
IMPRESSUM

Zbornik radova Fakulteta pravnih nauka
Izdavač Sveučilište/Univerzitet „Vitez“ Travnik
Odluka Senata i Upravnog odbora o formiranju časopisa za Fakultet pravnih nauka br.
156/09 od 15.04.2009.g
ISSN broj 1986-5546
ISSN (online) 2233-114X
Tiraž: 200 primjeraka
Broj 2
Elektronska verzija časopisa: www.unvi.edu.ba

UREDNIK / Editor-in-Chief /
Dr. Miloš Trifković

Članovi redakcije /Editorial Board/
Dr. Mile Račić predsjednik
Dr. Zdravko Jež
Dr. Sladjan Ajvaz
Dr. Fuad Purišević
Dr. Mile Matijević

Sekretar redakcije / Secretary of the Editorship /
Mr. sci. iur. Senad Hasanspahić,

Lektor / Language Editor /
Nebojša Dimitrijević, prof.

Prevodilac / Translator /
Mr. Kamiyah Karović

Adresa / Adress of Editorship /
Ulica školska br. 23, 72270 Travnik, Bosna i Hercegovina

E-mail: info@unvi.edu.ba

Telefon i faks /phone and fax number /
Tel +387 30 519 750 faks +387 30 519 759

Priprema i štampa / Layout & Print
Štamparija Fojnica D. D. Fojnica

SADRŽAJ / CONTENTS

Doc. dr. Sladan Ajvaz <i>Novi ustav Bosne i Hercegovine - izraz konstitucionalizma i vladavine prava / The new constitution of Bosnia and Herzegovina - expression of constitutionalism and the rule of law /</i>	5
Doc. dr. Samir Zuparević Transformacija Vijeća ministara u državnu vladu Bosne i Hercegovine / Transformation of the Council of ministers in the Bosnia and Herzegovina's state government /	19
Doc. dr. Stjepo Pranjić O normativnoj konkretizaciji načela pravne države na case study / A case study on normative concretization of legal state principles /	35
Doc. dr. Fuad Purišević Načela parničnog i upravnog postupka / Principles of contentious and administrative procedure /	65
Mr. Dragan Sokanović Pravni značaj antiteze fizis - nomos u filozofiji sofista / Legal significance of sophists' physis - nomos antithesis /	87
Mr. Ružica Marjanović Kamšigovski Dječji rad u svjetlu europske socijalne povelje / Child labor in the light of european social charter /	101
Mr. Senad Hasanspahić Posebne istražne radnje i uslovi za njihovu primjenu prema zakonima o kriičnom postupku u Bosni i Hercegovini / Special investigative actions and conditions for use by their criminal proceedings in Bosnia and Herzegovina /	115
Mr. Maja Sahadžić Terorista ili borac za slobodu? / Terrorist or fridom fighter ? /	133
Mr. Elmedin Ahmić Pranje novca / Money laundering /	147
Самир Манић дипл. iur. Брачни уговор / Marital contract /	169

Ajdin Huseinspahić, dipl. iur.	191
Zakonsko nasljeđivanje u pravnom sistemu Bosne i Hercegovine	
/ Legal succession in the legal system of Bosnia and Herzegovina /	
Emir Sudžuka, dipl. iur.	217
Pravni subjektivitet medunarodnih organizacija	
/ Legal personality of international organizations /	

UDK: 342.4(497.6)

Doc.dr. Sladan Ajvaz
Sveučilište/Univerzitet „Vitez“ Travnik
Fakultet pravnih nauka
sladjan.ajvaz@unvi.edu.ba

NOVI USTAV BOSNE I HERCEGOVINE - IZRAZ KONSTITUCIONALIZMA I VLADAVINE PRAVA

THE NEW CONSTITUTION OF BOSNIA AND HERZEGOVINA - EXPRESSION OF CONSTITUTIONALISM AND THE RULE OF LAW

REZIME

Autor u članku u kontekstu društveno-političke konstelacije analizira pretpostavke na kojima bi se mogao izgraditi novi Ustav. Neulazeći u pojedina pitanje ustavne materije kako treba da budu uređena u novom Ustavu, on navodi osnovna obilježja koja taj ustav treba da ima, pa kaže da Ustav treba da bude: novi ustav koji bi trebao da donese originerna ustanovljavajuća vlast; da bude kratak ustav; da bude normativan ustav, jer samo „normativan ustav“ ima šansu da bude realan ustav i da se ostvaruje u životu; da bude demokratski ustav jer demokratski ustav je onaj koji ograničava vlast i daje odgovornu vladu; posebno naglašava, da bude čvrst ustav jer je čvrst ustav, ustav u formalnom smislu i na kraju naglašava da to mora da bude moderan ustav, a njegova osnovna tema treba da bude vlast, ali i čovjek.

Ključne riječi: Dejtonski mirovni sporazum, novi ustav, kratak ustav, normativan ustav, demokratski ustav, čvrst ustav i moderan ustav.

SUMMARY

The author analyses presumptions on that the new Constitution of Bosnia and Herzegovina may be built in the context of social and political constellation. Not entering in the problem of constitution matter as it will be set in the new Constitution, the author indicates some main characteristics that the new Constitution must have.

So he says that the new Constitution have to be: a constitution which could be brought by new originated constitutional authority; a short constitution; a normative constitution, because only a normative constitution has a chance to be a real one and effect in a society; a democratic constitution, because a democratic constitution is one that restricts authority and gives a responsible government; a strong constitution, because a strong constitution in formal sense and, at the end, a modern constitution, which main subject has to be an authority and a human being.

Keywords: Dayton Peace Agreement, new constitution, short constitution, normative constitution, democratic constitution, strong constitution, modern constitution.

I - Uvodne napomene

Prošlo je petnaest godina od donošenja ***Mirovnog sporazuma*** u Dejtonu koji je uspostavio mir i regulisao osnovne društvene odnose u bosanskohercegovačkom društvu. Ostala su mnoga otvorena pitanja, kao što su: cjelovitost i kompaktnost državnog teritorija, povratak izbjeglih i raseljenih lica, pitanje zapošljavanja, religije i obrazovne diskriminacije.

Završetkom rata u Bosni i Hercegovini je, uz asistenciju međunarodnih organizacija i vodećih svjetskih sila konstituisan ustavnopravni poredak. On je imao više faza svog nastajanja. *Prva faza* je počela *Ustavom Federacije Bosne i Hercegovine* od 21. marta 1994. koji je izrađen na bazi *Vašingtonskog sporazuma*. To je bio prvi korak u transformisanju ustavnopravnog sistema *Republike Bosne i Hercegovine*, da bi *Mirovnim sporazumom* od 21. novembra 1995. na *Mirovnoj konferenciji* u Dejtonu došlo do izrade sporazuma koji je 14. decembra 1995. potpisana u Parizu. ***Opšti okvirni sporazum za mir u Bosni i Hercegovini*** imao je više aneksa. Aneks IV sporazuma je sadržao i tekst *Ustava Bosne i Hercegovine*.

Ustavom je Bosna i Hercegovina konsituisana kao država sa *dva entiteta*, s tim što je jedan entitet unutar svoje strukture dobio i kantone. ***Dejtonskim sporazumom*** i ***Ustavu*** koji je sastavni dio tog sporazuma, Bosna i Hercegovina je konsituisana kao složena državna zajednica, koja se sastoji iz „*jedne Republike i jedne Federacije*“. Obzirom na strukturu ovu državnu zajednicu je veoma teško, da ne kažemo nemoguće ustavnopravno definisati što dovodi u pitanje njen identitet državnog poretku i režima, a u krajnjem slučaju, dovodi u pitanje legitimnost samog ***Ustava***.

Ovim dejtonskim ustavom za Bosnu i Hercegovinu se kaže da će „*nastaviti svoje pravno postojanje po međunarodnom pravu kao država*“ i da „će ostati država“

članica Ujedinjenih nacija“ opredjeljena „za suverenitet, teritorijalni integritet i političku nezavisnost“, ali se ona više ne naziva „republikom“, i njeno unutrašnje uređenje je promjenjeno na način da ima dva entiteta; koji imaju pravo da sklapaju međunarodne ugovore i uspostavljaju posebne odnose sa susjednim državama.

Analizom državnog uređenja možemo konstatovati da je Bosna i Hercegovina subjekt međunarodne zajednice, da je ravnopravan član zajednice i da raspolaže spoljašnjom suverenost koja u suštini znači nezavisnost zemlje, a njena sadržina se sastoji iz prava vođenja spoljne politike, koja je podrazumjevala pravo na sklapanje i primanje diplomatskih predstavnika (*ius legitimationis*), održavanje stalnih ili povremenih odnosa sa drugim državama; da kao subjekt međunarodne zajednice izražava svoju suverenost uspostavljanja odnosa sa drugim državama; da kao elemenat spoljašnje suverenosti zaključuje ugovore i sporazume (*ius contrahendi*) sa drugim državama i da ostvaruje različite političke, ekonomski, kulturne i druge odnose sa drugim državama kao i da ima pravo na „oružane snage Bosne i Hercegovine“ koji će „funkcionisati u skladu sa suverenitetom i teritorijalnim integritetom Bosne i Hercegovine“. Iz aspekta unutrašnje suverenosti došlo je do „ogromnog nesrazmjera između nadležnosti Bosne i Hercegovine i entiteta“, pa iako je Bosna i Hercegovina subjekt međunarodnog prava, njene institucije nemaju nadležnost u pitanjima koja su povjerena entitetima. Entiteti faktički raspolažu sa efektivnom vlašću što znači da imaju pravo zapovijedanja građanima i pravo samostalnog uređivanja organizacije teritorija zemlje, a to dalje znači, organizaciju vlasti (član III stav 2. Ustava). Ovo se još više potencira činjenicom da entiteti „imaju pravo da uspostave posebne paralelne odnose sa susjednim državama“, bez obzira što to uspostavljanje treba da bude „u skladu sa suverenitetom i teritorijalnim integritetom Bosne i Hercegovine“. Činjenica da entiteti imaju pravo na uspostavljanje paralelnih odnosa sa susjednim državama otvara pitanje mogućnosti da se preko tih specijalnih veza uspostavljaju različiti odnosi sa tim državama „maticama“.

Kompleksnost državnog uređenja još je više potencirana činjenicom da su i prije donošenja Dejtonskog ustava postojali entiteti. To je posebno komplikovano iz aspekta strukture zemlje i činjenice da su kao tvorevine međunarodnog ugovora, reklo bi se, trajna kategorija. Bosna i Hercegovina kao država i subjekt međunarodnog prava „ne može ukinuti entitete iako čine konstitutivni dio Bosne i Hercegovine“, pa se „može reći da Bosna i Hercegovina i entiteti, imaju, svako svoje priznanje i garantovanje statusa u međunarodnom pravu, pa zato i svojevrsnu ravnopravnost na toj osnovi“¹ Ova politička konstelacija u kojoj se nalazi bosanskohercegovačko

¹ Ibrahim Festić, Rat, mir i pravo u Bosni i Hercegovini, Sarajevo 2004., str. 101

društvo koja traje već skoro dvije decenije otvara pitanje pravne prirode države, da li je federacija ili konfederacija ili je neki drugi oblik državnog uređenja. Mnogi teoretičari koji odriču ovom Ustavu ustavne odrednice vrlo često, nazivaju ga „*ustavnom iluzijom*“, „*segmentiranom državom*“ ili „*unijom samostalnih političkih entiteta sa zajedničkom središnjom vlasti*“, a najčešće se saglašavaju da je ovo državno uređenje najjednostavnije i najpreciznije odrediti kao „*federaciju sui generis*“.

Ovaj ***Ustav***, koji je oktroirani - nametnuti ustav, nije rezultat izražene opšte volje naroda Bosne i Hercegovine, već je to ustav koji je proizvod nenormalnih ratnih okolnosti. Vjerovatno da se ***Ustav*** i ne provodi iz ovih razloga. U tom smislu je naglašena potreba njegovog mijenjanja, i ona je permanentno prisutna u bosanskohercegovačkom društvu. Nažalost, ovaj ustav je kreirao državno uređenje koji nema validnog uzora u ustavno pravnoj istoriji. On je semantički ustav (u Levenštajnovom određenju pojma ustava) i vrlo ga je teško u cijelosti primjeniti u životu.

Društvena kriza u kojoj se nalazi bosanskohercegovačko društvo imperativno zahtijeva reforme, i to političke, duhovne i moralne, a time i ustavnu reformu koja mora biti primjerena društvenoj i političkoj. Bez ove druge nema promjena u društvu, ali ni u ponašanju, podrazumevajući tu i pravo i pravno ponašanje, odnosno, ustavnost i zakonitost. Reforma ustavnog sistema pretpostavlja radikalnu i potpuniju promjenu postojećeg ustavnog sistema. Toj ustavnoj promjeni treba da priđemo nakon objektivne analize problema.

Način, postupak i materijalizacija važećeg ***Ustava*** govori o tome da je ustav jedna cjelina sama za sebe data i da uopšte ne korespondira sa realnom stvarnošću, ako ništa drugo barem u velikom dijelu. ***Ustav*** nije produkt društvene stvarnosti, već artificijelna tvorevina jedne međunarodne konferencije. On ne može da se razvija zajedno sa društvom jer nije proizvod toga društva. Predpravno stanje i temelj ustava nije postojao kao pravno relevantna činjenica pa se u tom smislu ne može govoriti o realnom ustavu. Ovo je ***Ustav*** koji je nastao kao plod međunarodnog kompromisa i rješenja koje je po mišljenju međunarodnih tvoraca bilo adekvatno društvenoj situaciji i koje je garantovalo društvene promjene koje će nastupiti poslije mira i donošenja ***Ustava*** kao i drugih dokumenata koji su sastavni dio ***Opšteg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini***.

S obzirom na način i postupak kako je ***Ustav*** donešen možemo da kažemo “*da su pitanja o temelju ustava pravno irelevantna*” tj. da su ***Ustav*** i ustavno pravo u osnovi zatvoreni sistemi; a na drugoj strani, ***Ustav*** bi trebao da se razvija sa društvom koje bi ga proizvelo.

Ovako donešeni **Ustav** bi trebao da kanalizira političke procese i da utiče na institucije koje su njime konstituisane².

Višegodišnja praksa, koja je proizašla iz ustavnih rješenja nam govori da se **Ustav** parcijalno primjenjuje i da ne ostvaruje one projektovane ciljeve koji su njime dati. Život ne ide proklamovanim putevima, već se ostvaruju interesi političkih snaga koje zastupaju naciokratske principe i stavove. Politički sporazumi su više izraz legitimnosti partijsko-birokratskih naciokratija, nego legitimacija demokratskih snaga. U ovom trenutku, iako postoji velika potreba i izražena želja za promjenom **Ustava**, partijske birokratije tu želju vide trojako.

Dok *jedni*, insistiraju na ukidanju entiteta, neće kozmetičke ustavne promjene, hoće jeftina rješenja - jednog predsjednika, jakog premijera, jedan parlament i neće na svakom pitanju da se potežu nacionalni interesi; *drugi*, se boje majorizacije, traže treći entitet ili neko drugo rješenje na tom principu koje bi ostvarilo njihove nacionalne interese; a *treći*, prihvataju sve ono što ne dovodi u pitanje postojanje njihovog entiteta, spremni su učiniti sve institucije na nivou države efikasnijim, prilagoditi se zahtjevima evroatlantskih integracija, ali ne žele pristati na rješenja koja bi mogla dovesti do majorizacije. Ovakva pat pozicija dovodi do toga da su nova ustavna rješenja neizvodiva i nerješiva, tim više, što međunarodna zajednica kao najvažniji uslov za ta moguća rješenja, insistira na potpunom dogovoru svih strana.

Specifična pozicija međunarodne zajednice, odnosno OHR-a,, u provođenju **Ustava** je dovela do toga da je “eksperiment” koji je sproveđen doveo, u političkoj sveri i oblasti javnog života, do razvijenog “podaničkog mentaliteta”. Na sceni se pojavljuje mnogo političkih ljudi koji neprekidno govore o demokratiji, ljudskim pravima, tržištu i, obavezno, o sjajnim rezultatima međunarodne zajednice. U takvoj situaciji mi smo ušli u fazu gdje svi govore o ustavnoj krizi iz koje treba tražiti izlaz. Kako i na koji način obezbjediti da se ljudi slože i saglase oko ustavnih promjena, to treba da bude zajednički “intelektualni” napor. Ovaj intelektualni napor treba da bude rezultat konsenzusa, jer samo **Ustav** koji nailazi na podršku svih “politički relevantnih snaga” je sposoban za život.

U Bosni i Hercegovini, kao multikulturalnom, multinacionalnom i multikonfesionalnom društvu, obezbjeđenje konsenzusa u svim ovim sferama je prepostavka demokratije. Ona garantuje “minimum političkog jedinstva, homogenosti i solidarnosti... to je potrebno za formiranje političke volje po većinskom principu... Nema demokracije bez demosa koji je u sebi učvršćen voljom za zajedničku

² O ovom teorijskom pitanju, detaljnije vidjeti u Jozef Isensee “Država, Ustav, Demokracija”, Zagreb, Politička kultura, 2004., str. 155 - 161.

državnost”³

Na ovaj način došli smo do pitanja promjene ustava, i to ustava koji treba da bude izraz ustavnog konsenzusa i ustava koji treba da obezbjedi državno jedinstvo, a da pri tome obezbijedi i legitimacijski subjektivitet: narodu - društvu i građanima.

U pravnotehničkom smislu, dva su osnovna oblika promjene ustava: *reforma ustava i amandmani*. *Reforma ustava* bi značila prekid sa kontinuitetom postojećeg ustava te bi prepostavljala utvrđivanje novih principa i institucija političkog sistema; *reforma*, kao *prvi oblik*, odgovara stabilnim društvima, *drugi oblik (amandmanski)*, je racionalniji u društvima u kojim su društvene promjene kontinuirane.

S obzirom na ograničenu optiku, koja se u dosadašnjim raspravama i inicijativama daje u okviru promjene **Ustava**, to dovodi u pitanje i samu koncepciju ustavnih promjena. Promjene koje se sugerisu, daju i predlažu u osnovi su lišene naučnog karaktera i teorijske principijelnosti. Ovo ograničenje predmeta ustavnih promjena uslovljeno je metodom kojom se promjene pripremaju. Ove promjene su izvan objektivne analize problema i više su izraz pogađanja i “prividnog” sporazumijevanja interesa političkih snaga. Tu nema istinskog i suštinskog sporazuma, što dovodi do odugovlačenja u pripremi promjena i sporosti u radu, što sve dovodi do toga da, na žalost, imamo “kozmetičke” promjene.

Iskustvo nam govori “da ustav i njegovo donošenje i menjanje traži idejnopolitičku atmosferu u kojoj prevlađuje zainteresovanost za promene, aktivni odnos prema predloženim idejama i svest da oni koji predlažu ustavne promene to čine u saglasnosti sa većinom naroda i uz podršku misaonih grupa u društvu”⁴.

II - Karakteristike novog Ustava

Neulazeći u to kako bi pojedina pitanja ustavne materije trebala da budu uređena u novom ustavu, taj ustav bi trebao da ima sljedeće karakteristike: **nov ustav, kratak ustav, normativan ustav, demokratski ustav, čvrst ustav i moderan ustav**. Kao što kaže **Tomas Pejn** “vlada bez ustava je moć bez prava.....vlada je proistekla iz ustava, formirana od strane naroda....ustav služi ne samo kao vlast, već i kao zakonska kontrola vlasti”⁵. Prema tome, “ustav je pisani akt najveće pravne snage koji reguliše

³ Ibid, str. 153

⁴ Jovan Đorđević “Metodološko - teorijska osnova savremenih ustavnih promena i modernizacija prava” u knjizi Promena Ustava SFRJ i Ustava SR Srbije - referati za savetovanje, Beograd 1988., str. 3.

⁵ Tomas Pejn - Prava čovjeka “Filip Višnjić”, Beograd 1987.- Libertas, str. 225 - 227.

osnove državnog i društvenog uređenja date zemlje”⁶. Iz ove sintetičke definicije ustava koju daje *Miodrag Jovičić*, proizilazi da ustav utvrđuje pravila po kojima se konstituiše državna vlast. Prema tome, osnovna funkcija ustava jeste da bude kohezioni elemenat države. Po mišljenju *Perloa (Prelot)*, “kad ustanovljavajuća vlast daje zemlji, koja ga dotele nije imala, ustav, ili koja poslije njegovog donošenja, više nema isti ustav, s kojim se ustanovljavaju pravila koja nisu inicijalna, ali su dovoljno nova, pošto iz njih vode poreklo država i režim”⁷ to je ordinerna ustanovljavajuća vlast. Za razliku od ovog oblika ustanovljavajuće vlasti, postoji i derivativna ustanovljavajuća vlast. To je ona vlast koja mijenja ustav prema pravilima koja su sadržana u ustavu koji se mijenja.

Ustav Bosne i Hercegovine bi trebao da bude donešen na ordinerni način, tj. Da ga donese ustavotvorna skupština. Postojeći *Ustav* Bosne i Hercegovine je ustav koji je donijela ustanovljavajuća vlast koja u osnovi nema demokratsku legitimaciju, oktroisan je i donešen kao sastavni dio jednog mirovnog sporazuma.

Jedna od slijedećih karakteristika *Ustava* Bosne i Hercegovine bi trebala da bude kratkoća ustava ili, jednostavno rečeno, *kratak ustav*.

Ustavi se razlikuju prema tome “u kakvu širinu i dubinu” idu prilikom regulisanja ustavne materije. *Kent Ver (Wheare)* je tvrdio da je “osnovno obeležje idealno najboljeg ustava treba da bude što je moguće kraće”, i da ustav treba da obuhvata “sam minimum, a da taj minimum budu pravne norme”⁸. Zavisno od toga kako je prevladano pitanje komparativnog značaja ustava i zakona, te pitanje primjene ustavnopravne tehnike, na dužinu ustava, u izvjesnoj mjeri, utiče i oblik državno-pravnog uređenja. Ustav svuda reguliše sličan krug pitanja i zavisno od toga koliko ide u dubinu i širinu, zavisi i negova obimnost. Ako kažemo da je ustav prvenstveno pravni akt, onda mislimo da ustav prvenstveno treba da sadrži pravne norme, a nikako neke druge. Ustav prevashodno treba da se zadrži na formulisanju pravnih normi, a ne na nekim formulacijama deklarativnog karaktera. U tom slučaju, ustav treba da bude prevashodno osnovni zakon, a ne “omnibus” zakona. Dakle, ustav treba da u sebi sadrži najvažnije, a ne sve pravne norme. Ustav kao pisani akt treba da se ograniči na pravne norme koje konstituišu najviše zakone. Ako bismo željeli da zaključimo kakav treba da bude *novi Ustav* Bosne i Hercegovine, onda bismo mogli zaključiti riječima *K.C.Whearea* da “osnovna karakteristika idealne forme ustava je da on treba da bude

⁶ Miodrag Jovičić - O Ustavu, Savremena administracija - Beograd 1977., str. 28.

⁷ Ratko Marković - “Saopštenje kakav treba da bude Ustav Srbije”, Zbornik radova “Ustavno pitanje u Srbiji”, Niš 2004., str. 9.

⁸ K.C.Wheare, Modern Constitutions, London 1967., str. 33 - 34.

što je moguće kraći”⁹, što olakšava zadatku zakonodavcu da nalazi najbolje oblike i pravce akcije, a s druge strane omogućava sudovima da krećući se u opštim okvirima postavljenim ustavom, uobičaju “živo” pravo.

Jedna od osnovnih karakteristika kratkih ustava jeste i njegova jasnoća. Pošto ustav sadrži vrlo bitne definicije i pojmove, bitno je da ti pojmovi budu izloženi na “jasan, pristupačan i lako shvatljiv”¹⁰ način.

“Da ustav bude živ, nije dovoljno da bude valjan u pravnom smislu; da bi bio stvaran i efektivan, njega stvarno moraju poštovati svi kojih se tiče; on mora biti integrisan u društvo (...) da upotrebimo jednostavno poređenje: ustav je odelo koje je taman i koje se stvarno nosi”¹¹ kaže *Karl Levenštajn*. Dakle, to je **normativan ustav** koji ima šansu da bude realan i da se ostvaruje u životu. Ustav treba da bude oslobođen ideoloških odredbi, proklamacija i deklaracija i da bude izraz “duha” institucija i prakse. Istovremeno, značenje ovakvog ustava u formalnom smislu, počev od njegovog donosioca i načina donošenja upućuje nas i na značenje političkog poretka i političkog režima. S druge strane moglo bi se naznačiti i značenje ustava u materijalnom smislu. Ova relacija koja se događa na ravni normativnog-stvarnog i njihove podudarnosti i razmimoilaženja kod savremeneih teoretičara ustavnog prava sintagma ustav u formalnom i sintagma u materijalnom smislu se zamjenjuje pojmovima normativni ustav i faktički ili stvarni ustav. Samo na taj način, ustav bi imao kvalitet realnosti i perspektivnosti.

Slijedeća bitna karakteristika ustava treba da bude da je taj ustav **demokratski ustav**. Demokratski ustav podrazumijeva ograničenu i odgovornu vladu i vlast, on podrazumijeva da je “politika u granicama prava”, što na svojevrstan način govori o “racionalizaciji vlasti i države”. On otvara pitanje vladavine prava i s tim u vezi postojanje pravne države. “Vladavina prava u svom izvornom smislu prepostavlja ustavnost, odnosno načelo da vlast mora biti strogo ograničena i svedena u relativno uske okvire da bi područje osnovnih sloboda i prava, ostalo neprikošnoven. Kako se, međutim, uvek mora postaviti pitanje sadržine važećih zakona i legitimnih ciljeva kojim državna vlast, u okviru utvrđenih granica, može da smera, vladavina prava uvek nadilazi puku ustavnost i zakonitost.”¹²

Strogo ograničavanje vlasti i njeno suočenje u relativno uske okvire otvara

⁹ Ibid, str. 48.

¹⁰ M. Jovičić, O ustavu, Beograd 1977., str. 182.

¹¹ Citirano prema R. Markoviću, str. 11.

¹² “Ustavnost i vladavina prava”, Zbornik - Beograd, Centar za unapređivanje pravnih studija 2000., str.5., (predgovor).

pitanje neprikosnovenosti osnovnih sloboda i prava i legitimnih ciljeva državne vlasti. "Vladavina prava, svakako, prepostavlja potpunu zakonitost, ali to nije dovoljno; ako je zakon dao vlasti neograničenu vlast da postupa kako joj je volja, svi njeni akti bili bi zakoniti, ali sigurno ne bi bili pod vladavinom prava. Stoga je vladavina prava više od konstitucionalizma; ona zahtjeva da zakoni budu u skladu sa određenim načelima... Vladavina prava (Rule of law) nije stoga vladavina (određenog) zakona (rule of the law) već vladavina onoga što zakon (the law) treba da bude - metapravna doktrina ili politički ideal."¹³

Pojam vladavine prava kao vladavine zakona, ovdje se, dakako, ispostavlja daleko širim od pojma konstitucionalizma, ali, s druge strane, proizilazeći iz njega i čineći njegov pojmovni i realni sadržaj u materijalno pravnom smislu, on se istovremeno, kao stvarni, faktički ustav i podudara i identificuje sa njime. Mislimo da istu ideju sadrži misao *Tomasa Pejna* "Ustav nije akt vlasti, nego naroda koji konstituše vlast, a vlast bez ustava je sila bez prava (...) Ustav prethodi vlasti, vlast je samo kreacija ustava."¹⁴

Dakle, konstitucionalizam imamo samo onda kada je vlast ograničena, odnosno podjeljena, jednom riječju kada postoji doktrina "odgovorne vlade". Odgovorna vlada je ustavna vlada, i kada građani slobodno misle, odnosno slobodno glasaju. Uslov demokratske vladavine je ograničenje absolutne vlasti, što podrazumijeva i vertikalnu i horizontalnu podjelu.

Prema mišljenju *Ratka Markovića*¹⁵, koji se saglašava sa *Mišel-Anri Fabr*, "ustavna vladavina ili ustavni režim obuhvata četiri stvari. Prvu, ustav treba da bude najviši zakon u državi. ... drugo, državna vlast mora biti podjeljena. ... treće, državna vlast mora biti legalna, vlast de jure. ... četvrto, vlast mora biti legitimna." ¹⁶

***Ustav* Bosne i Hercegovine bi morao biti i *čvrst ustav*.**

Čvrst ustav podrazumijeva da je obezbijedjen posebnim preprekama za promjenu, koje su teže od običnih zakona. Čvrstina ustava se određuje prema težini procedure za njegovu promjenu i reviziju. Čvrsti ustav ima nadzakonsku pravnu snagu. To u sebi implicira princip, odnosno, načelo da se zakon može mijenjati samo zakonom, a ustav, samo ustavnim zakonom ili novim ustavom. O čvrstini ustava,

¹³ Citat prema: Ibid, Jovica Trklja "Poricanje vladavine prava", str. 208.

¹⁴ Citirano prema Ratku Markoviću, "Kakav treba da bude Ustav Srbije", u Zborniku "Ustavno pitanje u Srbiji", Niš, 2004., str. 12.

¹⁵ Ibid, str 13.

¹⁶ M.H.Fabre, Principes Republicains de droit constitutionnel, Paris 1977., str. 13 - 14.

kako to kaže *Miodrag Jovičić*, može se raspravljati “uzimanjem u obzir dva momenta: jedan se vezuje za pitanje organa koji pristupa promeni ustava, a drugi, za postupak promene”¹⁷.

Ustav, po pravilu, donosi poseban organ - ustavotvorni organ, samostalno ili uz saglasnost građana tj. putem referenduma. Onog momenta kada ustavotvorni organ,oličen u ustavotvornoj skupštini doneše ustav, on prestaje da postoji.

Čvrst ustav nije samo formalno svojstvo akta koji nosi taj naziv, ono je “suštinsko svojstvo vladavine koja je ustavna”. Prema već spomenutom autoru, *Mišel-Anri Fabr*, suprematija čvrstog ustava, nosi tri osnovne pravne posljedice “Prvu, da su prava i slobode proglašeni ustavom nedodirljivi. Drugu, da su zakoni usvojeni u parlamentu sankcionisani, zahvaljujući kontroli ustavnosti zakona. Treću, da parlament koji je od ustava dobio zakonodavnu vlast, ne može tu vlast prenijeti vlasti, što znači da čvrst ustav osuđuje kao nelegalnu proceduru dekret - zakona”¹⁸.

Iako bi se moglo zaključiti da čvrsti ustavi insistiraju na svojoj nepromjenjivosti to ne znači da se u praksi to i ostvaruje. Tu imamo dvije mogućnosti u odnosu na promjenu ustava, *prvo*, da se vršenje promjene ustava da isključivo istom organu tj. novoj ustavotvornoj skupštini i *drugo*, da se ovlasti neki drugi organ, ali po posebnom postupku. Prema tome, čvrsti ustav je čvrst po proceduri iz nadležnosti organa koji ga donosi, a ne nikako po tome što se ne može nikako mijenjati, iako u praksi ima i takvih rješenja. Ustav ne treba često mijenjati, a i kada se to radi, treba biti veoma suptilan.

Na kraju, ***Ustav Bosne i Hercegovine***, treba da bude ***moderan ustav***.

Predmet njegovog regulisanja treba da bude vlast i čovjek, odnosno, građanin. Iako smo se ranije saglasili sa tim da ustav treba da bude “pisani akt najviše pravne snage” i da “reguliše osnove državnog i društvenog uređenja”, to ne znači da smo mišljenja da ustav treba da uređuje samo državnu vlast, nego, on treba “da proglašava pozitivne i negativne dužnosti države prema pojedincima i pojedinim društvenim grupama”¹⁹. Novi ustavi, pa i ovaj, treba da budu različiti od tradicionalnih ustava sa početka prošloga vijeka. Ustav ne treba da bude samo akt organizovanja države i pojedinih državnih funkcija. On treba prevashodno da bude akt sloboda i prava čovjeka i građanina. Na novim principima treba da budu regulisana pitanja ovlaštenja vlasti i prava onih “nad kojima se vlada”.

¹⁷ O Ustavu, Beograd, Savremena administracija 1977., str. 75. ¹⁸

Citirano prema Ratku Markoviću, *Ibid*, str. 14.

¹⁹ *Ibid*, str. 15.

I pod prepostavkom da se svi postavljeni zahtjevi u odnosu na novi *Ustav* Bosne i Hercegovine ostvare, ne znači da ćemo imati najidealniji ustav. Ustav, i po svom obliku i sadržini, zavisi “prvo, od političkih snaga koje postoje u momentu donošenja ustava, drugo, od zdravorazumskih shvatanja o praktičnoj koristi pojedinih ustavnih rješenja, treće, od tradicionalnih obrazaca dostupnih političarima i njihovim savjetnicima koji prave ustav”²⁰

III - Zaključna razmatranja

Kao što smo već ranije rekli ostaviti ćemo po strani mišljenja o tome kako bi pojedina pitanja ustavne materije trebala da budu uređena u budućem *ustavu* i moramo da naznačimo osnovne pravce koje ustav kao pravni i politički akt treba da ima. Imajući u vidu da ustav ima „jedan par pravnih i jedan par nepravnih svojstava“ bitno je naglasiti da ustav kao najviši opšti pravni akt treba da: **definiše ljudska prava, poziciju pravne države i procedure.**

U novom ustavu lepeza ljudskih prava treba da bude široko postavljena jer ljudska prava imaju svoju predistoriju i istoriju. Ljudska prava su realno prepreka samovolji vlasti, a ustav treba da je štiti, treba da bude brana apsolutnoj i neodgovornoj vlasti, treba da bude instrument ograničenja državne vlasti. Ustavne odredbe o ljudskim pravima treba da se zasnivaju na „*Povelji Ujedinjenih nacija*“ koja polazi od „vjere u osnovna prava čovjeka, i dostojanstvo i vrijednost ljudske ličnosti, i ravnopravnost ljudi i žena i nacija velikih i malih“ kao i na „*Univerzalnoj deklaraciji o ljudskim pravima*“ koja je postala izvor međunarodnog prava, ne kao ugovorno pravo već „kao običajna pravila ili kao opšta pravna načela koja priznaju civilizovani narodi“.

Vladavina prava treba da bude shvaćena i u ustavu razrađena na način da ne znači vladavinu pozitivnog poretka kao takvog, nego „*kao vladavinu pozitivno pravnog poretka određenih svojstava*“. Ona treba da znači ograničenu vlast, a vlast treba da bude ograničena ustavom i zakonima i nedvosmisleno formulisana pravilima koja isključuju „koncentraciju vlasti na jednom mjestu, samovolju vlasti i zadiranje vlasti u oblasti ljudskih gradanskih sloboda i prava“. Vladavina prava treba da bude formulisana u pozitivnom pravu. Ova vladavina, u novom ustavu, treba da izrazi postojanje određenih osnovnih političkih i pravnih ustanova koja treba da budu ugrađena u ustav, ali, koje bi trebalo da postoje i u političkoj i pravnoj praksi.

Načela i institucije vladavine prava koje bi trebalo da budu ugrađena u ustav, kao pozitivno pravo, treba da sadrže određene pozitivnopravne karakteristike koje

²⁰ Ibid, S.A.de Smith, Constitutional and Administrative Law, citirano prema R. Markoviću, str.15.

treba da ima ustavni poredak, a to su sljedeća načela i institucije: *legitimnost vlasti, podjela vlasti, nezavisno sudstvo, ustavnost i zakonitost, ustavna jemstva ljudskih i građanskih prava i sloboda privrede i privredne aktivnosti.*

Da bi se ostvarila ljudska prava, da bi se obezbijedilo funkcionisanje pravne države i vladavine prava potrebno je obezbijediti ustavom i zakonima propisane procedure koje će omogućiti funkcionisanje pravne države. *Bez procedura nema vladavine prava, nema vladavine zakona i u širem smislu nema konstitucionalizma.* Procedure stvaraju pretpostavke da se napravi kompromis između politike i prava unutar kojeg se pravo ne odriče političke konstitucije društva, a politika dozvoljava da bude ograničena i kontrolisana pravom. „Vladavina prava političkim odnosima

.. daje pravnu formu, ali se - što je vrlo značajno - preko takve, pravne forme, pita za političko strukturiranje državno-pravnog poretku: za postojanje određenih prava i sloboda, institucionalizovanje i deprofesionalizovanje vladavine, za sistem organizacije vlasti - kao i institucionalizovani pravni oblik ograničenja i kontrole.“²¹

Samo ovako sačinjen *novi ustav* ima šansu da istinski bude nov i da bude u funkciji: države i društva, a i građana.

²¹ L.R. Basta „Politika u granicama prava“, Beograd 1974. str. 117

LITERATURA:

- Đorđević Jovan, Politički sistem, Beograd 1973.
- Đorđević Jovan, Ustavno pravo, Beograd 1975.
- Đorđević Jovan, "Metodološko - teorijska osnova savremenih ustavnih promena i modernizacija prava" u knjizi Promena Ustava SFRJ i Ustava SR Srbije - referati za savetovanje, Beograd 1988.
- Festić Ibrahim, Rat, mir i pravo u Bosni i Hercegovini, Sarajevo 2004.
- Isensee Joyef, Država, Ustav, Demokracija, Zagreb 2004.
- Jovanović Slobodan, O državi, Beograd 1922.
- Jovičić Miodrag, Izabrani spisi (1-6), Beograd 2006.
- Jovičić Miodrag, O Ustavu, Beograd 1977.
- K.C.Wheare, Modern Constitutions, London 1967.
- L.R. Basta, Politika u granicama prava, Beograd 1974.
- Lukić D. Radomir, Uvod u pravo, Beograd 1966.
- Marković Ratko, Ustavno pravo i političke institucije, Beograd 2008.
- Marković Ratko, "Saopštenje kakav treba da bude Ustav Srbije", Zbornik radova "Ustavno pitanje u Srbiji", Niš 2004.
- M.H.Fabre, Principes Republicains de droit constitutionnel, Paris 1977.
- Muhić Fuad, Teorija države, Sarajevo 1982.
- Pejn Tomas, Prava čovjeka "Filip Višnjić", Beograd 1987.
- Smerdl Branko i Smiljko Sokol, Ustavno pravo, Zagreb 2009.
- Stefanović Jovan, Ustavno pravo, Zagreb 1965.
- Trklja Jovica, Poricanje vladavine prava
- Visković Nikola, Država i pravo, Zagreb 1995.

UDK: 341.51 (497.6)

Doc. dr. Samir Zuparević
Sveučilište/Univerzitet „Vitez“ Travnik
Fakultet pravnih nauka
samir.zuparevic@unvi.edu.ba

TRANSFORMACIJA VIJEĆA MINISTARA U DRŽAVNU VLADU BOSNE I HERCEGOVINE

TRANSFORMATION OF THE COUNCIL OF MINISTERS IN THE BOSNIA AND HERZEGOVINA'S STATE GOVERNMENT

SAŽETAK

Autor, u ovom doprinosu, pokušava aktualizirati značaj Vijeća ministara kao organa izvršne vlasti i njegove transformacije u državnu vladu Bosne i Hercegovine. U tom kontekstu posebna pažnja je posvećena problematici odnosa Rezolucije Vijeća Evrope 1384 (2004) o jačanju demokratskih institucija u Bosni i Hercegovini za potrebe modernog uređenja Vijeća ministara Bosne i Hercegovine. Osim toga, državna vlada je odgovorna za primjenu međunarodnih standarda Vijeća Evrope i za rješavanje prioriteta evropskog partnerstva iz Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju s Evropskom unijom. To čini u trenutku kada Bosna i Hercegovina pokušava usvojiti ustavne i zakonodavne reforme Vijeća ministara. Na tim se osnovama onda propituju mogućnosti proširenja njegovih vlastitih nadležnosti u oblasti unutrašnje sigurnosti i ekonomsko-socijalnih funkcija. U posljednjem dijelu doprinosu autor donosi kritičku analizu nekih aspekata u etničkoj organizaciji Vijeća ministara Bosne i Hercegovine koja je bila i neposredan povod nastanka ovog doprinosu.

