom pravilniku (bez dijela o svrhama s poreznim olakšicama, izvršenje i porezno-kazneni postupci), Zakon o porezu na lični dohodak (bez dijela o zaračunavanju poreza kroz porez na platu i poreza na kapitalnu dobit).
- (3) Stručna područja su:
1. Pravosuđe
Dodatno ispitno gradivo u osnovi predstavlja:
 - a) Međunarodno privatno pravo uključujući međunarodno zakonodavstvo o parničnom postupku (bez međunarodnog trgovinskog i zakonodavstva iz prava društava);
 - b) Dobrovoljno sudstvo u okviru zemljišnoknjižnih stvari;
 - c) Krivični zakon o maloljetničkoj delinkvenciji uključujući Zakon o odgovarajućim postupcima;
 - d) Bavarski Zakon o izvršenju u krivičnim stvarima uključujući izvršenje u krivičnim stvarima po osnovu maloljetničke delinkvencije (samo osnove, ublaženo izvršenje, komunikacija sa vanjskim svijetom, slobodno vrijeme i disciplinske mjere - i to sve bez drugih posebnih vidova izvršenja) kao i pravni lijek u Zakonu o izvršenju u krivičnim stvarima;
 2. Uprava
Dodatno ispitno gradivo predstavlja:
 - a) Osnove organizacije uprave;
Zakon o državnim službenicima;
 - b) Osnove ekonomsko-upravnog zakonodavstva;
 - c) Zakon o ulicama i putevima;
 - d) Osnove urbanističkog prava i republičkog Zakona o urbanističkom planiranju;
 3. Advokatska služba
Dodatno ispitno gradivo predstavlja:
 - a) Zakon o advokatskoj profesiji i marketingu;
 - b) Zakon o advokatskim naknadama;
 - c) Advokatska statistika i jamčenje advokata uključujući krivičnopravne rizike advokatske djelatnosti;
 - d) Preventivno pravno savjetovanje sa aspekta advokata;
 - e) Osnove medijacije;
 - f) Produbljenje odabranih obaveznih stručnih područja koja se odnose na advokatsko djelovanje (samo porezni aspekti advokatske djelatnosti, privremena pravna zaštita i prinudno izvršenje sa aspekta advokata);
 4. Ekonomija
Dodatno ispitno gradivo u osnovi predstavlja:
 - a) Zakon o berzama i vrijednosnim papirima na berzama;
 - b) Zakon o kapitalnim društvima (bez propisa o sudskim registrima);
 - c) Zakon o nelojalnoj konkurenciji, Zakon o kartelima, Zakon o zaštiti industrijskog vlasništva i Zakon o autorskim pravima;
 - d) Zakon o internetu (samo koliziono pravo, zaštita potrošača, Zakon o autorskim pravima, Zakon o konkurenciji i označavanju, Odgovornost zbog povrede prava ličnosti, sve u okviru građanskog prava);
 5. Radno i socijalno pravo
Dodatno ispitno gradivo predstavlja:
 - a) Zakon o uređenju preduzeća;
 - b) Zakon o kolektivnim ugovorima;
 - c) Radnopravni postupak bez ograničenja na osnove;
 - d) Osnove Zakona o socijalnom osiguranju, Zakona o radnim poticajima i Zakonu o postupcima na sudovima za socijalnopravne stvari;
 6. Međunarodno pravo i evropsko pravo
Dodatno ispitno gradivo predstavlja:
 - a) Međunarodno privatno pravo (međunarodno porodično i nasljedno pravo samo u osnovnim crtama) uz poseban osvrt na Zakon o međunarodnim ugovorima i pravo društava (bez Zakona o međunarodnim transportima, međunarodni Zakon o parničnom postupku i jedinstveno trgovačko pravo);
 - b) Pravna područja iz međunarodnog prava navedena u § 18 stav 2 br. 6 bez ograničenja na osnove; Zakon o državnim subvencijama, Trgovinska i socijalna politika kao i ekonomska i monetarna unija - sve u osnovnim crtama;
 7. Porezno zakonodavstvo
Dodatno ispitno gradivo predstavlja:
 - a) Zakon o porezu na promet;
 - b) Osnove Zakona o porezima na prihod društava;
 - c) Osnove regularnog knjigovodstva, osnove Zakona o bilansima i Zakona o poreznim propisima za bilanse društava;
 - d) Osnove Zakona o procjenjivanju te Zakona o nasljedstvu i darovanju;

e) Osnove postupka na finansijskim sudovima.

§ 59

Ispitna komisija

Ispitna komisija je sastavljena od šest članova, i to:

1. predsjedavajući član (§ 7 stav 1 alineja 2);
2. jedan član iz područja pravosuđa;
3. dva člana iz područja pravno-savjetodavnih profesija;
4. dva člana iz područja uprave.

Za svakog člana iz alineje 1 br. 2, 3 i 4 ovog člana se imenuje po jedna osoba kao zamjenik.

§ 60

Ispitivači

(1) Kao ispitivači bez posebnog imenovanja važe članovi Ispitne komisije i njihovi zamjenici.

(2) Kao ispitivači mogu biti postavljeni samo:

1. Sudije i javni tužioci;
2. Državni službenici više pravosudne i upravne službe;
3. Advokati i notari;
4. Pravnici iz ekonomskog i radnopravnog života;

(3) Ekvivalentno se provodi § 21 stav 1 i 4 za ispitivače Drugog pravnog državnog ispita.

§ 61

Verifikacija za pismeni dio ispita

(1) Pravni pripravnici su dužni pristupiti Drugom pravnom državnom ispitu koji počinje pri kraju edukacije na posljednjoj obaveznoj edukacijskoj ljestvici. U pogledu kandidata koji iz ličnih razloga ne pristupi tom ispitu, smatra se kao da je polagao ispit i da isti nije položio. Obaveza učešća na ispitu ne prestaje ni raskidom pripravničke službe.

(2) Kvalifikacija za pismeni dio ispita se određuje od strane Predsjednika Vrhovnih republičkih sudova. Odluka o kvalifikaciji se pravnim pripravnicima saopštava pismenim putem. Za verifikaciju za usmeni dio ispita vrijedi § 64 stav 3.

(3) Za kvalifikaciju za pismeni dio ispita se ekvivalentno provode odredbe § 46 stav 5 br. 1 i 2 te stav 6 br 1, br. 2 sl. c i br. 3.

(4) Izjava u vezi sa stručnim područjem ili određivanje istog prema § 49 stav 4 važi kao neopoziv izbor stručnog područja za ispit uključujući i eventualna ponavljanja.

§ 62

Pismeni ispit

(1) U pismenom ispitu se u toku jedanaest dana pod nadzorom izrađuje po jedan pismeni rad. Vrijeme izrade za svaki rad iznosi pet sati.

(2) Zadaci prije svega trebaju sadržavati praktične slučajeve iz pravosudnog života.

(3) Obrađuje se:

1. pet zadataka sa težištem iz građanskog prava uključujući

trgovačko pravo i pravo društava, radnopravno zakonodavstvo te Zakone o provođenju postupaka (§ 58 stav 2 br. 1 i 2); jedan od tih zadataka mora sadržati područje radnog prava;

2. dva zadatka sa težištem iz kaznenog prava uključujući Zakon o kaznenom postupku (§ 58 stav 2 br 1 i 3);
3. četiri zadatka sa težištem na javnom pravu uključujući Zakon o provođenju postupka te porezno zakonodavstvo (§ 58 stav 2 br. 1 i 4); jedan od tih zadataka mora obuhvatiti područje poreznog zakonodavstva.

Težište pojedinačnih zadataka može ležati i na evropskom pravu (§ 58 stav 2 br. 1, § 18 stav 2 br. 6). Najmanje četiri zadatka za predmet moraju imati rezultate iz područja profesija pravnog savjetovanja i konstituisanja prava.

(4) Ispitni kandidati se smiju koristiti samo onim pomoćnim sredstvima koja su dozvoljena od strane ispitne komisije. Pomoćna sredstva su dužni sami nabaviti.

(5) Ispitni zadaci se postavljaju jednoobrazno, te se na svim ispitnim lokacijama moraju obrađivati u istom terminu.

(6) Na pojedinačne ispitne lokacije mogu biti postavljeni ispitni rukovodioci i njihovi zamjenici. Oni su po nalogu predsjedavajućeg člana ispitne komisije dužni da obezbijede regularno sprovođenje pismenog i usmenog ispita, te posebno da obezbijede potrebne osobe za vršenje nadzora.

§ 63

Pravne posljedice u slučaju spriječenosti

(1) U slučaju spriječenosti (§ 10 stav 1 i 5) ili u slučaju nemogućnosti (§ 10 stav 6) važi sljedeće:

1. Ukoliko je obrađeno manje od osam pismenih zadataka tada se i obrađeni radovi ne uzimaju u obzir; u tom slučaju se naknadno izrađuje svih jedanaest radova.
2. Ukoliko je obrađeno najmanje osam pismenih radova, tada važi sljedeće:
 - a) Ukoliko jedan ili više zadataka u prvom dijelu (zadaci 1 do 6) nije obrađeno, tada se radovi izrađeni u ovom dijelu ne uzimaju u obzir; za zadatke 1 do 6 je neophodno naknadno izraditi zamjenske radove;
 - b) Ukoliko jedan ili više zadataka u drugom dijelu (zadaci 7 do 11) nije obrađeno, tada se radovi izrađeni u ovom dijelu ne uzimaju u obzir; za zadatke 7 do 11 je neophodno naknadno izraditi zamjenske radove;
 - c) Ukoliko se ne obrade zadaci i u prvom i drugom dijelu, tada se ni jedan rad ne uzima u obzir; svih jedanaest zadataka se mora ponovo izraditi.

§ 64

Ocjenjivanje ispitnih radova Kvalifikacija za usmeni dio ispita

(1) Sve pismene radove sa ispita samostalno ocjenjuju dva ispitivača pojedinačnim ocjenama. Kod više od 150 ispitnih kandidata se za ocjenjivanje ispitnih radova može odrediti više od dva ispitivača. Ekvivalentno se provode odredbe § 30 stav 1 alineje 3 i 4 te stav 3 i 4.

(2) Zbirna ocjena pismenog ispita se obračunava tako što se zbir poena iz pismenih radova podijeli sa 11. Ukoliko

je dat dopust za pojedine radove onda se djelilac umanjuje za odgovarajući broj.

(3) Kandidat koji na pismenom dijelu ispita osvoji ukupni prosjek od najmanje 3,72 boda, te u maksimalno šest ispitnih radova osvoji broj bodova manji od 4,00, se kvalificira za usmeni dio ispita. U slučaju da je dat dopust za pojedine radove, onda se taj broj šest umanjuje i to:

1. ukoliko su izostavljeni jedan ili dva rada, na broj pet;
 2. ukoliko je izostavljeno više radova, na broj četiri;
- Ispit nije položio kandidat koji se shodno alineji 1 i 2 ovog paragrafa nije kvalificirao za usmeni dio ispita.

(4) Pojedinačne ocjene, zbirna ocjena pismenog ispita te pravne posljedice prema stavu 3 se ispitnim kandidatima saopštavaju pismenim putem. U slučaju verifikacije za usmeni dio ispita kandidat se s istim upoznaje najkasnije kroz pozivnicu za usmeni ispit.

§ 65

Usmeni ispit

(1) Usmeni ispit obuhvata ispitna područja shodno § 58. Isti se načelno održava od strane ispitnih komisija u Minhenu i Nirnbergu.

(2) Ispitne komisije za usmeni ispit se sastoje od po četiri ispitivača od koji po jedan zastupa područje građanskog i radnog prava, krivičnog prava, javnog prava te izbornog stručnog područje. Jedan od ispitivača predsjedava komisijom. Ispitivači moraju biti prisutni za sve vrijeme trajanja usmenog ispita.

(3) Za svakog ispitnog kandidata je potrebno predvidjeti po oko 50 minuta, a od toga 15 minuta za ispit iz stručnog područja. Istovremeno ne smije biti ispitivano više od pet ispitnih kandidata.

(4) Ispitni kandidati se smiju koristiti samo pomoćnim sredstvima koja su dopuštena od strane ispitne komisije. Pomoćna sredstva su dužni samostalno nabaviti.

(5) Predsjedavajući članovi ispitnih komisija vode usmene ispite. Oni su odgovorni za pridržavanje ispitnih pravila te za održavanje reda. Oni su ovlaštteni da pravnim pripravnicima, a u iznimnim slučajevima i drugim osobama dozvole da ispitu prisustvuju kao slušaoci. Slušaoci koji ne budu slijedili njihove upute mogu biti odstranjeni iz prostorije održavanja ispita. Rezultat ispita se ispitnim kandidatima saopštava bez prisustva slušaoca.

§ 66

Bodovanje usmenog ispita

(1) Na usmenom ispitu se dodjeljuju četiri pojedinačne ocjene i to:

1. jedna ocjena iz građanskog i radnog prava (§ 58 stav 2 br. 1 i 2);
2. jedna ocjena iz krivičnog prava (§ 58 stav 2 br. 1 i 3);
3. jedna ocjena iz javnog prava (§ 58 stav 2 br. 1 i 4);
4. jedna ocjena iz izbornog stručnog područja (§ 58 stav 3) koja se kod sračunavanja zbirne ocjene shodno alineji 2 vrednuje dvostruko.

Zbirna ocjena sa usmenog ispita se sračunava tako što se zbir pojedinačnih ocjena dijeli sa brojem pet.

(2) O učinku ispitnog kandidata u okviru usmenog ispita, te o zbirnoj ocjeni se putem zajedničke konsultaciju svih ispitivača odlučuje prostom većinom glasova. Kod identičnog broja glasova odlučujući je glas predsjedavajućeg člana ispitne komisije.

§ 67

Zaključna ocjena ispita

(1) Nakon okončanja usmenog ispita ispitna komisija utvrđuje zaključnu ocjenu ispita. Ona se obračunava tako što se zbir trostruke zbirne ocjene iz pismenog ispita i zbirne ocjene iz usmenog ispita podijeli sa brojem četiri.

(2) Predsjedavajući članovi ispitnih komisija na kraju usmenog ispita saopštavaju pojedinačne ocjene i broj bodova kao i zbirnu ocjenu usmenog ispita te ukupnu zaključnu ocjenu ispita i njegovu bodovnu vrijednost. Time se računa da je ispit položen.

(3) Ispit nije položen ukoliko je zaključna ocjena ispita lošija od ocjene "zadovoljava" (4,00 poena).

§ 68

Svjedočanstvo o položenom ispitu

(1) Kandidat koji položi ispit dobija svjedočanstvo iz kojeg je vidljiva zaključna ocjena ispita prema stepenu ocjene i prema broju bodova, te izbornog stručnog područje. Mogućnost izdavanja svjedočanstva elektronskim putem je isključena. Ispitnim kandidatima koji nisu položili ispit se rezultat saopštava pismenim putem.

(2) Kandidat koji položi ispit stiče pravo na korištenje zvanja "asesor prava" / "asesoristica prava" (Ass. Jur.).