Ključne riječi: Vijeće ministara, predsjedavajući, nadležnost, država, Vijeće Evrope, Evropska unija, organizacija, birokratija, departman, komunikacija

ABSTRACT

Author tries to show the importance of the Council of Ministers as executive authorities and its transformation in the Bosnia and Herzegovina's state government. In this context special attention is paid to relationship the Council of Europe Resolution 1384 (2004) on strengthening of democratic institutions in Bosnia and Herzegovina for the purpose of modern organization of the Council of Ministers of Bosnia and Herzegovina. Moreover, the state government is responsible for implementation

international standards of the Council of Europe and for solving priorities of European partnership on the Stabilization and Association Agreement with the European Union. This is done in the moment when Bosnia and Herzegovina tries to adopt constitutional and legislative reforms of the Council of Ministers. On this basis, possibilities of enlargement of his own competence in the area of internal security and economic and social functions are analyzed. In the last part of this article, the author gives a critical analysis of some aspects in ethnic organization of the Council of Ministers of Bosnia and Herzegovina as the starting point of this article.

Keywords: *Council of Ministers, presiding, competence, State, Council of Europe, European Union, organization, bureaucracy, department, communication*

1. UVODNA NAPOMENA.

Osnovni zadatak Vijeća ministara Bosne i Hercegovine jest da apstraktna i uopćena pravila, sadržana u zakonima koje je donio državni parlament, prilagode upravi i sudstvu za primjenu u konkretnim slučajevima. Ova institucija nema ekskluzivno pravo na provođenje izvršne vlasti, jer nju dijeli sa Predsjedništvom BiH kao drugim dijelom dvoglave egzekutive. Ako su odnosi između zakonodavne i izvršne vlasti zasnovani na strogoj podjeli vlasti (predsjednički sistem) ili na jedinstvu vlasti (skupštinski sistem), vlada kao samostalni organi izvršne vlasti ne postoji. U prvom sistemu svu izvršnu vlast ima šef države, a u drugom - vlada je samo izvršni odbor skupštine. Parlamentarna vlada egzistira u sistemu dvojstva vlasti (zakonodavne i izvršne) s osloncem na parlament u kojem se ostvaruje saradnja i ravnoteža između te dvije vlasti.¹ Nastala je u obliku engleskog Ministarskog kabineta u 19. stoljeću. Međutim, to ne važi za model savremene parlamentarne vlade s kojim je potrebno komparirati Vijeće ministara BiH. Ovaj model je nastao pod nazivom vlade racionaliziranog parlamentarnog sistema, prema terminu "racionalizacija" koji je kovanica profesora B. Mirkine-Guetzevitcha.² Vlada je postala osnovna poluga vlasti i parlamentarni izbori su se i odvijali da bi političke stranke stekle mogućnost za formiranje vlastite vlade, koja će, ustvari, realizirati politički program pobjedničkih stranaka. Zbog toga više nije stvarno odgovorna parlamentu za sve postupke koje je učinila tokom mandata. Rezultat ovog procesa jest pomjeranje težišta političke odgovornosti vlade s parlamenta na biračko tijelo, čija je emanacija javno mišljenje. Nakon Drugog svjetskog rata vlada racionaliziranog parlamentarnog sistema našla je svoju primjenu u Saveznoj vladi SR Njemačke i Vijeću ministara Republike Italije.

Položaj i uloga Vijeća ministara određena je članom 5., stav 4. Aneksa IV

¹ Ovo su osobine tradicionalne parlamentarne vlade koje nalazimo u konstataciji Douglas V. Verney da: "Žarište političkog djelovanja u parlamentarnim sustavima jest parlament. Državni poglavari, vlade, izabrani predstavnici, političke stranke, interesne skupine i biračka tijela - svi priznaju njegovu prevlast." cit.u: Arend Lijphardt, *Parlamentarna ili predsjednička vlast*, Zagreb, FPZ, 1998., str. 42.

² R. Marković, *Ustavno pravo i političke institucije*, Službeni glasnik, sa p. o., IV izdanje, Beograd, 1998., str. 238.

Općeg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini,³ koji se primjenjuje kao Ustav Bosne i Hercegovine. U cilju rješavanja problema da li ovakvo Vijeće ministara predstavlja državnu vladu Bosne i Hercegovine, neophodno je koristiti komparativno-pravni metod radi njegovog upoređivanja s određenim referentnim vladama. To su vlade Velike Britanije, SR Njemačke i Republike Italije. Pravna analiza organizacije vlade uključuje formalno-legalnu metodu koja se bavi studijem zakona (public law) i naziva se pojmom „legal“, a studij organizacija se izražava pojmom „formal“ (Eckstein). Ova metoda traži studij pisanih ustava, koje Herman Finer naziva „sustavom fundamentalnih političkih institucija.“⁴ Zbog toga navodimo osnovne pravne izvore koji regulišu ove vlade. S obzirom da Velika Britanija nema ustav u formalnom smislu, pravila o radu savremene kabinetске vlade se nalaze u Zakonu o parlamentu iz 1911.godine.⁵ Postojeći ustavni običaji o položaju, funkcijama i načinu rada kabineta su pravno uboličeni Zakonom o ministrima krune iz 1937.godine.⁶ Osnovni zakon SR Njemačke od 23. maja 1949.godine⁷ odredio je ustavni položaj Savezne kancelarske vlade. Na kraju, osnovne odredbe o Vijeću ministara Republike Italije se nalaze u Ustavu iz 1948.godine.⁸

Prema članu 5. stavu 4. Ustava Bosne i Hercegovine, u sastav Vijeća ministara ulaze predsjednik i ostali ministri. Primjera radi, za razliku od člana 92. stav 1. Ustava Republike Italije,⁹ dejtonski ustav propisuje da u njegov sastav kao članovi ulaze ministar vanjskih poslova i ministar vanjske trgovine, te drugi ministri po potrebi koji će početi sa radom na osnovu zakona. To može značiti da ova dva ministra imaju jači položaj u odnosu na ostale ministare koji će se naknadno pojavit. Međutim, s današnjeg stanovišta ne postoji nikakvo opravdanje za ovaj zaključak. Ustav govori i o pomoćnicima ministara (bez određenog broja - jedan, dvojica ili

³ Opći okvirni sporazum za mir u Bosni i Hercegovini je započet u Daytonu 21. novembra 1995., a potpisana na svečanoj diplomatskoj konferenciji u Parizu 14. decembra 1995.godine. U sporazumu je uključeno 11 aneksa koji regulišu konkretnе aspekte mirovnog sporazuma i predstavljaju Ustav BiH u širem smislu. Aneks IV daje ustavni okvir za podjelu vlasti na nivou države Bosne i Hercegovine, te izvršne vlasti koju pored Predsjedništva čini i Vijeće ministara. Za potrebe ovoga rada uzet je tekst Aneksa IV koji je sa engleskog jezika preveden od strane USAID-a. Sporazum nije nikada zvanično objavljen u službenim glasilima u Bosni i Hercegovini. Ovu napomenu smo učinili zbog pojave nesuglasica i različitih tumačenja termina upotrijebljenih u njegovim odredbama, koji mogu imati više značenja kao posljedica prijevoda na naš jezik, a kojima se mi koristimo za potrebe ovoga rada.

⁴ A. Milardović, *Institucije političkog sustava Velike Britanije*, uvodna studija u: A. H. Birch, *Politički sustav Velike Britanije*, s engleskog prevela Iva Maračić, Pan liber, Osijek, Zagreb, Split, 2000., str. 12.

⁵ The Parliament Act, 1911 (c.13) <http://www.statuteLaw.gov.uk/content.aspx?activeTextDocId=1069329>, 14. septembar 2010.

⁶ The Ministers of the Crown Act, 1937, The Modern Law Review, Vol. 1, No. 2 (Sep., 1937), Blackwell Publishing, pp. 145-148, <http://www.jstor.org/stable/1090297>, 14. Septembar 2010.

⁷ Grundgesets fur die Bundesrepublik Deutschland, Ausfertigungsdatum: 23.05.1949., <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/gg/gesamt.pdf>, 15. Septembar 2010.

⁸ Ustav Republike Italije je proglašen 27.12.1947.g., a stupio na snagu 01.01.1948.g., Prevedena verzija ustava dostupna je na web-u: www.provincia.milano.it/export/sites/default/diritticittadini/.../Serbo.pdf.

⁹ U članu 92. stav 1. Ustava Republike Italije se kaže: "Vlada Republike se sastoji od predsjednika, Vijeća i ministara, koji zajedno čine Vijeće ministara."

trojica itd.), ali je njihov broj ograničen važnom specifičnošću ustavnog uređenja BiH u odnosu na ostale savremene parlamentarne demokracije. Ona se ogleda tački b. istog člana i stava Ustava koji govori da pomoćnici ne mogu pripadati istom konstitutivnom narodu kao i njihovi ministri. To evidentno znači primjenu principa paritetne etničke zastupljenosti sva tri konstitutivna naroda u sastavu pojedinih ministarstava, što je izuzev u primjeru belgijske vlade sa podjednakim brojem ministra iz flamanskog i valonskog govornog područja,¹⁰ *gotovo ili potpuno nepoznato u savremenoj evropskoj parlamentarnoj praksi.*

Problem je što Ustav BiH preferira entitete i princip paritetne etničke zastupljenosti predstavnika sve tri konstitutivna naroda, što ne korespondira s principima parlamentarne demokracije.¹¹ Pažnja je mnogo više usmjerena na postupke izbora članova vijeća ministara, nego što se vodilo računa o kompetencijama istog organa. Ovakvo ustavno rješenje ne odgovara zahtjevima savremenog društvenog života u Bosni i Hercegovini. Vijeće ministara predstavlja izuzetan primjer nesamostalnog nosioca izvršne vlasti u odnosu na Predsjedništvo Bosne i Hercegovine. Prema sadašnjima ustavnim i zakonskim rješenjima se ne može reći da ovo tijelo predstavlja organ izvršne vlasti koji ima sve karakteristike državne vlade Bosne i Hercegovine. Reforme moraju imati temelj u Rezoluciji Vijeća Evrope 1384 (2004)¹² koja se odnosi na jačanje demokratskih institucija Bosne i Hercegovine.

2. KOMPETENCIJE VIJEĆA MINISTARA BiH

Predsjedavajući i ministri koji čine Vijeće ministara podjednako su zaduženi za provođenje politike i odluka Bosne i Hercegovine, shodno članu 5. stavu 4. tački (a) Ustava. Ranijim Zakonom o Vijeću ministara i ministarstvima Bosne i Hercegovine,¹³ uspostavljen je relativno mali broj ministarskih resora, što je daleko ispod broja ministarstava ostalih savremenih parlamentarnih vlada u Evropi. Ovaj izvršni organ radi po tzv. sistemu vijeća, što se moglo i prepostaviti u odnosu na naziv koji nosi, a to i odgovara malobrojnosti ministarstava uspostavljenih na nivou Bosne i Hercegovine.

Novim Zakonom o Vijeću ministara Bosne i Hercegovine¹⁴ proširene su njegove kompetencije, povećan je broj ministarstava i kvalitativno je uspostavljena političko-programska funkcija. Na kraju, to je dovelo i do promjene departmansko-upravne i komunikacijske funkcije. Ustavni osnov je pronađen u članu 3. stavu 1. tačkama od a. do j. (Nadležnosti institucija Bosne i Hercegovine), stavu 4. (Koordinacija Predsjedništva Bosne i Hercegovine među entitetima) i stavu 5. (Dodatne nadležnosti

¹⁰ Constitution of Belgium, adopted in: 1970, ICL Document Status: 17 Feb 1994, Art. 99, http://www.servat.unibe.ch/icl/be00000_.html, 13. septembar 2010.

¹¹ E. Šarčević, *Ustav i politika: kritika etničkih ustava i postrepubličkog ustavotvorstva u Bosni i Hercegovini*, Vijeće Kongresa bošnjačkih intelektualaca, Sarajevo, 1997., str. 56.

¹² Resolution 1384 (2004), Strengthening of democratic institutions in Bosnia and Herzegovina, Text adopted by the Parliamentary Assembly of Europe on 23 June 2004 (20th Sitting),

¹³ Zakon o Vijeću ministara i ministarstvima Bosne i Hercegovine, Službeni glasnik BiH, br. 4/97

¹⁴ Zakon o Vijeću ministara Bosne i Hercegovine, Službeni glasnik BIH, br. 30/03, 42/03, 81/06, 76/07, 81/07, 24/08.

za Bosnu i Hercegovinu). U vezi sa članom 5. stavom 4. tačkom a. Vijeće ministara je dužno provoditi politiku i odluke Bosne i Hercegovine u oblastima navedenim u članu 3. stavovima 1., 4. i 5. Ustava. U funkciji reforme je i Aneks I. na Ustav Bosne i Hercegovine (dodatni sporazum o ljudskim pravima) koji će se primjenjivati u Bosni i Hercegovini. Ovaj aneks sadrži petnaest međunarodnih konvencija o ljudskim pravima koje čine sastavni dio Ustava, s direktnom primjenom na teritoriji Bosne i Hercegovine. U ovim konvencijama su utvrđene obaveze za državu, kao i njenu odgovornost u provođenju ovih konvencija prema međunarodnoj zajednici, što zahtijeva tvorbu novih organa i kreiranje njihovih nadležnosti.

Zakonom o ministarstvima i drugim organima uprave Bosne i Hercegovine¹⁵ predviđeno je povećanje Vijeća ministara na osam ministarstava. Osim predsjedavajućeg, njegov sastav čine: ministar vanjskih poslova, ministar vanjske trgovine i ekonomskih odnosa, ministar finansija i trezora, ministar komunikacija i prometa, ministar civilnih poslova, ministar za ljudska prava i izbjeglice, ministar pravde i ministar sigurnosti. Naknadno donesenim Zakonom o odbrani Bosne i Hercegovine¹⁶ uspostavljeno je kao deveto, Ministarstvo odbrane. Na taj način je ispunjen jedan od osnovnih uvjeta za priključenje Bosne i Hercegovine NATO-ovom programu "Partnerstvo za mir". Ministar odbrane pored operativnog vršenja odbrambenih funkcija ima i regulativne nadležnosti izdavanja zapovijedi u vidu direktiva, propisa i naređenja koji se odnose na organizaciju, administraciju, obuku, opremanje, razmještaj i upotrebu oružanih snaga. Zakon je donesen pod pritiskom međunarodne zajednice i izazvao je žestoke rasprave. Za jedne je zakonom prebačeno previše nadležnosti na državni nivo, dok je za druge premalo, a za treće ovaj zakon je tek "prijelazna faza" u provođenju reforme odbrane.¹⁷ Prema kriteriju veličine, Vijeće ministara spada u kategoriju izrazito malih vlada u Evropi.

Stvaranjem novih ministarstava, čiji je zadatak upravljanje takvim društvenim oblastima koje do tada nisu bile u kompetenciji institucija na nivou Bosne i Hercegovine, predstavlja veliki korak u približavanju Vijeća ministara sastavu ostalih vlada savremenih parlamentarnih sistema u Evropi. Evidentna je pojava nekih nedostajućih klasičnih ministarskih resora. Tu spadaju, pored ministarstva odbrane, ministarstvo sigurnosti koje predstavlja kvazi-ministarstvo unutrašnjih poslova i ministarstvo pravde. Bez obzira na provedene reforme, Vijeće ministara u poređenju sa ostalim vladama i dalje pokazuje određene manjkavosti u pogledu svoga sastava i nadležnosti. Ministarstvo sigurnosti pored svojih operativnih funkcija ne može biti regulativni nosilac niti izdavati zapovijedi organima za održavanje unutrašnjeg reda i mira jer je isključivo nadležno za organizaciju i usaglašavanje aktivnosti entitetskih ministarstava unutrašnjih poslova i Distrikta Brčko u ostvarenju sigurnosnih zadataka u interesu države. Takođe, nisu uspostavljene jedinstvene policijske snage koje bi bile u kompetencijama ovoga ministarstva sigurnosti.

¹⁵ Zakon o ministarstvima i drugim organima uprave Bosne i Hercegovine, Službeni glasnik BiH broj: 05/03.

¹⁶ Zakon o odbrani Bosne i Hercegovine, Službeni glasnik BiH, br. 88/05

¹⁷ A. Bajrić, "Dokaz ozbiljnosti", *Dnevni avaz*, 3. decembra 2003., str. 3.

Ekonomsko-socijalne kompetencije Vijeća ministara Bosne i Hercegovine mogu da se vrše putem slijedećih ministarstava: vanjske trgovine i ekonomskih odnosa, civilnih poslova, te komunikacija i prometa. Ostale brojne ekonomске funkcije države su u isključivoj nadležnosti entiteta: Federacije Bosne i Hercegovine i Republike Srpske. Stoga i ne postoje državna ministarstva privrede ili ekonomije, rada i socijalne zaštite, zdravstva, kulture i obrazovanja, prirodne okoline. Ovo su neoklasični ministarski resori koji su izraz volje i shvatanja ideje o socijalnoj državi (welfare state). Ministarstva vanjske trgovine i ekonomskih odnosa nadležno je za: vanjskotrgovinsku politiku i carinsko-tarifnu politiku BiH, pripremanje ugovora, sporazuma i drugih akata iz oblasti ekonomskih odnosa i trgovine sa drugim državama, pripremanje bilateralnih i multilateralnih sporazuma i drugih akata vezanih za obnovu i rekonstrukciju BiH, odnose sa međunarodnim organizacijama i institucijama iz oblasti vanjske trgovine i ekonomskih odnosa, pripremu i izradu makroekonomskih, odnosno, strateških dokumenata iz oblasti ekonomskih odnosa poslovno okruženje, jedinstven ekonomski prostor, razvoj i promociju preduzetništva, kontrolu prometa roba i usluga koji imaju poseban režim u prometu, odnosno, u izvozu i uvozu, zaštitu potrošača, koordinacija međunarodne ekonomske pomoći BiH izuzev dijela koji se odnosi na pomoć Evropske unije, konkurenциju i veterinarstvo.¹⁸ Ova absurdno široka nadležnost nije praćena nikakvom regulativnom funkcijom tog ministarstva u odnosu na entitetske vlade u oblasti ekonomskih odnosa. Njegova nadležnost je uglavnom koordinirajućeg karaktera za definisanje osnovnih principa, koordiniranje djelatnosti i usklađivanje planova entitetskih tijela vlasti u područjima: poljoprivrede, energetike, zaštita okoline, razvoja i korištenje prirodnih resursa, turizma. To važi i za Ministarstvo civilnih poslova koje je nadležno za utvrđivanje osnovnih principa koordiniranja aktivnosti, usklađivanja planova entitetskih tijela vlasti u područjima: zdravstva i socijalne zaštite, penzija, nauke i obrazovanja, rada i zapošljavanja, kulture i sporta i geodetskim, geološkim i metereološkim poslovima.¹⁹ To je razlog što se dosadašnja ekonomska politika vijeća ministara uglavnom oslanjala na ekonomsku i tehničku pomoć iz inostranstva.

Zbog brojnih međunarodnih obaveza koje je Bosna i Hercegovina preuzela Aneksom I na Dejtonski ustav (dodatni sporazum o ljudskim pravima), država je dužna svojim građanima osigurati ekonomsko-socijalna prava iz navedenih međunarodnih ugovora. Stoga je Vijeću ministara neophodno dati značajne ekonomsko-socijalne kompetencije da bi se to postiglo. Vijeće ministara se razlikuje od ostalih vlada i prema uspostavi dvaju užih ministarskih tijela koja okupljaju ministarstva sroдna po djelatnostima, a tiču se poslova izvan djelokruga svakog ministarstva posebno.

¹⁸ Član 9. Zakona o ministarstvima i drugim organima uprave Bosne i Hercegovine, Službeni glasnik BiH broj: 05/03.

¹⁹ Član 15. Zakona o ministarstvima i drugim organima uprave Bosne i Hercegovine, Službeni glasnik BiH broj: 05/03.

Ova tijela su Odbor za unutrašnju politiku²⁰ i Odbor za ekonomsku politiku.²¹ Prema članu 16. Poslovnika o radu, ovi odbori rade u sjednicama i svoje stavove, prijedloge i sugestije daju u formi izjašnjenja.²² To predstavlja kompenzaciju za nemogućnost proširivanja ili sužavanja sastava vijeća ministara uvođenjem ministara bez portfelja, sa striktno određenim političkim zaduženjima.

3. KREIRANJE POLITIKE I ORGANIZACIJA RADA

Na čelu Vijeća ministara nalazi se predsjedavajući što znači da sadašnji broj njegovih članova ne prelazi deset. Ustav je posredno naglasio da je predsjedavajući iznad ostalih jer on imenuje ostale ministre u tom organu. Međutim, u stvarnosti, njegov položaj i uloga su takvi da je samo prvi među jednakim (primus inter pares) u odnosu na ostale ministre. Paritetna etnička zastupljenost u ukupnom broju ministara i njihovo entitetsko porijeklo (dvije trećine s teritorije Federacije Bosne i Hercegovine i jedna trećina s teritorije Republike Srpske), znače da predsjedavajući uvijek dolazi iz jednog entiteta. Uspostavljeni mnogostranački sistem u Bosni i Hercegovini, s dominacijom nacionalnih stranaka, ne dozvoljava svrstavanje predsjedavajućeg u jedan od standardnih tipova premijera: pregovarača, kormilara i sastavljača programa, kakve smo upoznali u evropskoj praksi.²³ Njegova osnovna funkcija jest predstavljanje i uskladljivanje rada Vijeća ministara. Zadužen je za sve odnose ovog organa sa Predsjedništvom i Parlamentarnom skupštinom Bosne i Hercegovine, entitetima i Brčko Distrikтом.

Radi boljeg i efikasnijeg izvršavanja predviđenih funkcija, postoje i dvojica zamjenika predsjedavajućeg. To proistiće iz člana 5. Zakona o Vijeću ministara kojim se predsjedavajući ovlašćuje da imenuje dva ministra za svoje zamjenike, ne određujući u prvom redu koji su to ministri. Jedini razlog za uvođenje ovih zamjenika treba tražiti u nacionalnoj ravnoteži rukovođenja Vijećem ministara. Ovo nije slično položaju zamjenika premijera u kabinetskoj vladu Velike Britanije i Vijeća ministara

²⁰ Prema članu 26. Zakona o Vijeću ministara BiH, Odbor za unutrašnju politiku je koordinirajuće tijelo za oblast iz djelokruga rada slijedećih ministarstava: Ministarstvo za ljudska prava i izbjeglice, Ministarstvo civilnih poslova, Ministarstvo pravde i Ministarstvo sigurnosti. Ovaj odbor raspravlja sva pitanja iz nadležnosti naprijed navedenih ministarstava. Odborom, u pravilu, predsjedava zamjenik predsjedavajućeg Vijeća ministara, a čine ga ministri ili zamjenici ministra, predstavnici Direkcije za EU integracije i Ureda za zakonodavstvo te drugi članovi u skladu sa odlukom Vijeća ministara.

²¹ Prema članu 26. Zakona o Vijeću ministara BiH, Odbor za ekonomiju je koordinirajuće tijelo za oblasti iz djelokruga rada slijedećih ministarstava: Ministarstvo za vanjsku trgovinu i ekonomske odnose, Ministarstvo finansija i trezora i Ministarstvo komunikacija i prometa. Ovaj odbor raspravlja sva pitanja iz nadležnosti naprijed navedenih ministarstava. Odborom, u pravilu, predsjedava zamjenik predsjedavajućeg Vijeća ministara, a čine ga ministri ili zamjenici ministra, predstavnici Direkcije za EU integracije i Ureda za zakonodavstvo te drugi članovi u skladu sa odlukom Vijeća ministara.

²² Poslovnik o radu Vijeća ministara Bosne i Hercegovine, Službeni glasnik BIH broj: 107/03.

²³ Beyme von Klaus, Politički sustav Savezne Republike Njemačke, Osijek; Zagreb; Split, Pan liber, 1999. str. 93., Birch Anthony Harold, Politički sustav Velike Britanije, Osijek; Zagreb; Split Pan liber, 2000. str. 67.

u Italiji, jer su njihove funkcije nastale ustavnim običajem. Osim što zamjenjuju predsjedavajućeg, zamjenici obavljaju redovne ministarske dužnosti tako da se u ukupnom zbiru ne povećava broj članova Vijeća ministara. Predsjedavajući zajedno s njima utvrđuje politiku rada Vijeća ministara, s posebnim naglaskom na prioritete i dinamiku samog rada.

Važno je napomenuti da Vijeću ministara nedostaju samostalne organizacione ovlasti koje se ogledaju u tome da ovaj organ izvršne vlasti može na temelju zakona samostalno osnivati državne službe u zavisnosti od njihove potrebe. Ove državne službe su određene Zakonom o Vijeću ministara, koji je svojim članom 22. izričito propisao da postoje: Direkcija za EU integracije, Generalni sekretarijat, Ured za zakonodavstvo, Odbor za unutrašnju politiku i Odbor za ekonomiju. Mimo zakona nije dozvoljeno nikakvo dalje povećavanje broja različitih službi, bez obzira na njihovu stvarnu potrebu da nadomjeste upravne resore koji nedostaju. Ipak, Poslovnikom o radu Vijeća ministara Bosne i Hercegovine,²⁴ kao samostalnim organizacionim aktom, data je mogućnost stvaranja Ureda predsjedavajućeg i Ureda zamjenika predsjedavajućeg, koje će Vijeće ministara osnovati posebnom odlukom, kao i Službe za zajedničke poslove institucija Bosne i Hercegovine. Po važećim zakonskim rješenjima ne postoji nikakva mogućnost da članovima Vijeća ministara postanu zamjenici ministara i političke osobe koje nemaju nikakvih konkretnih ministarskih zaduženja, a koji se u praksi zovu ministrima bez portfelja. Tome u prilog navodimo član 6. spomenutog zakona koji kaže da će ukupan sastav Vijeća ministara u toku cijelog svog mandata biti u potpunosti u skladu s članom 5. stavom 4. tačkom (b) Ustava BiH. To znači da u njegovo članstvo može biti izabранo najviše dvije trećine ministara s teritorije Federacije Bosne i Hercegovine, a preostala jedna trećina s teritorije Republike Srpske. Svaki pokušaj uvođenja ministra bez portfelja znači povećanje broja članova Vijeća ministara kojim se protiv Ustava narušava paritetna etnička zastupljenost ministara. Na taj način se gubi smisao biranja ovih ministara koji su bez konkretnih resornih zaduženja, a mogli su biti u funkciji kreiranja politike ovog izvršnog organa. Kreiranju politike mogu poslužiti Odbor za unutrašnju politiku i Odbor za ekonomiju. Ova stalna tijela s političkim predznakom predstavljaju pokušaj realizacije ideje super-ministarstva koja je bila primijenjena u okviru kabinetske vlade Velike Britanije tokom Drugog svjetskog rata i produžena u poratnim godinama obnove zemlje. Ovim odborima predsjedavaju zamjenici predsjedavajućeg. Na taj način oni, osim zamjeničke funkcije u slučaju odsutnosti predsjedavajućeg, dobijaju i ulogu super-ministara koji koordiniraju radom više ministarskih resora. Zbog nedostatka ekonomskih kompetencija Vijeća ministara, posebno je značajan njegov Odbor za ekonomiju koji može da preporučuje entitetima mjere ekonomske politike i da prati njihovo provođenje u praksi.

Političkoprogamska funkcija Vijeća ministara, prije reforme, morala se kretati u granicama političkog upravljanja koje su odredili Predsjedništvo i Parlamentarna skupštine Bosne i Hercegovine. Dakle, ovaj organ po tome nije predstavljao nikakav državni organ izvršne vlasti jer je više imao karakter pomoćnog organa. Po novom zakonu, Vijeće ministara ima kapacitet da nametne svoj politički program Parlamentarnoj skupštini, čime dobija osobine samostalnog organa izvršne vlasti. Iz

²⁴ Poslovnik o radu Vijeća ministara Bosne i Hercegovine, Službeni glasnik BiH, broj 22/03

njegovog člana 2. proističe da ovaj organ svoja prava i dužnosti vrši kao vladinu funkcije u skladu s Ustavom, zakonima i drugim propisima Bosne i Hercegovine. To znači da svoje izvršno-upravne kompetencije obavlja kao vlada. Vijeća ministara određuje svoju politiku donošenjem programa rada kome Parlamentarna skupština daje ili uskraćuje podršku. Po članu 18. Poslovnika o radu Vijeća ministara BiH, ovaj organ je dužan svake godine donijeti svoj program rada. Ovaj program mora sadržavati najznačajnije političke zadatke koji se trebaju izvršiti u toku godine, a sastoji se od tematskog (političkog), zakonodavnog i, što je posebno važno, dijela koji se tiče ispunjavanja uslova Bosne i Hercegovine za članstvo u Evropskoj uniji. Međutim, praktični učinci sastavljanja ovog programa za donošenje zakona i provedbu mjera neophodnih za pridruživanje Evropskoj uniji su vrlo slabi, jer u sadašnjem trenutku ne postoji temeljni konsenzus oko nekih važnih pitanja ustrojstva države između glavnih aktera političkog života u Bosni i Hercegovini. Dodatni problem predstavlja što sami državni ministri uživaju veliku političku samostalnost u djelovanju na čelu svoga ministarstva. Razlog se nalazi u biranju entitetsko-etičkih ministara u sastav Vijeća ministara te postojanju parlamentarne većine u skupštini koja je sastavljena od velikog broja političkih stranaka.

Reformom je uveden birokratski sistem upravljanja ministarskim resorima. Na čelu svakog resora se nalazi samo jedna osoba koja se zove ministar. Na osnovu člana 33. Zakona o Vijeću ministara položaj i uloga ministra sastoji se u neposrednom rukovođenju poslovima koji se nalaze u djelokrugu njegova ministarstva i ministar odgovora za njihovo izvršenje. Bez obzira što formalno-pravno ima svoga zamjenika koji je obavezno predstavnik drugog konstitutivnog naroda, ministar jedini rukovodi i odgovara za rad resora na čijem čelu se nalazi. Ovo predstavlja značajnu novinu u odnosu na prethodni kolegijalni način rukovođenja pojedinim ministarskim resorima. Ranije su najmanje tri osobe, to jest, ministar i dva njegova zamjenika, po jedan predstavnik svakog konstitutivnog naroda, zajednički i ravnopravno odlučivali o pitanjima upravljanja ministarstvom i bili podjednako odgovorni za njegov rad. Odlučivanje i odgovornost na nivou ministarstva su sada potpuno individualizirani. To je slično primjerima ostalih savremenih parlamentarnih vlada u Evropi. Pravo glasa na njihovim sjednicama koje dolazi iz jednog resora ima samo ministar, jer on jedini raspolaže pravima i obavezama iz djelokruga svoga resora. U Bosni i Hercegovini više nije tako značajna funkcija zamjenika ministra kao u početnom periodu, budući da su njegova prava i dužnosti u granicama punomoći koju mu je dao ministar. Sada je umjesto drugog zamjenika uvedena nova funkcija sekretara ministarstva.

Što se tiče komunikacijske funkcije unutar Vijeća ministara, uspostavljen je jedan horizontalni radni i saradnički odnos među njegovim članovima, kao što je slučaj u ostalim savremenim parlamentarnim vladama. Ovaj odnos je zamjenio ranije uspostavljenu vertikalnu hijerarhiju ministara s entitetima iz kojih su birani. Na ovaj način Vijeće ministara treba postati "starije" od ministara koji ulaze u njegov sastav. Tu je posebno značajno uvođenje, iako reducirano, većinskog glasanja samih ministara o pitanjima u kojima konačno odlučuje Parlamentarna skupština Bosne i Hercegovine. Djelimično je napušten konsenzualni način odlučivanja o nekim pitanjima iz djelokruga rada Vijeća ministara. Ranije se njegov rad odvijao isključivo po sistemu vijeća, kada su o svim pitanjima iz djelokruga Vijeća ministara zajednički

konsenzualno odlučivali svi ministri i njihovi zamjenici. To je odgovaralo rigidnoj primjeni entitetsko-etičkog glasanja i malobrojnosti kolegija članova. Vijeće ministara je evoluiralo od jednog izvršnog organa sa osobinama Doma naroda,²⁵ prema jednom efektivnom organu izvršne vlasti koji je u funkciji zaštite interesa svih građana Bosne i Hercegovine. Po važećim zakonskim rješenjima, ministri u sastavu vijeća ministara zajednički odlučuju većinom glasova, u načelu, o svim pitanjima o kojima u daljnjoj proceduri odlučuje Parlamentarna skupština Bosne i Hercegovine. Konsenzus je zadržan samo za donošenje odluka u taksativno navedenim oblastima, shodno odredbama člana 18. stavova 1. i 2. Zakona o vijeću ministara BiH. Tu spadaju propisi koje donosi samo vijeće ministara, zatim sva imenovanja i postavljenja iz njegove nadležnosti i, na kraju, donošenje i tumačenje poslovnika o radu Vijeća.

Zakonom je također propisan kvorum za punovažno donošenje odluka. Kvorum je ispunjen, ako sjednici prisustvuje više od polovine od ukupnog broja članova Vijeća ministara, uz dodatno ograničenje da moraju biti prisutna najmanje po dva člana iz svakog konstitutivnog naroda. Iz ove situacije može nastati absurd da sjednici prisustvuje sedam članova, ali ako nedostaju dva člana iz jednog konstitutivnog naroda, Vijeće ministara tada nema potreban kvorum za punovažno odlučivanje. Navedena zakonska odredba relativizira usvojeni sistem većinskog odlučivanja (da li glasanjem ili usaglašavanjem stavova - to je za ovu situaciju bitno) tako karakterističnog za spomenute vlade, što svakako može imati dalekosežne posljedice na ostvarenje zakonom zacrtanih vladinih funkcija.

4. KRITIKA POSTOJEĆEG STANJA

Sva dosadašnja analiza pokazuje značajan napredak u proširenju nadležnosti Vijeća ministara. Ipak, i dalje je evidentan nedostatak kompetencija svih centralnih organa vlasti. Osnovni uzrok lošeg stanja nalazimo u komplikovanom i kontradiktornom ustavnom redu propisanom Dejtonskim mirovnim ugovorom koji ne može osigurati efikasno funkcionisanje države dugoročno i potrebno ga je preustrojiti.

Osim nedostatka kompetencija Vijeća ministara, nedovoljno je određena i njegova političkopogramska funkcija. Prema članu 5. stav 4., tački a. Ustava BiH, ovaj državni organ je zadužen za vođenje politike (misli se u kontekstu njegova odnosa s Predsjedništvom i Parlamentarnom skupštinom Bosne i Hercegovine u provođenju politike koju je utvrdio neko drugi). Bolje je reći da se ovdje radi o provedbenopolitičkoj funkciji koja se temelji na provođenju odluka Bosne i Hercegovine (klasična izvršna funkcija) u oblastima člana 3. stava 1. (nadležnosti institucija Bosne i Hercegovine). Tu treba dodati i stav 4. (koordinacija među entitetima) i stav 5. (dodatne nadležnosti). Što se tiče njegove departmansko-upravne funkcije, koju karakteriše stepen upravne slobode ministara, komunikacijske funkcije (odnos između članova Vijeća ministara i predsjednika) te, na kraju, položaja i uloge predsjednika, Ustav ništa ne govori. Vijeće ministara predstavlja jednu atipičnu i hibridnu "vladu" Bosne i Hercegovine. U cilju njegova jačanja u skladu sa spomenutom rezolucijom potrebno je izvršiti zahvat u pogledu same njegove tvorbe i izvršnih kompetencija u vidu povećanja

²⁵ Dom naroda ima zadatak zaštite vitalnih nacionalnih interesa konstitutivnih naroda.

broja ministarstava na nivou države. Taj dinamizam prvenstveno treba ostvariti kroz ustavne i zakonodavne promjene ovog organa.

Izvršna funkcija Vijeća ministara svedena je na prosto administriranje u zaduženim oblastima. Uzroci su pronađeni u nedostatku regulativnih i operativnih kompetencija, zatim u slabostima postupka političkog odlučivanja. Ako uporedimo vladine funkcije koje se zaista nalaze u rukama ovog organa, jasno je da ne može odgovoriti ni klasičnim državnim zahtjevima, a kamo li zahtjevima savremenog ekonomsko-socijalnog razvijatka države Bosne i Hercegovine. Skromne kompetencije su najveća prepreka u ispunjavanju zadataka koje je Evropska komisija nametnula Bosni i Hercegovini kao uslove njenog prijema u članstvo Evropske unije. U postupku političkog odlučivanja nije isključen etničko-entitetski veto, koji značajno otežava vršenje ovih skromnih kompetencija. Veto je aktuelnim zakonom samo neznatno ublažen, jer njegova primjena ne pruža valjane pravne postupke u cilju očuvanja efikasnosti vršenja izvršnih kompetencija. Autonomne odluke Vijeća ministara i dalje se zasnivaju na principu pune saglasnosti svih „strana“, to jest, ministara iz reda sva tri konstitutivna naroda koji su entitetski podijeljeni po principu 1/3 Srba iz Republike Srpske i 2/3 Bošnjaka i Hrvata iz Federacije Bosne i Hercegovine. Ovim je osiguran prostor za blokade i zloupotrebe pojedinih ministara, što može biti štetno po zajedničke interese Bosne i Hercegovine.

Kao glavne parametre efikasnosti rada Vijeća ministara uzimamo poređenje aktuelnog saziva sa mandatnim periodom 2002-2004 godina, te njegovo poređenje sa vladama susjednih država. Prethodni saziv je u drugoj polovini svoga manda utvrdio značajno veći broj zakona, od aktuelnog. Prema podacima Centra civilnih inicijativa,²⁶ prošli saziv sa 79 zakona realizovanih u drugoj godini svog manda, ostvario je za 30 % bolji rezultat od aktuelnog saziva (njegovih 61 zakon, od kojih 44 iz programa). Ako saberemo realizovane zakone od dana konstituisanja do kraja druge godine manda, dolazimo do podataka da je prošli saziv Vijeća ministara u posmatranom periodu utvrdio 136 zakona, dok je aktuelni saziv u istom periodu svog manda imao manji učinak za 37 % (99 realizovanih zakona).²⁷ Sve to pokazuje da aktuelni saziv Vijeća ministara predstavlja izuzetno neefikasnu i nefunkcionalnu državnu vladu Bosne i Hercegovine. Ako njegov rad uporedimo sa vladama susjednih država, situacija postaje još gora. Aktuelni saziv je za dvije godine dosadašnjeg manda utvrdio 29 % manje zakona od broja zakona koje je nova vlast Republike Srbije (formirana 7. jula 2008.) utvrdila za samo prvi pola godine svog manda.²⁸ S druge strane, Vlada Republike Hrvatske u 2008. godini utvrdila je 148 samo tkz. evropskih zakona kojima se zakonodavstvo te države usklađuje sa zakonodavstvom Evropske unije. Ukupno je u toj godini utvrdila 241 zakon.²⁹ To je više za jednu godinu nego što će Vijeće ministara BiH utvrditi za čitav četverogodišnji mandat. Među najvažnijim

²⁶ Godišnji izvještaj o monitoringu rada Vijeća ministara BiH za period 01.01.-31.12.2008.godine, Centri civilnih inicijativa, Sarajevo, str. 13 www.cci.ba/...Vijeće+ministara+BiH.../d764d5e83dfa875fb-97b352aa4a201b3, 24. Septembar 2010.

²⁷ ibid., str. 14

²⁸ ibid., str. 15

²⁹ ibid., str. 15

mjerama iz Programa rada Vijeća ministara za 2009. godinu planirano je usvajanje državne Strategije zapošljavanja i Strategije za mala i srednja preduzeća BiH (2009-2011), te usvajanje Zakona o sistemu državne pomoći što je, kao izuzetno važan prioritet, postavila Evropska komisija. Zbog kritike domaće javnosti i „međunarodne zajednice“, pogotovo kroz evropske izvještaje o napretku BiH, rezultati u 2009. godini po pitanju broja realizovanih mjera, broja usvojenih zakona, mjera koje su u vezi sa realizacijom Godišnjeg programa rada vijeća ministara, nešto su bolji u odnosu na 2008. godinu.³⁰ Ostvareno poboljšanje nikako ne znači da je postignut značajan napredak na povećanju njegove efikasnosti. Od Programom planiranih 748 mjera, tokom 2009. godine Vijeće ministara BiH je realizovalo 392, čime je Godišnji plan realizovan sa tek 52,4% efikasnosti.³¹ To pokazuje da izložene manjakovosti u njegovom radu nisu nastale isključivo uslijed loših ustavnih i zakonskih rješenja već su posljedica nezrelosti dominantnih političkih snaga koje zanemaruju proces transformacije države iz faze „dejtonizacije“ u fazu „evropizacije“. Zbog toga je neophodan snažan angažman međunarodne zajednice u Bosni i Hercegovini kroz djelovanje Ureda specijalnog predstavnika Europske unije. To je svakako može biti suprotno prepukama iz spomenute Rezolucije Vijeća Evrope 1384 (2004) o jačanju demokratskih institucija u Bosni i Hercegovini.

5. PERSPEKTIVA RAZVITKA VIJEĆA MINISTARA BiH

Sumiranjem svih rezultata istraživanja zaključuje se da započeti evolutivni razvoj Vijeća ministara aktuelnim zakonom ni izbliza nije dovršen te je proces njegove transformacije u projektovanu državnu vladu Bosne i Hercegovine i dalje potreban i aktuelan. Naravno, Vijeće ministara ne može egzistirati kao efikasna i funkcionalna savremena parlamentarna vlada na osnovu njegovih kompetencija iz Dejtonskog ustava i važećeg zakona. Nakon što je postala članicom Vijeća Evrope u aprilu 2002. godine, Bosna i Hercegovina je dužna pokoriti se osnivačkim principima navedene regionalne međunarodne organizacije. Ova organizacija je dala svoje mišljenje da postojeća ustavna rješenja organa vlasti na nivou države nisu u skladu sa njenim osnivačkim principima te je Rezolucijom Vijeća Evrope 1384 (2004) preporučila jačanje demokratskih institucija Bosne i Hercegovine. Dalji bitan razlog za jačanje Vijeća ministara nalazimo u potrebi ispunjavanja uslova koji se traže za prijem Bosne i Hercegovine u članstvo Evropske unije. Međutim, oko pitanja jačanja institucija Bosne i Hercegovine postoje dva različita stajališta. Po jedinima, sve počiva i

³⁰ Godišnji izvještaj o monitoringu rada Vijeća ministara BiH za period 01.01.-31.12.2009.godine, Centri civilnih inicijativa, Sarajevo, str. 9, www.cci.ba/.izvjesta+-+monitoringu+rada+Vijeca+ministara.../ 60c281fe668d1287a4dbd15dc1579184, 27. Septembar 2010.

U prva tri mjeseca 2009. godine Vijeće ministara je utvrdilo svega 6 zakona od kojih 4 iz Programa rada i 2 neplanirana; u drugom kvartalu realizovano je 13 zakona od kojih 5 iz Programa rada; u trećem kvartalu su utvrđena 23 zakona, od kojih 20 iz plana; i konačno u poslednjem kvartalu ponovo 23 od kojih 21 iz Programa rada.

³¹ ibid., str. 7

završava na Dejtonskom ustavu tj. na njegovom Aneksu IV i svaka promjena uloge i značaja vijeća ministara mora biti praćena promjenom Ustava. Ovaj organ može imati onoliko funkcija koliko se o tome dogovore entiteti i većina poslanika iz svakog konstitutivnog naroda u Parlamentarnoj skupštini BiH. Takav stav podržavaju političke snage koje žele da se što manje nadležnosti prenese na državu i zbog toga čvrsto stope na svojim centrifugalnim pozicijama. Drugi zagovaraju uspostavu jačeg, efikasnijeg i funkcionalnijeg Vijeća ministara bez obzira na dejtonska ustavna rješenja. Oni su vođeni Rezolucijom Vijeća Evrope 1384 (2004) o jačanju demokratskih institucija Bosne i Hercegovine i postavljenim uslovima Evropske unije za pridruživanje u njeno članstvo. Zbog toga se moraju primijeniti standardi kakvi važe u bilo kojoj evropskoj savremenoj parlamentarnoj vladi.

Položaj i uloga predsjedavajućeg Vijeća ministara mora se učiniti sličnom položaju i ulozi prvog ministra ili premijera vlade. U tom cilju neophodno je preduzeti određene ustavne i zakonodavne promjene kako bi predsjedavajući dobio ulogu premijerskog tipa kormilara. Do sada se nije uspio odvojiti od prostog tipa pregovarača koji najviše energije u toku svog mandata troši na uskladivanje političkih stavova ministara iz mnogobrojnih stranaka koje čine parlamentarnu većinu. Budući da u ovom trenutku ne postoji temeljni politički konsenzus za ozbiljnu ustavnu reviziju, jedino preostaje dalje istraživanje izvora za dinamične ustavne promjene u okviru Aneksa 4. Dejtonskog sporazuma, koji je stvorio osnovu za uspješan pravni razvitak Bosne i Hercegovine.³²

Ovaj rad će ponuditi rješenja koja u sadašnjem trenutku moraju imati osnov u organizacionim principima savremenih parlamentarnih vlada u Evropi. Svim klasičnim i neoklasičnim resorima treba dodijeliti izvorne regulativne nadležnosti u oblastima koje se nalaze u njihovom djelokrugu. Isključivom primjenom koordinirajućih nadležnosti pojedinih državnih resora sa entitetskim vladama u oblasti unutrašnje sigurnosti i ekonomski politike može doći u pitanje ispunjavanje uslova za prijem Bosne i Hercegovine u članstvo Evropske unije. Manjkavost se ogleda u tome što se većina zakona i drugih propisa od kojih zavisi ispunjavanje ovih uslova i dalje nalaze u isključivoj nadležnosti entiteta.

Vrlo važan uslov za članstvo u Evropskoj uniji jest da se organizovanje i kontrola organa za održavanje unutrašnjeg reda i mira sa entitetskim ministarstvima unutrašnjih poslova prenese u nadležnost Ministarstva sigurnosti Bosne i Hercegovine. To treba učiniti po ugledu na Ministarstvo odbrane koje je, osim svoje operativne odbrambene funkcije, preuzealo nadležnost neposrednog ustrojavanja, opremanja i opskrbe vojske. Također, nastankom Uprave za indirektno oporezivanje kao samostalne upravne organizacije koja je zadužena za prikupljanje poreza na dodatnu vrijednost, stvorene su prepostavke za vlastite materijalne izvore prihoda države Bosne i Hercegovine. Ovi prihodi trebaju biti temelj za jačanje ekonomskih funkcija Vijeća ministara.

U cilju dalje institucionalne dogradnje Vijeća ministara moraju se izvršiti određeni zahvati u postojeća ustavna i zakonska rješenja. To se može postići korištenjem postojećih ustavnih odredbi o dodatnim nadležnostima ili formalnom ustavnom revizijom. Ustavni osnov se nalazi u članu 3. tačka 5. (a) Aneksa IV Dejtonskog

³² Ćazim Sadiković, Dejtonski sporazum rezultat međunarodnog kompromisa, Okrugli sto na Pravnom fakultetu u Sarajevu, Izvor: *Dnevni avaz*, 11. novembar 2003., str. 4.

mirovnog sporazuma u dodatnim nadležnostima o kojima odlučuju isključivo entiteti, odnosno, entiteti i Parlamentarna skupština Bosne i Hercegovine. Kako za formalnu promjenu Ustava nedostaje temeljni politički konsenzus, veće izglede ima dalja primjena vertikalnog prenosa regulativnih i operativnih kompetencija u određenim materijama sa entitetskih vlada na postojeća državna ministarstva ili stvaranje potpuno novih ministarstava. Davanje regulativnih kompetencija neoklasičnim resorima značilo bi da će Ministarstvo vanjske trgovine i ekonomskih odnosa, te Ministarstvo civilnih poslova dobiti ovlaštenja izdavanja zapovijedi entitetskim ministarstvima u oblastima kojima sada samo koordiniraju. Nedostaci primjene ovog načina se ogledaju u preopterećenosti navedenih resora umnožavanjem službi ispod nivoa ministarstva, slično kao što to postoji u Saveznoj vladi SR Njemačke u kojoj su ministarstva razgranata na niz novih službi.

Puno praktičnije od beskonačnog množenja službi na državnom nivou jest stvaranje novih neoklasičnih resora čije ekonomske funkcije trebaju biti u mješovitoj nadležnosti sa entitetima. Vijeće ministara treba da daje izvršne regulativne osnove ekonomske politike čije konkretno provođenje treba ostati u nadležnosti entitetskih vlada. Neophodno je stvoriti slijedeće ministarske resore na državnom nivou: ministarstvo poljoprivrede, rada i socijalne zaštite, trgovine, industrije i energetike, zdravstva, nauke i obrazovanja, turizma i zaštite prirodne okoline, te kulture i sporta. U ovom trenutku Vijeće ministara treba imati šesnaest ministarskih resora. Na taj način bi se po broju svojih ministara približilo Saveznoj vladi u SR Njemačkoj koja ima devetnaest ministara. To znači i njegov prelazak u kategoriju vlada srednje veličine.

Ustavno redefinisanje načina političkog odlučivanja u okviru Vijeća ministara se ne može postići korištenjem odredbi o dodatnim nadležnostima Bosne i Hercegovine. Razlog je taj što se tu ne stvara nikakva nova kompetencija države i ovo ne može biti predmetom direktnog dogovora entiteta. Stoga je potrebna ustavna revizija ovih odredbi koja će definisati funkciju predsjednika Vijeća ministara kao premijera, te promijeniti entitetski način glasanja ministara i sniziti kvorum o potrebnom minimalnom broju ministara iz jednog konstitutivnog naroda koji moraju prisutvovati sjednicama Vijeća ministara. Vodeći računa o preporukama Rezolucije Vijeća Evrope 1384 (2004) o „umjesnom“ uzimanju u obzir ravnoteže među predstavnicima triju konstitutivnih naroda, ministrima se mora amputirati njihov „etnički ekskluzivitet“ u političkom odlučivanju, a sve u korist zajedničkih interesa svih građana Bosne i Hercegovine. Ovdje treba značajno reducirati etničko glasanje ministara jer je u pitanju organ izvršne vlasti koji korištenjem vladinih funkcija realizuje zajedničke interese države.

Pošto se Bosna i Hercegovina mora prilagoditi organizacionim osnivačkim principima Vijeća Evrope te osigurati da se svaki budući ustav i dalje odnosi na konstitutivne narode sa principom prvenstva individualnih prava, ovdje se predlaže da ustavna modifikacija etničko-entitetske segmentirane tvorbe na nivou države ostane samo kod tvorbe Doma naroda Parlamentarne Skupštine BiH. Ovaj dom predstavlja dovoljnu garanciju kojom se sprečava ugrožavanje vitalnih interesa konstitutivnih naroda.

Loši ekonomsko-socijalni uslovi života u Bosni i Hercegovini permanentno traže dodatno jačanje izvršnih ovlasti Vijeća ministara. Da bi se domaće političke snage uopće ozbiljno uhvatile ukoštac s ovakvim stanjem, neophodno je da Vijeće ministara u budućnosti zaista postane odlučujući i vodeći nosilac političko-izvršne vlasti na nivou Bosne i Hercegovine. To potvrđuje mišljenje o vladi kao vlasti koja u stvarnosti sve više teži i uspijeva da postane vlast koja daje impulse, koja animira i osigurava opće usmjeravanje države i predstavlja vrstu nacionalnog "Leadershipa", dok parlament postavlja samo načelne granice akciji vlade i osigurava kontrolu nad njenim radom.³³ Ovaj rad treba poslužiti budućim raspravama u cilju provođenja reformi ka uspostavi jednog efikasnog i funkcionalnog Vijeća ministara Bosne i Hercegovine, po ugledu na standarde ostalih savremenih parlamentarnih vlada u Evropi.

LITERATURA

1. Beyme von Klaus (1999), Politički sustav Savezne Republike Njemačke, Pan liber, Osijek; Zagreb; Split,
2. Birch Anthony Harold (2000), Politički sustav Velike Britanije, Pan liber, Osijek; Zagreb; Split,
3. Duverger Maurice (1965), Institutions politiques et droit constitutionnel, Paris,
4. Hartley T.C. (1998), Osnovi prava Evropske zajednice, Pravni centar-Fond otvoreno društvo BiH, Sarajevo,
5. Jovičić Miodrag (1979), Savremeni politički sistemi, Pravni fakultet u Novom Sadu,
6. Marković Ratko (1980), Izvršna vlast, Savremena administracija, Beograd,
7. Pobrić Nurko (2000), Ustavno pravo, Slovo, Mostar,
8. Pobrić Nurko (2000), Ekonomski funkcioniranje Države Bosne i Hercegovine-ustavno-pravni aspekti, Ljudska prava-Revija za ustavno i međunarodno pravo, broj 1, godina 1, Sarajevo,
9. Sokol Smiljko, Smerdel Branko (1998), Ustavno pravo, Informator, Zagreb,
10. Šarčević Edin (1997) , Ustav i politika: kritika etničkih ustava i postrepubličkog ustavotvorstva u Bosni i Hercegovini,Vijeće Kongresa bošnjačkih intelektualaca Sarajevo.

³³ M. Duverger, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, 1965., str. 177.

Doc. dr. Stjepo Pranjić
Sveučilište/Univerzitet „Vitez“ Travnik
Fakultet pravnih nauka
stejpo.pranjic@unvi.edu.ba

OGLED O NORMATIVNOJ KONKRETIZACIJI NAČELA PRAVNE DRŽAVE NA CASE STUDY

A CASE STUDY ON NORMATIVE CONCRETIZATION OF LEGAL STATE PRINCIPLES

REZIME

Pravna država BiH kao i druge pravne države je državni oblik koji presuzira postojanje normiranih odnosa. To je neophodan uvjet kojeg BiH nije ispunila i zbog toga ona nije dostigla europski standard vladavine prava prema načelu pravnosti. S druge strane, česte promjene zakona koje djeluju čak i *ex tunc* (npr. poništavanje svih stanarskih prava ili ugovora o korištenju, u razdoblju 1992-1998, a time i ugovora o kupoprodaji i uknjižbi prava vlasništva ili polaganje ugovora u knjigu položenih ugovora, odredbom čl.2. ZPPZNS) vode ka povredi i prava vlasništva kao prirodnog i svetog prava svakog čovjeka te drugih ograničenih stvarnih prava (prava služnosti, stvarni tereti, pravo građenja i založno pravo) koja zajedno s vlasništvom tvore sustav stvarnih prava. Tim prije normativna konkretizacija načela pravnosti, normiranih odnosa, mora se vršiti prema općim pravnim pravilima i ograničenjima s obzirom da osoba, u slučaju povrede njenih prava, ima na raspolaganju zajamčena sredstva (međunarodne) pravne zaštite. Ako (službene) osobe poštuju pravo koje ih se tiče onda se izravno provode načela pravne države, odnosno, ne slijedi normativna konkretizacija (normalna primjena prava). Tada se može kazati da je pravna svijest i politička kultura na europskoj razini. Međutim u bosanskohercegovačkoj praksi je *vice versa*. Pravo se atipično mnogo krši ili narušava, pa onda predmetno načelo, iako uključuje djelovanje sudova i državne uprave, rad tih tijela je ograničen, prije svega zbog preopterećenosti sudova. Time je očigledno ugroženo načelo pravnosti. Povrijeđeno je pravo rješavanja u razumnom roku (čl.6. Europske konvencije). Sudovi i državna uprava ostvaruje načela pravne države tako što ne mogu donositi (vršiti normativnu konkretizaciju) nikakve svoje pojedinačne akte (presude, zaključke, rješenje i dr.), a da ti akti nisu samo sredstvo supsumcije zakonskih općih normi. To se formalnopravno izražava, što je za svaki takav akt nužno navesti pravnu vizu, odnosno, ukoliko se pojavi tijekom postupka prethodno pitanje ili pravna praznina da se uputi na potpuniji zakon (shodna primjena), odnosno, supsidijarnu primjenu, tj. metode rješenja pravne praznine. U slučaju započinjanja postupka normativne

konkretizacije, neophodno ga je provoditi deduktivnim pristupom. Na vrhu hijerarhije bosanskohercegovačkog pravnoga poretku nalazi se Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, koja priznaje neotuđi va prirodna prava, zatim Ustav BiH, mjerodavni zakoni i podzakonski propisi. Dvojbe iz analize *case study* impliciraju ugroženost i/ili povrede utvrđenih načela pravne države u predmetnim aktima. Pri tome, neophodno je naglasiti, glede sudstva, u domeni normativne konkretizacije objektivnog (stvaranje) prava i uspjelo se relativno potpuno ne povrijediti ustavna načela, ali zato je indikativna ugroženost tih načela glede ostvarivanja subjektivnih (tipična primjena) prava. Stanje je totalno, odnosno, eksplicitna je ugroženost, a i povreda ustavnih načela. Tim više, postoje pogodni uvjeti koji proizlaze iz temeljnih karakteristika normative koju uprava primjenjuje. Jednostavno je utvrditi da su ti propisi prilično heterogeni, nesistematisirani a, osobito nepotpuni tako da uprava i dalje uživa veliku diskrečiju slobodu odlučivanja. To je negacija vladavine prava - načela pravnosti.

KLJUČNI POJMOVI: načela pravne države, vladavine prava, Ustav BiH, ustavnost i zakonitost, upravni postupak, upravni spor, upravna radnja, upravni akt, upravno tijelo, slučaj iz prakse, upravna stvar, pravni lijekovi, uknjižba, upisnik, blanket (naljepnica) etiketa, korisnička kopija i kuverta brze (expres) pošte.

SUMMARY

Legal state of Bosnia and Herzegovina, as any other state of law, is a form of state governance presuming the existence of normalized relations. This is an essential condition, not yet fulfilled by BiH, and due to which it has not reached the European standard of the Rule of Law on the principle of legality. On the other hand, frequent law amendments applied even *ex tunc* (e.g. annulment of all tenancy rights or user licence agreements in the period 1992-1998 and thus the annulment of sale contracts and registration of property rights or registration of contracts into Book of deposited contracts, according to Article 2 Law on Cessation of Application of Law on Abandoned Apartments (ZPPZNS)) lead to violation of the right of ownership as a natural and sacred right of any man, and other limited property rights (easement rights, real burdens, construction rights and mortgage rights), which together with the ownership create the property rights system.

Nonetheless, normative concretization of the principle of legality must be undertaken in accordance with general legal regulations and limitations since a person in case of the violation of his/her rights has available granted means (international) of legal protection. If (official) people respect the right concerning them, then the principles of legal state are applied directly, i.e. normative concretisation is not followed (normal application of the law). In this case, legal awareness and political culture are on the European level.

However, practice in Bosnia and Herzegovina is vice versa. Atypically, law is vastly violated or distorted and thus the subject principle, despite the involvement of court and state administration whose work is limited, mostly due to overload of

the courts. Consequently, this affects the principle of legality. The right to solve the matters in reasonable deadline is undermined (Article 6 of the European Convention). Courts and state administration perform the principles of legal state, without being able to enact any individual acts (verdicts, conclusions, decisions etc.) which are not merely subsumption means of general legal norms.

Formally and legally, it results that all acts must necessarily relate to legal basis, i.e. if during a procedure arises a question or a legal gap, it is referred to a more comprehensive law or subsidiary application, i.e. methods for overcoming legal gaps. In case of the initiation of normative concretization procedure, deductive approach should necessarily be applied. On the top of Bosnia and Herzegovina legal system hierarchy stands European Convention for protection of human rights and fundamental freedoms, which recognizes inalienable natural rights, followed by B&H Constitution, relevant laws and by-laws. Doubts arising from the case study analysis imply distortion and/or violation of the established principles of legal state in the subject acts. Furthermore, regarding the judiciary, it is important to highlight that in domain of normative concretization of objective (establishment) law, constitutional rights managed to remain relatively fully intact. However, vulnerability of these principles regarding exercise of subjective rights (typical application) is indicative. The state is total, i.e. vulnerability is explicit and thus also violation of constitutional principles. The more so, there are favourable assumptions arising from fundamental characteristics of normatives applied by administration. It is simple to determine that those regulations are quite heterogynous, unsystemised and particularly incomplete, therefore leaving a big discretionary freedom of decision making for the administration. This is a negation of the Rule of Law - principle of legality.

KEY WORDS: principles of the legal state (state of law), Rule of Law, constitution of B&H, constitutionality and legality, administrative procedure, administrative dispute, administrative action, administrative act, administrative authority, case study, administrative matter, legal remedies, registration, register, label, customer copy and express mail envelope.

UVOD

Suvremeni pristupi primjeni prava služe se pojmom *normativna konkretizacija* čime se naglašava da tek svojom primjenom, norma dobiva konkretno značenje, kao silogizam složenog postupka povezivanja radnji i sredstava te utvrđivanja veza. Iz bosanskohercegovačke ustavnopravne političke prakse permanentno proizlazi zahtjev za propitivanje primjene (normativne konkretizacije) načela pravne države, odnosno, vladavine prava i iz njega proizlazećeg načela ustavnosti i zakonitosti koje pretpostavlja (uvrđuje) načelo hijerarhije pravnih izvora i pravne sigurnosti. To se događa, naprosto, jer ne postoje normirani odnosi u svim oblastima (npr. Zakon o državnim potporama) ili spomenuto načelo nije potpuno u pojedinim odnosima (npr. Ustav BiH - biračko pravo za člana predsjedništva BiH nije jednako) što je neophodan

uvjet za primjenu, odnosno, normativnu konkretizaciju načela pravne države.¹ Do kraja prosinca 2009, tek svaki peti zakon planiran u Vladi F BiH, u posljednje 3 godine usvojen je u Parlamentu. Kada se sve zbroji i oduzme planirano je 285 zakona, urađeno tek 122 a Parlament je usvojio 62! U 2009. godini Parlament F BiH realizirao je tek 21% zakona planiranih Programom rada, odnosno, 26 od 121.² Podaci o usvojenim zakonima pokazuju da je Parlamentarna Skupština BiH u razdoblju od 11 godina „...prosječno mjesечно uspijevala usvojiti, nešto više od dva zakona.“³ Zbog toga, a u domeni posebne primjene (normativna konkretizacija), neophodno je propitati efikasnu i konsekventnu primjenu načela pravne države na hijearhijski niži pravni akt (stvaranje prava), tj. na konkretni slučaj (tipična primjena prava).⁴ Pri tome, načelo ustavnosti i zakonitosti (je jedno načelo izraženo sa dvije riječi jer, načelo ustavnosti nije ništa drugo do najviši oblik zakonitosti - pravnosti) funkcioniра ako inkorporira instrumente normativne konkretizacije, kao što su: pravo na suđenje u razumnom roku, zabrana retroaktivnog djelovanja pravnih akata, supsidijarna primjena propisa, zabrana poništenja ili ukidanja stečenih prava, tj. međunarodne instrumente prava čovjeka koji garantuju skupinu prirodnih prava i dr.; primjerice, mogućnost da se tužbom Europskom sudu ustane protiv države koja krši neka od tih ljudskih prava (npr. pravo vlasništva), ili vojne intervencije UN na zemlje gdje se neka od ovih prava ugrožena (npr. pravo na život). S obzirom na njihovo značenje mnogi ustavi u svijetu su u normativni dio inkorporirali instrumente koji jamče prava čovjeka i temeljne slobode. Iz tog, a imajući u vidu njihovu iznadzakonsku snagu i međunarodnopravnu zaštitu, te s obzirom na proces globalizacije i još više europske integracije, ovo suvereno međunarodnopravno načelo pretvara ustave širom svijeta u povelje za ljudska prava (bez pravne snage). Posebno se to događa što se u ustavima proširuje katalog ljudskih prava kao što su, npr. socio-ekonomski prava, prava na lokalnu samoupravu, prava životinja za sebe, a ne po sebi i druga ekološka prava.

¹ Pojam «pravne države» je temeljni pojam njemačke teorije dok je za francusku teoriju to pojam «vladavina prava». No i prema jednoj (drugojoj) teoriji ustavna načela i postojanje hijerarhije pravnih propisa iznad su zakona, odnosno prema francuskoj teoriji građani se moraju podvrgavati zakonima a ne ljudima, pri čemu je ustav najviši zakon.

² Piše u izvješću CCI-a i dodaje kako je za 3 godine usvojeno onoliko zakona koliko su trebali usvojiti za 6 mjeseci. Posebno je zabrinjavajuće, osim što nije dostigla ni polovičnu realizaciju vlastitog plana zakonodavne aktivnosti, Parlamentarna Skupština BiH odbila je vrlo veliki broj zakona. U 2009., 44. zakona su odbijena što je za četvrtinu manje od ukupno usvojenih zakona (62).

³ Istina, do 2004. godine zapaža se relativno stabilna tendencija porasta broja usvojenih zakona (od 4 zakona usvojena 1998. do 73 zakona 2004), ali se, poslije te godine, bilježi tendencija pada. Istovremeno, broj zakona koji nisu prihvaćeni gotovo je identičan broju prihvaćenih. Tako je, npr. u mandatu 2000 - 2002. usvojeno 35 zakona, a neusvojena 83. obrnuto, u 2004 - 2005. usvojeno je 112 zakona, a nisu usvojena 63 zakona. Ocjena uspješnosti zakonodavne aktivnosti je nepovoljnija kada se uključe podaci o zakonima koje je nametnuo Visoki predstavnik. U cjelini, kada se zbroji broj zakona koji nisu prihvaćeni i onih koje je nametnuo Vi soki predstavnik, proizlazi da je daleko manje zakona koje je PS uspjela usvojiti od onih koje nije uspjela (279:372). Kvalitativna analiza zakona u prvoj i drugoj kategoriji potvrđuje da je Visoki predstavnik, po pravilu, bio prisiljen nametnuti sistemski reformske zakone, jer to u naj većem broju slučajeva Parlamentarna Skupština BiH nije bila u stanju” - T., Kasim, S., Miodrag, M., Zvonko et al.: Proces odlučivanja u Parlamentarnoj Skupštini Bosne i Hercegovine, Sarajevo, 2009.

⁴ Tipična primjena prava je logički postupak silogističkog zaključivanja, gdje se iz dviju premisa (opća norma + konkretni slučaj) izvodi zaključak kao pravna posljedica.

Odnosno, ustavi, u ovom dijelu, poprimaju sve više obilježje službenih evidencija u kojima su proglašeni već položeni instrumenti ratificiranja i pravne zaštite ljudskih prava.

Normativnu konkretizaciju načela pravne države promatraću deduktivnim pristupom kroz prizmu odlučnih, ali dvojbenih (pravnih) činjenica iz konkretnog slučaja koji čini tu relevantnu normativnu konkretizaciju neefikasnom, ali i dvojbenom (sa stajališta načela pravnosti), nastalog u službenim postupcima (upravnom i sudskom).⁵ Iz konkretnog slučaja (engl. *case study*) prezentirat će relevantne, ali dvojbenе i odlučne (pravne) činjenice koje će pokušati dovesti u vezu s mjerodavnim odredbama opće norme. Rezultat toga podvrgnut će metodološkom postupku apstrakcije i generalizacije te na taj način pokušati doći do znanstveno fundiranih zaključaka koji se razložno mogu tretirati doprinosom institucijskom i funkcionalnom konfiniranju načela pravnosti prema europskim standardima, od čega smo sada daleko. Sukladno navedenom, ostvarivanje načela pravne države promatrat će kroz udovoljavanja nadležnih tijela, a ne građana (normativna konkretizacija, a ne izravna primjena opće norme) u konkretnom slučaju odredbama pozitivnih propisa u kojima su ona sadržana; Ustav (F) BiH, Zakon o prestanku primjene Zakona o napuštenim stanovima (ZPPZNS), Zakon o stambenim odnosima (ZOSO), Zakona o upravnim sporovima (ZUS), Odluka Visokog predstavnika o osnivanju komisije za kontrolu zaključenih i/ili obnovljenih ugovora o korištenju stana i Naputak visokog predstavnika o postupku kontrole zaključenih i/ili obnovljenih ugovora o korištenju stana i dr.. Kako u praksi nema potpunog udovoljavanja zakonima, takva situacija stvara potrebu za primjenom drugih, potpu njih zakona; Zakon o izvanparničnom postupku, Zakon o važnosti javnih isprava, Zakona o obveznim odnosima, Zakona o carinskoj politici ili npr. Zakona o kaznenom postupku, kada službena osoba u upravnom postupku nađe na kazneno djelo (npr. krivotvorene isprave), tj. prethodno pitanje koje ne pripada upravnoj stvari ili supsidijarna primjena Zakona o upravnom postupku (ZUP) i dr.

1. Pojam i umnožavanje načela pravne države

Za pojam pravne države, iako zdravorazumski izgleda jasan i razumljiv, zapravo ne postoji opći znanstveni konsenzus oko njegovog definiranja. Opći pristup pojmu pravne države na ovom mjestu nije ni potreban, a osim toga itekako je složen, u najmanju ruku bivalentan i prijeporan.⁶ Zbog toga, a s obzorom na predmet i karakter ovoga rada, proizlazi uporaba deduktivnog pristupa analitičkog utvrđivanja vrijednosti njegovih najrelevantnijih pravnih načela (divizija pojma) normativnom konkretizacijom općih normi na konkretni slučaj, tj. na ostvarivanje subjektivnih prava građana prema načelu efikasnosti, ekonomičnosti i efektivnosti (»3E«). To

⁵ U anglo-američkoj misli primjena prava redovito se vezuje uz upravno i sudsko odlučivanje, što korespondira i s precedentnim karakterom tog prava.

⁶ Vidi Jež, Zdravko, Principi demokratske pravne države, Bački Petrovac: Kultura, 2004.

je praktično utemeljenje i teleološko opravdanje pojma pravne države (engl. *state respecting the rule of law*; njem. *Rechtsstaat*; franc. *Etat de droit*).

Siluete prvih načela pravne države javljaju se još antici, a umnožavaju se i etabiraju kroz srednji vijek kada počinje i u službenim dokumentima njihova proklamacija kao prvih pravnih načela čiji broj ovisi od ukupnog društvenog i civilizacijskog napretka, tj. od razvoja političke demokracije.⁷ Odnosno, najugroženija od proklamiranih načela u danom vremenu se poistovjećuju s esencijom sadržaja pojma pravne države (npr. sentanca „kadija te tuži kadija ti sudi“). Naprimjer, na samom početku fenomen pravne države, asimilirao je značenje po kojem je pravna država ona država u kojoj su uprava i sudstvo stavljeni pod zakon. Prva načela su nastala kao pravila o osobnim slobodama (sloboda kreta nja, izlaska i ulaska u državu), o različitim zaštitama pojedinaca protiv arbitarnih postupanja vlasti, o vlasti koja počiva na suglasnosti naro da i pravu da narod promijeni vlast ako je žrtva zloraba i uzurpacija despotske vlasti, a za bilježena su u engleskim dokumentima. I danas se povrjeđuju ova načela, npr. protjerivanje Roma iz Francuske koji su državljeni zemlje članice EU. Time se izravno ugrožava sloboda kretanja kao jedan od 4 stupa na kojima počiva ustavnopravni politički poredak EU. Građanske revolucije tijekom XVIII. st. posebno su ishodovale mnoštvo proklamiranih načela (renesansa ustavnosti), a time je jačala svijest o državi vladavine prava (*rule of law state*) koja je sve više penetrirala u feudalnu anomiju.⁸ U (apsolutističkim) monarhijama sudstvo, a osobito državna uprava, prije svih policija, kao glavni dio uprave nisu bili stavljeni pod zakon već su djelovali po svom shvaćanju državnog interesa, što je imalo za posljedicu kršenje ljudskih prava i sloboda. Pravna sigurnost građana bila je ugrožena. Krajem XX. st. pojedina načela pravne države ponovno se reafirmiraju i obogaćuju na način da se otvaraju dvojbe povezane s pitanjima prvenstva političke demokracije i prava čovjeka. To je posebno bilo potaknuto slomom real-socijalističkoga i samoupravnog sustava, kritikom totalitarizma, prava i rehabilitacije demokratske države te uzdizanje novih prava čovjeka na razinu međunarodnog standarda. Ipak, iako se razvilo mnoštvo teorija o pravoj državi, sve su one zasnovane na misli o državi (suverenoj) kao najvišoj vlasti koja se provodi nad stanovništvom određenog teritorija.⁹ Ideju

⁷ *Magna Carta Libertatum* (1215), *Habeas Corpus Act* (1679), *Bili of Rights* (1689), američkoj *Deklaraciji o nezavisnosti* (1776) te francuskoj *Deklaraciјi o pravima čovjeka i građanina* (1789).

⁸ Tijekom XIX. st. pravnom državom posebno se bave njemački pisci koji razvijaju koncepciju *Rechtsstaat* zato što je novonastalo Njemačko Carstvo (1871) trebalo učvrstiti i jačati upravo pravnom državom. U Francuskoj koncept pravne države (*l'etat de droit*), koji po seboj razrađuje R. Carre de Malberg u *Prilogu općoj teoriji države* (*Contribution a la theorie generale de l'Etat*, 1920-22), dugo je, kao i u drugim zemljama klasične ustavnosti, jedan od te meljnih pojmovaa nomotehničkog rječnika filozofa prava - Pravni Leksikon, Leksikografski zavod Miroslav Krleža, Zagreb, 2007, str. 1190-1194.

⁹ Suveren može biti monarch (J. Bodin) ili narod (J. J. Rousseau), ali bez obzira tko je nositelj suvereniteta, suveren je iz nad uspostavljene hijerarhije pravnih propisa koji se primjenjuju prema svima. Bit Rousseau suverene vlasti i jest u tome što ona nije ničim ograničena, odnosno, ona može sve ili je ne ma.

vlasti u praksi nad kojom nema nikakva pravila počeli su među prvima osporavati teoretičari prirodnoga prava. Oni su isticali da su heteronomni propisi legitimni ako su u suglasnosti s prirodnim pravom. U to vrijeme uprava se počela podvrgavati pravnim pravilima. Građani su dobili pravo na žalbu, ukoliko su odluke uprave protivne tim pravilima. Time je stvoren semantički suprotan pojam policijskoj države, a to je pravna država.¹⁰ Jednako tako, pojam pravne države afirmira načelo hijerarhije pravnih normi. Podzakonski pravni propisi moraju biti u formalnom i materijalnom smislu u suglasnosti sa zakonima, a zakoni s ustavom.¹¹ Odnosno, iz načela ustavnosti proizlazi institucionaliziranje državne vlasti koja se podvrgava pravnome režimu, usklađuje svoje radnje i sredstva s njegovim pravilima, a u svrhu jamstva ljudskih prava. Postojanje ustava u formalnom smislu prepostavlja postojanje kontrole ustavnosti zakona koja bi ograničila vlast samih legislatora (Vrhovni sud SAD, Ustavno vijeće u Francuskoj, Ustavni sud (F) BiH, RS, Ustavni sud RH, i dr.). Ideja o pravnoj državi, kao državi koja normira društvene odnose i koja se toj normativi podvrgava, otvorila je dvojbeno pitanje o ograničavanju suverene države. Njemački autori koriste se pojmom samoograničenja. Država jest suverena, ali ona prihvata podvrgavanje načelima pravne države. U protivnom nema načina kojim bi se, s obzirom na nje zina moguća neograničena djelovanja, spriječila povreda tih načela.

Moderna ustavnopravna politička praksa pokazala je eklatantne primjere tipičnih varijanti pravne države. Posebno je to uočljivo u međusobnoj usporedbi značenja anglo-američkog pojma *the rule of law* (vladavine prava) i njemačkog pojma *Rechtsstaat* (pravne države). U anglo-američkom doktrini mogu se razlikovati tri shvaćanja pravne norme (*rule of law*): pozitivističko, proceduralno i materijalno. Ta shvaćanja upućuju na društvo u kojem vlada pravo, a ne ljudi.¹² U Njemačkoj su

¹⁰ Policijska je država ona u kojoj upravna vlast može prema građanima na temelju diskrecije i više-manje potpune slobode odlučivanja primjenjivati različite mјere sve dok sudac ne nađe pri mјerenim preuzetim inicijativu, što čini prema okolnostima i ciljevima u konkretnom slučaju (R. Carre de Malberg).

¹¹ Prema tome, vladavina prava nije vladavina zakona, već vladavina po pravu, metapravna doktrina ili politički ideal - Hayek, Friedrich August, Politički ideal vladavine prava, Školska knjiga, Zagreb, 1994, str. 47.