§ 69

Određivanje rednog broja na rang listi

(1) Za svakog ispitnog kandidata koji je položio ispit se na osnovu njegove zaključne ocjene ispita određuje redni broj na rang listi. U slučaju identične zaključne ocjene više kandidata, viši broj na rang listi dobija onaj kandidat sa boljim rezultatom na pismenom ispitu, kod identičnih ukupnih rezultata na pismenom i usmenom ispitu se tim kandidatima dodjeljuje isti redni broj na rang listi. U tom slučaju se kao sljedeći broj dodjeljuje onaj redni broj koji se dobije tako što se zbroji broj kandidata sa identičnim rednim brojem na rang listi i doda na njihov redni broj.

(2) Ispitni kandidati dobijaju potvrdu o dodjeli rednog broja na rang listi.

(3) U potvrdi o dodjeljivanju rednog broja na rang listi se navodi koliko je ispitnih kandidata ostvarilo identičan rezultat te koliko ih je.

*Bavarsko ministarstvo pravosuđa
-Bavarski ured za državne ispite -*

Drugi pravni državni ispit 2008/1

Zadatak br. 1

(Vrijeme trajanja ispita: 5 sati)i

¹ Objavljanje ovog originalnog ispita iz 2008. godine je omogućeno zahvaljujući bavarskom Ministarstvu pravosuđa. Časopis NPR se zahvaljuje spomenutom Ministarstvu, te šefu Odjeljenja u Ministarstvu, dr. Helmutu Palderu.

- 1 -

Drugi pravni državni ispit 2008/1

Zadatak br. 1

(Vrijeme trajanje ispita: 5 sati)

Izvod iz akata Općinskog suda Minhen, broj predmeta: 335 C 584/08:

Advokat
Dr. Herbert Thyer
(...) Wurzburg

14. januar 2008. godine

Općinski sud Minhen
Datum prijema: 15. januar 2008. godine

Općinski sud Minhen
(...) Minhen

U pravnim stvarima

A&C Video d.o.o., (...) Virzburg, zastupan od strane samostalnog poslovnog direktora Otta Heinea,
(...) Virzburg

- Tužiteljica -

protiv

Konstantina Kleina, (...) Minhen

- Tuženi -

zbog potraživanja
vrijednost spora: 120,- €

predočenjem punomoći prijavljujem da zastupam Tužiteljicu, te u njeno ime i po nalogu iste pred Općinskim sudom Minhen podnosim

Tužbu

uz Zahtjev:

da se donese presuda u kojoj će Tuženi Tužiteljici isplatiti 120, - € uz kamatu u visini od 5% iznad određene osnovne kamatne stope, računajući vrijeme od pokretanja parnice.

U slučaju propuštanja Tužiteljica podnosi zahtjev shodno § 331 stavu 3 Zakona o parničnom postupku.

Kao obrazloženje navodim sljedeće:

Tuženi do današnjeg dana duguje Tužiteljici novac za kolekciju DVD-ova koju je kupio od iste.

- 2 -

Tužiteljica se bavi kataloškom prodajom kompjuterskih igrica, CD-ova, te DVD-ova. Tuženi je 7. novembra 2007. godine iz kataloga Tužiteljice pismenim putem naručio ekskluzivno izdanje TV-serije "Simpsonovi" na DVD-u (20 DVD-ova uključujući i album za sakupljanje kolekcije i priručnik). Naručena kolekcija DVD-ova je Tuženom dostavljena 15. novembra 2007. godine putem pošte. Cijenu od 120,- € Tuženi nije podmirio.

Okolnost da se kolekcija DVD-ova još uvijek nalazi u vlasništvu Tužiteljice (prema općim uslovima poslovanja Tužiteljice - koji ne stoje u njenom katalogu, niti na formularu narudžbenice, ali su navedeni na poleđini otpremnice - naručena roba ostaje u njenom vlasništvu sve do potpunog plaćanja kupoprodajne cijene) nije u koliziji sa Tužbom.

Dr. Thylar
Advokat

U prilogu: (...) [Slijedi spomenuta punomoć]

Nadležna sutkinja pri Općinskom sudu dr. Schwab (Švab) odredila je pokretanje pismenog istražnog postupka u skladu sa § 276 Zakona o parničnom postupku; pozvala je Tuženog da u roku od dvije sedmice po dostavljanju tužbenog zahtjeva sudu predoči pismenu namjeru odbrane, te mu odredila rok od dodatne dvije sedmice za dostavljanje pismenog odgovora na tužbu, te je u oba slučaja izrekla zakonski propisanu pravnu pouku. Tužba kao i spomenuta sudijska odluka dostavljene su Tuženom lično dana 17. januara 2008. godine što je potvrđeno na dostavnici. Nije uslijedila nikakva izjava od strane Tuženog.

Općinski sud Minhen
Broj predmeta: 335 C 584/08

18. februar 2008. godine

(...)

Presuda radi propuštanja:

1. Presuđuje se da je Tuženi dužan Tužiteljici isplatiti 120, - € uz kamatu u visini od 5% iznad određene osnovne kamatne stope računajući vrijeme od 18. januara 2008. godine.
2. Tuženi snosi troškove postupka.
3. Presuda je preliminarno izvršiva.

Dr. Schwab
Sutkinja pri Općinskom sudu

Presuda radi propuštanja je dostavljena Tuženom lično dana 20. februara 2008. godine što je potvrđeno na dostavnici. Podnosiocu tužbe presuda je dostavljena 25. februara 2008. godine.

- 3

Advokat
Winfried Wenz
(...) Minhen

6. mart 2008. godine

Općinski sud Minhen
Datum prijema: 7. mart 2008. godine

Općinski sud Minhen
(...) Minhen

U stvarima
A&C Video d.o.o (...) / Konstantin Klein
Broj predmeta: 335 C 584/08

uz predočenje punomoći potvrđujem da su me roditelji Tuženog, Johann i Elisabeth Klein opunomoćili kao svog zastupnika te u ime Tuženog ulažem

Žalbu

na presudu radi propuštanja donesenu dana 18. februara 2008. godine te

podnosim Zahtjev

za odbacivanjem Tužbe te poništavanjem presude radi propuštanja uz obavezu snošenja troškova.

Kao obrazloženje navodim sljedeće:

Tuženi, rođen 15. marta 1994. godine, je zakoniti sin Johanna i Elisabeth Klein.

Dokaz: Kopija rodnog lista Tuženog, prilog B1

Roditelji Tuženog preuzimaju u dosadašnjem procesu vođenom protiv Tuženog funkciju njegovih zakonskih zastupnika.

Tuženi koji od svojih roditelja na raspolaganje dobija 50,- € mjesečno imao je prilikom sklapanja kupoprodajnog ugovora kao i pri preuzimanju DVD - kolekcije namjeru da izvrši plaćanje iz navedenih sredstava. Pošto se, međutim, našao u finansijskoj stisci, nije bio u mogućnosti da izvrši preuzetu obavezu.

Dokaz: Johann i Elisabeth Klein, (...) Minhen, kao svjedoci
Saslušanje Tuženog

Tuženi na otpremnici nije primijetio navedene Opšte uslove poslovanja, te ih shodno tome nije ni pročitao.

Dokaz: Saslušanje Tuženog

Nakon što im je 22. februara 2008. godine sin zbunjeno predao donesenu Presudu radi propuštanja, roditelji Tuženog su pismenim putem obavijestili Tužiteljicu da ne dozvoljavaju sklapanje kupoprodajnog ugovora.

Dokaz: Pismo roditelja od 22. februara 2008. godine, prilog B2

- 4 -

Pošto dostavljeni filmovi nisu zadovoljili njegova očekivanja, Tuženi je dana 16. decembra 2007. godine cjelokupnu kolekciju DVD-ova prodao svom dugogodišnjem i sedam godina starijem prijatelju Martinu Moseru za 120,- €. Martin Moser kod koga je Tuženi 16. decembra 2007. godine bio u popodnevnoj posjeti, odmah je istom predao dogovoreni iznos u visini od 120,- € u gotovini; Tuženi je kolekciju DVD-ova trebao predati prijatelju narednog vikenda kada se planirao ponovo sastati s njim.

Dokaz: Martin Moser, (...) Minhen, kao svjedok

Od navedenog novca Tuženi je 17. decembra 2007. godine spontano kupio voznu kartu za cijenu od 120,- € i posjetio svog djeda Theodora Kleina u Fuldi, što inače nije bio planirao.

Dokaz: Theodor Klein, (...) Fulda, kao svjedok

Nažalost je 17. decembra 2007. godine, dok je Tuženi bio u Fuldi, kolekcija DVD-ova potpuno uništena u požaru u njegovoj sobi uzrokovanom tehničkim kvarom.

Dokaz: Johann i Elisabeth Klein, (...) Minhen, kao svjedoci
Saslušanje Tuženog

Winfried Wenz
Advokat

Prilozi: (...) [Slijede spomenuti spisi]

Advokat
Dr. Herbert Thyler
(...) Würzburg

25. mart 2008. godine

Općinski sud Minhen
Datum prijema: 26. mart 2008. godine

Općinski sud Minhen
(...) Minhen

U stvari
A&C Video d.o.o (...) / Konstantin Klein
Broj predmeta: 335 C 584/08

Podnosim zahtjev za sljedeće:

1. Odbacivanje žalbe Tuženog uz obavezu snošenja troškova.
2. Ostavljanje na snazi presude zbog propuštanja od 18. februara 2008. godine uz obavezu snošenja troškova.

Žalba Tuženog je uložena neblagovremeno. Kao komentar na podneseni zahtjev izlažem sljedeće:

Tužiteljici nije bilo poznato da je Tuženi maloljetan. Isto je saznala tek na osnovu pisma roditelja Tuženog od 22. februara 2008. godine. Mora se priznati da se ni u uputama navedenim u katalogu

kao ni na narudžbenici Tužiteljice ne traži da se navede starosna dob kupca. Moguće je i da je Tuženi kolekciju DVD-ova prodao svom prijatelju Martinu Moseru, te da je ista uništena u požaru.

Navedene činjenice međutim, ne dovode u pitanje pravo Tužiteljice na naplatu. U svakom slučaju Tuženi je dužan nadoknaditi sporni iznos. Na koncu Tužiteljica je vlasnica DVD-ova, a Tuženi je skinuo pečat i pregledao DVD-ove. Objektivna vrijednost kolekcije DVD-filmova iznosi 100,-€. Pored toga treba uzeti u obzir da je Tuženi za istu DVD-kolekciju od svog prijatelja Martina Mosera dobio 120,- €.

U vezi sa navedenim se izričito osporava činjenica da je Tuženi od novca koji je dobio od Martina Mosera posjetio svog djeda Theodora Kleina, što inače nije bio planirao. To treba najprije da dokaže. Nismo saglasni da se to izvrši saslušanjem.

Inače su i svi ostali navodi Tuženog također sporni.

Dr. Thylar
Advokat

Općinski sud Minhen
Broj predmeta: 335 C 584/08

10. april 2008. godine

(...)

Odluka:

Potrebno je dokazati tvrdnju Tuženog da je 17. decembra 2007. godine od novca koji je dobio od Martina Mosera posjetio svjedoka Theodora Kleina, (...) Fulda, što inače nije bio planirao, i to

u vidu pismene izjave svjedoka Theodora Kleina, (...) Fulda.

(...)

Dr. Schwab
Sutkinja pri Općinskom sudu

Odluka je 14. aprila 2008. godine dostavljena i strankama i svjedoku Theodoru Kleinu.

- 6

Theodor Klein
(...) Fulda

23. april 2008. godine

Općinski sud Minhen
Datum prijema: 25. april 2008. godine

Općinski sud Muchen
(...) Minhen

Predmet: A&C Video d.o.o. protiv Konstantina Kleina
Broj predmeta: 335 C 584/08

Poštovane dame i gospodo,

kao što vam je poznato ja sam djed Konstantina Kleina; vašu sam pouku razumio i primio k znanju i spreman sam dati izjavu. Moju punu adresu možete naći u zaglavlju pisma. Imam 82 godine, udovac sam, po zanimanju notar u penziji. Na vaš upit mogu kazati sljedeće: Tačno je da me je 17. decembra 2007. godine iznenada posjetio moj unuk Konstantin Klein. Obradovao sam se pošto ja teško da još mogu putovati. Ispričao mi je da je kod preprodavača kupio povoljnu voznu kartu za 120,- €. Tih 120, -€ je dobio od nekog prijatelja nakon što mu je prodao nekoliko DVD-ova. Konstantin mi je rekao da me ne bi posjetio da od prijatelja nije dobio navedeni novac.

Uz prijateljske pozdrave

Theodor Klein

Općinski sud Minhen
Broj predmeta: 335 C 584/08

30. april 2008. godine

(...)

Odluka:

1. Odluka će se donijeti u okviru pismenog postupka, ukoliko najkasnije do 28. maja 2008. godine ni jedna stranka ne podnese Zahtjev za usmenu raspravu.
2. Strankama se ukazuje na sljedeće: (...)
3. Stranke će dobiti priliku da se izjasne o priloženoj pismenoj izjavi svjedoka Theodora Kleina, kao i o gore navedenim sudskim uputama.
4. Pismena koja budu dostavljena najkasnije do 28. maja 2008. godine biće uzeta u obzir prilikom donošenja odluke.
5. Termin za objavu Odluke određuje se za 4. juni 2008. godine, 17.00 sati, sala za ročišta br.134 u Općinskom sudu Minhen.

Dr. Schwab
Sutkinja pri Općinskom sudu

- 7 -

Odluka kao i kopija dopisa Theodora Kleina od 23. aprila 2008. godine strankama je dostavljena 2. maja 2008. godine. Općinski sud nakon toga nije zaprimio nikakva pismena.

Napomena za kandidate na ispitu:

Potrebno je izraditi odluku suda, ali ne i uvodni dio presude (identifikacija strana u postupku itd.), ni odluku o vrijednosti spora. Nema potrebe primjenjivati § 313 a Zakona o parničnom postupku.

Pozivi, uručjenja, punomoći kao i ostale formalnosti su u redu, ukoliko iz zadatka ne proizlazi nešto drugo. Uvaženi su § 139 i § 278 Zakona o parničnom postupku.

Ukoliko po mišljenju kandidata, sadržaj izvoda iz spisa nije dostatan za donošenje odluke, polazi se od pretpostavke da uprkos ispunjavanju obaveze sudije da dostavi obrazloženje, nije moguće doći do obrazloženja.

Ukoliko ne postoji potreba za obrazloženjem odluke, ili ukoliko po mišljenju učesnika na ispitu nije potrebna detaljnija analiza svih spomenutih pravnih pitanja, iste treba obrazložiti u pomoćnom nalazu.

Prava Martina Mosera kao i zahtjeve podnesene protiv istog nije potrebno obrazlagati.

Razno

Iz djelatnosti IRZ-a u regionu i šire

Petra Fortuna, Anja Roth, dr. Stefan Pürner*

Njemačka fondacija za međunarodnu pravnu saradnju (Die Deutsche Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit e. V.) (IRZ-fondacija), koja značajno podržava pokretanje ovog časopisa, djeluje u Bosni i Hercegovini već deset godina. U ovoj rubrici želimo ubuduće redovno izvještavati o djelovanju Njemačke fondacije za međunarodnu pravnu saradnju (IRZ-fondacija) u Bosni i Hercegovini, regionu i drugim državama u tranziciji.