¹² Pozitivističko shvaćanje prepostavlja po stojanje procedure prema kojoj se donose zakoni. U takvom se sustavu vladavina prava ostvaruje tako da se građani ponašaju sukladno tim zakona. Proceduralno shvaća nje načela vladavine prava prepostavlja da pravna norma, da bi bila istinsko pravo, mora zadovoljiti postojanje dodatnih formalnih karakteristika. Vladavinu prava ostvaruju samo oni zakoni koji udovoljavaju tim dodatnim karakteristikama, odnosno, formalnim ograničenjima kojima se štiti autonomija pojedinaca i koja im omogućuju život u suglasnosti s pravom. U tom smislu neće se npr. smatrati zakonitima retroaktivni ili neizvjesni zakoni. Materijalno shvaćanje načela vladavine prava traži osim formalnih karakteristika i materijalna ograničenja normi. Sadržaj norme bit će zakonit samo ako je ta norma usvojena na odgovarajući način, ako zadovoljava određene formalne karakteristike i ako je u skladu s odgo varajućim načelima materijalnoga prava. Gotovo da nema oštra razdvajanja između proceduralnoga i materijalnoga shvaćanja načela vladavine prava. No, dok proceduralno shvaćanje počiva tek na uskom materijalnom konceptu individualne autonomije, materijalno može inkorporirati široku skalu partikularnih ljudskih prava; Pravni Leksikon, op. c.

teoretske rasprave I. Kanta, J. G. Fichte, A. von Humboldta i dr. tijekom XVIII. st. i poslije oblikovale pojam *Rechtsstaat* kao njemački odgovor na nužnost formiranja pravne države, pandan arbitrarnoj i apsolutističkoj državi. Ti su autori, polazeći sa stajališta teorije pravnoga racionalizma (*Vernunftrecht*), zaključivali da bi se pravna država trebala temeljiti na slobodi i pravima čovjeka, s isključivom zadaćom ostvarivanja zakona kao sredstva njihove zaštite. To je bila ideja materijalne pravne države (*materieller Rechtsstaat*), čija je bit da upućuje na to kako je svrha države očuvanje te meljnih ljudskih prava i sloboda, odnosno, da je i država podvrgnuta pravu. Poslije su O. Bohr i R. Gneist upotpunili i rekonstruirali pojam *Rechtsstaat* čija je verzija prevladala u njemačkoj literaturi. Takav formalni /formeller/Rechtsstaat definira se isključivo zakonskim normama i samo eventualno ovisi o kvaliteti prava. Drugim riječima, to znači da, ako u državi poстоje utuživo i objektivno pravo, postoji i legiti man zahtjev da se takva država smatra pravnom državom. Njemački je pojam formalne pravne države (*formeller Rechtsstaat*) prema tome potpuno različit i drugačiji od pojma mate rjalne pravne države (*materieller Rechtsstaat*), a onda i od tradicije države zasnovane na vlasti vini prava o kojoj je riječ u anglo-američkoj tradiciji.

2. Konstitucionaliziranje pojma pravne države u Ustavu (F) Bosne i Hercegovine

Konstitucionaliziranje pojma pravne države u ustavnom pravu izraženo je kroz (ne)izravno utemeljenje načela pravne države u ustavima mnogih zemalja klasične i moderne ustavnosti. Ustav Bosne i Hercegovine nije izričito konstitucionalizirao pojam pravne države.¹³ Iz analize ustavnoga teksta nesumnjivo proizlazi zaključak da se bosanskohercegovački ustavotvorac opredijelio za konstitucionalizaciju koncepta materijalne pravne države (*materieller Rechtsstaat*). Ustav BiH određuje: „*Bosna i Hercegovina je demokratska država koja funkcioniра u skladu sa zakonom i na temelju slobodnih i demokratskih izbora.*“¹⁴ Ova odredba u smislu materijalnog konstitucionaliziranja pojma pravne države znači ustavnu vladavinu prava, koja prepostavlja načelo ustavnosti i zakonitosti, a to znači da svi zakoni moraju biti u suglasnosti s Ustavom, a ostali propisi i s Ustavom i sa zakonom i gdje nitko ne može imati više ovlasti od onik koji mu daje pravo, tj. pojedincu je sve dopušteno

¹³ U Ustavu SAD (1787) nekoliako je odredaba koje osiguravaju državu zasnovana na vladavini prava. To su odredbe koje zabranjuju saveznoj državi i federalnim državama donositi retroaktivne kaznene zakone (*ex post facto*), i zakone kojima se nameću kazne točno imenovanim pojedincima ma ili identificiranim grupama (*bills of attainder*, odredbe koje jamči pravno sredstvo za izbavljenje iz zatočenja koje nezakonito realizira egzekutiva (*mit of habeas corpus*), kao i diobu vlasti između zakonodavne, izvršne i sudbene i dr. Ustav Ruske Federacije od 1993., na izričit način definirao je Rusiju kao i pravnu državu. Na isti način to je učinjeno i u ustavima: Republike Mađarske od 1989., Republike Poljske od 1997., »Republika Mađarska neovisna demokratska pravna država« (*A MagyarKoztar-sasag fiiggetlen, demokratikus jogallam*), »Poljska je de mokratska pravna država« (*demokratycznym panstwem prawnym*) i Republike Slovenije od 1991. - »Slovenija je pravna in socialna država«, Ustav RH (1990), umjesto pojma pravne države, koristi se *expressis verbis* pojmom vladavine prava - Pravni Leksikon, op. c.

¹⁴ Članak I/2., Ustava BiH, (Prijevod koji je utvrdio OHR - Office of the High Representative).

što mu pravom nije zabranjeno dok je za sud i upravu (obrnuto) sve zabranjeno osim ovlasti koje su im zakonom dopuštene.¹⁵ Pravna obveze da se svi moraju pridržavati Ustava i zakona odnose se jednako i na sudove, i tijela državne i lokalne uprave kao i na građane koji trebaju biti jednaki pred zakonom i kojima pripada standardna konzumacija prava čovjeka i ograničenja temeljnih sloboda, jednakim slobodama drugih. Proizlazi da je država BiH utemeljena na vladavini prava kao jednoj od najviših vrjednota ustavnoga poretka BiH. Tome u prilog posebno idu i odredbe u normativnom dijelu Ustava BiH (čl.II), koje prava čovjeka navode kao ustavne vrjednote, čime je proklamiran najviši standard ostvarivanja tih prava. *Bosna i Hercegovina i oba entiteta će osigurati najvišu razinu prava čovjeka i temeljnih sloboda*.¹⁶ Ova obvezujuća odredba poštivanja načela prava čovjeka navedena je i u Ustavu F BiH.¹⁷ No, bez obzira na to, ona obvezuje sve subjekte u državi, kako u domeni normiranja tako domeni tipične primjene (normativne konkretizacije) i zaštite ovog načela jer je utvrđeno u Ustavu BiH kao aktu najviše pravne snage. To se odnosi i na Ustav Republike Srpske. Ustavotvorac države BiH pri tomu posebno izdvaja prava čovjeka predviđena u Europskoj konvenciji za zaštitu prava i temeljnih sloboda i u njenim protokolima normiravši da će se ta prava izravno primjenjivati u BiH, uz poštivanje njihovog prioriteta nad svim ostalim zakonima, tj. **pravom**.¹⁸ Kako se odredbe Ustava ne primjenjuju izravno već posredno - putem zakona, to znači da prava čovjeka predviđena u Europskoj konvenciji i u njenim protokolima imaju veću pravnu snagu i od odredaba Ustava BiH; naravno, i od ostalih ustava koji postoje u BiH, odnosno ustava BiH u materijalnom smislu. Zbog toga se izričito normira: “*Bosna i Hercegovina i svi sudovi, ustanove, tijela (organi) vlasti, te tijela u kojima posebno rukovode entiteti ili koji djeluju unutar entiteta su podvrgnuti Europskoj konvenciji, odnosno, primjenjuju prava čovjeka i temeljne slobode koji su sadržani u ovoj konvenciji i njenim protokolima*”¹⁹ Zatim je konstatirano da to *uključuje* prava i slobode koji su u istoj odredbi izričito navedeni u 13 točaka. Riječ *uključuje* treba tumačiti tako da se tim navedenim pravima pridaje posebno značenje, ali bez pretenzije da se njihovim taksativnim nabranjem iscrpljuje katalog prava sadržanih u Europskoj konvenciji. To znači da ustavotvorac inzistira na dosljednom i cjelovitom poštovanju Europske konvencije, s tim što je to i konkretizirao određivanjem da to inkorporira izričito navedena prava u toj ustavnoj odredbi.²⁰ Povezujući ove odredbe s odredbama u preambuli²¹ Ustava a u kojima je utvrđeno više načela koja se izravno odnose na standarde ostvarivanja prava čovjeka načelo ostvarivanja prava čovjeka

¹⁵ Usporedi: Miljko, Zvonko, Ustavno uredenje Bosne i Hercegovine, Zagreb, 2006. str. 78. ¹⁶

Članak II, Ustav F BiH.

¹⁷ Članak II, Ustav BiH. U ovom članku sporan je prijevod autentične engl. riječi “law” koja može značiti zakon ili pravo, a riječ *laws* u množini znači zakoni. U ovom slučaju uporabljena je riječ “law” u jednini, a ne u množini. Zbog toga se riječi “law” može jedino prevesti kao pravo, a ne kao zakoni.

¹⁸ Članak II/6, Ustav BiH.

¹⁹ Miličević, Nedo, Ljudska prava, Sarajevo, 2007, str. 85.

²⁰ Preamble u ustavima izražavaju bliže i dalje ciljeve društvenog i državnog razvoja, i to u obliku načela i općih pravila, koja su instrument a i reperna točka za (ciljno) tumačenje ustavnih i zakonskih normi i za djelovanje osoba.

je ojačano. Stoga je posebno značajno što su u preambuli proklamirana načela, kao npr., pravda, pluralističko društvo zasnovano na vladavini prava i slobodnim i demokratskim izborima, i dr. Katalog prava čovjeka je isto, ali detaljnije, naveden i u Ustavu F BiH. Konkretno, ovaj ustav normira da će se osigurati primjena najviše razine međunarodno priznatih prava utvrđenih u dokumentima navedenim u njegovom aneksu, posebno normiravši, npr., pravo na pravično saslušanje i u građanskim i u kaznenim stvarima i pravo na imovinu; jednakost pred zakonom i dr. Utvrditi značenje potonjih i uopće utvrđenih načela pravne države BiH, tj. njihovu povredu i/ili ugrožavanje je moguće u službenim postupcima normativne konkretizacije opće norme, odnosno, pravila koje je sadržano u njoj na *case study*.

3. Normativna konkretizacija + CASE STUDY: Djetalni broj: 07/II-3-954/99.

Normativne konkretizacije opće norme iz ZPPZNS je započela pokretanjem upravnog postupka na temelju zahtjeva za povrat u posjed stana. U čl.2. određeno je da se svi upravni, sudski i drugi akti doneseni na temelju propisa kojima je nositelju stanarskog prava prestalo to pravo oglašavaju ništavim (st.1.čl.1). U tom smislu osoba koja živi u stanu na temelju stanarskog prava koje prestaje smatrati će se privremenim korisnikom. Ako privremeni korisnik nema drugi smještaj, ima pravo na novi ugovor o korištenju stana, ukoliko stanarsko pravo bivšeg korisnika prestane ili ukoliko je nadležno tijelo (*organ/organizacija*) odbacilo zahtjev za vraćanje u posjed stana (čl.5). Postupak vraćanja stana u posjed propisan je čl.3.st.1. Nositelj stanarskog prava na stan koji je proglašen napuštenim ili član njegovog obiteljskog domaćinstva, kao što je utvrđeno čl.6. ZOSO ima pravo na povratak u skladu s Aneksom VII Općeg okvirnog sporazuma za mir u BiH.²¹ Zahtjev za vraćanje u posjed stana mora se podnijeti do 4.07.1999. (čl.5). Ako nositelj stanarskog prava u roku propisanom ovim člankom ne podnese zahtjev, prestaje mu stanarsko pravo. Rok je prekluzivne naravi (ne može se produživati, niti se po zahtjevima podnijetim po proteku roka može postupati) pa se zahtjevi podnijeti nakon isteka roka moraju odbaciti. Po prijemu zahtjeva, nadležno tijelo odlučit će rješenjem o zahtjevu u roku od 30 dana od dana prijema zahtjeva (čl.6).

3.1. Upravni postupak normativne konkretizacije

Nadležno tijelo rješavajući po Zahtjevu u predmetu vraćanja u posjed stana od 15.07.1999., izvršio je normativnu konkretizaciju odredaba čl.218 ZUP i čl.5. ZPPZNS Zaključkom, br.: 07/II-3-954/99, od 28.4.2003, kojim je odbacilo zahtjev, kao neblagovremen (prekludiran zahtjev). Žig prijemnog ureda nadležnog tijela na prekludiranom zahtjevu, s podacima koje je upisala službena osoba, ima značenje javne isprave, pa važi prepostavka točnosti podataka koje sadrži i samo se pouzdanim dokazima može ta prepostavka oboriti. Na zaključak podnositelj prekludiranog

²¹ ZOSO bio je stalno na snazi s kontinuitetom primjene u pojedinim segmentima.

zahtjeva je izjavio Žalbu, br.: 07/II-3-954/99, 19.05.2003, u kojoj tvrdi da je zahtjev podnio 18.06.1999, preporučenom pošiljkom pošte SAD, a prvostupanjsko tijelo istu zaprimilo 15.07.1999. Za tu tvrdnju priložio je u spis prostu fotokopiju kopije potvrde Pošte SAD-a o slanju preporučene pošiljke (*Customer Copy Express Mail EJ 845523622 US*), te da će originalnu potvrdu o preporučenoj pošiljci dostaviti drugostupanjskom tijelu.²² Poslije podnesene Žalbe, 19.05.2003, podnositelj prekludiranog zahtjeva ponovno podnese Žalbu 11.06.2003, i tvrdi suprotno, već je tvrdio u prvoj žalbi - *da je zahtjev podnio pismenim putom preporučenom pošiljkom pošte SAD a da su mu drugi zahtjev nakon isteka roka za podnošenje zahtjeva, točnije 15.07.1999, predali prijatelji*. Osim navedenih kontraverznih tvrdnji o broju zahtjeva te utemeljene sumnje da je lažno sastavljena fotokopija *customer copy*, utvrđena je činjenica da nadležno tijelo nije zaprimio blagovremen zahtjev i da u spisu ne postoji kuverta (*Express Mail Envelope*). Osim utvrđenih činjenica podnositelj prekludiranog zahtjeva nije dostavio originalnu potvrdu o preporučenoj pošiljci s pošte SAD, iako se dobrovoljno obvezao, tj. *ex officio* je pozvan (čl.165.st.1 i čl.164.st.1). Kako podnositelj prekludiranog zahtjeva traženo nije dostavio, na temelju utvrđene činjenice da nadležno tijelo nije zaprimilo zahtjev u prekluzivnom roku (čl.165.st.3), Rješenjem, br.: UP-09-25-03-155/03. od 4.7.2003, odbijena je žalba kao neutemeljena, te potvrđen Zaključak br. 07/II-3-954/99, od 28.4.2003, kojim je odbačen Zahtjev od 15.07.1999, kao neblagovremen. Podnositelj prekludiranog zahtjeva, dakle, u okončanom upravnom postupku nije imao nijedne utvrđene činjenice kojom bi potvrdio navod o blagovremeno podnesenom zahtjevu *Express Mail U.S.A.* Stoga su za njegovu Tužbu UP.253/03, od 4.09.2003, ostale floskule, odnosno, prikazivanje činjeničnih (pravnih) zabluda. Dosljedno navedenom, tužitelj se u tužbi referira na tvrdnju u prvoj žalbi, da ima jedan Zahtjev od 15.07.1999, ali koji je podnio blagovremeno putem pošte SAD. Dakle, tužitelj izjavi da je on Zahtjev od 15.07.1999, poslao blagovremeno s pošte SAD, a suprotno je već izjavio u drugoj žalbi, da su mu taj zahtjev predali prijatelji, ali nakon isteka roka, točnije 15.07.1999. S obzirom da tužitelj nema dokaz niti za jednu kontraverznu izjavu (podnio 1, pa 2, a opet 1, tj. potonji 1 te isti zahtjev jednom je on poslao blagovremeno iz SAD, a drugi put su taj zahtjev podnijeli prijatelji, neblagovremeno) on se odluči *a limine* prezentirati krivotvorenu javnu ispravu, kao pravu i tako dovede sud u činjeničnu zabludu, odnosno, kod sudaca tog suda on je stvorio predodžbu kako postoji činjenica koja nepostoji - (ne)blagovremen zahtjev. Time je tužitelj isposlovaо za sebe Presudu, br.: U-353/03, od 10.6.2004, kojom su pobijani akti poništeni i predmet vraćen prvostupanjskom tijelu na rješavanje s pravnim mišljenjem i obvezujućom uputom. Zbog toga je zainteresirana osoba izjavila žalbu (čl.41), kantonalmu суду koji je Rješenjem, br.: U-353/04, od 31.08.2004, žalbu odbacio kao nedopuštenu.²³ Na osporeno rješenje izjavljena je žalba Vrhovnom sudu F BiH, koji je Rješenjem, br.: UŽ-493/04 od 08.11.2007, žalbu odbio.²⁴

²² Primjerice, na fotokopiji se nalazi lažni preslik žiga notarice Mary M. Gauch... Izvorni žig ovjere tužitelj nema.

²³ Žalba od 27. 07. 2004, na presudu prvostuoanjskog suda, br.: U-353/04, od 10. 06. 2004.

²⁴ Žalba od 14. 09. 2004, na Rješenje prvostupanjskog suda, br.: U-353/04, od 31. 08. 2004.

3.1.1. Ponovni upravni postupak normativne konkretizacije

U ponovnom postupku utvrđena je činjenicu na koju se tužitelj pozvao da je zahtjev podnio preporučenom pošiljkom putem pošte SAD. Za tu tvrdnju kao dokaz tužitelj je predao vještaku, temeljem Zaključka o vještačenju pravi blanket *Customer Copy EJ 845523622 US Express Mail U.S.A.*, s krivotvorenim podacima i otgnutim dijelom na kojem se nalazio datum. U okončanom (dokaznom) postupku tužitelj nije prezentirao nijedan protudokaz izvedenim dokazima kojima je utvrđeno da je njegov jedini dokaz krivotvorena javna isprava.²⁵ Stoga *ipso iure* i on se slaže s utvrđenom činjenicom da nije (po)slao zahtjev preporučenim pismom pošte SAD. Ova utvrđena činjenica je u korelaciji s utvrđenim činjenicama, da u spisu ne postoji *Express Mail Envelope*, niti zahtjev podnesen u prekluzivnom roku. Skup (utvrđenih) odlučnih činjenica čini stanje odlučnih činjenica potpuno utvrđeno. Na podlozi potpuno utvrđenog činjeničnog stanja (čl.5. ZPPZNS) izведен je Zaključak, br.: 07/II-3-954/099, 19.08.2008, kojim je ponovno odbačen Zahtjev od 15.07.1999, kao neblagovremen. Zaključak je potvrđen Rješenjem, br.: UPII-09-03-25-155/033, od 20.11.2008, kojim je odbijena Žalba, br.: 07/II-3-954/99, od 19.08.2008, kao neutemeljena.

3.1.2. Zakonitost akata i pravilnost postupka normativne konkretizacije

Podnositelj prekludiranog zahtjeva je u predmetu upravog spora ustao Tužbom, br.: UPII-09-03-25-155/03, 29.11.2008, radi poništenja Rješenja, br.: UPII-09-03-25-155/033, od 20.11.2008. Navodi tužitelja u tužbi, da je voditelj prvostupanjskog postupka učinio povrede upravnog postupka su neutemeljeni. Oni su općenito netočni, a konkretno netočni i irelevantni, što je utvrđeno nakon održane usmene rasprave 08.05.2009, Presudom prvostupanjskog suda, br.: 07 0 U 002563 09 U 08.05.2009, kojom je odbijena tužba kao neutemeljena. Pri tome tužbeni navod da je prvostupanjsko tijelo pogriješilo kada je donijelo prvostupanjski zaključak prije nego je tužitelju omogućio da se izjasni o Nalazu i mišljenju vještaka grafologa, te da je tim povrijedilo odredbu čl.141.st.1,2 i 3. ZUP, ne stoji, s obzirom da je tužitelju u prvostupanjskom postupku apsolutno dana mogućnost da daje potrebne prijedloge i dokaze koju je mogućnost tužitelj i koristio. Kako prvostupanjsko tijelo nije ni donijelo meritorno rješenje, već je donijelo zaključak kojim se odbacuje prekludiran zahtjev, kao neblagovremen, to prvostupanjsko tijelo time nije ni moglo povrijediti čl.141.st.3. Tužbena i žalbena primjedba da u prvostupanjskom postupku nije održana usmena rasprava također ne stoji jer je rasprava održana 14.07.2008, i tek na toj raspravi tužitelj je predao za spis orginalnu potvrdu o poslanoj pošiljci iz SAD, a zainteresirana strana je predložila da se provede grafološko vještačenje, čemu se tužitelj usprotivio.

²⁵ Nalaz i obrazloženje stručnog mišljenja o obavljenom vještačenju, br.: 07/II-3954/99, od 29. 7. 2008, na temelju Zaključka o vještačenju, br.: 07/II-3-954/99, od 16. 7. 2008, te Zapisnik o uvidaju u pravu Express Mail pošte U.S.A., od 15. 7. 2008, i usporedba s krivotvorenom javnom ispravom te prava potvrda pošte U.S.A. od 5. 10. 2004, u kojoj je utvrđena činjenica da krivotvorena javna isprava nije registrirana/predata na pošti SAD. Sukladno čl.168.st.2 ZUP prava potvrda je podnesena u ovjerenom prijevodu.

Iz zapisnika je razvidno da nije određeno da se mora saslušati određeni vještak, tako da prvostupansko tijelo u ovom postupku nije povrijedilo čl.147. Kako na istoj raspravi nije bilo, ni prijedloga niti zahtjeva da se vrši uvid u bilo kakve „*planove, spise ili druge predmete*,“ to u postupku nije bilo povrede čl.151. Nalaz i mišljenje vještaka grafološke struke ne predstavlja nikakav naknadno podneseni pismeni dokaz te se u tom smislu nije ni trebala ponovno određivati usmena rasprava, tako da ne stoji ni tužbeni navod o povredi čl.156.st.3 i čl.187.st.3, jer je povodom Nalaza i mišljenja vještaka nije ni bilo potrebe za održavanjem ponovne usmene rasprave, a isto je dostavljeno tužitelju koji je nalaz osporavao već u žalbenom postupku, tako da je imao priliku.²⁶ Bez obzira na navedene neutemeljene navode, zakonitost presude tužitelj je osporio, Zahtjevom za izvanredno preispitivanje sudske presude, br.: 07 0 U 002563 09 U 16.06.2009, zbog *povrede pravila Federalnog zakona o postupku koja su mogla utjecati na rješenje stvari i na pogrešno i nepotpuno utvrđeno činjenično stanje* (č.41. ZUS).²⁷ Između ostalog, tužitelj prilaže kao novi dokaz uz prekludiran zahtjev lažno sastavljenu i lažno ovjerovljenu običnu kopiju očigledne i dokazane nevješte krivotvorine *Customer Copy EJ 845523622 US Express Mail U.S.A.* No kako se zahtjev za izvanredno preispitivanje sudske presude ne može podnijeti zbog povrede pravila postupka koja se odnose na pogrešno ili nepotpuno utvrđeno činjenično stanje (čl.41.st.4. ZUS), sud nije cijenio ove navode, već je ispitao zakonitost pobijane presude u granicama zahtjeva. Ti navodi su ponavljeni iz tužbe, a odnose se na povrede postupka iz čl.141.st.1,2. i 3; čl.147; čl.151; čl.156.st.3. i čl.187.st.3. ZUP, te čl.57 i čl.41.st.1. ZUS. Stoga je Vrhovni sud F BiH odlučio Zahtjev za izvanredno preispitivanje sudske presude odbiti, Presudom, br.: 07 0 U 002563 09 U 20.05.2010.

3.1.2.1. Razlozi za odbijanja Zahtjeva za izvanredno preispitivanje sudske presude

Sud je Zahtjev za izvanredno preispitivanje sudske presude odbio iz sljedećih razloga:

- a) Tužitelj neutemeljeno i nedokazano navodi da je voditelj prvostupanjskog postupka učinio povrede pravila Zakona o postupku koja je mogla biti od utjecaja na rješenje stvari: čl.141.st.1, 2 i 3; čl.147; čl.151; čl.156.st.3; čl.187.st.3. ZUP, jer nije omogućio tužitelju da se izjasni o Nalazu i mišljenju vještaka, niti je povodom istog zakazana javna rasprava na kojoj bi se on mogao izjasniti. Prvenstveno je neologično, a onda i neutemeljeno, da iste navode tužitelj navodi u žalbi, zatim u tužbi, a onda i u zahtjevu, s obzirom da je okončan žalbeni postupak, odnosno, on je ustao tužbom u kojoj je sukladno čl.28.st.3. ZUS-a predložio da se održi javna rasprava. Javna rasprava

²⁶ Presuda prvostupanjskog suda, br.: 07 0 U 002563 09 U od 08. 5. 2009.

²⁷ Osim što je tužitelj na str. 2. pod točkom I. zahtjeva formalno i apstraktno ili nevezano za sadržaj zahtjeva naveo da je isti *podnio zbog povrede zakona koja je mogla uticati na rješenje stvari iz sadržaja zahtjeva*, tj. novih dokaza uz zahtjev očigledno proizlazi da je isti podnesen upravo iz razloga pogrešno i nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja. Sadržaj zahtjeva isključivo sadrži već istaknute navode u žalbi i tužbi kojima tužitelj izvrtanjem kvalifikacija o očiglednoj i dokazanoj činjenici da je jedini dokaz na koji se on pozvao nevješta krivotvorina i da se na njoj (ne)može zasnovati tvrdnja tužitelja da je istom preporučenom pošiljkom s pošte U.S.A, dostavio nadležnom tijelu zahtjev za povrat u posjed stana.

na kojoj je tužitelju ponovno omogućeno da otkloni navedene povrede održana je 8.05.2009. godine. Međutim, na javnoj raspravi odnos punomoćnika tužitelja prema Nalazu i mišljenju vještaka ogledao se u tome što je on u predmetu upravnog spora imao samo jedno pitanje za vještaka, a da pri tome nije prigovorio na nalaz.²⁸ Kako tužitelja nije osporio Nalaz i mišljenje vještaka tim je i on prihvatio kako je njegov jedini dokaz na kojeg se pozvao, očigledna i dokazana nevješto krivotvorena javna isprava!

b) Netočan je i nedokazan navod tužitelja u zahtjevu da voditelj prvostupanjskog postupka zaključak o odbacivanju zahtjeva praktično izvodi iz Nalaza i mišljenju vještaka grafološke struke. Sve i da je točan ovaj navod, tužitelj zaboravlja da je jedini dokaz na kojeg se on pozvao kako bi potvrdio navod da je prekludiran zahtjev podnio preporučenom pošiljkom s pošte SAD očigledna krivotvorina. Customer copy EJ 845523622 US je lažno preinačena te isječena, i to dio na kojem se nalazi datum. Osim gore navedene očigledne i dokazane činjenica nevješta krivotvorena, voditelj upravnog postupka je sukladno ZUP cijenio sve činjenice zajedno i svaku posebno i to da u spisu ne postoji *Express Mail Envelope*, niti zahtjev podnesen u prekluzivnom roku. Te tri odlučne činjenice su u korelaciji. Očigledna i dokazana nevješta krivotvorina korelira nespornoj činjenici da u spisu ne postoji *Express Mail Envelope*, niti zahtjev podnesen u prekluzivnom roku. Postoji samo prekludiran zahtjev u spisu datiran 15.07.1999, uz koji je priložena najobičnija kuverta na kojoj nema žiga pošte niti poštanske marke što nedvojbeno ukazuje da je prekludiran zahtjev predat na mjerodavno mjesto neposredno, a ne preporučenom pošiljkom s pošte SAD, kako to neutemeljeno i nedokazano tvrdi tužitelj. Tim više, da je jedini postojeći zahtjev prekludiran tužitelj je potvrdio izjavom u žalbi od 11.06.2003. „... žalitelj je zamolio prijatelje da podnesu zahtjev. Isti su to uradili, ali nakon isteka roka za podnošenje zahtjeva, tačnije 15.07.1999.“ To je potvrđeno i žigom prijemnog ureda na zahtjevu, s podacima koje je upisao djelatnik nadležnog tijela, a što ima značenje javne isprave, pa važi pretpostavka točnosti podataka koje sadrži i samo se pouzdanim dokazima može ta pretpostavka oboriti (npr. *Express Mail Envelope*).

Činjenicu da nadležno tijelo nije zaprimio zahtjev u prekluzivnom roku je izravnim uviđajem i utvrdilo to tijelo (čl.2.st.4. ZPPZNS), i to na način da je zainteresiranoj osobi Ugovor obnovljen. Obnova ugovora je javna isprava (čl.162. st.1. ZUP) i ima snagu potpunog dokaza.

c) Nadalj, neutemeljenu povredu postupka tužitelj vidi u tome što su tuženik kao i upravno tijelo, raspravljni o blagovremenosti zahtjeva iako je prvostupanjski sud

²⁸ Nesporno je da je jedino pitanje, a koje je apsolutno irelevantno, postavio punomoćnik tužitelja na javnoj raspravi vještaku može li on isključiti mogućnost da se ispod podebljanog teksta nalazi indigovani identičan tekst. Vještak je odgovorio da se indigovani tekst ne može rekonstruirati, ali da je to i nebitno jer je on na temelju Zaključka o vještačenju dobio zadatak izvršiti vještačenje „potvrde“ posebno na okolnost naknadnog dopisivanja rukopisa koji je napisan ispod postojećih službenih rubrika, i to „*sadržaj: zahtjev za stan, rješenje, ugovor o stanu i osobna karta*.“ Taj zadatak vještak je izvršio i utvrdio da je tužitelj isto napisao flomasterom crnog crta, dakle drugim sredstvom pisanja od sredstva preko kojeg je pisano preko indigovanog teksta unutar rubrika analizirane potvrde, što ukazuje na to da je ovaj tekst dodavan kasnije u cilju dokazivanja da je navodno tužitelj osporenom preporučenom pošiljkom dostavio dokumentaciju. Na tu izjavu vještaka punomoćnik tužitelja nije imao pitanja.

u Presudi od 10.06.2004, ustvrdio da je prekludiran zahtjev podnesen blagovremeno, a što su po mišljenju tužitelja tuženi i upravno tijelo u ponovnom postupku trebali, uzeti kao točan i utvrđen datum predaje zahtjeva. Tužitelj nije htio pokazati ni predati za spis nevještu javnu krvotvorinu u upravnom postupku kako bi se zainteresirana strana očitovala i izvela dokaze, već ja naveo i prevario sudce, da bez javne rasprave, bez sudjelovanja zainteresirane osobe u postupku, i u sudu koji nije sud pune jurisdikcije ustvrdi da je zahtjev poslan blagovremeno. Navedeni nedostaci su otklonjeni u ponovnom upravnom postupku izvođenjem dokaza vještačenja, uviđaja i dr..

d) Nepotpuno i pogrešno utvrđeno činjenično stanje tužitelj vidi i u tome što su tuženik, kao i prвostupansko tijelo, pogrešno našli da je *Customer Copy Express Mail* U.S.A, nevješto krvotvorena isprava, te da je takvo mišljenje tuženika negirano posebno potvrdom koju je zaprimio putem e-maila 29.06.1999, iz koje se vidi da je pošiljka *Express Mail* U.S.A. prošla carinu u BiH, 25.06.1999. u 4:07. Međutim, kako sud nije ovaj dokaz prihvatio kao relevantan jer tužitelj nije uspio dokazati da je sadržaj te pošiljke, bio upravo zahtjev, tj. sadržaj pošiljke može se jedino dokazivati posebnim blanketom - *customs declaration Express Mail Envelope*, a ne *customer copy*. Osim tog predmetna potvrda je plod „trule voćke.“ Notorna je činjenica koja je utvrđena u čl.176. Zakona o carinskoj politici, da su od plaćanja carine, oslobođeni: „...predmeti neznatne vrijednosti koji se povremeno primaju u pismima i poštanskim paketima, razni dokumenti ...“ Sukladno navedenoj odredbi carinski postupak se i ne pokreće kada sadržaj pošiljke čine papiri (dokumenti). Kako se iz iste potvrde ne vidi što je sadržaj pošiljke i što se carinilo na carinarnici, to ovaj dokaz nema bilo kakvu dokaznu snagu kojom bi se oborila očigledna i već dokazana odlučna činjenica.

4. Sredstva normativne konkretizacije - dokazi s obrazloženjem

4.1. Isprave - *Customer Copy E J 845523622 US Express Mail U.S.A*

Jedini protudokaz činjenici potvrđenoj u javnoj ispravi, otisku prijemnog žiga na prekludiranom zahtjevu od 15.07.1999, kojeg je njegov podnositelj priložio u spis je *Customer Copy E J 845523622 US Express Mail* U.S.A. Leksički nije riječ o „...originalnoj potvrdi o preporučenoj pošiljci iz SAD-a,“ kao što je imenuje podnositelj prekludiranog zahtjeva, već o jednom obrascu korisničke kopije expresne pošiljke poslane s pošte SAD. To proizlazi iz toga što osporena *customer copy* s pošte SAD nije propisno sastavljena i nadovjerena, kao isprava izdana u drugoj državi, te se ona ne može imenovati potvrdom, jer ništa ne potvrđuje. Osim toga, *Customer copy express mail U.S.A*, je neistinit dokument.²⁹ Zainteresirana osoba je predala neposredni

²⁹ U službenoj rubrici *Customer Copy EJ 845523622 US „Weight“ „lbs.“ „ozs.“* težina sadržaja pošiljke je 3 unce a stvarna težina onog što piše da je poslano (*zahtjev za stan, rješenje, ugovor o stanu i osobna karta*) je 1 unca (unca = 28,349gr × 3 = 85,047). Kako je unca (eur .engl.) mjera za težinu za plemenite metale (28,349, apotekarska 31,103 gr.) u uporabi u Americi i Engleskoj to ukazuje da je osporena *Customer Copy EJ 845523622 US*, u stvari korisnička kopija o (po)slanju s pošte SAD komada zlata koji je ocarinjen. Iz toga proizlazi da je podnositelj prekludiranog zahtjeva nabavio *Customer Copy EJ 845523622 US* o poslalom plemenitom metalu (npr. *zlatni prsten, lančić ili privjesak*) express pismom s pošte SAD i preinac̄io je u navedenom smislu. Ovaj zaključak utemeljen je uspoređivanjem s istovjetnom rubrikom

novi (protu)dokaz koji ima snagu javne isprave, a dokazuje da pošta SAD nije izdala *Customer Copy* E J 845523622 US. U postupku izvođenja protudokaza nije utvrđeno da je činjenica u ovoj ispravi neistinito potvrđena ni da je sama isprava neistinito sastavljena ili da je nije izdala pošta SAD-a. Riječ je u semantičkom smislu o pravoj potvrdi s pošte SAD od 5.10.2004, kojom se potvrđuje da osporena *Customer Copy* E J 845523622 US, nije registrirana/predata u pošti SAD. U provedenom postupku dokazivanja podnositelj zahtjeva nije izvodio bilo koje drugo protivno dokazno sredstvo na usmenoj raspravi, ili izvan nje, kojim bi se objektivno devalvirala ili poništila dokazna snaga protudokaza, uključujući i relevantnu izjavu ili navod. Stoga se može ocijeniti da je u pravoj potvrdi s pošte SAD zabilježen neoboriv dokaz kojim je dokazano da *Customer Copy* E J 845523622 US Express Mail U.S.A, nije izdala pošta SAD-a. Ova potpuno utvrđena činjenica je u korelaciji s nesporno utvrđenom činjenicom o nepostojanju *Express Mail Envelope* U.S.A u spisu. *Customer Copy* E J 845523622 US Express Mail U.S.A, dakle, nije izdala pošta SAD-a te se zbog toga ona jedino može tretirati kao lažni iskaz.

4.2. Nalaz i obrazloženje stručnog mišljenja o obavljenom vještačenju

Na temelju Zaključka, br.: 07/II-3-954/99, od 16.07.2008, izведен je dokaz vještačenja. Vještak je sukladno zaključku predao nadležnom tijelu s ovjerovljenim vlastoručnim potpisom nalaz i obrazloženje stručnog mišljenja o obavljenom vještačenju. Nalaz i obrazloženje stručnog mišljenja su u pisanom obliku, utemeljenom na logičnom i preglednom sustavu prezentacije, izložene jasnim jezikom i stilom, što ih u ukupnosti čini sistematiziranim i konzistentnim dokaznim sredstvom, potpuno neoborivim za utvrđivanje i ocjenu predmeta vještačenja - *Customer Copy* E J 845523622 US Express Mail U.S.A. U njegovoj izradi korištene su vrlo opsežne stručne metode i sredstva kojima je utvrđeno da je N.N. crnom kemijskom olovkom pisao druge rukopisne podatke preko indigovanih rukopisno unesenih podataka koji su već ranije uneseni na obrazac *Customer Copy* E J 845523622 US Express Mail U.S.A. Osim toga N.N. je na rubu obrazca *Customer Copy* E J 845523622 US Express Mail U.S.A, izvan rubrika, pisao flomasterom crnog crta, ispod kojeg nisu uočeni indigovani tragovi zapisa iz čega proizlazi da je ovaj rukopis, sadržaj pisma dopisan slobodno i naknadno drugim sredstvom pisanja. Tako je na obrazcu predmetne korisničke kopije po indigovanom zapisu imena i prezimena, adrese pošiljatelja; primatelja; parafa službene osobe i „ZIP Code,“ N.N. crnom kemijskom olovkom N.N. imena napisao ime, prezime i adresu podnositelja prekludiranog zahtjeva. Isto to je uradio i s naslovom primatelja; službene osobe i drugih gore navedenih elemenata. Osim toga, dakle, na rubu obrazca *Customer Copy* E J 845523622 US Express Mail U.S.A, izvan rubrika N.N. je pisao flomasterom crnog crta, ispod kojeg nisu uočeni indigovani zapisi iz čega proizlazi da je taj rukopis, sadržaj pisma dopisan slobodno

druge *Customer Copy Express Mail* EH 637236195 US koju je predocila zainteresirana strana a u kojoj istovjetnoj rubrici „Weight“ „lbs.“ „ozs.“ nema upisane težine, a pogotovo nema u mjernim jedinicama uncama. Uncom se mjeri težina plemenitih metala, a ne papira.

i naknadno drugim sredstvom pisanja. Podnositelj prekludiranog zahtjeva potonje učinjeno ne osporava, ali ga prikriva tako što daje lažni iskaz kako je to učinjeno radi carinske deklaracije (*customs declaration*). Ova tvrdnja je obmana radi dovođenja u zabludu službenih osoba. To proizlazi iz toga, što se predmetna kopija (*customer copy*) nalazi kod podnositelja zahtjeva kao pošiljatelja *express mail*. To znači da on nije ni prijavio ulaznu carinu u BiH. Carinska deklaracija morala je biti nalijepljena na *Express Mail Envelope* i zajedno s njom pravno prometovati do ulazne carinske granice - do pošte BiH. No, kako ne postoji *Express Mail Envelope*, to ne može postojati ni *customs declaration*. Općenito na njegovoj ispravi ne može biti rukopis, već indigovani rukopis. Konačno, sadržaj pošiljke, se ne prijavljuje putem obrazca *customer copy*, već na posebnom obrascu, zelene boje - *customs declaration* koji treba da se nalazi na *Express Mail Envelope*.

4.3. Uviđaj

Uviđaj je obavljen izravnim pregledom dokumenata koje je priložila zainteresirana strana na javnoj raspravi 08.05.2009, u postupku upravnog spora, radi uspoređivanja s dokazanom nevješto krivotvorenom javnom ispravom *Customer Copy Express Mail EJ 845523622 US*. S njom su uspoređeni originalni blanketi *Customer Copy Express Mail EH 637236195 US*; originalni blanketi carinske deklaracije - *Customs Declaration* na originalnoj kuverti *Express Mail Envelope EH 637236195 US* i originalnog seta blanketa *EH 637236403 US (Mailing Label, Finance Copy, Customer Copy i Addressee Copy)*.