U ovom izdanju će biti predstavljene aktuelne aktivnosti u Bosni i Hercegovini, Crnoj Gori i Makedoniji. Nadalje se daje pregled o djelovanju u susjednoj državi Hrvatskoj (u narednom izdanju izvijestit ćemo o aktivnostima IRZ-fondacije u Srbiji).

Aktivnosti IRZ-a u Bosni i Hercegovini u prvom polugodištu 2010. godine

U Bosni i Hercegovini IRZ-fondacija od početka godine učestvuje kao junior-partner na projektu koji finansira EU pod nazivom *Support to the capacities in the Ministries of Justice in Bosnia and Herzegovina for strategic planning, aid co-ordination and European integration*, u čijem okviru za IRZ radi jedan njemački ekspert na duže vrijeme. U bilateralnoj oblasti su osim nastavka saradnje sa dokazanim partnerima projekta u posljednje vrijeme uspostavljene i kooperacije sa novim partnerima projekta. Ovo se s jedne strane odnosi na početak saradnje sa Pravnim fakultetom u Bihaću putem konferencije pod nazivom "Dan njemačkog prava", na kojoj su sudjelovali i Njemačka Ambasada, Njemačko-bosansko-hercegovačko udruženje pravnika kao i Fondacija Konrad Adenauer, u decembru 2009. godine. S druge strane je u junu 2010. godine u Sarajevu provedena radionica na temu "Pravne prepreke za investicije", pri čemu su IRZ-fondacija i Njemačko-bosansko-hercegovačko udruženje pravnika po prvi put sarađivali sa Udruženjem za unapređenje njemačko-bosansko-hercegovačkih ekonomskih odnosa, u kojem su uključena mnoga njemačka preduzeća koja djeluju u Bosni i Hercegovini. I konačno je sa radio-nicom realizovanom u julu 2010. godine na temu ubrzanja postupka kod prinudnog izvršenja kao i uloge sudskih izvršilaca prilikom prinudnog izvršenja u njemačkom

pravosudnom sistemu, za ekspertnu grupu za izradu prijedloga za ubrzanje parničnog postupka Visokog sudskog i tužilačkog vijeća, započeta i saradnja sa ovim organom.

U okviru nastavka zajedničkih manifestacija sa Centrima za edukaciju sudija i tužilaca oba entiteta, kako na tradicionalnom nizu seminara "Privredno pravo u tržišnoj ekonomiji", tako i u okviru redovnog programa edukacije ovih institucija, provedene su različite manifestacije na različite građanskopravne teme. Na istim su djelimično učestvovali i sudije iz susjedne države Crne Gore. Tom prilikom je, osim Banja Luke, Mostara i Sarajeva, kao mjesto održavanja manifestacije poslužilo po prvi put i Trebinje. Saradnja se Sudom Bosne i Hercegovine nastavlja je još jednim *inhouse-training-om* za uposlenike Odjela za ratne zločine ovog suda na teme "Određivanje kazne" i "Pravno značenje komandnih struktura", opet uz učešće uposlenika Tribunala za bivšu Jugoslaviju u Haagu, održanim u maju 2010. godine u Sarajevu. I konačno, u bilateralnoj oblasti još je podržano učešće dva bosanskohercegovačka eksperta na Konferenciji "Internacionalna finansijska i ekonomska kriza - stvoriti povjerenje putem prava" u Saveznom ministarstvu pravosuđa u martu 2010. godine u Berlinu.

Djelovanje IRZ-a u Hrvatskoj od 2000. godine

U Hrvatskoj je IRZ-fondacija svoje djelovanje započela 2000. godine. Na početku savjetodavne djelatnosti, težište je bilo na ustavnopravnim i na građanskopravnim temama. Pritom je u prvom planu manje bilo savjetovanje u zakonodavnoj oblasti, nego mnogo više obrazovanje i usavršavanje sudija, tako npr. u oblasti harmoniziranja nacionalnog prava sa pravom EU, u oblasti prava konkurencije, stečajnom pravu, u međunarodnom privatnom pravu i međunarodnom porodičnom pravu. Godine 2005. započeta je saradnja sa generalnim državnim tužilaštvom. Od tada se godišnje održavaju dvije manifestacije stručnog usavršavanja u vezi sa aktuelnim krivičnopravnim temama i temama krivičnog procesnog prava, na kojima na svakom učestvuje do 129 tužilaca svih instanci iz cijele Hrvatske. Mjere daljnjeg usavršavanja za sudije svih instanci iz cijele Hrvatske iz različitih pravnih oblasti provode se od prije nekoliko godina takođe u saradnji sa pravosudnom akademijom. Pored bilateralnih aktivnosti, IRZ-fondacija se posljednjih godina sa sve većim uspjehom nadmetala za projekte Evropske Komisije. Tu se takođe naročito treba spomenuti i jedan Phare-Projekt za podršku Pravosudnoj akademiji u razvoju sistema edukacije i stručnog usavršavanja za sudije. Kao primjer za saradnju sa Pravosudnom akademijom ovdje treba spomenuti seriju stručnog

* Petra Fortuna, Anja Roth LL.M. oec., dr. Stefan Pürner, svi angažirani u IRZ-fondaciji.

usavršavanja "Kako se podučava/predaje evropsko pravo", u kojem je učestvovao mali krug sudija. Na završetku ove serije provedena su dva studijska putovanja sa posjetom evropskim institucijama u Strasburgu, Luxemburgu i Briselu. Treće studijsko putovanje slijedi slijedeće godine. Jedan seminar, koji je proveden takođe u saradnji sa Pravosudnom akademijom, bavio se sporazumijevanjem u krivičnom postupku. Održana je još jedna daljnja manifestacija na temu konzumiranja droge od strane maloljetnika. Za tekuću godinu naročito treba navesti projekat "Podrška hrvatskom Ministarstvu pravde i smanjenje zaostalih postupaka u hrvatskom pravosuđu". Ovdje se radi o savjetovanju ne samo Ministarstva pravde, nego i Vrhovnog suda i Vrhovnog suda za prekršaje putem postavljanja jednog savjetnika na duže vrijeme u cilju organiziranog savladavanja značajnih zaostataka u postupku (zaostali sudski predmeti). Nadalje se od proljeća 2010. godine provodi jedan EU-Projekt za podršku organa vlasti za borbu protiv organiziranog kriminala i korupcije.

Aktivnosti IRZ-a u Makedoniji u prvom polugodištu 2010. godine

Težišta djelovanja IRZ-fondacije u Makedoniji su edukacija i daljnje stručno usavršavanje sudija, naročito u oblasti upravnog sudovanja, kao i saradnja sa tamošnjom advokatskom komorom, koja se odvija uz učešće njemačke Savezne advokatske komore (BRAK). U okviru djelatnosti u oblasti upravnog sudovanja je u novembru 2009. godine uz sudjelovanje bivšeg predsjedavajućeg sudije Saveznog upravnog suda Njemačke na Akademiji za sudije i tužioce u Skoplju proveden jedan seminar na teme "Javnost postupka pred upravnim sudovima" i "Pitanja javno-pravnih ugovora". Kako je uobičajeno u saradnji između IRZ-fondacije i makedonske Akademije za sudije, na ove teme je osim toga provedena i jedna posebna manifestacija za sudijske pripravnike (lica koja se pripremaju za sudijsku funkciju). Isto tako je temi "Upravno sudovanje" posvećena jedna daljnja manifestacija u maju 2010. godine, koja je, doduše, oslovljavala jednu širu grupu adresata. Na ovoj konferenciji, koju je realizirala IRZ-fondacija u okviru višegodišnje saradnje sa makedonskom Advokatskom komorom i njemačkom Saveznom advokatskom komorom u maju 2010. godine na Ohridu, a na kojoj je učestvovala i upravo spomenuta akademija, advokati i sudije upravnog suda su intenzivno diskutovali o trenutnom stanju upravnog sudovanja i o ulozi advokature u upravnim postupcima. Kao uvod u tu manifestaciju zvanično je predstavljen prijevod Zakona o krivičnom postupku na makedonski jezik. Ovaj je sačinjen u okviru projektne aktivnosti IRZ-fondacije u oblasti krivičnog prava i sada postoji u obliku knjige, koja sadrži i specijalni osvrt na makedonske reformske planove i te uređen uvod. I konačno, kao daljnju aktivnost treba spomenuti učešće na makedonskom danu advokata na Ohridu u maju 2010. godine, kojom prilikom je IRZ-fondacija zajedno sa njemačkom Saveznom advo-

katskom komorom odlikovana za svoju kontinuiranu podršku makedonske advokature u oblasti stručnog usavršavanja.

Aktivnosti IRZ-a u Crnoj Gori u prvom polugodištu 2010. godine

S obzirom na sve brže približavanje ove zemlje Evropskoj uniji, aktivnost IRZ-fondacije u Crnoj Gori je 2010. godine intenzivirana. Pri tome je, u skladu sa težištem Savezne republike Njemačke na jačanje demokratije u Crnoj Gori, akcent stavljen na oblast podrške pravosuđu, kao jednoj oblasti reforme prava. Ovdje je započeta kontinuirana saradnja sa Edukacionim centrom pravosuđa u oblasti edukacije i stručnog usavršavanja sudija i tužilaca, u okviru koje su već u prvom polugodištu 2010. godine održana tri seminara. Ti seminari su se bavili temama odštetnog prava, naročito naknade nematerijalne štete (manifestacija u maju 2010. uz učešće sudija iz Bosne i Hercegovine), sačinjavanjem presuda (takođe u maju 2010.), kao i tužiteljskim istražnim aktivnostima u krivičnim predmetima iz oblasti privrede, naročito kod stečajnih delikata i pranja novca (juni 2010.). Osim toga je povodom novog Zakona o krivičnom postupku, takođe u junu 2010. godine u Podgorici proveden jedan seminar u vezi s tim zakonom za advokate, tužioce i druge pravnike. Partner projekta je bila nevladina organizacija "Pravni Centar". Sa ovom organizacijom IRZ-fondacija saraduje već od 2007. godine. Između ostalog, s njom je posljednji put proveden jedan seminar u decembru 2009. u mjestu Pržno u vezi sa radnopravnim pitanjima i pitanjima prava stranaca, na kome su učestvovali pravnici iz drugih zemalja regiona. I na kraju crnogorskim sudijama omogućeno i učešće na jednom seminaru iz oblasti privrednog prava, koji je organizirala IRZ-fondacija u Mostaru u Bosni i Hercegovini.

Pravo na internetu

Dr. Stefan Purner

U ovoj rubrici se navode za pravnike posebno interesantni izvori na internetu. Početak čine internet stranice njemačkih Vrhovnih sudova. U okviru ovih informacija naročito ukazuje i na to koje informacije ove stranice sadrže i na drugim jezicima pored njemačkog.

Internet stranica Njemačkog Ustavnog suda nalazi se pod www.bundesverfassungsgericht.de. Ona sadrži i jedan dio na engleskom jeziku u kome se nalazi i engleska verzija saopštenja za štampu Suda u vezi sa njegovim presudama, koja su najčešće veoma opširna. Ova saopštenja i čitaocima koji ne poznaju njemački jezik, daju dobar uvid u sudsku praksu ovoga suda.

Internet stranica Saveznog Vrhovnog suda nalazi se pod www.bundesgerichtshof.de. Ona posebno sadrži i odluke Saveznog Vrhovnog suda počev od 1. januara 2000. u punom tekstu. Jedan dio sadržaja ove internet stranice dat je na engleskom i na francuskom jeziku. Ovo se odnosi međutim samo na opšte informacije o sudu, a nažalost ne i informacije o aktuelnoj sudskoj praksi.

Pod www.bundesarbeitsgericht.de nalazi se stranica Saveznog suda za radne sporove, koja opet sadrži odluke i saopštenja za štampu u vezi s tim na njemačkom jeziku. Osim toga na ovoj stranici se nalaze na engleskom i francuskom jeziku opšte informacije o sudu ali nažalost ne i o dotičnoj aktuelnoj sudskoj praksi.

Internet stranica Saveznog upravnog suda nalazi se pod www.bundesverwaltungsgericht.de. Na ovoj stranici se objavljuju na njemačkom jeziku takođe i odluke ovog suda. Ova stranica sadrži jedan dio pod naslovom "Informacija na engleskom jeziku" kao i opšte informacije o sudu na engleskom jeziku. Osim toga, tamo se nalaze i odluke suda u engleskom prevodu a koje su donesene u predmetima u vezi sa azilom i useljenjem,

Savezni socijalni sud je u Njemačkoj najviši Savezni sud, koji naprimjer odlučuje u sporovima povodom zakonskih osiguranja (osiguranje od nezgode, zdravstveno osiguranje) i u predmetima socijalne pomoći. Njegova internet stranica se nalazi pod www.bsg.bund.de. Ona sadrži jedan mali dio na engleskom jeziku sa opštim informacijama o sudu. Slično je i na internet stranici Saveznog suda za finansijska pitanja, najvišim njemačkim sudom za pitanja poreskih i davanja po osnovu doprinosa koja glasi <[www.bundesfinanzhof](http://www.bundesfinanzhof.de)>.

Značajni njemački pravnici

Stefan Pürmer

U ovoj rubrici želimo ubuduće redovno predstavljati značajne njemačke pravnike.

Početak čini *Anton Friedrich Justus Thibaut*, rođen 3. januara 1772. u Hameln-u an der Weser, preminuo 28. marta 1850. godine u Heidelberg-u, gdje je držao predavanja kao profesor. *Thibaut* je kao jedan od prvih zagovarao stvaranje jedinstvene kodifikacije građanskog prava za Njemačku. Sve njegove ideje nalaze se u njegovoj knjizi "O neophodnosti opšteg građanskog prava za Njemačku" (*Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*), koja se pojavila 1814. godine - što znači 55 godina prije nastanka Njemačkog carstva. Time je on pokrenuo takozvanu "kodifikacijsku svađu" ("Kodifikationsstreit") o objedinjavanju prava u njemačkom pravnom krugu. Bitna, esencijalna tačka te knjige bio je zahtjev za jednim jednostavno i razumljivo sačinjenim građanskim

zakonomikom za cijeli njemački prostor, koji je trebao da zamijeni takozvano opšte pravo (*Gemeines Recht*), koje je predstavljalo jednu mješavinu rimskog i njemačkog prava.

Njemačka, odnosno bitni dijelovi koji danas čine Njemačku, tada su bili u Njemačkom savezu, jednom udruženju organiziranom od 39 država članica, odnosno od 35 vojvodstava i 4 slobodna grada. Tadašnju pravnu situaciju on opisuje riječima koje bi se i danas, gotovo dva stoljeća kasnije, mogle upotrijebiti za pravne sisteme nekih država:

"Tako je dakle naše cjelokupno domaće pravo jedna beskonačna trakavica šarolikih odredaba koje jedna drugoj protivrječe, jedna drugu poništavaju, sasvim pogodan da Nijemce odvoji jedne od drugih i da sudijama i odvjetnicima učini nemogućim temeljito poznavanje prava. Ali ni potpuno poznavanje ovog haotičnog svega i svačega ne vodi daleko. Jer naše cjelokupno domaće pravo je tako nepotpuno i puno praznina, da se od stotinu pravnih pitanja uvijek o najmanje devedeset mora odlučivati iz recipiranih stranih zakonika, kanonskog i rimskog prava. Upravo tu ovo čudovište dostiže vrhunac..."