Izravnim pregledom je utvrđeno da tužitelj (kao pošiljatelj) ne može imati kod sebe (kao što ima) blanket *Customer Copy Express Mail EJ 845523622 US* popunjenu rukopisnim podacima crnom kemijskom olovkom preko indigovanih rukopisnih podataka, već bi morao imati potvrdu *customer copy* na kojoj su indigovani rukopisni podaci. Osim toga, sadržaj pošiljke ne može se nalaziti na rubu *customer copy*, već na posebnom blanketu zelene boje - *customs declaration*, kojeg pošiljatelj potpisuje. U obrazac *customs deciaration*, u točno određena i klasificirana mjesta; Gift Commercial sample Documents Other, službena osoba na pošti, koja pregleda sadržaj pošiljke, isti evidentira na odgovarajuće označeno mjesto. U konkretnom slučaju to je trebalo biti mjesto Documents. Također, na originalnom blanketu *Customer Copy Express Mail EH 637236195 US* nema otisnutog žiga prijemne pošte SAD s podacima koje upisuje službenik pošte, a to znači da se točnost podataka koje sadrži predmetni blanket *customer copy* ne dokazuje žigom. To znači, a s obzirom da je otrgnut dio u rubrici *Date in Mn ... Day 19 Year 99* na krivotvorenom obrascu *Customer Copy Express Mail EJ 845523622 US*, da nije moguće utvrditi rok u kojem je (mjесецu) pošiljka predata na poštu SAD.

Uspoređivanjem dvije istovjetne *customer copy express mail U.S.A.*, može se zaključiti da podnositelj prekludiranog zahtjeva nije uopće (po)slao *express mail U.S.A.*, a da je *customer copy express mail U.S.A.*, koju ima krivotvorena javna isprava.³⁰ To je utvrdio i sudac na javnoj raspravi kada je osobno i neposredno bio u vidu i

³⁰ Uviđaj u rekonstrukciju pravnog prometa *express mail* koju je predao na poštu SAD adresant 15. 7.

pregledao prave isprave *customer copy express mail U.S.A*, i *Express Mail Envelope* koju podnositelj prekludiranog zahtjeva nema, zatim set obrazaca za slanje *express mail*, a sastoji se od 4 istovjetna listića (*blanketa/obrasca/etikete*), ali su različito imenovana i na dispoziciji su na pošti svakom potencijalnom pošiljatelju. Prva tri su indigo i prvi je imenovan „*Mailing Label*,“ drugi „*Finance Copy*,“ treći „*Customer Copy* i četvrti“ „*Addressee Copy*.“ Prvi obrazac „*Mailing Label*,“ popunjava pošiljatelj pritiskom kemijske olovke po njemu (pisanjem) i on ostaje kod pošte, dok na ostala tri pritisak olovke (*press hard you are making 3 copies*) rukopis se (prenosi) indiguje jer su prva tri listića indigo i tako nastaje, među ostalim, indigovani rukopisni podaci na „*Addressee Copy*“ (kopija primatelju koja je nalijepljena na *express mail envelope*) i *customer copy*, (korisnička kopija za pošiljatelja).

5. Ugrožavanje i/ili povreda načela pravne države u postupku normativne konkretizacije

U postupku normativne konkretizacije na slučaj iz prakse pokušat će detektirati ugrožavanje i/ili povedu načela pravne države s obzirom na eklatantne dvojbe i sporove koji su se pojavili glede mogućnosti pokretanja upravnog postupka povodom zahtjeva stranke ili (odbacivanja) odbijanja tužbe u upravnom sporu kao neutemeljene.³¹ Tim prije izuzimam očigledne povrede načela pravnosti (npr. *ius cogens* poništenje svih trajnih stanarska prava dodijeljenih u BiH u razdoblju od 1992-1998. ili (ugovora o korištenju) zbog nedovoljne normiranosti (npr. nije donesen Zakon o državnom vlasništvu) ili očigledne povrede načela „3E“ u svim službenim postupcima pa i u predmetnom - postupak je trajao 10 godina (zakonski rok 30 dana). Tim je povrijedeno načelo pravičnosti - rješavanje u razumnom roku (st.1.čl.6. Europske konvencije o ljudskim pravima i temeljnim slobodama).³²

2008., je dostavljen 23. 7. 2008., zainteresiranoj strani - adresatu. Pošiljka je prometovala 8 dana iz SAD do prebivališta adresata.

³¹ Tužba od 22. 07. 2003, radi poništenja rješenja, br.: UP-09-25-03-155/03, od 04. 07. 2003.

³² Prvi stavak se primjenjuje na sve postupke koji se tiču utvrđivanja pojedinačnih prava dok se st.2 i 3.čl.6. primjenjuju isključivo na slučajevе kaznenog postupka. Europski sud za ljudska prava odbio je dati apstraktnu definiciju „*gradanskih prava i obveza*,“ smatrajući prikladnjim određivati primjenu istih, putem presuda. U st.1.čl.6. Europske konvencije propisano je da se sudska rasprava o predmetu mora obaviti u „*razumnom roku*.“ Kad se odredi dužina razdoblja, mora se odlučiti je li ono razumno. U mnogim slučajevima sud daje samo slobodnu ocjenu, dok u drugima procjenjuje vrijeme koje je proteklo u pojedinoj fazi postupka. Pojam „*razumno*“ ne može se procjenjivati apstraktno, već u okolnostima konkretnog slučaja. Interesi pojedinca u vezi s brzinom donošenja odluka, moraju se podudarati sa zahtjevom pravilnog vođenja postupka. Brojne su presude u vezi ovog zahtjeva, ipak postoje pri njegovom definiranju određene smjernice. Pri procjeni je li relevantno razdoblje razumno, sud posebno primjenjuje tri kriterija: kompleksnost predmeta, ponašanja podnositelja zahtjeva i vlasti. Kompleksnost za sud znači utvrditi; prirodu činjenice, suđenje koje je obavljeno u drugoj zemlji, povezanost s drugim predmetom, i intervencija drugih osoba u postupku. Kompleksnost se može ticati činjenica i pravnih pitanja. Preopterećenost sudstva općenito se ne prihvata kao opravданje. Prema stalnom načelu presedana, države potpisnice nisu odgovorne u slučaju privremenog zaostatka sudova, pod uvjetom da poduzmu radnje u cilju izmjene takve situacije. Poduzete mjere se procjenjuju u odnosu na njihovu djelotvornost, te jesu li provedene pravovremeno. Mjere poduzete kasnije ne mogu nadoknaditi činjenicu da je razuman rok bio prekoračen. Čl.6.st.1. ne govori o posljedicama za postupak, ako zahtjev razumnog roka nije poštovan. Europski sud za ljudska prava je

5.1. Prekludiran zahtjev je trebalo odbaciti s obzirom da je ranije pravomoćno odlučeno o upravnoj stvari

Sukladno čl.121. ZUP upravni postupak pokreće nadležno tijelo po službenoj dužnosti ili povodom zahtjeva stranke. Upravni postupak uvijek pokreće nadležno tijelo, bez obzira je li to u javnom interesu kada tijelo pokreće postupak po službenoj dužnosti ili se radi o privatnom interesu kada tijelo pokreće postupak na zahtjev stranke. Osoba zahtjevom ne pokreće upravni postupak, već samo njime traži od nadležnog tijela pokretanje postupka. Jednako tako je i s inicijativom za pokretanje upravnog postupka po službenoj dužnosti (čl.122). Prihvatanje takve inicijativa zakonom je određeno pa je upravni postupak obnove ugovora o korištenju stana pokrenut *ex officio*.³³ U pokrenutom upravnom postupku nadležni tijelo je izravnim uviđajem utvrdilo (čl.2.st.4. ZPPZNS) odlučnu činjenicu da nije zaprimilo zahtjev u prekluzivnom roku iz čega proizlazi pravo na obnovu ugovora. Ugovor je obnovljen. Obnova ugovora je javna isprava (čl.162.st.1.ZUP) i ima snagu potpunog dokaza. Zbog toga prekludiran zahtjev je trebalo odbaciti s obzirom da je ranije pravomoćno odlučeno o upravnoj stvari. Upravni postupak pokreće se i vodi radi rješavanja upravne stvari na temelju izravne primjene propisa. To je prva procesna radnja u rješavanju upravne stvari, koja je i uvjet za druge procesne radnje koje slijede u provođenju postupka.³⁴ Nadležno tijelo je na temelju čl.121/122.st.1, sukladno s čl.5. ZPPZNS vodilo upravni postupak i okončalo ga s izdavanjem potvrde o obnovi (nadovjeri) ugovora 9.11.1999. Upravni postupak je nesporno vođen i okončan, a prema čl.123. st.1. upravni postupak je pokrenut čim je nadležno tijelo izvršilo ma koju radnju radi vođenja postupka.³⁵ Zakonom propisani uvjet za stavljanje klauzule o obnovi ugovora utvrđeni su u čl.5. ZPPZNS, tj. *nositelju stanarskog prava, ako ne podnese zahtjev za vraćanje stana u posjed do 4.07.1999, prestaje stanarsko pravo*. Da zahtjev nije podnesen do tog prekluzivnog roka utvrđile su u postupku obnove ugovora službene osobe nadležnog tijela. To su učinili očevodom upisnika i spisa predmeta. Očevodom upisnika o upisivanju akata utvrđeno je da nije bilo upisanog zahtjeva do 4.07.1999. Isto to je utvrđeno u spisu - nema zahtjeva datiranog do 4.07.1999. Nadzor postupka obnove ugovora osobno je vršio predstojnik nadležnog tijela koji je to i potvrdio svojim potpisom na potvrdi o obnovi ugovora. Nadležno tijelo je na temelju čl.121/122.st.1. vodilo upravni postupak i sukladno s čl.5.ZPPZNS i točki 5. Naputka o primjeni ZPPZNS okončalo ga konkretnim aktom - obnovilo ugovor o korištenju stana 9.11.1999. Klauzula o obnovi ugovora na temelju čl.2.st.4. ZPPZNS i u skladu s točkom 5. Naputka o primjeni ZPPZNS je „rješenje“ kojim je riješena

usvojio fleksibilniji stav i naveo: u gradanskim postupcima podnositelj zahtjeva ne smije postati žrtva nerazumnog odlaganja za koja su odgovorna javna tijela vlasti. Obj strane mogu biti žrtve odlaganja i imaju pravo na pravednu naknadu - Usporedi: Izvod iz sudske prakse Europskoga suda za ljudska prava 2., Fond otvoreno društvo BiH, Sarajevo, 2001.

³³ Krijan Pero, Komentar zakona o upravnom postupku F BiH, Sarajevo, 1999, str.160.

³⁴ Navedeni uvjeti su dani kumulativno što znači da svi moraju biti ispunjeni kako bi u konkretnom slučaju postojala obveza za primjenu odredaba ZUP-a...” - Borković, I.: Upravno pravo, Zagreb, 1995, str. 375.

³⁵ Zaključkom treba odbaciti zahtjev stranke za pokretanje upravnog postupka kada se radi o zahtjevu o kojem je ranije pravomoćno odlučeno - Presuda, br.: U -2178/73 od 25. IV. 1974.

konkretna upravna stvar, odnosno, riješeno je da se obnovi ugovor o korištenju stana kojim činom proizvodi pravni učinak. Tim više ona predstavlja i oblik javne isprave (čl.132.st.1. ZPP i čl.162.st.1. ZUP), prvenstveno zbog dvostrukog korištenja pravnih sredstava koja su dopustiva i protiv javne isprave (izvanparnična tužba). Iz navedenog proizlazi da je zajamčena dvostruka pravna zaštita, ali naravno u zakonom određenim rokovima. Sukladno ZUP-u, akt kojim se rješava konkretna upravna stvar naziva se „rješenje.“ To je opći naziv, ali posebnim zakonom (čl.2. ZUP i čl.18. ZPPZNS), kao što je to u ovom slučaju riječ, može biti određen i drukčiji naziv, npr. obnovljen ugovor, potvrda i sl., ali se i tada u biti radi o rješenju u smislu odredaba čl.200. ZUP. U predmetnom slučaju radi se o rješenju koje ima dispozitiv, izreku dispozitiva. Kako je najbitniji i jedino obvezujući dio upravnog akta dispozitiv, a on ima više no sve značajke koje su nužne za određivanje upravnog akta (autoritativnost i jednostranost, pravno djelovanje i pravnu vezanost), to je sasvim nesporno da je akt obnove ugovora „rješenje,“ kojim je nadležno tijelo riješilo upravnu stvar.³⁶ Potvrda o obnovi ugovora je javna isprava (čl.162.st.1. ZUP), jer ju je u propisanom obliku izdalo tijelo državne uprave na temelju zakona i u skladu sa ZPPZNS-om. Prema čl.3. Zakona o važnosti javnih isprava, *„pod javnom ispravom, u smislu ovog zakona smatra se isprava izdana od nadležnih upravnih, sudske i drugih tijela, institucija i drugih pravnih osoba u vršenju javnih ovlasti iz djelokruga (F) BiH, RS, BD BiH.“* Za javne isprave veže se obična presuncija o istinitosti (autentičnosti - vjerodostojnosti), koja teret dokazivanja o neautentičnosti ne prebacuje na protivnu stranku. Autentičnost javne isprave u upravnom postupku dokazuje istinitost onoga što potvrđuje ili određuje! Dopošteno je dokazivati da ono što javna isprava potvrđuje nije istinito (čl.162.st.3.ZUP), primjerice da je zahtjev predat u prekluzivnom roku. Nije dopošteno dokazivati protivno onom što javna isprava, kao upravna odluka određuje, npr. *da ugovor o korištenju stana u skladu s ZPPZNS (čl.2.st.4) predstavlja sada važeći Ugovor u svrhu ZOSO-a i Zakona o prodaji stanova na kojim postoji stanarsko pravo.* Poslije izdavanja javne isprave za koju nije podnešen prijedlog zainteresirane osobe za utvrđivanje njene ništavnosti, obnova upravnog postupka nije zakonom dopoštena. Sud u predmetu upravnog spora nema stvarnu nadležnost poništiti akte kojima je utvrđena činjenica da je zahtjev neblagovreman. Nadležnost je određena u čl.5.

³⁶ Pojedinačni akti koji se smatraju upravnim aktima su, među ostalim: *Potvrda (klaузула) na poleđini kupoprodajnog ugovora o tome da je kupac oslobođen plaćanja poreza na promet, ovjereni potpisom službene osobe i žigom nadležnog organa uprave, ima sve bitne karakteristike upravnog akta, jer je na ovaj način, u skladu s propisima, odlučeno o jednoj obvezi stranke - Presuda Saveznog vrhovnog suda SFRJ, br.: U-1717/81 od 10. XI. 1981. Suprotno mišljenje ima nadležno tijelo koje nije uvažilo mjerodavne izjave. „... jer se radi o potvrdi, dakle uvjerenju koje po svojoj prirodi nema obilježe upravnog akta niti njegov pravni učinak, odnosno njime se ne rješava o nekom pojedinačnom pravu, kao što se to čini rješenjem, poglavito jer se protiv potvrde ne može izjaviti žalba, niti voditi upravni spor, tako da uvjerenje ne može postati pravomoćno. Nadalje, spomenuti postupak vodenje po zahtjevu zainteresirane osobe, a ne po zahtjevu podnositelja zahtjeva, a čak i daje voden po zahtjevu podnositelja zahtjeva i okončan rješenjem, isti ne bi mogao steći pravosnažnost budući da se radi o aktu koji je negativan po podnositelju, a takav akt ne može steći materijalnu pravosnažnost, jer takvim aktom stranka ne stječe nikakvo pravo niti joj se nalaze ikakva obveza, pa nema smetnji da stranka podnese isti zahtjev u istoj upravnoj stvari. Jedina smetnja je prekluzivni rok za podnošenje zahtjeva, pa je organ i odlučivao u tom smislu.“ - Zaključak, br.: 07/II-3-954/99 od 19. 08. 2008.*

Zakona o važnosti javnih isprava.³⁷ Kako nije podnesen prijedlog za utvrđivanje ništavnosti javne isprave, nadležnom суду u prekluzivnom roku to je upravna stvar legalno riješena! Zbog toga obnova upravnog postupka zahtjevom fizičke osobe mjerodavnim zakonom nije dopuštena, odnosno, vrlo je dvojbena zakonitost pokretanja i vođenje predmetnog upravnog postupka.

5.2. Prekludiran zahtjev je trebalo odbaciti s obzirom da on potiče od osobe koja ne može biti stranka u postupku

Zahtjev osobe za pokretanje upravnog postupka, u formalnom smislu je bitna procesna pretpostavka za vođenje postupka. Prema čl.49. ZUP-a stranka u upravnom postupku može biti samo osoba koja može biti nositelj prava o kojima se rješava u upravnom postupku. Kako se o ništavnosti javne isprave i ograničavanju prava vlasništva ne može rješavati u upravnom postupku to podnositelj zahtjeva ne može imati svojstvo stranke u upravnom postupku. Prema materijalnim odredbama čl.3. ZPPZNS-a, određeno je da *nositelj stanarskog prava na stan koji je proglašen napuštenim ima pravo na povratak sukladno Aneksu VII*. Međutim, st.1. primjenjuje se samo na nositelja stanarskog prava koji imaju pravo da se vrate u svoje domove. Prema čl.1. Aneks VII (stranačka sposobnost) to su osobe koje se smatraju izbjeglim i raseljenim (napustile stanove nakon 30.04.1991), osim ako se dokaže da su stanove napustili iz razloga koji su potpuno nevezani za sukob. Kako je nesporno da je podnositelj zahtjeva dobrovoljno otkazao ugovor o korištenju stana iz razloga koji je potpuno nevezan za sukob i nije izbjegla i raseljena osoba, to on nema pravo, na temelju ZPPZNS-a, sudjelovati u upravnom postupku radi zaštite prava na vraćanje u posjed stana.³⁸ Iz zakona proizlazi pravo na vraćanja napuštenog stana za izbjegle i raseljene osobe. Sukladno navedenim okolnostima mora se utvrditi svojstvo stranke u upravnom postupku radi ostvarivanja tog prava samo za te osobe. Riječ je o subjektivnom djelovanju zakona prema izbjeglim i raseljenim osobama, tj. na napuštene, a ne dobrovoljno otkazane ugovore o korištenju stana, što je očito iz duha i slova zakona. Postupati suprotno bilo bi nezakonito bez obzira da li je u pitanju pojedinačni akt ili radnja. Pravilno primjenjivati zakon znači ostvarivati njegovu svrhu, postizati cilj koji je imao zakonodavac u momentu donošenja. Cilj zakona je povratak izbjeglih i raseljenih osoba koje su mimo svoje volje morale, u tijeku rata i etničkih progona napustiti svoje domove.

³⁷ „Ako postoji opravdana sumnja da je javna isprava izdana ili sačinjena suprotno čl.3. zakona, ili se sumnja da je prema osobi kojoj je javnom ispravom utvrđena kakva obveza ili uskraćeno kakvo pravo ili povrijeđen pravni interes, pri sastavljanju isprave primjenjena sila, prijetnja ili prijevara, utvrđivanje ništavnosti takve isprave utvrđuje, na prijedlog te osobe ili druge zainteresirane osobe, mjerodavni sud u izvanparničnom postupku u roku od godinu dana od dana stupanja na snagu ovog zakona.“

³⁸ Izjava o otkazu ugovora kojom podnositelj zahtjeva izjaviti da nije „... bio pod utjecajem sile, prijetnje niti prevare. To je učinio dragovoljno i uz nazočnost svjedoka.“ Izjava je potvrđena vlastoručnim potpisom i potpisom 3 svjedoka. Ovjera potpisa izvršena je na mjerodavnom mjestu. Izjava je izjavljena dana 3. 04. 1997. Osim toga, nema dokaza u spisu o drugom boravištu ili prebivalištu, osim možda privatnog ili nema dokaza o useljeničkoj vizi ili nekoj drugoj pravom priznatoj ispravi koja bi potvrdila neki drugi status.

Izjava o otkazu ugovora o korištenju stana dostavljena je (deponirana, položena) na mjerodavnom mjesto i s obzirom da je data slobodno i u pismenom obliku (čl.43. ZOSO) proizvela je otkaz ugovora. Zbog toga pravo korištenja stana mora se tretirati sukladno stambenim pravnim propisima koji su u BiH bili i jesu pravosnažni za ove i slične pravne (poslove) odnose. Naime, stanar može otkazati ugovor u svako doba, ne navodeći razloge, a davatelj samo u zakonom predviđenim slučajevima (npr. korištenje stana protivno ugovoru, neplaćanje stana, nekorištenje stana tijekom određenog vremena). Izjava se ima tretirati kao trajni ugovor kod kojeg nije određen rok trajanja i ugovorni odnos se okončava jednostranom izjavom volje - otkazom.³⁹ Otkaz je jednostrano izjavljena volja kojom se okončava, prekida, jedan ugovorni odnos zasnovan na neodređeno vrijeme. Stoga je nadležno tijelo, s obzirom da mu je dostavljena izjava, ne temelju čl.43. otkazalo ugovor i time steklo pravo raspolagati stonom. Činom polaganja izjave o otkazu ugovora na mjerodavnom mjestu i davanje prava korištenja drugoj osobi, prošao je rok za povlačenje izjave o otkazu ugovora. Izjava nije ništavna niti pobjojna. Da bi ona kao dopušteni jednostrani pravni posao bila ništavna treba imati nedostatke (mane) volje davatelja izjave. To može biti prisila ili prijetnja, zabluda, neznanje i prevara. Kako nijednu manu volje ova izjava nema, to je ona dopuštena pravna osnova za (za konstituiranje stanarskog prava i prava vlasništva) sve druge akte i upravna djelovanja tijela uprave. Ništavan je (apsolutna ništavnost) onaj pravni posao koji je protivan ustavnom uređenju, prisilnim propisima ili moralu društva, a pobjajan (relativna ništavnost) je jednostrani pravni posao koji ima nedostatke ili mane izjavljene volje (čl.60-66 ZOO). To može biti prisila ili prijetnja, zabluda, neznanje i prevara. Kako nijednu manu volje ova izjava nema, to je ona dopuštena pravna osnova za (prestanak i nastanak prava) sve druge akte i upravna djelovanja. Na ništavnost pravnog posla sud pazi *ex offo*, dok se na pobjojnost sud ne obazire dok zainteresirana osoba ne ukaže na postojanje razloga za poništenje pravnog posla. Pravo poništenja izjave je prestalo (protekom zakonom određenih prekluzivnih rokova) činom prihvatanja, odnosno, potpunog realiziranja izjave (prešutna konvalidacija). Riječ je o odluci, Rješenju davanja stana na korištenje, od 26/27.05.1997. Davatelj jednostrane izjave volje, odnosno, otkaza ugovora o korištenju stana, je vezan izjavom kada ona stigne nadležnom davatelju stana na korištenje i on je ne može jednostrano mijenjati, povlačiti ili na bilo koji drugi način njom raspolagati. Izjava jednostrano obvezuje izjavitelja sve dok je nadležno tijelo ne prihvati ili odbije. Ako nadležno tijelo prihvati izjavu, smatra se da je ona u potpunosti realizirana i davatelj ne može jednostrano odustati od nje, tj. ugovora (čl.36.st.2. ZOO F BiH). Izjava nije poništена ni prisilnim propisima (nema ustavnog ovlaštenja) s obzirom da nije data pod prisilom ili prijetnjom tijekom neprijateljstava ili etničkog progona, dapače, analogno tim propisima zagarantran je njen pravni učinak.⁴⁰ Ili, Amandman VI na Ustav F BiH, čije odredbe nisu protivne

³⁹ Bikić, Abedin, Obligaciono pravo, Opći dio, Sarajevo, 2007, str. 186 i 277.

⁴⁰ U čl.II/5, Ustava BiH normirano je da su ništavne slijedeće izjave: „*Sve izbjeglice i raseljene osobe imaju se pravo vratiti u svoje domove. Oni imaju pravo, sukladno Aneksu 7 Općeg okvirnog sporazuma, da im se vrati imovina koje su bili lišeni tijekom neprijateljstava od 1991. godine i da im se dadne naknada za svu takvu imovinu koja im se ne može vratiti. Sve obveze i izjave vezane za takvu imovinu, a koje su date pod prisilom, ništavne su.*“

navedenim ustavnim odredbama.⁴¹

5.3. Prekludiran zahtjev je trebalo odbaciti s obzirom da ne postoji stvarna nadležnost odlučivanja u upravnom postupku o ograničavanju prava vlasništva

Stan za koji se prekludiranim zahtjevom traži povrat u posjed je u privatnom vlasništvu.⁴² Pravo vlasništva je temeljno ljudsko pravo i kao takvo je i zajamčeno Prvim protokolom uz Europsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (čl.1.st.1).⁴³ Ustav (F)BiH osim što je preuzeo jamstvo sigurnosti imovine (čl.2.st.3/k) iz konvencije, on je izričito odredio (čl.2.st.2. Međunarodni standardi): „*Prava i slobode u Europskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, kao i njeni protokoli, primjenjivat će se direktno u BiH. Ovi dokumenti imaće prednost na svim ostalim zakonima.*“ Međutim u ovom članku sporan je prijevod autentične engl. rečenice - “*These shall have priority over all other law,*“ kao: „Ovi dokumenti imaće prednost na svim ostalim **zakonima**.“ Umjesto ove rečenice trebala bi stojati rečenica: Ovi dokumenti imaće prednost na svim ostalim **pravom**.⁴⁴ Primjerice, pravo na imovinu ima prednost nad pravom za povrat u posjed stana. U tom smislu ima smisla i odredba Ustava (čl.2.st.6) kojom se naređuje: *BiH, i svi sudovi, tijela uprave i instrumenti kojima upravljaju entiteti ili koji funkcioniraju u entitetima, ponašat će se u skladu s ljudskim pravima i temeljnim slobodama iz gore navedenog paragrafa 2.*“ Upravo navedeni (najviši) pravni tretman prava vlasništva, koje je ustavna kategorija, znači da se to pravo držvena vlast ne može ograničavati ni poništavati na temelju zahtjeva stranke. To znači da (ne)nadležna tijela ne mogu donositi pojedinačna pravna akta (rješenja) o vraćanju stana u posjed, bez ustavnog ovlaštenja ili ovlaštenja vlasnika. Tih ovlaštenja nema. Ovlast za posjedovanje, korištenje stana jedino može dat vlasnik stana, jer je to derivat (izvedena ovlast) iz vlasničkoga prava! Zbog toga je zahtjevom za vraćanje stana u posjed dopušteno pokrenuti postupak *ex lege*, ali samo prije upisa vlasništva na stan. Rješavati ponovno o *ex lege* riješenoj pravnoj stvari je

⁴¹ „*Sve osobe imaju pravo u skladu s Aneksom VII Općeg okvirnog sporazuma na povrat svekolike imovine koje su lišeni tijekom etničkog progona i neprijateljstava tijekom 1991., te na naknadu svekolike imovine koja im se ne može povratiti. Svi iskazi i obveze dane i preuzete pod prisilom, posebice one što se odnose na odrekuće od prava na zemlju i drugi imetak, su ništavne.*“

⁴² Rješenje o upisu prava vlasništva, br.: Dn I. 3307/00, 17. 12. 2001, i Izvadak iz knjige položenih ugovora, br.: 439, br.: poduloška 3986. Nastoeći spriječiti neizvjesnost u stvaropravnim odnosima, mjerodavni zakon sadrži brojne presumpcije, koje nude odgovore za slučajeve dvojbe ili spora. Sve su te prepostavke oborive - tko tvrdi suprotno, može to pokušati dokazati.

⁴³ „*Svaka fizička i pravna osoba ima pravo na nesmetano uživanje svoje imovine. Niko ne može biti lišen svoje imovine, osim u javnom interesu i pod uvjetima predviđenim zakonom i općim načelima međunarodnog prava.*“

⁴⁴ Izvorna engl. riječ „law“ može značiti zakon ili pravo, a riječ *laws* u množini znači zakoni. U ovom slučaju uporabljena je riječ „law“ u jednini, a ne u množini. Zbog toga se riječi „law“ može jedino prevesti kao pravo, a ne kao zakoni - Art. II (2) The General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina (Initialled in Dayton on 21 November 1995 and signed in Paris on 14 December 1995) <http://www.oscebih.org/overview/gfap/eng/annex4.asp>

rješavanje *ex lex*, tj. besmisленo i nelogično, s nesagledivom (zlouporabom) povredom prava (upravljanja, korištenja i/ili raspolažanja) vlasništva. Zabrana zlouporabe prava je ustanovljena i u čl. 17. Europske konvencije. Zabrana se ne odnosi samo na odredbe o pravima i slobodama sadržane u konvenciji, već na sve odredbe o pravima i slobodama sadržane u Ustavu (F) BiH. Konvencija je inkorporirana u Ustav FBiH i zbog toga njene odredbe predstavljaju ustavne norme kojima se uređuju i štite ljudska prava.

5.4. Tužbu je trebalo odbaciti ili odbiti

Kad je riječ o dvije suprotne presude prvostupanjskog suda za upravne sporove treba istaći da je prva bila *contradictum iudicium* dok je druga bila *contraria contrariis*. Umjesto prve presude sud je rješenjem morao odbaciti tužbu, prije svega zbog toga što je protekao rok za podnošenje tužbe. Donošenje konkretnog akta - rješenja s dispozitivom nadležnog tijela učinjeno je 9.11.1999. Tada je ugovor o korištenju stana obnovljen. Protiv upravnog akta koji se tužbom mogao osporavati mogla se podnijeti žalba, ali nije. Drugo, negativnom enumeracijom izričito je propisano ZUS-om da se upravni spor ne može voditi protiv akata donesenih o stvarima u kojima je sudska zaštita osigurana izvan upravnog spora. Naprimjer, zaštita u (van)parničnom postupku. Zbog toga sud kad je primio tužbu, morao je prethodno ispitati da li se radi o stvari u kojoj je osigurana sudska zaštita pa kad utvrdi da takva zaštita postoji (npr. Zakon o javnim ispravama) izvan upravnog spora, mora, sukladno ZUS-u, tužbu odbaciti. Tim problematičnije, sud, iako je imao za predmet spor o zakonitosti upravnog akta, a ne spor pune jurusdukcije, izvodio je „dokaze,“ ali samo s tužiteljem, dok je zainteresiranu osobu kao stranku u postupku isključio tako da se nije mogla ni izjasniti o izvođenju dokaza.⁴⁵ Dakle, stranci u upravnom sporu nije dana mogućnost sudjelovanja, čime je povrijedeno načelo (*audiatur et altera pars*) pravičnog судења (čl.17. ZUS i čl.6 i 13. Europske konvencije).⁴⁶ Odnosno, tužitelj je inkognito „predočio“ sudu krivotvorenu javnu ispravu *Customer Copy EJ 845523622 US Express Mail USA*, a koju nikad do tada, iako je pozivan više puta, nije pokazao/predao *ipso iure* na zahtjev stranke i službene osobe, radi vještačenja. No sud umjesto da cijeni to što tužitelj nije pokazao (predao) tu ispravu i što ona po pravu BiH nije dokaz s dokaznom snagom on *contrafactio* izdaje obvezujuću uputu u obrazloženju presude prvostupanjskom tijelu, „...da u ponovnom postupku prihvati da je tužitelj zahtjev za povrat u posjed stana podnio 19.06.1999, kada je pošti New York predao preporučenu pošiljku koja je sadržavala zahtjev, te nakon toga odluči da li tužitelj ima pravo na vraćanje u posjed stana.“⁴⁷ Ovo shvaćanje suda je povreda načela pravnosti, pravila postupka upravnog spora, (*contra clara verba iuris et legis*) budući

⁴⁵ Iz presude suda od 10. 06. 2004, str. 2., „...vidljivo da je sud tražio a tužitelj prezentirao originalnu potvrdu o slanju poštanske pošiljke tako da sud jeste mogao u meritumu odlučiti o blagovremenosti zahtjeva.“ - Zapisnik s održane usmene rasprave od 17. 04. 2008.

⁴⁶ Odgovor na tužbu stranke u postupku sud nije razmatrao „jer ga tobože nije vidio u spisu“ - Dokaz: pobijana presuda na sadrži označenje stranaka sukladno čl.40.st.1. ZUS.

⁴⁷ Presuda, br.: U-353/03, 10. 6. 2004.

da u spisu ne postoji koverta kojom je zahtjev uručen poštom te je za prepostaviti da je ovlaštena službena osoba postupila u skladu sa Naputkom o načinu obavljanja uredskog poslovanja u kantonalnim tijelima uprave i službama za upravu jedinica lokalne samouprave u HNK gdje je pod točkom 4. Otvaranje i pregledanje pošte, pod 21. navedeno *da se otvaranje pošte vrši na način da se ne povrijede poštanski žigovi i pečati ili druge oznake na omotu kao i akti-prilozi koji se nalaze u kuverti. Posebno je naglašeno da se uz primljeni akt obvezno prilaže i kuverta kad god datum predaje pošti može biti od važnosti za računanje rokova što se primjenjuje i na konkretni slučaj.*

Pregledom spisa utvrđeno je da takva koverta ne postoji. U spisu postoji kuverta koju je uputio podnositelj zahtjeva, izravno. Naime, na kuverti se ne nalazi žig pošte niti poštanske marke, kao ni bilo kakav datum, pa iz nje moguće utvrditi datum predaje pošti koji može biti od važnosti za računanje rokova. To je neoboriv dokaz da je u kuverti zahtjev za povrat stana dostavljen izravno, što znači onog dana koji je naznačen na otisku prijemnog žiga (15.07.1999).⁴⁸ Zbog toga, tj. zbog neutemeljenog pravnog mišljenja i obvezujuće upute tijelu uprave zainteresirana osoba izjavila je žalbu prvostupanjskom sudu koji je Rješenjem, br.: U-353/04, od 31.08.2004, istu odbacio kao nedopuštenu, iako je žalba izjavljena sukladno čl.41. ZUS-a. Iz odredbe ovog članka proizlazi da se *protiv svake odluke najvišeg suda kantona donesene u upravnom sporu može izjaviti žalba ako je njome pogrešno primijenjen Federalni materijalni zakon ili (drugi federalni materijalni propis), ako su povrijedena pravila Federalnog zakona o postupku, koja su mogla biti od utjecaja za rješenje stvari.* Kao što je navedeno (gore) u žalbi svi su uvjeti po predmetnoj odredbi ispunjeni i zbog toga je dvojbeno zašto je sud žalbu odbio kao nedopuštenu u smislu čl.42.st.3.; tim teže, što ZUS nijednom svojom odredbom nije propisao uvjete, kada će se žalba izjavljena protiv odluke najvišeg prvostupanjskog suda smatrati nedopuštenom. Istina, na temelju čl.60. ZUS-a sukladno se primjenjuju odgovarajuće odredbe zakona kojim se uređuje parnični postupak. U tom smislu sud se pozvao na odredbu čl.213.st.3. Zakona o parničnom postupku - *žalba je nedopuštena ako osoba nema pravnog interesa za podnošenje iste.* Dakle, sud je na stanovištu „*da zainteresirana osoba nema pravnog interesa za izjavljivanje žalbe protiv presude donesene u upravnom sporu, s obzirom da je pobijanom presudom osporen upravni akt poništen i predmet vraćen nadležnom upravnom organu na ponovno rješevanje.*“ Međutim, ovo shvaćanje suda je *contradictorily* jer je sud obvezujućom uputom naložio da „*u ponovnom postupku nadležno tijelo prihvati da je tužitelj zahtjev za povrat u posjed stana podnio 19.06.1999, te nakon toga odluci da li tužitelj ima pravo na vraćanje u posjed stana*“. To znači da je sud meritorno odlučio o pravodobnosti zahtjeva te nema potrebe da se vodi ponovni upravni postupak jer se u istom treba odlučiti o već odlučenom. A, upravo zbog toga javlja se pravni interes osobe koja je podnijela žalbu te u tom smislu zainteresirana osoba izjaviti žalbu i Vrhovnom sudu F BiH. U pravomoćnom Rješenju Vrhovni sud F BiH,⁴⁹ iako je žalbu odbio, nije

⁴⁸ Zaključak, br.: 07/II-3-954/99., od 19. 08. 2008.

⁴⁹ Rješenje Vrhovnog suda F BiH, br.: UŽ-493/04, od 8. 11. 2007 i Rješenje, br.: U 125/06, od 3. 9. 2008.

prihvatio pravno mišljenje i obvezujuću uputu prvostupanjskog suda. To se jasno vidi iz obrazloženja Rješenja da „*su presudom prvostupanjskog suda poništeni upravni akti i predmet je vraćen prvostupanjskom organu na ponovno rješavanje, pa kako će stranke u ponovnom postupku moći zaštитiti svoja prava i pravne interese, to je Vrhovni sud, žalbu zainteresirane osobe odbacio kao nedopuštenu*“. To je i logično, jer je nadležno tijelo u ponovnom postupku obvezno potpuno i pravilno utvrditi sve sporne činjenice (pravodobnost zahtjeva - održati usmenu raspravu, saslušati stranke, izvesti dokaz vještačenja i uviđaju o valjanosti i autentičnosti kuverte, odnosno, potvrde o poslanom preporučenom pismu s pošte SAD). Sud u upravnom sporu samo cijeni kako je na temelju utvrđenog činjeničnog stanja primijenjen zakon te je njegova obveza primijeniti pravilo upravnog spora po kojem on ne utvrđuje činjenično stanje u tijeku spora, već za procjenu stanja stvari vrijedi ono što je utvrđeno u upravnom postupku. Činjenice u upravnom postupku utvrđuje tijelo koje je vodilo postupak.⁵⁰ Konačno, nakon provedenog ponovnog postupka, a donesenih istovjetnih akata po kojima je zahtjev odbačen kao nepravodoban te ponovne tužbe protiv osporenih akata isti sud je donio suprotnu presudu - tužbu je odbio kao neutemeljenu.⁵¹ Pravne posljedice nezakonite presude ogledaju se prvenstveno u tome što je prvostupanjski sud produžio trajanje postupka za 6 godina - povrijedio je načelo „3E.“

Zaključci

1. U BiH ne postoji dosta normizacija kao neophodna prepostavka za normativnu konkretizaciju načela pravne države;
2. Efikasna i konsekventna primjena nedostatne normizacije dodatno je ograničena za nedostatnost stručnosti, pravne svijesti i političke kulture;
3. Nadležna tijela preopterećena su brojem normativnih konkretizacija opće norme na konkretan slučaj, a slijedom toga i ugrožavanjem, pa i povredama načela pravne države, i to:
 - 3.1. povredama prava iz Europske konvencije (npr. prava na imovinu ili načela pravičnosti, tj. prava na rješavanje u razumnom roku) i to kao akta iznad zakonske snage, zakonom (npr. ukidanje - *ex nunc* ili poništavanje - *ex tunc* svih stanarskih prava ili ugovora o korištenju, odredbom čl.2. ZPPZNS-a), iako je veći broj ovih akata prestao važiti iskorištanjem prava - sklapanjem kupoprodajnog ugovora, uknjižbom prava vlasništva - polaganje ugovora u knjigu položenih ugovora. ZPPZNS je vrlo često mijenjan, što je pokazatelj prije svega nepoznavanja institucija stvarnog prava i društvenog i političkog stanja od strane eksperata Visokog predstavnika koji su radili na izradi tog zakona te kompleksnosti materije koja se regulira, tim gore što se većina

⁵⁰ Konačno izvod iz aktualne sudske prakse mjerodavnog suda je kontradiktoran ovom shvaćanju. *Iako je tužitelj uz tužbu priložio prijevod Švedske poštanske priznanice od 28.01.1998., po ocjeni suda on ne dokazuje da je iz Švedske na bilo koji način uputio zahtjev za vraćanje u posjed stana - Presuda, br.: 070 U 000111 07 U od 18. 12. 2007., ili fotokopija pečata, prijema Kanadske pošte od 21. 01. 1998., koju po ocjeni suda, on ne uzima vjerodostojnim dokazima iz razloga, što ni fotokopija, a ni zahtjev nije primljen u nadležnoj službi - Presuda, br.: 070 U 000210 07 U od 14. 01. 2008.*

⁵¹ Presuda prvostupanjskog suda, br.: 07 0 U 002563 09 U od 08. 05. 2009.

tih ekspeata bavila stvarnim pravom bivše SFRJ. Time su okrenuta leđa europskoj pravnoj tradiciji uređenja stvarnih odnosa. Nema razlikovanja privatnog vlasništva od vlasti.

3.2. povredama i/ili ugrožavanjem pravila postupka. Nadležno tijelo trebalo je odbaciti prekludiran zahtjev s obzirom da je ranije pravomoćno odlučeno o upravnoj stvari i/ili da on potiče od osobe koja ne može biti stranka u postupku i/ili s obzirom da ne postoji stvarna nadležnost odlučivanja u upravnom postupku o ograničavanju prava vlasništva. Tužbu je trebalo odbaciti ili odbiti s obzirom da nisu ispunjeni uvjeti iz čl.25. ZUS-a, tj. odbiti kao neutemeljenu. Osim toga, učinjene su brojne navedene povrede pravila upravnog i sudskog postupka, uz ostale i povreda pravila postupka kada je drugostupanjsko tijelo rješavajući po žalbi, br.: 07/II-3-954/99 od 09.9.2008, a još i na zahtjev stranke, nije prekinulo postupak s obzorom da je naišlo na prethodno pitanje određeno u čl.143. ZUP-a, odnosno na postojanje kaznenog djela, krivotvorene javne isprave; i,

3.3. neograničenom diskrecijskom sloboda odlučivanja, posebice, u dokaznom (ispitnom) postupku kod ocjene dokaza od strane voditelja upravnog postupka.

B I B L I O G R A F I J A

1. Knjige i članci

- 1.1. Akvinski, T.: Država, Zagreb, 1990.
- 1.2. Blhr, O.: Der Rechtsstaat, Eine publizistische Studie, Domstadt, 1963.
- 1.3. Bikić, Abedin, Obligaciono pravo, Opći dio, Sarajevo, 2007.
- 1.4. Bender, B.: Rechtsstaat und Sozialstaat, Berlin und MInhen, 1966.
- 1.5. Berk, E.: Reflection on the Revolution in France, London, 1900.
- 1.6. Branko Smerdel, Ustav Sjedinjenih Američkih Država, Osijek, 1994.
- 1.7. Gneist, R.: Rechtsstaat, 1879.
- 1.8. Borković, I.: Upravno pravo, Zagreb, 1995.
- 1.9. Friedman, Milton, Kapitalizam i sloboda, Zagreb: Globus, Nakladni zavod.
- 1.10. Hayek, Friedrich August, Politički ideal vladavine prava, Školska knjiga, Zagreb, 1994.
- 1.11. Jež, Zdravko, Principi demokratske pravne države, Bački Petrovac: Kultura, 2004.
- 1.12. Krijan, Pero, Komentar zakona o upravnom postupku F BiH, OSCE, Sarajevo, 1999
- 1.13. Pranjić, dr. Stjepo, Publication of Competition & Antitrust, Review in Bosnia and Herzegovina, 2009. EUROMONEY YEARBOOKS, Eighth edition.
- 1.14. Pranjić, dr. Stjepo, Some divergences of competition law are (not) tolerable on the path to integration EXAMPLE OF REGULATING THE CONCENTRATION IN THE ACT ON COMPETITION, Zbornik radova, br.: 1. Travnik, 2010.
- 1.15. T., Kasim, S., Miodrag, M., Zvonko et al.: Proces odlučivanja u Parlamentarnoj Skupštini Bosne i Hercegovine, Sarajevo, 2009.
- 1.16. Miličević, Nedо, Ljudska prava, Sarajevo, 2007.

-
- 1.17. Miljko, Zvonko, Ustavno uređenje Bosne i Hercegovine, Zagreb, 2006.
- 1.18. Opća deklaracija o pravima čovjeka, Naše teme, br.: 1-2/90.
- 1.19. Platon, Zakoni, Dereta, Beograd, 2004.
2. Propisi koji su normativno konkretizirani
- 2.1. Međunarodni
- 2.1.1. Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, izmjenjena i dopunjena Protokolima, br.: 3/5, i 8, i dopunjena Protokolom, br.: 2, te Protokoli, br.: 1, 4, 6, 7, 9, 10 i 11. „Sl. list R BiH,” Dodatak: Međunarodni ugovori, br.: 5/96.
- 2.1.2. Povelja ujedinjenih naroda, „Narodne novine,” Dodatak: Međunarodni ugovori, br.: 15/1993.
- 2.1.3. Opća deklaracija o ljudskim pravima, 10. 12. 1948.
- 2.1.4. Opća povelja o ljudskim pravima, 10. 12. 1948.
- 2.1.5. Opća povelja o ljudskim pravima u islamu, 19. 09. 1981.
- 2.1.6. Povelja o ljudskim i građanskim pravima Nacionalne skupštine Francuske, 26.08.1789.
- 2.2. Bosna i Hercegovina
- 2.2.1. Dejtonski sporazum, USAID.
- 2.2.2. Ustav BiH (Prijevod koji je utvrdio OHR - *Office of the High Representative*).
- 2.2.3. Ustav F BiH, „Sl. novine,” br.: 1/94.
- 2.2.4. Ustav RS., „Sl. glasnik,” br.: 21/96.
- 2.2.5. Zakon o napuštenim stanovima, „Sl. list RBiH,” br.: 6/92, 16/ 92, 13/94, 9/95 i 3/95.
- 2.2.6. Uredba o korištenju napuštenih stanova, „Narodn list HZ H B,” br.: 13/93.
- 2.2.7. Zakonu o prestanku primjene Zakona o napuštenim stanovima, „Sl. novine F BiH,” br.: 11/98, 38/98, 12/99, 18/99, 27/99, 43/99, 31/01, 56/01, 15/02, 24/03 i 29/03.
- 2.2.8. Zakona o upravnom postupku, „Sl. novine F BIH,” br.: 2/98, 48/99...
- 2.2.9. Zakon o upravnim sporovima, „Sl. novine F BIH,” br.: 9/05.
- 2.2.10. Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o preuzimanju Zakona o stambenim odnosima, „Sl. novine F BIH,” br.: 19/99.
- 2.2.11. Zakon o vanparničnom postupku, „Sl. novine FBiH,” br.: 2/98, 39/04, 73/05.
- 2.2.12. Zakon o parničnom postupku, „Sl. novine FBiH,” br.: 53/03.
- 2.2.13. Zakon o važnosti javnih isprava, „Sl. glasnik BiH,” br.: 23/04.
- 2.2.14. Zakona o carinskoj politici, „Sl. glasnik BiH,” br.: 57/04, 51/06, 76/06.
- 2.2.15. Zakon o vlasničkopravnim odnosima, „Sl. novine FBiH,” br.: 6/98, 29/03.
- 2.2.16. Zakon o obveznim odnosima, „Sl. list SFRJ,” br.: 29/78, 39/85, 45/89 i 57/89. Preuzet je na temelju Uredbe s zakonskom snagom, „Sl. list R BiH,” br.: 2/92, a pravnu snagu Zakona dobio je na temelju potvrđivanja Uredbe s zakonskom snagom, „Sl. list R BiH,” br.: 13/94.
- 2.2.17. Odluka Visokog predstavnika o osnivanju komisije za kontrolu zaključenih i/ili obnovljenih ugovora o korištenju stana, „Sl. novine FBiH,” br.: 19/02.
- 2.2.18. Naputak visokog predstavnika o postupku kontrole zaključenih i/ili obnovljenih ugovora o korištenju stana, „Sl. novine FBiH,” br.: 19/02.
- 2.2.19. Odluka kojom se poništavaju sva trajna stanarska prava dodijeljena u Federaciji tijekom i nakon rata u BiH i njihova pretvorba u privremena stanarska

prava od 4.04.1999.

3. Empirijska građa normativne konkretizacije

3.1. Sudska praksa Europskog suda i Komisije za ljudska prava

3.1.1. Izvod iz sudske prakse Europskoga suda za ljudska prava 2, Fond otvoreno društvo BiH, Sarajevo, 2001.

3.1.2. Gilles Dutertre Jakob van der Velde, Ključni izvodi iz izbora presuda (u vezi s čl.11. i 14) Europskoga suda za ljudska prava i odluka i izvejća Europske komisije za ljudska prava, Vijeće Europe,1998.

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

3.2. Bosna i Hercegovina

3.2.1. Izjava o otkazu Ugovora o korištenju stana od 03. 04. 1997.

3.2.2. Zahtjev za povrat u posjed stana od 15.07.1999.

3.2.3 Zaključak kojim je zahtjev odbačen kao neblagovremen, br.: 07/II-3-954/99 od 28. 4. 2003.

3.2.4. Žalbe izjavljena na Zaključak od 19. 05. i 11. 06. 2003.

3.2.5. Rješenje kojim je odbijena žalba, br.: UP-09-25-03-155/03 od 4. 7. 2003.

3.2.6. Tužba od 22. 07. 2003, radi poništenja Rješenja, br.: UP-09-25-03-155/03 od 04. 07. 2003.

3.2.7. Presuda, br.: U-353/03 od 10. 6. 2004.

3.2.8. Žalba od 27. 07. 2003, na presudu prvostupanjskog suda, br.: U-353/03 od 10. 6. 2004.

3.2.9. Rješenje o odbacivanju žalbe kao nedopuštene, br.: U-353/04 od 31. 8. 2004.

3.2.10. Žalba od 14. 09. 2004. na rješenje prvostupanjskog suda, br.: U-353/04 od 31. 08. 2004.

3.2.11. Rješenje Vrhovnog suda F BiH, br.: Už-493/04, od 8. 11. 2007.

3.2.12. Rješenje Vrhovnog suda F BiH, br.: Uvp-125/06, od 3. 9. 2008.

3.3.13. Zapisnik s usmene rasprave od 14. 07 i 17. 04. 2008.

3.3.14. Zaključak o odbacivanju zahtjeva kao neblagovremenog, br.: 07/II-3-954/99 od 19. 08. 20008.

3.2.15. Žalba, br.: 07/II-3-954/99 od 09. 9. 2008.

3.2.16. Dopuna žalbe, br.: 07/II-3-954/99, od 06. 10. 2008.

3.2.17. Rješenja kojim je odbijena žalba, br.:UPII-09-03-25-155/03, od 29. 11. 2008.

3.2.18. Tužba, br.:UPII-09-03-25-155/03, od 29. 11. 2008.

3.2.19. Presuda, br.: 07 0 U 002563 09 U od 08.05.2009.

3.2.20. Zahtjev od 16. 6. 2009, za izvanredno preispitivanje presude prvostupanjskog suda, br.: 07 U 002563 09 U od 08. 05. 2009.

3.2.21. Presuda Vrhovnog suda F BiH, br.: 07 0 U 002563 09 U od 20. 5. 2010.

3.2.22. Rješenje općinske komisije za urbanizam i stambene poslove, br.: 08/III-372-194/84.

3.2.23. Zaključak o dodjeli stana na korištenje, br.: 01/III-I-159/84.

-
- 3.2.24. Odliku RO Žitopromet Mostar, br.: 1367/84.
 - 3.2.25. Ugovor o korištenju stana, br.: 124207/84.
 - 3.2.26. Odluka Općinskog vijeća, br.: 01-265/97
 - 3.2.27. Rješenje Odjela graditeljskog i prostornog uređenja, br.: 07/II-1942/97.
 - 3.2.28. Ugovor o korištenju stana, br.: 1242/97, s potvrdom o obnovi ugovora od 9.11.1999.
 - 3.2.29. Presuda Saveznog vrhovnog suda SFRJ, br.: U-1717/81 od 10. XI. 1981.
 - 3.2.30. Rješenje o upisu prava vlasništva na stan, br.: 124207.
 - 3.2.31. Naredba, br.: Dn I.3971/01., o uknjižbi prava zaloga.
 - 3.2.32. Izvadak iz knjige položenih ugovora, br.: 3617/09., br.: poduloška: 3986.
 - 3.2.33. Customer Copy o (po)slatom express pismu iz U.S.A. E J 8 4 5 5 2 3 6 2 2 US.
 - 3.2.34. Potvrди da notar koji je ovjerio customer copy o (po)slatom express pismu iz U.S.A. E J 8 4 5 5 2 3 6 2 2 US. nije više registriran pri State of New York department of state, 41 state street, albani, ny 12231-ooo1 Novembar 3, 2004.
 - 3.2.35. Prava potvrda s pošte U.S.A. od 5.10.2004, u ovjerenom prijevodu.
 - 3.2.36. Nalaz i stručno mišljenje o obavljenom vještačenju, br.: 07/II-3954/99 od 29. 07. 2008.
 - 3.2.37. Zaključka o vještačenju, br.: 07/II-3-954/99. od 16. 07. 2008.
 - 3.2.38. Zapisnik o Uviđaju u pravu *express mail* pošte U.S.A od 15.07.2008.
 - 3.2.39. Presuda Saveznog vrhovnog suda SFRJ, br.: U-1717/81.
 - 3.2.40. Presuda kantonalnog suda, br.: 070 U 000111 07 U od 18. 12. 2007.
 - 3.2.41. Presuda kantonalnog suda, br.: 070 U 000210 07 U od 14. 01. 2008.
 - 3.2.42. Kaznena prijava tužiteljstvu od 31. 10. 2008.
4. Korištene www. stranice
- 4.1. <http://www.fbihvlada.gov.ba/hrvatski/zakoni/index.php>
 - 4.2. <http://www.oscebih.org/overview/gfap/eng/annex4.asp>
 - 4.3. <http://www.dei.gov.ba/dokumenti/id=6184>

UDK: 342.9:347.9(497.6)

Doc. dr. Fuad Purišević
Sveučilište/Univerzitet „Vitez“ Travnik
Fakultet pravnih nauka
fuad.purisevic@unvi.edu.ba

NAČELA PARNIČNOG I UPRAVNOG POSTUPKA

PRINCIPLES OF CONTENTIOUS AND ADMINISTRATIVE PROCEDURE

SAŽETAK

Da bi smo mogli odrediti međusobni odnos parničnog i upravnog postupka, potrebno je prethodno znati sličnosti i razlike načela parničnog i upravnog postupka, odnosno, predmete raspravljanja u jednom i drugom postupku. Drugim riječima, potrebno je znati razgraničiti predmete koji se rješavaju po odredbama parničnog postupka, od predmeta koji se rješavaju u upravnom postupku, u čemu nam esencijalnu pomoć pružaju načela oba postupka. Istina, za ovo razgraničenje potrebna su nam i znanja iz materijalnog građanskog i materijalnog upravnog prava. Mnogi pravni znanstvenici ističu da primjena propisa parničnog ili upravnog postupka dolazi u obzir zavisno od toga da li se radi o javnom ili privatnom pravu. Uvažavajući iznesenu konstataciju, lako se da zaključuti da se javnopravni odnosi, izuzev krivičnih, štite po propisima upravnog, a većina građanskopravnih odnosa po propisima parničnog postupka. Ovo pravilo se ne može u svom izvornom obliku konsekventno provesti do kraja, odnosno, ne može se lako povući tačna granica između sudske i upravne nadležnosti u pogledu davanja pravne zaštite građanskim, porodičnim, radnim, starateljskim, ličnim i drugim odnosima. Naime, ponekad se isti pravni odnos po izboru stranaka ostvaruje u parničnim ili upravnim postupcima. Takođe, ima slučajeva da se na određene pravne odnose primjenjuju odredbe upravnih postupaka, dok se naknada štete nastale u tim odnosima ostvaruje putem nadležnih sudova. Uz navedeno, ističem da se neki pravni odnosi prethodno rješavaju u upravnim postupcima, s tim da se takva rješenja u konačnici mogu pobijati tužbama pred redovnim sudovima. Isto tako, neki pravni odnosi se rješavaju u prvom stepenu u upravnim postupcima, a u drugom, odnosno, posljednjem stepenu te odnose rješavaju nadležni sudovi u parničnim postupcima.

Ključne riječi: načela, parnični, upravni, postupak

SUMMARY

In order to be able to determine mutual relation between contentious and administrative procedure, first and foremost it is necessary to know the similarities and differences between contentious and administrative procedure, more exactly the subjects of deliberation in both procedures respectively. In other words, it is necessary to determine which subject matters are to be solved pursuant to contentious procedure in regard to those that are being solved through administrative procedure, whereupon principles of both procedures are of essential assistance. Indeed, in order to do that we need know-how of substantive civil law and substantive administrative law. Many legal scientists emphasize that application of contentious or administrative procedure depends on whether a case is in the domain of public or private law. Taking into account the statement one can easily conclude that public-legal relationship, except criminal, are being protected by regulations of administrative procedure and majority civil-legal relationships are being protected by regulations of contentious procedures. This rule cannot be carried out fully in its original form, that is one cannot draw a line or boundary between court and administrative competency in terms of provision of legal protection in civil, family, labor, guardian, personal and other relations. Namely, sometimes by choice of parties same legal relationships are being realized through contentious or administrative procedures. Moreover, there are cases that on some legal relations administrative procedures are applied, while compensation for resulting damage are being realized through competent courts. Along with the stated, I would like to point out that some legal relations are initially resolved through administrative procedures and such decisions may, in the end, be contested through pressing charges before regular courts. Likewise, some legal relationships are being resolved in administrative court of first instance and in the second and last instance, those relationships are being resolved by competent courts through contentious procedures.

Key words: principles, contentious, administrative, action

Uvodna razmatranja odnosa parničnog i upravnog postupka

Građanski, odnosno, parnični postupak je najstariji postupak. Iz okvira parničnog postupka se tokom historijskog razvoja, istina u novije vrijeme, izdvojio i razvio upravni postupak. Iako upravni postupak služi za ostvarivanje upravnopravne djelatnosti, u njemu se nalazi toliko instituta građanskog (parničnog) postupka da ga je teško razgraničiti od parničnog postupka. Za razliku od teškoća razgraničenja predmeta parničnog i upravnog postupka potpuno je jasno i precizno razgraničenje između predmeta parničnog i krivičnog postupka. To je rezultat određenosti krivičnopravnih predmeta, zbog čega ne može doći do dileme da li je jedna stvar krivičnopravnog ili građanskopravnog karaktera. Takvog razgraničenja nema između parničnog i upravnog postupka zbog toga što ne postoje takva obilježja na osnovu čega bi se moglo izvoditi kategorijalno razlikovanje između građanskopravnih i

upravnopravnih predmeta. Prema jednom shvatanju bitno obilježje građanskopravnog odnosa je u jednakosti subjekata, za razliku od upravnopravnog odnosa u kome se na jednoj strani pojavljuju organi uprave i institucije koje imaju javne ovlasti, kojima je druga strana potčinjena.¹ Ovo shvatanje je nedovoljno za razgraničenje parničnog i upravnog postupka. Zašto? Zato što ovo shvatanje ne daje odgovor na situaciju kada se u jednom odnosu kao stranke pojave organi uprave ili institucije koje imaju javne ovlasti jedni prema drugima. Iako se ove stranke nalaze u jednom ravnopravnom odnosu, taj odnos i dalje ostaje upravnopravni, a ne građanskopravni, kao što bi se moglo zaključiti zbog ravnopravnog odnosa stranaka. U savremenom pravu primjećuje se tendencija da se u mnogim aspektima upravnopravna djelatnost i sudska funkcija približavaju. Zbog toga neki upravni organi organizuju i vrše svoju funkcije po načelima, odnosno, principima po kojima se vrši sudska funkcija te je ovo približavanje posljedica podvođenja uprave u okvire prava. Zato u upravnom postupku važi načelo zakonitosti, kao i za parnični postupak. Ova dva postupka karakteriše međusobno dejstvo akata, i to: dejstvo presude u upravnom postupku i dejstvo upravnog akta u parničnom postupku. Ako se u parničnom postupku pojavi kao prethodno pitanje neko pravno pitanje upravnopravnog karaktera, o kome je u upravnom postupku već pravomoćno odlučeno, tada je parnični sud vezan za odluku upravnog organa u okviru njene pravomoćnosti. Ista je situacija i obratno. Ukoliko se pred upravnim organom pojavi prethodno pitanje građanskopravnog karaktera o kome je parnični sud pravomoćno već odlučio, onda je i upravni organ vezan takvom odlukom suda. Princip vezanosti akata suda i upravnog organa zasnovan je na međusobnom povjerenju organa, a u službi je očuvanja jedinstva pravnog poretku.² Najzad, razgraničenje između parničnog i upravnog postupka vrši se i po pravilima o apsolutnoj nadležnosti. Ako je pokrenut parnični postupak u jednoj upravnopravnoj stvari, sud će se oglasiti apsolutno nenađežnim i odbaciti tužbu. Na isti način će postupiti i upravnopravni organ, ako se pokrene upravni postupak u jednoj građanskopravnoj stvari iz nadležnosti sudova. Rješavanje sukoba nadležnosti između sodova i upravnih organa spada u nadležnost ustavnih sudova.³ Da bi se razumjeli izneseni odnosi parničnog i upravnog postupka, neophodno je poznavanje srži svih načela oba postupka u svim savremenim pravnim sistemima, pa i u Bosni i Hercegovini. Samo tako je moguće pravilno shvatiti sadržaj, suštinu i svrhu svih procesnih odredbi i dovesti te odredbe u zasebne i međusobne odnose te ukloniti njihova prividna protivrječja, pa i popunjavati eventualne zakonske praznine u oba postupka.⁴ Poznavanje načela parničnog i upravnog postupka je prepostavka pravilne primjene, ne samo procesnopravnih, već i materijalnopravnih propisa. Bez njih se ne mogu tumačiti, a ni primjenjivati odredbe predmetnih postupaka, jer načela izražavaju osnovne društvene vrijednosti. Načela su ideje vodilje kojima se rukovodi i stvaralač prava i onaj koji pravo primjenjuje u konkretnim odnosima. Smisao i sadržaj pravne norme koja se primjenjuje moguće je ponekad pravilno shvatiti i utvrditi samo

¹ Prof. dr. Branko Čalija, Građansko procesno pravo (prvi dio), Sarajevo, 1982, str. 59-60. ²

Ibidem, str. 60-61.

³ Ibidem, str. 61-62.

⁴ Prof. dr. Mustafa Kamarić, Upravni postupak, Sarajevo, 1962, str. 13-15

u sklopu načela čijoj realizaciji propisi općenito, pa i propisi parničnog i upravnog postupka, služe.⁵ Zbog toga odredbe parničnog i upravnog postupka moraju biti usklađene sa ustavnim načelima svih savremenih pravnih sistema u svijetu,⁶ ali i sa našim bosanskohercegovačkim ustavnim sistemom, što nekad i nije učinjeno do kraja konsekvetno.

1. Bitna obilježja parničnog i upravnog postupka izražena kroz načela građanskog procesnog i upravnog procesnog prava

Za načela se kao sinonimi u oba postupka koriste i pojmovi maksime ili principi. Načela u parničnom i upravnom postupku nas usmjeravaju, odnosno, ona su nam putokaz za rad, usredsređen ka određenom cilju. Načela su kriteriji za djelovanje i prosudjivanje. Njima se determiniraju metode pristupa stvarnosti koja je objekat promatranja ili obrade. Sva načela u oba postupka, manje ili više, daju osnovni pečat institucijama parničnog i upravnog postupka. Poznavanje načela koja u oba postupka prožimaju ove procesne materije od odlučujućeg je značaja, kako za stvaraoca pravne norme, tako i za onoga koji normu primjenjuje. Za zakonodavca, načela parničnog i upravnog postupka predstavljaju okosnicu za razradu i usavršavanje svakog pravnog sistema. Voditeljima parničnog i upravnog postupka načela predstavljaju putokaz u interpretaciji pravnih pravila, naročito kad u tom pravilu nema direktnog odgovora na predmetni problem ili kada sama gramatička ili logička interpretacija nisu dovoljne za pronalaženje rješenja koja će biti u skladu sa duhom konkretnog pravnog sistema; tim prije, jer je objektivno nemoguće da zakonodavac unaprijed predviđi sve slučajevе i odredi univerzalni ključ za njihovo rješavanje.⁷ Poznavanje načela parničnog i upravnog postupka predstavlja neophodan oslonac za svakoga ko primjenjuje zakone o parničnim postupcima i zakone o upravnim postupcima. Zakoni o parničnim postupcima⁸ i zakoni o upravnim postupcima⁹ u Bosni i Hercegovini, ali i u ostalim savremenim pravnim sistemima, spadaju u procesna zakonodavstva kojima su osigurana jedinstvena pravila parničnog i upravnog postupka za primjenu

⁵ Prof. dr. Branko Čalija, Građansko procesno pravo (prvi dio), Sarajevo, 1982, str. 71.

⁶ Prof. dr. Sead Dedić, Upravno procesno pravo, Bihać/Sarajevo, 2001, str. 37.

⁷ Dr. Siniša Triva, dr. Velimir Belajec, dr. Mihajlo Dika, Građansko parnično procesno pravo, Zagreb, 1986., str. 88

⁸ Zakon o parničnom postupku pred Sudom BiH (Službeni glasnik BiH, broj: 36/04) i Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku pred Sudom BiH (Službeni glasnik BiH, broj: 84/07); Zakon o parničnom postupku Federacije BiH (Službene novine Federacije BiH, broj: 53/03) i Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku Federacije BiH (Službene novine Federacije BiH, broj: 73/05 i 19/06); Zakon o parničnom postupku Republike Srpske (Službeni glasnik RS, broj: 58/03) i Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku RS (Službeni glasnik RS, broj: 85/03, 74/05 i 63/07); Zakon o parničnom postupku Brčko Distrikta BiH (Službeni glasnik BD BiH, broj: 08/09).

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

materijalnih prava u parničnom i upravnom rješavanju, što je iznimno bitan uvjet za osiguranje zakonitosti, jednakosti pred zakonom i pravnom sigurnosti na cijelom području Bosne i Hercegovine i na svim razinama obavljanja upravne vlasti. Građansko procesno pravo i upravno procesno pravo, zajedno sa krivičnim procesnim pravom, čine najvažnije pravne postupke u svim pravnim sistemima svijeta. Svi ovi postupci imaju po smislu i cilju ista temeljna načela kao što su načelo zakonitosti, načelo materijalne istine i načelo saslušanja stranaka. I ostala načela su manje-više istog sadržaja i cilja.¹⁰

1.1. Načela parničnog postupka

Osnovna načela parničnog postupka svode se na osnovne smjernice za provođenje procesnih aktivnosti. Na njima je građen procesnopravni sistem.¹¹ Osnovna načela su implicirana u zakonskim tekstovima svih parničnih postupaka u Bosni i Hercegovini.¹² Neka od parničnih procesnih načela odnose se neposredno na kvalitet pravne zaštite. To su npr. načela: ekonomičnosti, zakonitosti, materijalne istine i vezanosti za pravomoćne akte nadležnih organa. Neka načela imaju izrazito instrumentalan značaj zbog toga što fiksiraju maksime za ostvarenje nekog drugog principa koji neposredno determinira određenu kvalitetu pravne zaštite. Takva su npr. načela: usmenosti, pismenosti, neposrednosti, koncentracije i jedinstva glavne rasprave. Ni u jednom pravnom sistemu jedno isto načelo nije konstantno i u istoj mjeri izraženo i naglašeno jer to zavisi od specifičnosti svakog postupka pojedinačno.¹³ Osim ove podjele, sva načela možemo grupisati i na sljedeći način:

- a) načela koja su karakteristična za parnični postupak u smislu što ga u najvećoj mjeri određuju kao posebnu pravnu instituciju, kao što su npr. načelo dispozitivnosti i raspravno načelo, a izuzetno, i načelo oficijelnosti¹⁴;
- b) načela koja su podignuta na stepen ustavnih načela, kao što su npr. načela: zakonitosti, kontradiktornosti ili obostranog saslušanja stranaka, javnosti i pružanja pomoći neukim strankama,¹⁵ o pravu na jezik i pismo, načelo

¹⁰ Dr. Pero Krijan, Komentar zakona o upravnom postupku FBiH sa sudskom praksom, Sarajevo, 2002., str. 14-15.

¹¹ Dr. Siniša Triva, dr. Velimir Belajec, dr. Mihajlo Dika, Građansko parnično procesno pravo, Zagreb, 1986., str. 89.

¹² Član 7.-18. Osnovna načela parničnog postupka, Zakon o parničnom postupku pred Sudom BiH (Službeni glasnik BiH, broj: 36/04 I 84/07). Član 1.-14. Osnovna načela parničnog postupka, Zakon o parničnom postupku Federacije BiH (Službene novine Federacije BiH, broj: 53/03, 73/05 i 19/06). Član 1. - 14. Osnovna principi (načela) parničnog postupka, Zakon o parničnom postupku Republike Srpske (Službeni glasnik RS, broj: 58/03, 85/03, 74/05 i 63/07).

Član 1. - 14. Osnovna načela parničnog postupka, Zakon o parničnom postupku Brčko Distrikta BiH (Službeni glasnik BD BiH, broj: 08/09).

¹³ Dr. Siniša Triva, dr. Velimir Belajec, dr. Mihajlo Dika, Građansko parnično procesno pravo, Zagreb, 1986., str. 89-90.

¹⁴ Dr. Gordana Stanković i dr. Ranka Račić, Parnično procesno pravo, Trebinje, 2008, str. 196.

¹⁵ Dr. Branko Čalija i dr. Sanjin Omanović, Građansko procesno pravo, Sarajevo, 2000, str. 49-50.

-
- koncentracije postupka te
- c) načela koja su karakteristična u većoj ili manjoj mjeri i za druge postupke, kao što je upravni postupak. Ovdje spadaju načela: usmenosti, neposrednosti, slobodne ocjene dokaza, materijalne istine, ekonomičnosti, sudskog upravljanja postupkom, načelo o sudenju u razumnom roku i druga načela.¹⁶

Polazeći od oba kriterija grupisanja parničnih načela, a što ne znači da se ne mogu propisati i drugačija načela, valja kazati da se i sva načela upravnog postupka mogu grupisati na iste načine, iako je u upravnom procesnom pravu grupisanje izvršeno na osnovna i ostalih načela. Kriterij za ovakvo svrstavanje načela je njihov značaj i doprinos oblikovanju upravnog postupka.

1.2. Načela upravnog postupka

Kada govorimo o načelima u upravnom postupku, treba kazati da su sva načela u naučnoj literaturi upravnog procesnog prava grupisana u osnovna i ostala važnija načela. To nikako ne znači da se posebnim zakonima ne mogu iznimno propisati i drugačija načela upravnog postupka za pojedina pitanja postupka koja se razlikuju od osnovnih i ostalih načela propisanih zakonima o upravnim postupcima u Bosni i Hercegovini.¹⁷ Istina, ta drugačija pravila (načela) mogu se izuzetno propisati kad je to neophodno za rješavanje nekih upravnih stvari ili nekih procesnih pitanja koja, zbog određenih specifičnosti i posebnosti, trebaju biti drugačija od propisanih u zakonima o upravnim postupcima u kojima su propisana opća načela upravnog postupka. To može biti npr. drugačije propisivanje nadležnosti, dužine rokova i pravnih lijekova; drugačije obavljanje nekih radnji postupka; drugačiji oblik upravnog akta i slično. Načela posebnog upravnog postupka mogu se propisati posebnim državnim, entitetskim, kantonalnim i zakonom Brčko Distrikta BiH. To su obično zakoni kojima se uređuju odredene upravne materije, npr.: carinska, poreska, penzijsko-invalidsko osiguranje, prava boraca i članova njihovih porodica i slično. Čanom 2. sva četiri zakona o upravnim postupcima u BiH propisana su po četiri obligatna kumulativna uslova da bi se tim zakonima mogli propisati posebni upravni postupci, što ukazuje na intenciju zakonodavca da se što manje donose propisi o posebnim upravnim postupcima, odnosno, da se što više primjenjuju osnovna i ostala načela iz zakona o

¹⁶ Prof. dr. Branko Čalija, Građansko procesno pravo (prvi dio), Sarajevo, 1982, str. 71-72.

¹⁷ Član 4. - 18. Osnovna i ostala načela u upravnom postupku, Zakon o upravnom postupku Bosne i Hercegovine (Službeni glasnik BiH, br. 29/02); Član 4. - 16. Osnovna načela u upravnom postupku, Zakon o upravnom postupku Federacije BiH (Službene novine FBiH, br. 2/98 i 48/99); Član 5. - 16. Osnovna načela u upravnom postupku, Zakon o opštem upravnom postupku Republike Srpske (Službeni glasnik RS, br. 13/02). Član 4. - 16. Osnovna načela u upravnom postupku, Zakon o upravnom postupku Brčko Distrikta BiH (Službeni glasnik BD BiH, br. 3/00, 5/00, 9/02, 8/03, 8/04, 25/05, 8/07, 10/07, 19/07, 2/08 i 30/09).

upravnim postupcima.¹⁸ Kada je u pitanju pravna snaga posebnih upravnih postupaka, ukoliko su doneseni, onda oni isključuju primjenu načela upravnih postupaka u BiH, po principu: lex specialis derogat legi generali. Uvažavajući sve izneseno o posebnim upravnim postupcima, predmet moga interesovanja su ipak osnovna i ostala načela upravnih postupaka po zakonodavstvu BiH, pa ču ih tako i iznijeti:

- a) Zakonom o upravnom postupku Bosne i Hercegovine regulirano je i utvrđeno 15 osnovnih, ali i ostalih načela upravnog postupka, i to: zakonitosti, zaštite prava i sloboda građana i zaštite javnog interesa, transparentnosti, javnosti, efikasnosti, materijalne istine, saslušanja stranaka ili kontradiktornosti, ekonomičnosti postupka, pomoći neukoj stranci, slobodne ocjene dokaza, samostalnosti u rješavanju, prava žalbe, konačnosti rješenja, pravomoćnosti rješenja te upotrebe jezika i pisma.
- b) Zakonom o upravnom postupku Federacije BiH regulirano je i utvrđeno 13 načela, i to: zakonitosti, zaštite prava građana i zaštite javnog interesa, efikasnosti, materijalne istine, saslušanja stranaka ili kontradiktornosti, slobodne ocjene dokaza, samostalnosti u rješavanju, prava žalbe, konačnosti rješenja, pravomoćnosti rješenja, ekonomičnosti postupka, pomoći neukoj stranci te upotrebe jezika i pisma.
- c) Zakonom o opšem upravnom postupku Republike Srpske regulirano je i utvrđeno 12 načela, i to: zakonitosti, zaštite prava stranaka i zaštite javnog interesa, efikasnosti, materijalne istine, saslušanja stranaka ili kontradiktornosti, slobodne ocjene dokaza, samostalnosti u rješavanju, dvostepenosti ili prava žalbe, konačnosti i pravomoćnosti rješenja, ekonomičnosti postupka, pomoći neukoj stranci te upotrebe jezika i pisma.
- d) Zakonom o upravnom postupku Brčko Distrikta BiH regulirano je i utvrđeno 13 načela, i to: zakonitosti, zaštite prava građana i zaštite javnog interesa, efikasnosti, materijalne istine, saslušanja stranaka ili kontradiktornosti, slobodne ocjene dokaza, samostalnosti u rješavanju, prava žalbe, konačnosti rješenja, pravomoćnosti rješenja, ekonomičnosti postupka, pomoći neukoj stranci te upotrebe jezika i pisma.

Analizirajući taksativno pobrojana načela po sva četiri zakona o upravnim postupcima Bosne i Hercegovine, već na prvi pogled, intrigativan je zazličit broj načela u dva zakona. Međutim, kada se suštinski analiziraju sva pobrojana načela u zakonima o upravnim postupcima, onda se dolazi do zaključka da su sva načela praktično ista u entitetima i Brčko Distriktu BiH. Jedina nesuštinska razlika u ova tri zakona je u tome što su u Republici Srpskoj spojena u jedno načelo, načela konačnosti i pravomoćnosti. Kada je u pitanju terminološko određivanje načela u upravnom postupku, cijenim da Zakon u Republici Srpskoj jedini pravilno i precizno upotrebljava terminoško određenje načela zaštite prava stranaka i zaštite javnog

¹⁸ Član 2. Zakona o upravnom postupku Bosne i Hercegovine, glasi: "Pojedina pitanja postupka za određenu upravnu oblast mogu se samo izuzetno, posebnim zakonom, urediti drugačije nego što su uredena ovim zakonom, ako je to nužno za drugačije postupanje u tim pitanjima, s tim da ne mogu biti protivna načelima ovog zakona." Sadržajno, na isti način je ovo pitanje regulirano članom 2. entitetskih zakona i Zakona Brčko Distrikta BiH.

interesa u odnosu na sva tri preostala zakona koji upotrebljavaju pojam građanin, umjesto pojma stranka. Naime, pri vođenju upravnog postupka u kome određeno lice traži zaštitu svojih prava od organa, odnosno, voditelja postupka, građanin po čijem je zahtjevu postupak pokrenut ili protiv koga se vodi postupak ili lice koje radi zaštite svojih prava učestvuje u postupku dobija svojstvo stranke u postupku, a ne svojstvo građanina u postupku. Zakonom o upravnom postupku Bosne i Hercegovine utvrđeno je 15 načela, od čega je 13 osnovnih načela, kao i u entitskim i Zakonu Brčko Distrikta BiH, a dva načela pripadaju grupi ostalih načela upravnog postupka. To su: načelo transparentnosti¹⁹ (član 6.) i načelo javnosti²⁰ (član 7.). Kada se suštinski analiziraju ova dva načela, dolazi se do spoznaje da je u pitanju isto načelo, a to je načelo javnosti. Naime, pristup svim informacijama upravo garantuje načelo javnosti, te cijenim da je član 6. predmetnog zakona nepotreban i da je ovo načelo sadržano u načelu javnosti. Iako mi je u principu jasna intencija zakonodavca da se što više podcrtava značaj javnosti u radu organa uprave i institucija koje imaju javna ovlaštenja, i dalje ostajem pri stavu da je u načelu javnosti sadržano načelo transparentnosti, a osim toga postoji i poseban obligatan propis koji regulira pristup informacijama. Zbog toga sam mišljenja da, ako je zakonodavac i htio da posebno naglasi slobodan pristup informacijama, onda je to mogao učiniti kroz načelo javnosti. Osim načela javnosti²¹, u ostala načela upravnog postupka²² ubrajaju se: oficijelno i privatno ili stranačko načelo, inkvizicono i dispoziciono načelo, načelo usmenosti i pismenosti, načelo posrednosti i neposrednosti te načelo koncentracije.²³

2. Poseban osvrt na temeljna načela parničnog i upravnog postupka

Kao što rekoh, parnični i upravni postupak imaju po smislu i cilju ista temeljna načela, kao što su načelo zakonitosti, načelo materijalne istine i načelo saslušanja stranaka. I ostala načela su manje-više istog sadržaja i cilja. Zbog toga će se ovdje posebna pažnja usmjeriti na tri temeljna načela koja su svojstvena i parničnom i upravnom postupku.