Savremenim rječnikom formulirano, može se sigurno reći da *Thibaut* slabosti nejedinstvenog zakonodavstva s jedne strane vidi u tome, da takvo zakonodavstvo ljude odvaja jedne od drugih. S druge strane, međutim, on takođe prepoznaje da takvo zakonodavstvo za najvažnija zanimanja u oblasti primjene prava, naime za sudije i odvjetnike, onemogućava da istinski poznaju pravo. On međutim takođe spominje "živ, unutarnji, naizmjenični (poslovni) promet", putem koga bi stanovnici Njemačke mogli "održavati svoje blagostanje", kad bi za to postojala jedinstvena zakonska regulativa. Kad se bolje pogleda, on argumentira i s ekonomskog aspekta.

Posebno ga ljute stalna pitanja o tome, koje bi pravo trebalo biti primijenjeno, kao i pitanje moguće kolizije. U vezi s tim on je formulirao:

"Ako nema jedinstvenosti prava, tada nastaje užasna avet kolizije zakona, pri čemu uz to dolazi nemila okolnost, da postoje najmanje 133 sporna pitanja o toj koliziji. Ovo dovodi do toga da jadni podanici (danas bi se to reklo: građani), pri svojim poslovnim i drugim kontaktima dospijevaju u vječite zastoje i bivaju upleteni u takav lavirint nesigurnosti i kolebanja, da se njihov najgori neprijatelj ne bi gore mogao posavjetovati."

Uostalom *Thibaut* ukazuje i na to, da prije svega loši advokati profitiraju od nejedinstvenog prava. On, naime, smatra da bi objedinjeno pravo vodilo k tome, da "loši advokati više ne bi nalazili mogućnost, da manipuliranjem ovih pravnih tajni sramno (finansijski) isisavaju i zlorabe jadne strance."

Ova knjiga je u početku naišla na značajno odobravanje, ali se takav stav tokom diskusije promijenio. Razlog tome leži u činjenici da je berlinski profesor prava *Friedrich Carl*

von Savigny, koji je danas vjerovatno dosta poznatiji od Thibaut-a i koji se, između ostalog, smatra osnivačem modernog privatnog prava, u svome djelu "Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft" (O zadacima našeg doba u pogledu zakonodavstva i pravne nauke) zauzima suprotnu poziciju. Ovo, međutim, ne zbog toga, što je on načelno bio protiv jedinstvene kodifikacije, već zato što je smatrao neophodnim jedno šire jedinstveno državno ujedinjenje. Pravo, tako bi se razmišljanja Savignya skraćeno i pojednostavljeno mogla sažeti, ne bi trebalo ići ispred stanja razvijenosti u društvu, nego biti njegov odraz. Osim toga, bilo je naravno i glasova koji su ideje Thibauta odbijali isključivo iz političkih razloga, jer su bili protiv političkog jedinstva Njemačke.

Dok uistinu jedan jedinstveni građanskopravni zakonik za Njemačku (Bürgerliches Gesetzbuch), skraćeno poznat kao BGB, nije stupio na snagu, trebalo je proći još 86 godina, računajući od pojavljivanja knjige "O neophodnosti opšteg građanskog prava za Njemačku" (*Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*). Dakle trajalo je još više od jednog ljudskog vijeka, dok se hrabra vizija Thibauta nije ostvarila. On dakle nije više doživio ostvarenje svoga sna. Međutim, možda je on baš zbog toga ušao u Njemačku pravnu historiju kao možda jedan od najvećih vizionara? U ekonomskom pogledu objedinjavanje građanskog prava Njemačkoj zasigurno nije naškodilo. Sigurno ni njemačko privredno čudo nakon Drugog svjetskog rata u tim razmjerima ne bi bilo moguće, da se u Njemačkoj nisu realizirale ideje, koje je Thibaut već u jednom posve ranom trenutku razvio (a njihove ključne misli se i danas mogu prepoznati u koracima koji se poduzimaju radi objedinjavanja građanskog prava u Evropi, barem u onom dijelu koji pripada EU).

Na kraju se iz ideje Thibauta, mada desetljećima odnosno stoljećima kasnije, razvila sa BGB-om jedna kodifikacija, koja je ne samo u Njemačkoj imala pozitivno dejstvo, nego je bila uzor za odgovarajuće kodifikacije u mnogim drugim državama.

Kao i mnogi značajni pravnici Thibaut nije bio samo jedan "strukovni idiot" ograničen samo na svoju naučnu i prosvjetarsku djelatnost, nego se angažirao i izvan toga. Naročito je imao interesovanja za kulturu. Tako je dva puta bio rektor Univerziteta u Heidelbergu i napisao je u to vrijeme veoma cijenjeno djelo na jednu muzičku temu. Naime, 1824. godine pojavila se njegova knjiga "O čistoti tonske umjetnosti", u kojoj je on upozoravao na suviše modernu crkvenu muziku i zagovarao povratak ka ranije njegovanim formama religiozne *a-capella* muzike, dakle ka crkvenoj muzici bez instrumentalne pratnje. Osim toga, on je organizirao sa svojim istomišljenicima časove pjevanja. I on je očigledno spoznao ono što je već Martin Luther bio formulirao: "Pravnik, koji nije ništa više do pravnik, jadna je stvar".



Call for Papers - Poziv za dostavljanje radova

Nova pravna revija: časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo je pravni časopis osnovan od strane njemačke Fondacije za međunarodnu pravnu saradnju (IRZ-Stiftung) i Njemačko-bosanskohercegovačkog udruženja pravnika (DBHJV).

Namjera pokretača ovog časopisa je da stvore forum za objavljivanje naučnih priloga i informativnih prikaza iz prava Bosne i Hercegovine i Njemačke, ali i iz evropskog prava i te iz prava drugih zemalja regije.

Naročito su poželjni naučni prilozi za sljedeće rubrike:

- Aktuelnosti iz prava Bosne i Hercegovine (države i entiteta, te Distrikta Brčko BiH)
- Aktuelnosti iz evropskog prava
- Aktuelnosti iz prava zemalja Jugoistočne Evrope

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

Kako bi se obezbijedio visoki nivo svih priloga, prilozi će biti recenzirani. Svi članci koji budu ocijenjeni pozitivno od strane recenzenata, a koji zbog ograničenog obima časopisa ne budu objavljeni u jednom broju, bit će uzeti u obzir za sljedeće izdanje časopisa.

Autorice i autori su sami odgovorni za sadržaj svojih priloga. Autorice i autori *Novoj pravnoj reviji* ustupaju prava na objavljivanje i eventualno prevođenje članka na jedan od službenih jezika Bosne i Hercegovine u štampanoj formi, te u elektronskoj formi na internetu. Objavljene priloge autorice i autori mogu objavljivati u drugim štampanim ili online-publikacijama po isteku godine dana od objavljivanja u *Novoj pravnoj reviji* uz navođenje izvora prvog objavljivanja.

Autorica/autor podnošenjem svog manuskripta prihvata sve uslove navedene u ovom dokumentu i garantira da prilog u predanom ili sličnom obliku nije objavljen na drugom mjestu i da njemu ne postoje prava trećih lica.

Članci i prilogi:

Moguće je predati dva tipa priloga:

1. Dugi članak (10 - 20 stranica, font Times New Roman, font 12, prored 1,5)
2. Kratki članak/prikaz (3 - 9 stranica, font Times New Roman, font 12, prored 1,5)

Članci mogu biti predati na latiničnom ili ćiriličnom pismu, te će takvi biti i objavljavani. 1.500 karaktera vrijede kao jedna stranica. Uz članak je potrebno priložiti i kratki apstrakt (do 200 riječi) koji uključuje pet ključnih riječi na kraju apstrakta, a koji će od strane redakcije časopisa biti prevedeni na njemački ili engleski jezik. Autoricama i autorima će prevodi apstrakta na strani jezik biti dostavljeni na autorizaciju.

Kako bi se osigurao jedinstven način citiranja i navođenja izvora nužno je da se autorice/autori pridržavaju pravila za citiranje i navođenje koji su dati u prilogu ovog poziva.

Prilozi se predaju na jednom od službenih jezika u Bosni i Hercegovini ili na njemačkom jeziku u elektronskom obliku kao word dokument na email adresu: novappravnavrevija@gmail.com

Uz prilog se predaje kratki *curriculum vitae* (1 stranica) koji sadržava podatke o obrazovanju i profesionalnoj karijeri autora/autorice, te spisak eventualnih dosadašnjih publikacija.

Rok za predaju priloga za drugi broj časopisa: 1. 3. 2011. godine.

Obavještenje o prihvatanju priloga: 1. 4. 2011. godine.

Rok za predaju eventualno dorađenih i korigovanih priloga: 30. 4. 2011. godine.

Vaša pitanja možete uputiti na sljedeću email adresu: novappravnavrevija@gmail.com
ili na broj broja telefona 033 206-350 lok. 234.

CITIRANJE I NAVOĐENJE IZVORA

Citiranje

- "xxxx" C Citati treba da budu navedeni pod navodnim znacima
C Okvirno je pravilo da citati duži od četiri reda treba da budu navedeni u bloku/cjelini.
- "xxxx." C Znaci navoda trebaju uvijek biti stavljeni nakon završnog interpunkcijskog znaka.
- [xxxxxx] C Ako autor želi da unese vlastiti komentar u citat, taj komentar treba biti stavljen između uglastih zagrada.
- [podvukao autor] C Ako citat sadrži dijelove koji su kurzivom istaknuti od strane autora to treba da bude navedeno: [podvukao autor].

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

Navođenje izvora

U pravilu reference i izvori trebaju biti navedeni u fusnotama, a izbjegnuti u samom tekstu. Broj fusnote treba da bude stavljen iza završnog interpunkcijskog znaka ako se referira na cijelu rečenicu odnosno direktno iza riječi ako referira samo na tu riječ.

1. Navođenje u samom tekstu

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

Kod prvog navođenja je potrebno navesti njihov puni naziv.

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

U slučaju da se navode pravni akti koji nisu izvorno doneseni na nekom od jezika u službenoj upotrebi u BiH (dalje: lokalni jezici) kod prvog navođenja je potrebno pored naziva na lokalnim jezicima navesti u uglastoj zagradi i originalni naziv. Npr. čl. 5 Zakona o notarskoj obradi isprava [*Beurkundungsgesetz*].

"Član/članak", "stav", "alineja" - ukoliko se navode u tekstu treba da budu navedeni u punom obliku, a ako se stavljaju u zagrade, tada se kao i u fusnotama upotrebljava skraćenica (Čl. 34. st. 2.).

2. Navođenje u fusnotama

2.1 Navođenje sudskih presuda

Kod navođenja presuda preporučuje se korištenje onog metoda citiranja koji je karakterističan za pojedine zemlje npr.:

- (a) BGH 4 October 1974, BGHZ 67, 207; NJW 1977 str. 35
- (b) Odluka Suda Evropske unije od 3. juna 2010, C-

484/08, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid vs. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)

(c) Vrhovni sud Federacije BiH/Republike Srpske Rev. 234/03 od 2. 3. 2004, objavljena u xxxxx....

(d) Smith v. Lincoln, 205 US 423 (2001)

2.2 Navođenje zakona i međunarodnih sporazuma

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

Kod prvog navođenja pravnog akta se može dati skraćena koja će upotrebljavati u daljem tekstu.

Kod prvog navođenja pravnog akta potrebno je dati i broj/brojeve službenog glasila gdje je objavljen uključujući i sve naknadne izmjene.

2.3 Navođenje monografija

2.3.1 Prvo navođenje u radu

Prema slijedećem redoslijedu se navode:

- 1) Inicijali imena autora ili izdavača i prezime/prezimenena. Ukoliko je više od dva autora navesti samo ime prvog autora uz dodatak "et al."
- 2) puni naziv knjige (kurziv/in italics)
- 3) Izdanje i/ili volumen, tom, svezak
- 4) mjesto izdanja (ako ih ima više samo prvospomenuto)
- 5) izdavač
- 6) godina izdanja
- 7) broj stranice na koju se referira.

Za interpunkciju slijediti slijedeći primjer:

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

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

Naslovi koji nisu na lokalnim jezicima se ne prevode, ali je potrebno u uglastim zagradama dati prevod naslova na lokalne jezike. Za autore koji radove predaju na stranim jezicima prevod naslova će dati prevodilac. Ipak, za naslove koji nisu izvorno na njemačkom, engleskom ili francuskom autori treba sami da daju prevod na engleskom jeziku u uglastim zagradama.

2.3.2 Docnija navođenja

Docnija navođenja se vrše navođenjem imena autora i skraćene '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/prezimenena. Ukoliko je više od dva autora navesti samo ime prvog autora uz dodatak "et al."
- 2) Puni naziv priloga (između jednostavnih znakova navoda npr. 'xxxx')
- 3) Ime izdavača zbornika (ako ga ima) nakon čega slijedi: engleska verzija: 'ed.', ili 'eds.', njemačka verzija 'Hrsg.'
- 4) puni naziv zbornika (kurziv/in italics)
- 5) mjesto izdanja (ako ih ima više samo prvospomenuto)
- 6) izdavač
- 7) godina izdanja
- 8) broj prve stranice priloga te broj stranice na koju se referira.

Primjer:

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

Petrić, 'Usklađivanje europskog odštetnog prava', in *Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse* (Mostar, Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru 2009) str. 254 na str. 260.

2.4.2 Docnija navođenja

Sve isto kao i kod citiranja monografija ali umjesto 'op. cit.' treba navesti 'loc. cit.'

2.5 Navođenja članaka iz periodike

2.5.1 Prvo navođenje

Prema slijedećem redoslijedu se navode:

- 1) Inicijali imena autora i prezime/prezimenena. Ukoliko je više od dva autora navesti samo ime prvog autora uz dodatak "et al."
- 2) Naziv priloga (između jednostavnih znakova navoda npr. 'xxxx')
- 3) broj
- 4) naziv časopisa (kurziv/in italics; potrebno je navesti puni naziv, a ako se radi o internacionalno poznatom izdanju može se koristiti skraćena)
- 5) godina izdanja
- 6) prva stranica priloga te stranica na koju se referira.

Primjer:

D. Možina, 'Uslovi vremenska ograničenja odgovornosti prodavca za materijalne nedostatke', 1 *Evropski pravnik* (2008) str. 20 na str. 24.

2.5.2 Docnija navođenja

Sve isto kao i kod citiranja monografija, ali umjesto 'op. cit.' treba navesti 'loc. cit.'

NPR

NOVA PRAVNA REVIJA

Časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo

Časopis izlazi dva puta godišnje

Izdavači:

DEUTSCHE STIFTUNG FÜR
INTERNATIONALE RECHTLICHE
ZUSAMMENARBEIT EV.

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



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

Glavni i odgovorni urednici:

Dr. Stefan Piimer
Prof. dr. Meliha Povelkić

Izvršna urednica:

mr. Darja Softić Kadenić LL.M.

Redakcija:

Anja Roth LL.M.oec.
Naida Šehić
Emina Libić

Prijevodni sa njemačkog jezika:

Elvis Kondžić, Dženana Pinjo, Naida Šehić,
Ekrem Softić, Emina Libić, Emina Avdić

Izdavačke usluge i štampa:

University Press - Magistrat izdanja, Sarajevo

Kontakt:

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