2.1. Načelo zakonitosti u parničnom i upravnom postupku

¹⁹ Član 6. Zakona o upravnom postupku BiH koji regulira načelo transparentnosti glasi: "Organi uprave i institucije koje imaju javna ovlaštenja kad postupaju u upravnim stvarima, dužni su svakoj fizičkoj i pravnoj osobi osigurati pravo pristupa informacijama, u skladu sa Zakonom o slobodi pristupa informacijama u BiH (Službeni glasnik BiH, br. 29/00)."

²⁰ Član 7. Zakona o upravnom postupku BiH koji regulira načelo javnosti glasi: "Postupak pred organima uprave i institucijama koje vrše javna ovlaštenja je javan. Službena osoba koja vodi postupak može isključiti javnost samo u slučaju kada je to zakonom izričito predviđeno."

²¹ Prof. dr. Mustafa Kamarić, Upravni postupak, Sarajevo, 1962, str. 38-46.

²² Sva ostala načela upravnog postupka su šire obradili, osim prof. dr. Mustafe Kamarića, još i prof. dr. Slavoljub Popović, Upravno pravo, str. 454-456 i prof. dr. Simeon Gelevski, Upravno procesno pravo, str. 69-75.

²³ Prof. dr. Sead Dedić, Upravno procesno pravo, Bihać/Sarajevo, 2001, str. 49-54.

Parnični i upravni postupci su zakonima regulirane aktivnosti suda, odnosno, organa uprave i institucija koje imaju javne ovlasti, ali i ostalih procesnih subjekata. Parnične i upravne radnje moraju se zasnovati na zakonima. Procesni subjekti su ovlašteni preduzimati u pravilu samo one radnje koje su zakonima predviđene. Što u zakonima parničnih i upravnih postupaka nije predviđeno, to u tim postupcima u pravilu nije ni dopušteno.²⁴ Za razliku od načela zakonitosti u parničnom postupku, kada u upravnom postupku rješavaju institucije koje imaju javne ovlasti, tada institucije upravne stvari rješavaju na osnovu zakona i drugih propisa, kao i općih autonomnih akata koje ove institucije donose na osnovu javnih ovlaštenja.²⁵ Postupanje u skladu sa zakonskim propisima u parničnom i upravnom postupku nije samo dužnost suda, odnosno, organa uprave, već i dužnost stranaka. Sud, odnosno, organ uprave mora poznavati pravila kojima su regulirani parnični i upravni postupci, po parničnom principu jura novit curia. Oni nisu ovlašteni da postupke provode po načelima pravičnosti (ex aequo et bono). Zakoni o parničnim i upravnim postupcima i načela koja su sa njima u skladu jedini su pravni izvor za postupanje suda odnosno organa uprave. Ipak, princip strogog legaliteta nije konsekventno proveden.²⁶ Potreba da se metode u ostvarivanju pravne zaštite prilagode prilikama određenih parničnih i upravnih postupaka iziskuju ublažavanje strogog zakonskog reda. Određenim pravilima daju se ovlaštenja sudu, odnosno, organu uprave da u konkretnim stvarima primjenjuju metode za koje nađu da su in concreto najsvrsishodnije. Ovo nije ništa drugo nego primjena načela upravljanja predmetnim postupcima od strane voditelja postupaka. Zakonito postupanje ne odnosi se samo na primjenu pravila ovih procesnih prava, nego i na primjenu materijalopravnih propisa. Zaštita načela zakonitost u parničnom i upravnom postupku postiže se i žalbama i tužbama, ali i vanrednim pravnim lijekovima.²⁷ Načelo zakonitosti, zajedno sa načelima pravne sigurnosti i procesne efikasnosti izražavaju bitna obilježja parničnog i upravnog postupka, kao i očekivane kvalitete u pružanju pravne zaštite. Ukoliko nema prave mjere i harmonične kombinacije ovih načela, nema ni kvalitetnog parničnog²⁸ i upravnog postupka. Pravila ovih procesnih prava moraju omogućiti ne samo pravilnu primjenu normi u konkretnim parničnim i upravnim postupcima, već i osigurati jedinstvenu primjenu pravnih pravila iz ovih oblasti i to na pravnim područjima njihova važenja.²⁹

²⁴ Dr. Siniša Triva, dr. Velimir Belajec, dr. Mihajlo Dika, Građansko parnično procesno pravo, Zagreb, 1986., str. 92.

²⁵ Donošenje općih autonomnih akata institucija koje imaju javna ovlaštenja predviđa član 4. Zakona o upravnom postupku FBiH I član 4. Zakona o upravnom postupku BiH. Ova mogućnost nije predviđena članom 5. zakona o opštem upravnom postupku Republike Srpske, niti članom 4. Zakona o upravnom postupku Brčko Distrikta BiH.

²⁶ Dr. Siniša Triva, dr. Velimir Belajec, dr. Mihajlo Dika, Građansko parnično procesno pravo, Zagreb, 1986., str. 92.

²⁷ Prof. dr. Sead Dedić, Upravno procesno pravo, Bihać/Sarajevo, 2001, str. 38.

²⁸ Dr. Gordana Stanković i dr. Ranka Račić, Parnično procesno pravo, Trebinje, 2008, str. 192.

²⁹ Dr. Siniša Triva, dr. Velimir Belajec, dr. Mihajlo Dika, Građansko parnično procesno pravo, Zagreb, 1986., str. 93.

2.2. Načelo materijalne istine sa načelima posebno izraženim kroz postupak dokazivanja u parničnom i upravnom postupku

U parničnom i upravnom postupku zahtjevi koje postavlja načelo materijalne istine svode se, u pravilu, na utvrđivanje samo spornih pravno relevantnih činjenica. Zahtjevi načela materijalne istine su upravo podređeni utvrđivanju pravno relevantnih činjenica. Predmet dokazivanja u parničnom i upravnom postupku nisu nesporne činjenice, osim određenih izuzetaka. Samo u onim predmetima u kojima su stranke ograničene u disponiranju zahtjevom, sud, odnosno, organ uprave, po načelu materijalne istine, dužan je utvrditi nesporne činjenice.³⁰ Prema tome, danas u parničnom postupku ne vlada isključivo dispoziciono načelo (mada je preovlađujuće), niti u upravnom postupku dolazi do primjene samo inkvizicionog načela (u kome je preovlađujuće).³¹ S obzirom da se zahtjevi koje postavlja načelo materijalne istine opredmećuju kroz krajnju odluku suda ili organa uprave, to ovom načelu svoj doprinos daju i ostala najvažnija načela, među kojima, naročito u parničnom postupku: načelo saslušanja stranaka ili kontradiktornosti, poučavanja neukih stranaka, usmenosti, neposrednosti, dispozitivnosti i oficijelnosti, inkvizitornosti i slobodne ocjene dokaza. Kada je u pitanju upravni postupak, načelu materijalne istine doprinos daju naročito načela: saslušanja stranake ili stranaka (kontradiktornost), poučavanja neukih stranaka, pismenosti i usmenosti, posrednosti i neposrednosti, inkvizitornosti, oficijelnosti, dispozitivnosti i načelo slobodnog ocjenjivanja, odnosno, samostalne ocjene dokaza. Sva ova pobrojana načela možemo smatrati i ustanovama u službi ostvarenja materijalne istine. Ako se zahtjevi koje postavlja načelo materijalne istine posmatraju u kontekstu pravozaštitnih zadataka koji se ostvaruju u parničnom postupku, onda će se lako zaključiti da ni raspravno, a ni načelo dispozitivnosti nisu u suprotnosti sa načelom materijalne istine. Za razliku od dispozitivnog načela, po inkvizpcionom načelu činjenice i dokaze prikupljaju i iznise ili sami organi ili se to čini po njegovoj naredbi. Što se tiče načela dispozitivnosti u kome stranke disponiraju predmetom spora, tada sud odluku i ne donosi, kao što je npr. odricanje od tužbenog zahtjeva ili poravnjanje. Ukoliko sud odluku i donosi, kao što je presuda na osnovu priznanja, tada se odluka očigledno ne zasniva na činjeničnom stanju, pa zbog toga nema ni ograničenja načela materijalne istine.³² U upravnom postupku nadležni organ ne smije donijeti rješenje prije nego što stranci pruži mogućnost da se izjasni o činjenicama i okolnostima na kojima treba da se zasniva rješenje, a o kojima joj nikako nije bila data mogućnost da se izjasni.

Stranka to može učiniti, ali i ne mora. Međutim, ako stranci nije pružena mogućnost za to, tada postoji povreda načela saslušanja stranke.³³ Vrijednost raspravnog načela dolazi do izražaja u parničnom i upravnom postupku kod dvostranačkih stvari u kojem se, po pravilu, pojavljuju strane sa suprotnim interesima. Načelo saslušanja stranaka tada postaje načelo obostranog saslušanja (raspravno

³⁰ Prof. dr. Branko Čalija, Gradiško procesno pravo (prvi dio), Sarajevo, 1982, str. 147-148. ³¹

Prof. dr. Mustafa Kamarić, Upravni postupak, Sarajevo, 1962, str. 40.

³² Prof. dr. Branko Čalija, Gradiško procesno pravo (prvi dio), Sarajevo, 1982, str. 148-149. ³³

Prof. dr. Mustafa Kamarić, Upravni postupak, Sarajevo, 1962, str. 31.

načelo) izraženo kroz latinsku maksimu: audiatur et altera pars.³⁴ Kod dvostranačkog karaktera oba postupka, interes je pokretačka snaga koja inicira stranke da prezentiraju činjenice i dokaze. Bez saradnje stranaka i ostalih učesnika u parničnom i upravnom postupku sud, odnosno, organ uprave bi, i pored najširih inkvizitornih ovlaštenja, teško dolazio do činjenica, a posebno dokaza. Ukoliko činjenično stanje u ovim postupcima nije potpuno i pravilno utvrđeno, to predstavlja razlog za pobijanje presude u parničnom postupku, odnosno, razlog za poništavanje rješenja u upravnom postupku. Ukoliko je do istih nepravilnosti došlo uslijed povrede ustanova parničnog i upravnog postupka kojima se obezbjeđuje ostvarivanje načela materijalne istine, onda to ima za posljedicu i bitnu povredu odredaba parničnog ili upravnog postupka.³⁵ U službi načela materijalne istine je u oba postupka i načelo pomoći neukoj stranci. Prema ovom načelu, sud ili organ uprave su dužni starati se da neznanje i neukost stranke i drugih lica koja učestvuju u postupcima ne budu na štetu njihovih prava koja im pripadaju u postupcima. I u jednom i u drugom postupku zbog istih razloga koriste se kombinovano načela usmenosti i pismenosti, s tim da u parničnom postupku prevagu ima načelo usmenosti, a u upravnom postupku načelo pismenosti.

Kad su u pitanju načela neposrednosti i posrednosti, treba kazati da se u parničnom postupku odluka suda u pravilu zasniva na neposrednom raspravljanju, ali ni ovo načelo nije do kraja i bez izuzetka sprovedeno. Najvažnije odstupanje od načela neposrednosti u ovom postupku odnosi se na izmjenu u sastavu vijeća u toku glavne rasprave i mogućnost posrednog izvođenja dokaza.³⁶ Načelo neposrednosti u upravnom postupku, također, nalazi svoju primjenu, ali ne i čestu primjenu. Češća je pojava u upravnom postupku, kada i dode do usmene rasprave uz pretpostavku da je završila bez prekida i da ju je vodio isti rukovodilac rasprave, da rješenje donosi rukovodilac organa uprave, a ne voditelj postupka. Dakle, bez sumnje, u upravnom postupku preovlađuje načelo posrednosti, pa je i cijeli postupak pretežno posredan.³⁷ Inkviziciono načelo u odnosu na načelo dispozitivnosti, u parničnom postupku ima neznatnu primjenu. Dominira načelo dispozitivnosti koje je jedno od najkarakterističnijih načela parničnog postupka. Ovo načelo se manifestuje u više aspekata, npr.: u pokretanju postupka, u određivanju predmeta parnice, u pogledu raspolažanja tužbenim zahtjevom, kao i u pogledu kretanja i okončanja postupka.³⁸ U upravnom postupku inkviziciono načelo ima puno veću primjenu u odnosu na načelo dispozitivnosti, mada ne i isključivo primjenu. Uz ova dva načela, treba posebno naglasiti da u upravnom postupku vlada načelo oficijelnosti, a to znači da organ sam pokreće upravni postupak nečekajući ničiji zahtjev ili prijedlog. Dakle, organ pokreće postupak po službenoj dužnosti (ex officio). Za razliku od ovog načela u upravnom postupku, u parničnom postupku vlada stranačko ili privatno načelo koje podrazumijeva da se postupak pokreće samo po zahtjevu zainteresovanog lica, a to znači da sud ne smije pokrenuti postupak bez takvog zahtjeva (tužbe). Stranačko

³⁴ Ibidem, str. 31.

³⁵ Prof. dr. Branko Čalija, Građansko procesno pravo (prvi dio), Sarajevo, 1982, str. 151.

³⁶ Ibidem, str. 102-105.

³⁷ Prof. dr. Mustafa Kamarić, Upravni postupak, Sarajevo, 1962, str. 42-44.

³⁸ Dr. Branko Čalija i dr. Sanjin Omanović, Građansko procesno pravo, Sarajevo, 2000, str. 50.

načelo u upravnom postupku primjenjuje se samo u stvarima u kojima je, po zakonu ili prirodi stvari, za pokretanje i vođenje postupka potreban zahtjev stranke. Drugim riječima, stranačko načelo u upravnom postupku dolazi do izražaja samo onda ako upravni postupak ima za cilj da ostvari više privatan, nego javni interes.³⁹ Cijeneći navedeno, u svim našim zakonima o parničnim i upravnim postupcima, niti je u parničnim postupcima u isključivoj primjeni načelo dispozitivnost (mada je vladajuće), niti u upravnim postupcima dolazi do primjene samo inkvizicionog načela (mada je vladajuće). Dokaz za ovu tvrdnju jest činjenica da službeno lice koje vodi upravni postupak može u toku cijelog postupka upotpunjavati činjenično stanje i izvoditi dokaze i o onim činjenicama koje ranije u postupku nisu bile iznijete ili još nisu utvrđene. Drugim riječima, službeno lice koje vodi postupak može po službenoj dužnosti narediti izvođenje svakog dokaza, ako nađe da je to potrebno za razjašnjenje stvari.⁴⁰ Iz svih navedenih načela, zaključuje se, ako predmetni postupci udovoljavaju svojim društvenim funkcijama, onda oni moraju pružiti procesnopravne garancije kojima se obezbjeđuje ostvarivanje zahtjeva iz načela zakonitosti i materijalne istine, a da se pri tome cijene i uvažavaju i načela efikasnosti, odnosno, ekonomičnosti. Jer, za one koji traže pravnu zaštitu u ovim postupcima, rezultati ostvarene pravne zaštite stoje u obrnutoj srazmjeri utrošku vremena i sredstava. Dakle, što je utrošak vremena i sredstava veći, to je i efekat ostvarene pravne zaštite manji, ali i obratno. Istina, zahtjevi koje postavljaju načela zakonitosti i materijalne istine idu u postupcima ispred zahtjeva koji postavljaju načela efikasnosti, odnosno, ekonomičnosti, ali samo u mjeri u kojoj se zahtjevi temeljnih načela sa načelima efikasnosti odnosno ekonomičnosti međusobno suprostavljaju. Međutim, treba reći i to da ustanove u parničnom i upravnom postupku koje same po sebi nisu u službi načela ekonomičnosti, kao što je ustanova beneficium novorum, ako se pravilno koristi, ne dovodi ozbiljnije u pitanje ostvarenje ovog načela. Zato je zasigurno moguće ostvarenje u postupku ovih načela istovremeno, ma koliko izgledalo da se njihovi zahtjevi međusobno suprostavljaju. U parničnom postupku krajnji domaćaj načela ekonomičnosti je u sporovima male vrijednosti i postupku izdavanja platnog naloga, a u upravnom postupku ovo načelo naročito dolazi do izražaja u skraćenom ispitnom postupku, pravnoj pomoći i slično.⁴¹

³⁹ Prof. dr. Mustafa Kamarić, *Upravni postupak*, Sarajevo, 1962, str. 39.

⁴⁰ Ibidem, str. 40-41.

⁴¹ Prof. dr. Branko Čalija, *Gradansko procesno pravo (prvi dio)*, Sarajevo, 1982, str. 118-122.

2.3. Načelo obostranog saslušanja stranaka ili načelo kontradiktornosti u parničnom postupku i načelo saslušanja stranke ili stranaka (kontradiktornosti) u upravnom postupku

U osnovi se, načelo obostranog saslušanja stranaka, odnosno, načelo kontradiktornosti u parničnom postupku svodi na pravilo da se svakoj stranci treba omogućiti da, mutatis mutandis, poduzima sve one procesne radnje koje može poduzeti i druga parnična stranka. Dakle, stranka u parnici izražava svoju procesnopravno relevantnu volju, te na taj način disponira procesnim ovlaštenjima koja joj zakon priznaje. Ovo načelo obuhvata i pravo stranaka da budu saslušane kao svjedoci sui generis. Prije nego što nešto više kažem o saslušanje stranke/a u parničnom i upravnom postupku, neophodno je dati odgovor na pitanje ko su stranke u ovim postupcima.⁴² U parničnom postupku su to sud i stranke, a u upravnom postupku je to organ ili institucija koja ima javne ovlasti i stranka/e. Ako krenemo od stranaka u oba postupka, onda insistiranje na obostranosti saslušanja stranaka sve težište baca na uzajamne odnose stranaka kao učesnika postupaka. Time se neosnovano odvlači pažnja sa drugog relevantnog partnera, a to su sud ili organ, odnosno, institucija koja ima javne ovlasti. Zbog toga pojам "obostranog" u parničnom postupku neće koristiti, pa će umjesto ovoga za načelo kontradiktornosti upotrebljavati samo riječi "saslušanje stranaka," kao što je i u upravnom postupku. "Saslušanje stranaka" je obuhvatnije i određenije pojmovno definiranje. Zašto? Odgovor se nalazi u samom osnovu zahtjeva ovog načela. Taj zahtjev bi morao biti u službi: stranačke ravnopravnosti i pravilnog donošenja presude u sporu. Sva četiri zakona o parničnim postupcima u Bosni i Hercegovini, kroz načelo kontradiktornosti, obavezuju sud da svakoj stranci pruži mogućnost da se izjasni o zahtjevima i navodima protivne strane. Izjašnjenje je pravo, a ne obaveza. Dakle, stranke nisu obavezne na aktivno držanje u postupku, isto kao i u upravnom postupku. Međutim, aktivno držanje stranaka u oba postupka je u njihovom interesu, ali i u interesu pravilnog vršenja funkcije organa uopće. Pasivno držanje stranke u parničnom postupku negativno utiče na raspravljanje i odlučivanje, ali različiti procesni sistemi to različito i rješavaju. Na osnovu afirmativne litiskontestacije smatra se da stranka koja se ne izjašnjava o navodima, tvrdnjama i zahtjevima suprotne strane, da ih priznaje po principu: ko šuti smatra se da priznaje (qui tacet consenti re videtur). Po principu negativne litiskontestacije izvodi se zaključak da stranka poriče navode i zahtjeve suprotne stranke, što direktno dovodi do aktivne uloge suda u postupku. Zato je u parničnim postupcima u BiH zauzet stav koji više preferira princip negativne litiskontestacije, dok princip afirmativne litiskontestacije ima veoma ograničenu primjenu, kao npr. kod donošenja presude zbog izostanka. Sve ovo govori da je u stvari prema zahtjevima koje postavlja načelo saslušanja stranaka ili kontradiktornosti modeliran sam postupak kao pravna tvorevina. Zbog toga je načelo saslušanja stranaka, ne samo jedno od osnovnih nego i određujućih načela parničnog postupka. Zato povreda načela saslušanja stranaka ima dejstvo apsolutno

⁴² Dr. Siniša Triva, dr. Velimir Belajec, dr. Mihajlo Dika, Građansko parnično procesno pravo, Zagreb, 1986., str. 118-120.

bitne povrede postupka.⁴³ Isti značaj kao u parničnom postupku ovo načelo ima i u upravnom postupku, kada se radi o dvostranačkim ili višestranačkim predmetima. U upravnim postupku, radi ostvarivanja načela saslušanja stranke, službeno lice koje vodi postupak dužno je stranci pružiti mogućnost da se izjasni o svim okolnostima i činjenicama koje su iznijete u postupku, kao i o prijedlozima i ponuđenim dokazima. Stranka ima pravo da učestvuje u izvođenju dokaza i svojim aktivnim učešćem, preko službenog lica koje vodi postupak ili uz njegovu dozvolu i neposredno, da postavlja pitanja drugim strankama i vještacima. Uz navedeno, stranka ima pravo i da se upozna sa rezultatom izvođenja dokaza te da se o tome izjasni. Tako npr. stranka ima pravo da predlaže određivanje usmene rasprave, s obzirom da usmena rasprava nije uvijek obavezna procesna radnja u upravnom postupku. Isto tako ima pravo da stavlja primjedbe na rad obavljen na usmenoj raspravi, kao i da se izjasni o ličnosti predloženog ili određenog vještaka, odnosno, da i sama predloži vještaka. U slučaju povrede ovog načela organ koji je donio prvostepeno rješenje dužan je, pod određenim uslovima povodom žalbe stranke, da upotpuni postupak. To će učiniti uzimanjem u ocjenu novoiznesenih činjenica i dokaza koji bi mogli uticati na drugačije rješenje stvari. Povreda ovog načela može biti razlog za poništavanje rješenja u postupku po žalbi kod drugostepenog organa ili razlog da se protiv konačnog, pa i pravomoćnog rješenja, pokrene obnova upravnog postupka kao vanredni pravni lijek. Jedini izuzetak od ovog načela je moguć kada je zakonima o upravnim postupcima u BiH dopušteno donošenje rješenja po skraćenom postupku.⁴⁴ Naime, tada organ uprave i institucije koje imaju javna ovlaštenja mogu bez saslušanja stranke po skraćenom postupku rješiti stvar neposredno u sljedeća četiri slučaja:

- ako je stranka u svom zahtjevu navela činjenice ili podnijela dokaze na osnovu kojih se može utvrditi stanje stvari ili ako se to stanje može utvrditi na osnovu općepoznatih činjenica ili činjenica koje su organu poznate,
- ako se stanje stvari može utvrditi na osnovu službenih podataka kojima organ raspolaže, a nije potrebno posebno saslušanje stranke radi zaštite njenih prava i pravnih interesa,
- u slučaju kada je propisom predviđeno da se stvar može rješiti na osnovu činjenica ili okolnosti koje nisu potpuno dokazane ili se dokazima samo posredno utvrđuju, pa i ako su činjenice ili okolnosti učinjene vjerovatnim, a iz svih okolnosti proizilazi da se zahtjevu stranke ima udovoljiti i
- kada je riječ o preduzimanju u javnom interesu hitnih mjera koje se ne mogu odgađati, a činjenice na kojima rješenje treba da bude zasnovano su utvrđene ili bar učinjen vjerovatnim.⁴⁵

⁴³ Prof. dr. Branko Čalija, Gradsansko procesno pravo (prvi dio), Sarajevo, 1982, str. 90-96. ⁴⁴

Prof. dr. Mustafa Kamarić, Upravni postupak, Sarajevo, 1962, str. 31-32.

⁴⁵ Skraćeni upravni postupak je suštinski na isti način obrađen u sva četiri zakona o upravnim postupcima u Bosni i Hercegovini, i to: član 132. Zakona o upravnom postupku Bosne i Hercegovine; član 139. Zakona o upravnom postupku Federacije BiH; član 129. Zakona o opštem upravnom postupku Republike Srbije i član 126. Zakona o upravnom postupku Brčko Distrikta BiH.

3. Druga važnija načela parničnog i upravnog postupka, sa posebnim osvrtom na neka od tih načela

Kolika je sličnost u primjeni preostalih važnijih načela u parničnom i upravnom postupku, najbolje se vidi iz njihovog kraćeg elaboriranja. Zakoni o upravnim postupcima u Bosni i Hercegovini navode sljedeća preostala važnija osnovna načela, i to: načelo zaštite prava građana i zaštite javnog interesa, načelo samostalnosti u rješavanju, načelo pravomoćnosti rješenja i načelo upotrebe jezika i pisma. Ista ova načela na odgovarajući način imaju svoju primjenu i u parničnom postupku. U upravnim postupcima u BiH, osim što se navode osnovna načela, zakoni tretiraju i tzv. ostala načela u koja se još ubrajaju: načelo javnosti i načelo koncentracije. Ova načela su kao osnovna u primjeni u parničnom postupku. Tako npr. udžbenička literatura kojom se obrađuju odredbe Zakona o parničnom postupku Republike Srpske, kao posebno načelo izdvaja načelo koncentracije postupka i jedinstva glavne rasprave⁴⁶, kao i načela inokosnog suđenja⁴⁷ i suđenja u razumnom roku.⁴⁸ Što se tiče načela savjesnog korištenja procesnim pravima, odnosno, zabrane zloupotrebe procesnih prava, treba kazati da se ova načela primjenjuju u svim parničnim procesnim zakonima u BiH, ali isto tako su svojstvena i zakonodavstvu upravnog postupka, mada se izričito na navode, ali se zato u upravnom postupku govori o načelu zaštite prava građana, odnosno, stranaka i zaštite javnog interesa, kao posebnom načelu. Ovo načelo se opredmećuje u odredbi prema kojoj se izvršenje upravnog akta provodi na najblaži način po izvršenika, ako za to postoji mogućnost.⁴⁹ Ipak, pravna znanost o parničnom postupku u Federaciji BiH u okviru načela savjesnog korištenja procesnih prava, paralelno obrađuje i načelo zabrane zloupotrebe procesnih prava⁵⁰. Za razliku od ovoga pristupa, naučni radnici koji obrađuju zakonske odredbe u Republici Srpskoj, ova dva načela razmatraju odvojeno, kao dva posebna načela.⁵¹ Blizi sam konceptu sagledavanja ovih načela u Federaciji BiH. Zašto? Zbog toga što titular prava zloupotrebljava svoja pravna ovlaštenja iz određenog pravnog odnosa samo onda ako ta ovlaštenja koristi protivno principu, prije svega savjesnosti, a potom i uzajamnog povjerenja. Do zloupotrebe ovlaštenja dolazi i onda kada se titular prava formalnopravno kreće u zakonom dopuštenim okvirima, ali mu je cilj da drugome nanese štetu,⁵² što se može pripisati i nesavjesnosti.

⁴⁶ Dr. Gordana Stanković i dr. Ranka Račić, Parnično procesno pravo, Trebinje, 2008, str. 204-206. ⁴⁷

Ibidem, str. 217.

⁴⁸ Ibidem, str. 218-220.

⁴⁹ Prof. dr. Sead Dedić, Upravno procesno pravo, Bihać/Sarajevo, 2001, str. 40.

⁵⁰ Dr. Branko Čalija i dr. Sanjin Omanović, Građansko procesno pravo, Sarajevo, 2000, str. 69-75. ⁵¹ Dr.

Gordana Stanković i dr. Ranka Račić, Parnično procesno pravo, Trebinje, 2008, str. 206-210. ⁵² Prof. dr.

Branko Čalija, Građansko procesno pravo (prvi dio), Sarajevo, 1982, str. 123.

3.1. Načelo koncentracije i jedinstva postupka

Kod načela koncentracije u upravnom postupku se podrazumijeva prioritetno da stranke moraju u jednom stadiju postupka navesti zajedno i odjednom sve činjenice koje mogu biti od uticaja na rješenje stvari. Kasnije navedene činjenice, odnosno, zahtjevi i prigovori, ne bi se prema ovom načelu uzimali u obzir, jer bi oni zahtijevali ponovno saslušanje protivne stranke i osjetno odugovlačenje postupka. Ovo načelo u upravnom postupku ipak je značajno zasjenjeno načelom materijalne istine te zbog toga svoju najveću primjenu ima pri donošenju rješenja i u žalbenom postupku. Načelo koncentracije ima svoju jaču primjenu u parničnom postupku.⁵³ Naime, sva četiri zakona o parničnom postupku u BiH predviđaju obavezu stranaka da najkasnije na pripremnom ročištu iznesu sve činjenice na kojima zasnivaju svoje zahtjeve i da predlože sve dokaze koje žele izvesti u toku postupka. Zahvaljujući ovom pravilu, stranke u toku glavne rasprave mogu iznositi samo nove činjenice i predlagati nove dokaze, pod uslovom da učine vjerovatnim da ih bez svoje krivice nisu bile u mogućnosti iznijeti, odnosno, predložiti na pripremnom ročištu. Dakle, koncentracija postupka ostvaruje se kroz vremensku i sadržinsku koncentraciju.⁵⁴ Drugim riječima, parničari samo izuzetno mogu iznosi nove činjenice i predlagati nove dokaze na glavnoj raspravi, kao i eventualno preinaciti tužbu. Načelo koncentracije je potpomognuto i jedinstvom glavne raprave. Jedinstvo se manifestuje u tome što je glavna rasprava jedinstvena, iako je održana na više raspravnih ročišta. Načelo koncentracije i jedinstva glavne rasprave su jedino podređeni načelu zabrane zloupotrebe procesnih ovlaštenja, ali i načelu materijalne istine koje je u ovom radu obrađeno kao jedno od temeljnih načela.

3.2. Načelo javnosti

Kada govorimo o parničnom i upravnom postupku koji se oblikuju navedenim načelima, njima treba dodati i načelo javnosti. Načelo javnosti u parničnom i upravnom postupku je konkretizacija širih ustavnih principa o javnosti u radu koje zajedno sa ostalim načelima oblikuje ove procesne postupke kojima se garantuje i poštivanje Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda. Svi zakoni o parničnom i upravnom postupku u BiH nizom pravila konkretizuju ovo procesno načelo. Njime se kontroliše rad sudova i državnih organa, ali se i omogućava građanima da prisustvuju raspravama. To znači da svi ovi zakoni reguliraju: opću javnost, stranačku javnost i informiranje javnosti.⁵⁵ Iz navedenog se zaključuje da ovo načelo označava i javnost usmene rasprave u oba postupka, koje su, u pravilu, javne. Samo izuzetno, sud, odnosno, službeno lice koje vodi upravni postupak mogu isključiti javnost za cijelu usmenu raspravu ili samo za jedan njen dio. Ovo se naravno nikada ne odnosi na stranke, njihove punomoćnike, a samo u upravnom postupku ni

⁵³ Prof. dr. Mustafa Kamarić, Upravni postupak, Sarajevo, 1962, str. 45.

⁵⁴ Dr. Gordana Stanković i dr. Ranka Račić, Parnično procesno pravo, Trebinje, 2008, str. 205. ⁵⁵

Ibidem, str. 215.

na stručne pomagače.⁵⁶

3.3. Načela na kojima je zasnovana organizacija i djelatnost sudova i organa uprave

Uz sve navedeno, treba posebno istaknuti da organizacija sudova i njihova djelatnost, kao i organizacija i djelatnost organa uprave i institucija koje imaju javne ovlasti moraju biti postavljeni na jedinstvenim principima (načelima), od kojih su najvažniji: legalitet, nezavisnost, samostalnost, pravo na žalbu (dvostopenost), jednakost građana, pravo na upotrebu jezika i pisma, inkompatibilnost, nepristrasnost i izuzeće. Na ovom mjestu posebno ukazujem na načelo nezavisnosti u oba postupka. U parničnom postupku, osim nezavisnosti i samostalnosti suda kao institucije, značajnu garanciju sudske nezavisnosti predstavlja i nezavisnost sudije kao nosioca sudske funkcije. Sudije biraju predstavnički organi društvene zajednice. Načelo sudske nezavisnosti i samostalnosti se ne izražava samo u odnosu sudova prema drugim vrstama organa, nego i unutar samih sudova.

Međutim, sve pravne vrijednosti kojima se obezbjeđuje ostvarenje sudske nezavisnosti i samostalnosti neće biti dovoljne, ukoliko sudija nije dovoljno stručno ospozobljen i ako nema dovoljno adekvatnog iskustva.⁵⁷ Kada je u pitanju Bosna i Hercegovina, danas je vršenje sudske funkcije, više nego ikada, kreativna djelatnost. Ovo načelo se može mutatis mutandis primijeniti i u upravnom postupku. I organi uprave su nezavisni i samostalni u okviru svojih ovlaštenja i za svoj rad odgovaraju odgovarajućem predstavničkom tijelu i političko-izvršnom organu političko-teritorijalne zajednice.⁵⁸ Načelo dvostopenosti ili pravo na žalbu u parničnom i upravnom postupku možemo promatrati u dva svojstva. Žalbu prvo gledamo kao pravo, a potom i kao pravni lijek. Žalba kao pravni lijek u oba postupka služi za ostvarivanje žalbe kao prava. Princip dvostopenosti je upravo zasnovan na žalbi kao pravu.⁵⁹ Protiv svake presude kojom se okončava parnica u prvom stepenu može se ulagati žalba bez izuzetka⁶⁰ po svim zakonima o parničnom postupku u BiH.

U upravnim postupcima u BiH je precizirano da se protiv rješenja donijetog u prvom stepenu može izjaviti žalba, ali, za razliku od parničnog postupka, ako zakonima nije u pojedinim upravnim stvarima isključena. Istina, i tada na drugi adekvatan način mora biti obezbijedena zaštita prava i zakonitosti. U cilju zaštite zakonitosti i pravne sigurnosti, u upravnom se postupku žalba može isključiti jedino zakonom.⁶¹ Za sve odluke koje se donose u parničnom i upravnom postupku, načela oba postupka obezbjeđuju da one budu zakonite i da se pravovremeno donose, bez nepotrebnih

⁵⁶ Prof. dr. Sead Dedić, Upravno procesno pravo, Bihać/Sarajevo, 2001, str. 54.

⁵⁷ Dr. Branko Čalija i dr. Sanjin Omanović, Građansko procesno pravo, Sarajevo, 2000, str. 100-101. ⁵⁸

Prof. dr. Sead Dedić, Upravno procesno pravo, Bihać/Sarajevo, 2001, str. 45.

⁵⁹ Dr. Branko Čalija i dr. Sanjin Omanović, Građansko procesno pravo, Sarajevo, 2000, str. 273.

⁶⁰ Ibidem, str. 274.

⁶¹ Prof. dr. Sead Dedić, Upravno procesno pravo, Bihać/Sarajevo, 2001, str. 46.

odugovlačenja postupaka. Zato je prioritetna pravilna primjena načela oba postupka u službi donošenja pravilnih odluka suda, odnosno, državnog organa. Sprovodenje spomenutih načela zakonitosti i pravne sigurnosti u parničnom i upravnom postupku omogućava se i pomoći načela pravomoćnosti u oba postupka. Pravomoćne presude u parničnom postupku i rješenja u upravnom postupku proizvode niz posljedica koje u svom ukupnom rezultatu određuju njihovu snagu koju zovemo zakonskom snagom presude i rješenja ili pravomoćnošću presude i rješenja u ova dva postupka. Što se tiče rješenja u parničnom postupku, napominjem da se samo izuzetno o tužbenom zahtjevu odlučuje rješenjem, kao što je npr. u postupku smetanja posjeda ili izdavanja platnog naloga.

Kada je u pitanju institut pravomoćnosti, treba razlikovati u oba postupka formalnu od materijalne pravomoćnosti. U parničnom postupku, presuda koja se više ne može pobijati redovnim pravnim lijekom, stiče svojstvo formalne ili procesne pravomoćnosti. Prema tome, nastupanjem formalne pravomoćnosti, donesena presuda se više ne može ukloniti u postupku u kome je donesena,⁶² što znači da formalna pravomoćnost veže same stranke, te je njihov konkretni odnos definitivno riješen.⁶³ Ista je situacija i u upravnom postupku. Zbog formalne ili procesne pravomoćnosti se ni ovdje više ne može uložiti nikakav redovni pravni lijek, ni instancioni, ni upravnosudski. To stranke mogu u oba postupka postići prijedlogom za povraćaj u prijašnje stanje (*restitutio in integrum*) jer se ovaj prijedlog dozvoljava samo po obrazloženom i opravdanom zahtjevu stranaka, a nikako po službenoj dužnosti.⁶⁴ Materijalna pravomoćnost u oba postupka postoji ako je odgovarajućom odlukom suda ili državnog organa jedan predmet riješen konačno i definitivno te se više nikako ne može riješiti na drugi način.

Dakle, materijalno pravomoćan je u stvari i odnos koji je predmet presude ili rješenja, dok formalnu pravnu snagu dobiva samo presuda ili rješenje. To znači da materijalna pravomoćnost u oba postupka vezuje ne samo stranke, nego i organe koji su ih donijeli.⁶⁵ Sve ovo ukazuje da se materijalna pravomoćnost ispoljava u više aspekata, od kojih su za predmetne postupke najvažniji:

- nemogućnost pokretanja novih postupaka,
- nemogućnost donošenja drugačijih odluka u istim predmetima (*identitas rei*),
- nemogućnost vođenja postupka između istih stranaka (*identitas personarum*) i
- nemogućnost vođenja postupka pred istim ili bilo kojim drugim organom.

Zbog svega rečenog, za ovaj aspekt materijalne pravomoćnosti se kaže da ima dejstvo presuđene ili riješene stvari, poznat u parničnom postupku kao *res iudicata*.⁶⁶ I na kraju, načelo o pravu na jezik, izražava se kao načelo o službenoj upotrebi

⁶² Dr. Branko Čalija i dr. Sanjin Omanović, *Gradansko procesno pravo*, Sarajevo, 2000, str. 269. ⁶³

Prof. dr. Mustafa Kamarić, *Upravni postupak*, Sarajevo, 1962, str. 35.

⁶⁴ Prof. dr. Sead Dedić, *Upravno procesno pravo*, Bihać/Sarajevo, 2001, str. 105-107.

⁶⁵ Ibidem, str. 35-36.

⁶⁶ Dr. Branko Čalija i dr. Sanjin Omanović, *Gradansko procesno pravo*, Sarajevo, 2000, str. 270.

jezika i pisma, odnosno kao načelo o pravu na upotrebu svog jezika.⁶⁷ Ukoliko sud ili organ uprave ne omogući stranci da upotrebljava svoj jezik u postupku, to će imati za posljedicu ukidanje prvostepene odluke i vraćanje pravne stvari na ponovni postupak. Načela upotrebe jezika i pisma su propisana svim zakonima o parničnim⁶⁸, ali i upravnim postupcima⁶⁹ u Bosni i Hercegovini. Ovo načelo je samo terminološki drugačije iskazano, a suština je da se u svim predmetnim procesnim zakonima postupci vode na jednom od jezika u službenoj upotrebi u Bosni i Hercegovini, a službeno pismo je latinica i cirilica.

4. Zaključak

Načela parničnog i upravnog postupka nisu ništa drugo nego opća pravna pravila koja određuju karakter instituta parničnog i upravnog postupka. Ova procesna načela su ideje vodilje kojima se rukovodi zakonodavac prilikom normativnog reguliranja parnične i upravne procedure. Predmetna načela nisu ništa manje bitna za sudove i organe uprave koji tumače i primjenjuju pravila parničnog i upravnog postupka. Navedena osnovna, ali i druga načela, izražavaju osnovne pravne standarde kojima se ostvaruje pravo na pravično vođenje postupaka koje spada među zajednička civilizacijska dostignuća svih naroda i država, pa tako i Bosne i Hercegovine. Ono što je posebno važno, zahvaljujući ovim načelima ostvaruje se i zaštita građanskih subjektivnih prava u skladu sa garancijama predviđenim međunarodnim i bosanskohercegovačkim pravnim aktima. Uz navedeno, njima se uređuju i osnovni metodi postupanja u parničnom i upravnom postupku u kojima se pruža pravna zaštita. Načela oba procesna prava izražavaju bitna obilježja postupaka, ali i očekivane kvalitete u pružanju pravne zaštite. Za ostvarenje ovog cilja, posebno su nam značajna načela: zakonitosti, pravne sigurnosti i procesne efikasnosti. Ove je zahtjeve u ovim postupcima često veoma teško usaglasiti. Ukoliko nema prave mjere i harmonične kombinacije ovih načela, a kroz njih i zahtjeva stranaka, nema ni kvalitetnog parničnog i upravnog postupka. I pored toga što je u ovom radu naveden veliki broj osnovnih i drugih načela parničnog i upravnog postupka, neophodno je konstatovati da se iz odredaba zakona o parničnim postupcima i zakona o upravnim postupcima u BiH mogu izvesti i neka druga načela ovih postupaka. Prema tome, ovdje nisu iscrpljena sva načela koja ove zakone prožimaju. Svaka zakonska odredba u suštini nije ništa drugo nego načelan stav zakonodavca pa zato formulisanje ovih načela umnogome zavisi od njegovog ličnog shvatanja. Zato neko nalazi veći, a neko manji broj načela. Neki ih drugačije primjenjuju i pojedine propise shvaćaju kao

⁶⁷ Dr. Gordana Stanković i dr. Ranka Račić, Parnično procesno pravo, Trebinje, 2008, str. 217.

⁶⁸ Načelo upotrebe jezika i pisma proisano je: članom 11. Zakona o parničnom postupku pred Sudom BiH; članom 6. Zakona o parničnom postupku Federacije BiH; članom 6. Zakona o parničnom postupku Republike Srpske i članom 6. Zakona o parničnom postupku Brčko Distrikta BiH.

⁶⁹ Načelo upotrebe jezika i pisma proisano je: članom 18. Zakona o upravnom postupku BiH; članom 16. Zakona o upravnom postupku Federacije BiH; članom 16. Zakona o opštem upravnom postupku Republike Srpske i članom 16. Zakona o upravnom postupku Brčko Distrikta BiH.

izraz drugačijih principijelnih stavova. Zato različita svodenja stvari na unificirane i samo ovdje pobrojane principe (načela), zasigurno nisu poželjna, a u konačnici su i nemoguća. Ukoliko bi se ovo činilo, to bi predstavljalo permanentnu kočnicu razvoja i usavršavanja pravne znanosti u cijelosti, a posebno procesne znanosti o kojoj je u ovom radu riječ.

Literatura

- Zakon o parničnom postupku pred Sudom BiH (Službeni glasnik BiH, broj: 36/04 i 84/07);
- Zakon o parničnom postupku Federacije BiH (Službene novine Federacije BiH, broj: 53/03, 73/05 i 19/06);
- Zakon o parničnom postupku Republike Srpske (Službeni glasnik RS, broj: 58/03, 85/03, 74/05 i 63/07);
- Zakon o parničnom postupku Brčko Distrikta BiH (Službeni glasnik BD BiH, broj: 08/09);
- Zakon o upravnom postupku Bosne i Hercegovine (Službeniglasnik BiH, br. 29/02);
- Zakon o upravnom postupku Federacije BiH (Službene novineFBiH, br. 2/98 i 48/99);
- Zakon o opštem upravnom postupku Republike Srpske (Službeni glasnik RS, br. 13/02);
- Zakon o upravnom postupku Brčko Distrikta BiH (Službeni glasnik BD BiH, br. 3/00, 5/00, 9/02, 8/03, 8/04, 25/05, 8/07, 10/07, 19/07, 2/08 i 30/09);
- Dr. Gordana Stanković i dr. Ranka Račić, Parnično procesno pravo, Trebinje, 2008;
- Prof. dr. Sead Dedić, Upravno procesno pravo, Bihać/Sarajevo, 2001;
- Prof. dr. Branko Čalija, Organizaciono procesno pravo, Sarajevo 1983;
- Dr. Samuel Kamhi, Građanski sudski postupak, str. 148-149, Sarajevo, 1967;
- Dr. Pero Krijan, Komentar Zakona o upravnom postupku Federacije BiH, Sarajevo, 2002;
- Prof. dr. Stevan Lilić, prof. dr. Predrag Dimitrijević i prof. dr. Milan Marković, Upravno pravo (usklađeno sa ustavnom poveljom SCG), Beograd, 2004;
- Dr. Branko Čalija i dr. Sanjin Omanović, Građansko procesno pravo, Sarajevo, 2000;
- Dr. Mustafa Kamarić, Upravni postupak, Sarajevo, 1962;
- Prof. dr. Branko Čalija, Građansko procesno pravo (prvi dio), Sarajevo, 1982;
- Prof. dr. Mustafa Kamarić, Upravni postupak, Pravni fakultet Sarajevo, 1978., čije je Drugo izmjenjeno i dopunjeno izdanje priredio prof. dr. Ibrahim Festić;
- Prof. dr. Simeon Gelevski, Upravno procesno pravo, "Tiha", Skopje, 1997;

- Akademik Ivo Krbek, Diskreciona ocjena, Jugoslovenska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 1937;
- Prof. dr. Slavoljub Popović, Upravno pravo, Savremena administracija, Beograd, 1982;
- Prof dr. Nikola Stjepanović, Upravno pravo u SFRJ, Privredni pregled, Beograd, 1978;
- Dr. Ante Verona - dr. Srećko Zuglia, Zakonik o sudskom postupku u građanskim parnicama (Građanski parnični postupak), Zagreb, 1930;
- Janković i drugi, Komentar zakona o parničnom postupku, Beograd, 1977;
- Dika M. - Čizmić J., Komentar Zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine, Sarajevo, 2000;
- Starović - Keča, Građansko procesno pravo, Novi Sad, 2004 i
- Dr. Siniša Triva - dr. Velimir Belajec - dr. Mihajlo Dika, Građansko parnično procesno pravo, Zagreb, 1986.;
- Dr. S. Triva - dr. V. Belajec - dr. M. Dika, Novo parnično procesno pravo, Zagreb, 1977.;
- Milivoje Marković, građansko procesno pravo (knjiga prva: Parnični postupak; sveska prva: Cilj, objekt i subjekt parnice), Niš, 1968.;
- Zlatko Kulenović, Stjepan Mikulić, Svetlana Milišić-Veličković, Jadranka Stanišić i Dinka Vučina, Komentar Zakona o parničnom postupku u Federaciji Bosne i Hercegovine i Republici Srpskoj, Sarajevo, 2005.

UDK: 340.12

Mr. Dragan Sokanović
Sveučilište/Univerzitet „Vitez“ Travnik
Fakultet pravnih nauka
dragan.sokanovic@unvi.edu.ba

**PRAVNI ZNAČAJ ANTITEZE FIZIS - NOMOS
U FILOZOFIJI SOFISTA
LEGAL SIGNIFICANCE OF SOPHISTS' PHYSIS - NOMOS ANTITHESIS**

SAŽETAK

Fizis i nomos su u poziciju suprotstavljenost doveli filozofi antičke Grčke iz perioda kraja VI., V. i početka IV. stoljeća p.n.e. koje zajedničkim imenom zovemo *sofisti*. Ustvari, sama suprotstavljenost proizlazi iz sadržaja ovih pojmoveva. Prvi označava prirodu, a drugi zakon, ili pravilo po kojem ljudi žive.

Činjenica je da ljudska jedinka pripada prirodi, jednako kao što je, u isto vrijeme, podložna zakonu ili pravilu. Vrlo često ono što je prirodno ne može biti prihvatljivo za društvo, dok zakoni i pravila dovode sve ljude na jednaku razinu. Na taj način dolazi do situacije da biti jači ne znači biti bolji i pametniji.

Sofisti uspostavljaju trenutak kada prirodno u čovjeku postaje ono drugog reda, a društveno, pravno regulirano, dolazi na prvo mjesto, što je značajno za pravnu znanost.

Suprotstavljenost pojmoveva fizis i nomos utječe i odnosi se prema pravnim vrijednostima kao što su red, sloboda, istina, pravda, a kao društvena sastavnica ljudskog bivstvovanja utječe na stvaranje države.

Ključne riječi: fizis, nomos, sofisti, pravda, red, sloboda, istina,

SUMMARY

The opposition between physis and nomos was introduced by the philosophers of ancient Greece from the period of late sixth century until the beginning of the

fourth century B.C. - the Sophists. In fact, the opposition itself arises from the content of these terms. The first one indicates nature and the second one law or rule by which people live.

The human individual belongs to nature and, at the same time, is subject to the law or rule. Very often everything natural cannot be considered as acceptable to society, while the laws and rules bring everyone at the same level. Thus, being stronger does not necessarily imply being better and smarter.

The Sophists established the moment when all natural in human individual was put in the second place, and all social and legal came in the first place. This is significant for the law science.

The opposition between physis and nomos affects and is related to the legal values such as order, freedom, truth, justice and, as a social component of human being, influences the state creation.

Keywords: physis, nomos, Sophists, justice, order, freedom, truth

UVOD

Poput filozofije koja samu sebe svodi na početak tražeći odgovor na pitanje o bitku (ili bolje rečeno o istini), tako i pravna znanost istražuje svoje korijene postavljajući pitanje otkuda pravo. Je li izvor prava u čovjeku ili se temelji nalaze negdje izvan njega, ili su ti temelji, možda, rezultat ljudske interaktivnosti, odnosno, društvenosti?

U smislu pravne znanosti treba govoriti o razlici između ljudskog bića kao fizičke jedinke, koju definira pojам sile, prirode i nagona, te ljudskog bića kao pripadnika društvene grupe, definiranog uređenošću društvenih odnosa.

Među prve takve pokušaje svrstavamo djelovanje skupine filozofa antičke Grčke, koju jednim imenom nazivamo sofisti. Oni svojom antitezom fizis - nomos uspostavljaju čovjeka kao jedinstveno biće na planetu. Povijesni razvoj čovjeka pokazuje da je ono prirodno u njemu, što je u antitezi označeno kao fizis, doživjelo metamorfozu, dijalektički proces transformacije u viši stupanj, koji je u antitezi označen kao nomos.

1.1. METODE ISTRAŽIVANJA

Ulaženje u bit suprotstavljenosti omogućit će primjena metoda analize i sinteze, a za uspoređivanje mišljenja i sadržaja termina i pojmove potrebne su deskriptivna i komparativna metoda, te određene metode iz korpusa logičkih metoda.

Zbog dinamike u promjenama koje su evidentne u razvoju ljudskog mišljenja potrebna je primjena povijesne metode, te dogmatske i lingvističke metode kod tumačenja pojmoveva, a pogotovo imajući u vidu povijesni otklon.

1.2. HIPOTEZA

U pristupu pojmu antiteze polazi se od slijedeće hipoteze: *definiranje sadržaja pojmoveva fizis i nomos, te njihovo dovođenje u suprotnost na način na koji su to učinili sofisti kao predstavnici značajnog pravca u antičkoj filozofiji, predstavlja jedno od izvorišta za proučavanje nastanka prava.*

Argumenti koji podupiru ovu hipotezu su slijedeći:

- sofisti antitezi pristupaju na način da fizis objašnjavaju i definiraju kao ono prirodno, a nomos kao ono društveno kod čovjeka, za razliku od prethodnih filozofa

- antiteza, unatoč tome što sadržajno predstavlja suprotstavljenost, može biti odraz dijalektičkog jedinstva odnosa kroz prirodno pravo

- grčka filozofija postavlja pitanje na koji način možemo međusobne odnose uređiti po uzoru na kozmos, koji predstavlja oličenje uređenosti - sofisti stavljuju naglasak na nomos želeći time istaknuti potrebu za jednim višim redom koji treba uspostaviti u društvu. Nomos postavljen na prethodno spomenut način iskazuje potrebu za više uređenosti, za više reda, a više reda teži ka više pravednosti, koju danas garantira jedino država.

2. PRAVNI ZNAČAJ ANTITEZE FIZIS - NOMOS U FILOZOFIJI SOFISTA

U svakom razmatranju antike nužno je napraviti otklon prema našem svakodnevnom razmišljanju i postupanju, te pokušati zamisliti i prepostaviti jedan drugaćiji svijet i poredak, drugaćije poimanje sebe kao bića, a prema tome i poimanje i shvaćanje drugih ljudi iz kojeg proizlazi odnos definiran, uz ostalo, i pravom.

Kao opću pretpostavku treba uzeti poziciju tadašnje religije u društvu. Grci u tom razdoblju svoje povijesti nemaju profilirano svećenstvo (ni jedinstvenu državu), koje bi sigurno utjecalo na okončanje mitskog perioda i donijelo uspostavu novih, sasvim drugaćijih odnosa. Do tada su bogovi za Grke absolutni gospodari ljudskih

života pa bi kao takvi trebali biti odgovorni i za ljudska djelovanja i postupanja. Pitanje je, međutim, hoće li tada onog koji prekrši običajnu ili propisanu normu kažnjavati bogovi, vladari ili cijelokupno društvo, i treba li čin kažnjavanja na sebe preuzeti onaj ko je normu, odnosno, propise, uspostavio.

Društvene znanosti su razvijene, na prvom mjestu je politika, u čemu su sofisti prvi poučavali. Ujedno, stupanj razvijenosti filozofije, povijesti, te dosezi u primjeni jezika i retorike u sofističko doba stvaraju podlogu za raskid s mitom, koji je za antičke Grke evidentno bio bolan. Ogleda se to i u promjeni stava, od težnje za istinom i činjenicama prema težnji k vjerojatnosti i uvjerenju, posebno u politici i pravu.

2.1. SOFISTI - OPĆA POZICIJA I POVIJESNA ULOGA

Nisu svi sofisti imali jednake interese i teško je govoriti o njima kao o predstavnicima neke istaknute škole. Za razliku od, primjerice, Protagore koji retoriku (umjetnost logosa - govorništva) koristi u politici, Gorgija je promatra kao umjetnost bez praktične primjene, ali s takvom potencijom.

Djelatnost sofista je podijeljena na razdoblje ‘starijih’ i ‘mladih’ sofista, a prema toj podjeli najčešća imena koja se spominju kada se želi govoriti o sofistima kao o jednom intelektualnom pokretu u antičkoj Grčkoj su Prodik (oko 465.-415.g.p.n.e.), Protagora (oko 481.-oko 411.g.p.n.e.), Gorgija (oko 483.-oko 376.g.p.n.e.), Hipija (oko 485.-415.g.p.n.e.), i Antifont (oko 480.-411.g.p.n.e.), te Kalikle,¹ Trazimah, Kritija, (oko 460. - 403.g.p.n.e.),² Isej (oko 390.-344. g.p.n.e.), Lisija (oko 445.-oko 380. g.p.n.e.), Likofront, Kratil, Alkidam (Alkidamant), Isokrat (436.-338. g.p.n.e.), Tisija, Pindar (552.-443.g.p.n.e.), Antisten, Dionisodor, Diagora,³ Adiman i Glaukon.⁴ Teritorijalno područje na kojem su bili najaktivniji je Atenska država - tradicionalno najdemokratskije područje za iznošenje novih misli i ideja, ali oni sami uglavnom nisu bili Atenjani, nego su došli iz drugih polisa, pa čak i kolonija.

¹ za Kalikla W. K. C. Guthrie kaže da je to bila misteriozna osoba iza koje nema materijalnog traga, a iako se u Gorgiji prikazuje kao domaćin, u stvari možda i nije sofist, te da ne uvažava one koji podržavaju naučavanje *areté*. Više u Guthrie, W.K.C., POVIJEST GRČKE FILOZOFIJE, Knjiga III, Naklada Jurčić, Zagreb, 2006.

² Kritija Mlađi - Platonov pradjeđ po majci

³ O Diagori postoji vrlo malo podataka, W.K.C. Guthrie u Povijesti grčke filozofije (str. 226-228) za njega navodi da ga se uvjek navodi s nadimkom ‘ateist’, porijeklom je iz Melosa, a ne zna se ni tačan period njegovog djelovanja

⁴ Više o podjeli u smislu vremena djelovanja sofista u: Vukadinović, G., TEORIJA DRŽAVE I PRAVA, Knjiga II, Futura publikacije, Novi Sad, 2006., str. 20-22.

Sam izraz ‘sofist’ dolazi od grčke riječi *sophos* ili *sophia* što znači ‘mudro’ ili ‘mudrost’. Osim ovog značenja izrazi imaju i značenje praktične primjene spretnosti, vještine, to je umijeće - i fizička i umna sposobnost, stručnost, obrazovanost, naučenost, obučenost, ali otuda i dolazi naziv za osobu (sofist) koja ima neku od nabrojanih osobina.

Kasnije, u V. stoljeću p.n.e., *sophistes* podučava jer ima poseban dar, bilo na polju ponašanja, politike ili tehničkih vještina. Međutim, svako ko je imao kvalitetu u *sophosu* (bio pametan) postao je prirodni objekt sumnje manje mudrim drugovima, kao što kaže Tukidid, pa se značenje pojma sofist izokrenulo od ‘vješt’ u ‘vještač’.

2.2. FIZIS

Važno mjesto koje pojam fizisa zauzima u učenju sofista rezultat je preuzimanja takve uloge koju fizis zauzima kod filozofa tzv. jonske škole.⁵ Ova škola je pojmu fizisa pridavala značenje trajnog u promjenljivom, jer fizis odražava kozmos (i logos). Prema ovome, fizis u čovjeku označava ono što je trajno vrijedno. Grčka aristokracija smatra da je *arete* (vrlina) nasljedna i urođena ovom sloju ljudi, pa otuda povlači pravo na vlast. Sa sofistima, ovo pravo je dovedeno u pitanje.⁶

Smatra se da je u doba razvoja filozofije kod Grka, kada je započelo ispitivanje bića (bitka) u cjelini, nazvano biće fizisom. Ova grčka osnovna riječ za biće obično se prevodi s ‘priroda’. Upotrebljava se latinski prijevod *natura*, što zapravo znači *rađanje, rođenje*. Šta, u stvari, govori riječ fizis? Ona govori o onome što izrasta iz sebe, kao na primjer u nebeskim pojавama (rađanje sunca), u rastu biljaka, i proizlaženju životinje i čovjeka iz utrobe. Ali fizis nije istoga značenja s pojavama koje naprosto spadaju u prirodu. Fizis je ono zbog čega bitak postaje i ostaje opaziv. Kao suprotnost fizisu, Grcima je *thesis* (teza, postavka) ili *nomos* (zakon, pravilo).⁷

2.3. NOMOS

Druga ključna riječ grčke misli petog i četvrtog stoljeća p.n.e. koja stoji nasuprot fizisu jest nomos (plural - nomoi). Nomos se u tom razdoblju promatra kao opreka fizisu. Ono što je postojalo po *fizisu* nije moglo biti po *nomosu* i obratno.

⁵ Područje Male Azije, u pripadnike škole ubrajaju se Tales, Anaksimandar, Anaksimen, Heraklit, Anaksagora, Diogen iz Apolonije i Arhelaj

⁶ Poplašen, N., POLITIČKE I PRAVNE TEORIJE - HRESTOMATIJA, Pravni fakultet - Centar za publikacije Banja Luka, Banja Luka, 1999., str.73.

⁷ Više u Heidegger, M., UVODENJE U METAFIZIKU u Barbarić, D. (ur.): Suvremena filozofija II. (VIII. svezak Filozofske hrestomatije), Školska knjiga, Zagreb, 1996., str. 473-544.

Uobičajeno je tumačenje pojma u smislu riječi ‘zakon’ (već kod Hesioda), ali kao zakon koji je nametnut i nema unutrašnju etičku obavezujuću snagu, već karakter vanjske prisile.⁸

2.4. ANTITEZA FIZIS - NOMOS

Vrlo je teško otkriti i dokazati tko je prvi napravio razliku između fizisa i nomosa, ali je jasno da su sofisti bili prvi koji su istaknuli značaj ove razlike uspostavivši je na tri razine: gdje je premoć nomosa nad fizisom, gdje je premoć fizisa nad nomosom, te onu koja jasno ističe da jači iskorištavaju slabije, a naziv zakona i pravde pridodaju bilo čemu što je u njihovom vlastitom interesu.⁹

Ovaj problem ima još jednu stranu: uočeno je da se od bogova uspostavljen nomos na različite načine ostvaruje kroz brojne različite ljudе, odnosno, svaki pojedinačni fizis (čovjek) predstavlja drugačije očitovanje nomosa. Ako je prirodno da svaki čovjek ima svoj nomos, onda je umiješanost bogova u cijelu stvar postala upitna. Sada je izgubljena vjera u autoritet za zakone, i trebalo je ispuniti nastalu prazninu uspostavom drugog autoriteta - nepisani zakon je nužno trebao dopunu kako bi ostao kohezivni element unutar ljudske zajednice.

Ako bi se jednom riječju htjela obuhvatiti suština antiteze, moglo bi se reći da je ona nastala na suprotstavljanju prirodnog i ljudskog (kao onog koje je svjesno prirode - priroda je svjesna same sebe samo kroz čovjeka kao svoju tvorevinu), prirodnog i ljudskih ustanova, odnosno, prirodnog prema svemu što je produkt ljudskog znanja.

3. PRAVNE VRIJEDNOSTI U ODносУ NA FIZIS I NOMOS

3.1. POZICIJA SVOJINE

U vrijeme kada u Grčkoj djeluju sofisti pitanje odnosa prema svojini je bilo predodređeno stajalištem prema prirodnom svijetu koji okružuje Grke, idejom bogova koji sudjeluju u stvarnom životu, religijom za koju se kaže da nema svećenički stalež koji bi je prinosio i unaprijedio te patrijarhalnom ostavštinom na zalasku prvobitnog oblika društvenog uređenja.

Specifičan je i odnos prema zemlji koju Grci imaju na raspolaganju. Iako se

⁸ Ovo tumačenje se javlja u vrijeme nestajanja zajedničke svojine starih plemenskih zajednica i nastupanja imovinske zajednice s kojom nadolazi i nejednakost, pa sada ‘zakon’ stoji iza nejednakosti - Poplašen, N., POLITIČKE I PRAVNE TEORIJE - HRESTOMATIJA, op.cit., str.73

⁹ Guthrie, W.,K.,C., POVIJEST GRČKE FILOZOFIJE, op.cit., str. 58.

zemljišni posjed tradicionalno nasljeđuje, stvarno vlasništvo nad zemljom ne postoji jer Grci ne smatraju da je zemljište stvar. Za njih je to mjesto gdje žive bogovi i ljudi, koje i jednima i drugima omogućava život. Zemljište nema profitabilnu vrijednost, govoreći suvremenim jezikom, nego daje onoliko koliko je prirodno predodređeno i ovisi o volji prirode.

Najznačajniji predmet svojine je dom, sa svim pripadajućim i pratećim elementima, a najveću vrijednost imaju domaće životinje koje osiguravaju egzistenciju i čiji proizvodi zadovoljavaju životne potrebe vlasnikove obitelji. Važno je naglasiti da je to isključivo privatni prostor, za razliku od javnog prostora, objekata i prostora namijenjenih zajedničkoj stvari.

Dom kao svojina predstavlja kozmos u malom, to je cjelina jer prvenstveno ima proizvodnu funkciju i omogućava život. U takvom redu stvari vlasnik doma je i njegov zakonodavac, što u Grčkoj vodi ka polisu.

Iz fizisa je za Grke proizišao i odnos vladara i podređenog, bogatstvo nije toliko shvaćeno nečim svojim, koliko nečim povjerenim na čuvanje. Jedini izvor bogatstva je bila priroda, a priroda nije bila nečije vlasništvo, odnosno, svojina. Priroda je smatrana nečim što je dano od bogova, pa ako je nešto stečeno od prirode, onda je stečeno od bogova. Priroda se čovjeku prikazivala kao ono u čemu neke životinje i biljke svojom snagom i sposobnostima zaslužuju biti ispred i iznad drugih. Takav odnos prenesen je iz prirode i u čovjekove odnose, pa je bilo normalno i prihvatljivo da netko u društvu ima ulogu vođe i da vlada. Sam društveni status donosi i materijalni status, pa je tim slijedom logično da onaj tko predvodi i vlada bude u povlaštenom materijalnom položaju.

Prema Antifonu, kao i prema Likofronu kada ovaj kritizira plemeniti rod, u prirodi nema razlike između visokorođenih i niskorođenih (po porijeklu), ili između rasa. Postavlja se pitanje što opravdava činjenicu da neki imaju bolji materijalni status (bogatiji su) - njihovo htijenje, volja, imanentni nagon ili naprsto strah da će im kao siromašnima biti ugrožena egzistencija?

Svojina se definira kao pravna vlast osobe nad materijalnom stvari (ovo je tumačenje koje je bilo primijenjeno i na robeve, kao na žive stvari). Ali, prema nomosu treba vidjeti proizlazi li svojina iz želje i volje za predmetom ili iz priznanja i prihvaćanja takvog statusa od strane ostalih članova društva.¹⁰

Predmet ima neko svojstvo, ali vrijednost predmetu ne definira to svojstvo samo po sebi, nego vrijednost tog svojstva definira nomos, opće prihvaćanje mogućnosti da svojstvo predmeta zadovoljava neke potrebe.

¹⁰ Rener, K., SOCIJALNA FUNKCIJA PRAVNIH INSTITUTA, Plato, Beograd, 1997., str.54.

3.2. ZAŠTITA SVOJINE KROZ NOMOS

U okolnostima razvoja demokracije država (polis) više ima ulogu da omogući izjednačavanje ljudi dovodeći ih u istu ravan, nego da stane uz pojedinca i zaštititi njegovu imovinu. To je bilo moguće jer je demokracija toga doba omogućila baš svakom slobodnom građaninu da u njoj sudjeluje, pa i siromašnima, koji su bili u većini. Demokracija, naime, omogućava i siromašnima da neovisno o materijalnom statusu sudjeluje u vlasti i da se čuje njihov glas. Ovdje je vidljiva uloga nomosa u tome da on omogućuje da se realiziraju interesi svih. Treba istaknuti da je po ovom pitanju bilo znatnih razlika između polisa.

Najbolji način da se svojina zaštiti je da se drugima službeno prizna pravo raspolaganja njihovom svojinom - na taj način vlastita svojina ostaje zaštićena, jer ako bi netko na nju polagao pravo i svoju bi doveo u pitanje. Pravo stjecanja svojine je tako proisteklo iz fizisa, ali pravo zadržavanja, raspolaganja i upravljanja ne proistječe iz fizisa nego iz nomosa, iako nije prema nomosu formalno uspostavljeno.¹¹

Iz vlasti nad stvarima rađa se i svaka druga vlast - iz vlasti nad živom stvari kakva je bio rob logično je proizšla vlast, prvo nad siromašnim slojem društva, a potom i nad ostatkom. Ovakva vlast dodatno se učvršćuje međusobnom kooperacijom vlasti nad stvarima, tako da ekonomija postaje presudna za svaku drugu vlast.

3.3. RED

Uočljiva je uska povezanost između sofista i prethodnog Heraklitovog djelovanja po pitanju poimanja tvorca prirodnog zakona (iako je u pitanju znatan vremenski odmak nakon Heraklita). Ni Heraklit nije smatrao da su bogovi tvorci zakona, a po njemu to svakako nisu ni ljudi, nego je zakon naprsto - logos, a ono što stvaraju ljudi su pravila ponašanja. Ovdje je bilo očigledno nastojanje sofista da naglase i istaknu prirodu (fizis) kao ono što nije ni od bogova ni od ljudi, ali kada bismo htjeli definirati sadržaj pojma logos morali bismo ostati na riječima: *red, poredak, uređenost, sklad*.

Kada se sofisti pozivaju na prirodu, oni se pozivaju na zakonitosti koje vladaju u prirodi (na prirodni red) prizivajući takve zakonitosti i u ljudskoj zajednici.¹² Jasno je da se ovdje govori o suprotstavljenosti prirodnog i društvenog reda, uspostavljenoj tako da društveni red obuhvaća u sebi i onaj prirodni, ali i nešto više od toga. Kada se izuzme ona komponenta prirodnog (koju sofisti pokušavaju nadići) preostaje red

¹¹ Rener, K., SOCIJALNA FUNKCIJA PRAVNIH INSTITUTA, op.cit., str. 61.

¹² Galogaža M., Mikeš M., TEORIJA I PRAKSA PRAVNE DRŽAVE I VLADAVINA PRAVA, Panevropski univerzitet Apeiron, Banja Luka, 2008., str. 337.

utemeljen dogовором. Red je prema sofistima i kroz zakone uspostavljen na nomosu. Hipija, kada govori o zakonima, naglašava da su zakoni sporazumi između građana, i da ih se u svakom trenutku može poricati ili odbacivati. Dakle, nisu nešto što počiva na prirodi.

Postojanje reda u društvenim odnosima podrazumijeva postojanje pretpostavke kroz koju je ostvarivo i pravo i ostale pravne vrijednosti. Red je tako, ontološki rečeno, kategorija sadržana i u fizu i u nomosu, te se suprotstavljenost ova dva pojma najviše ogleda kroz postojanje reda kao objektivnog i kao subjektivnog, gdje ovo subjektivno obvezuje na društveno prihvatljivo ponašanje. Zbog toga su sofisti red sveli na razinu čovjeka, odnosno, njegovog prirodnog sklopa.

3.4. SLOBODA

Logično, pojavljuje se i pitanje slobode ljudske volje u takvom okruženju. Slobodu je moguće definirati kao prirođenu čovjeku od trenutka (iako se o trenutku ne može govoriti) kada ljudska svijest stupa na mjesto čovjekovog vodiča u životu.¹³ Već je tada grčkom narodu bilo izvjesno da sloboda sa sobom nosi i veliku odgovornost, ali i sputavanje sebe samih u korist ostalih. Lakše je, dakle, bilo stvari i živote staviti u ruke bogova, pa za svu nevolju i ljudsku nesreću koja nastane u životu optužiti upravo te bogove.¹⁴

Iz prethodnog proizlazi dualizam filozofskog i pravnog predstavljanja pojma slobode. Filozofima (ovdje spadaju i sofisti) bi sloboda bila ona sfera u kojoj nema nikakvih granica ni ograničenja; za pravnike bi sloboda bila prvenstveno svijest o ograničenosti ljudskog postupanja u okviru društvenosti, i suglasnost s uspostavljenim ograničenjima. Dakle, sloboda bi bila pokoravanje zakonima.¹⁵

Sofisti su istaknuli da zakon i moralni standardi nisu dani od boga, kao što se ranije vjerovalo. To je nešto što je čovjek nametnuo čovjeku, ili barem sporazumno uspostavio i ograničio pojedinačnu slobodu. Lisija je rekao da svaki čovjek teži uspostaviti onu vrstu zakona koja njemu najviše odgovara. U praksi, to bi značilo da jednake stvari treba tretirati jednako, dakle, svaki pojedinac ima pravo na slobodu suglasnu sistemu sloboda drugih ljudi.

¹³ Od tog trenutka se može govoriti da je čovjek nadrastao status običnog živog bića

¹⁴ Čak je postojalo vjerovanje da čovjek dolazi na svijet zato što je time kažnjen za neko zlo počinjeno u ranijem životu, kao što Ciceron navodi u Filozofskim fragmentima

¹⁵ Vukadinović, G., TEORIJA DRŽAVE I PRAVA, Knjiga II, Futura publikacije, Novi Sad, 2006., str. 260.

3.5. ISTINA

Važno je istaknuti i pojam istine kroz koji se najbolje vidi odnos duha povezanog s vrijednošću. Do istine se ne dolazi isključivo kroz znanost, jer ova često, osim faktuma obuhvaća i zablude. Međutim, ono što sofiste absolutno uzdiže prema njihovim zaslugama je stavljanje znanosti u funkciju puta, načina i sredstva kojima se dolazi do istine i koja istini služe.

Moral, a svakako i moral antičkih Grka, obuhvaća vrednovanja što rezultiraju istinom i zabludom. Kada duh obavlja vrednovanje taj proces završava kreiranjem duhovnog stava. Kada takav stav prevlade stvoren je moralni kriterij. Suprotstavljanje sofista religijskom pristupu shvaćanja svijeta, čovjeka i društva unosi začetak rušenja nekih zabluda, do tada tumačenih kao absolutnih istina.

Za Grke temeljni zahtjev *logon didonai* (podastrijeti razlog) ne znači *reći istinu*, nego *podastrijeti uvjerljive argumente* (Koraks uvodi argiment vjerojatnosti - eikos). Osnova koja omogućuje takvo razumijevanje leži u postavci o „dvama logosima“ (kao što je običavao reći Protagora), što znači da se o svakoj stvari mogu iznijeti (barem) dvije različite besjede, govoriti na dva različita načina, reći dvije istine. Neka prevlada onaj logos koji je jači, a što je utemeljeno i u sofističkoj ideji prava: pravo je pravo jačega.¹⁶ (dakle, nije jači samo onaj koji je tjelesno jači i po fizisu, nego i onaj koji je intelektualno - prema logosu - sposobniji).

Nomos je kroz sofističku krizu filozofije potisnuo *aletheiu* (istinu) iz mišljenja i time doveo do njenog zaborava. Zbog sofističke tvrdnje da je znanje nesigurno filozofija dovodi na površinu prikrivenu bit nomosa kao pojma. Ljudski nomos počiva na osnovi njemu svojstvenog bića (fizisa).

3.6. PRAVDA

Ljudi su harmoniju imali u kozmosu, pa je onda pravedno bilo ono što je suobrazno i sukladno božjoj volji. Kasnije se događa obrat ka shvaćanju pravde kao isključivo društvenog načela koje je sada u vrlo uskoj vezi s etikom. To se ogleda u postupnom prijelazu od materijalističke harmonije i sklada u smislu ‘oko za oko - Zub za Zub’ ka uvođenju kompozicije.¹⁷

Grčki mislioci kroz pravdu u vezu dovode običaj i zakon, i to na način da se u vezi nađu prirodno i pozitivno pravo. Ali, taj odnos ide u smislu pravednog po

¹⁶ <http://uvod.blog.hr/archiva-2006-02.html#1620697875> - Franci Zore, Početak i smisao metafizičkih pitanja, članak, 18.01.2010.

¹⁷ Ibidem, str. 20.-25.

prirodi, i pravednog kao uspostavljenog konvencijom ili zakonom. Tu se, dakle, može govoriti o stavu grčke misli koja počinje praviti razliku između morala i prava (kasnije u rimskom pravu osobito je razdvojeno pravno i moralno). Odmah je nastala potreba za razdvajanjem pravednog po prirodi i pravednog na temelju zakona.

Protagora naglašava da zakoni nisu 'po prirodi', ali da to ne znači da se zakona ne treba pridržavati, jer je u čovjeku usađen osjećaj za pravednost, koji i omogućuje postojanje političkog poretka. Osjećaj za pravednost je pretpostavka, nomos je vodilja koju postavlja država, a zakoni su sredstvo, i to takvo da ne podrazumijevaju prisilu. Nomos će omogućiti da ljudi shvate ulogu zakona u svrhu dobrobiti ljudskog života priznajući mu status savršenosti

Prema sofistima prirodno nejednaki ljudi ne mogu biti jednaki ni u pravednosti, ali je taj stav proizišao iz njihove ideje da svim ljudima ne pripada sve podjednako. Ljudi nisu jednaki unutar oblika svog postojanja, već u samom postojanju. U tome leži temelj njihove svake druge jednakosti, a raznovrsnost omogućuje produljenje i opstanak takvog postojanja (produljenje samog života kao opće kategorije).

Za Platona je pravednost ako ljudi rade samo one poslove za koje su sposobljeni, s tim što se iz toga ne vidi koji je čovjek sposobljen za opće poslove (Platon nudi filozofe). Međutim, iz ovoga proizlazi da se nitko nije smio miješati u poslove sofista dok su podučavali, jer su za to bili sposobljeni, a najveću kritiku im je uputio Platon sam. Implicitno je prirodnu različitost ljudi i da trebaju raditi ono što je najprikladnije za njih po samoj prirodi.¹⁸

Za sofiste ne postoji ideal pravednosti, ali bi to moglo biti sve što je usklađeno s prirodom, a to je, opet, čovjek u trenutku kada postane svjestan svoje prirodnosti. Ujedno, temelj pravednosti koja proistekne u pravo čini stav većine, jer, ako je svaki čovjek jednako važan, onda većina čini osnovu društva. Hipija je istaknuo problem onih koji nisu dio većine, a nužno se trebaju ponašati sukladno onome što većina nalaže (na njih se pozitivno pravo odnosi na način da su i oni prirodno utemeljeni s prirodnim stanjem sposobnosti rasuđivanja o pravednosti).¹⁹

Iz antiteze proizlazi i odnos između mogućnosti da pravda bude dodijeljena ili da je immanentna čovjeku (nomos / fizis), ali to otvara nova pitanja: ako je dodijeljena koji čovjek je dodjeljuje (nekada je to bilo u popisu ovlasti vladara), a ako je imantan, onda bi prema prirodnom porijeklu trebala biti jednaka za sve ljude. Sofisti nisu dali pomirljiv ton svojim iskazima zagovarajući samo stranu prirode, a i tu

¹⁸ Vuchetich, L., PRAVEDNOST I PRAVIČNOST U FILOZOFIJI PRAVA, op.cit., str. 68., dostupno na stranici http://hrcak.srce.hr/index.php?show=clanak&id_clanak_jezik=53819 (18.02.2010.)

¹⁹ Platon, PROTAGORA; GORGIJA, Kultura, Beograd, 1968., str. 37.

prave razlike između ljudi. Propustili su prihvatići da, osim pravednosti koja proizlazi iz prirode čovjeka, postoji i ona koju daje pozitivno pravo.

Po prirodnom pravu, čovjek pravdu osjeća po sili prirode koja je inkorporirana u njemu kroz razum i emotivni kompleks - prirodnom stvoren razum²⁰ je veza prirode i svijesti o njoj samoj i to je veza po kojoj čovjek u sebi nosi pravo po prirodi. Tu je moral korektivni faktor onome što je apsolutno prirodno u međuljudskim odnosima, i on ono prirodno kanalizira u mjeri u kojoj to odgovara aktualnom dobu i vremenu u kojem čovjek živi (od ideje da je čovjek čovjeku vuk, do ideje da je čovjek čovjeku drug).

Valja naglasiti da je između pripadnika sofističke ideje postojalo temeljno nesuglasje po pitanju samog izvora pravednosti: nalazi li se izvor u biološkoj utemeljenosti čovjeka, ili u onome što iz te utemeljenosti proizlazi. Naime, biološka sazdanost i utemeljenost nudi načelo jednakosti, ali se svaki čovjek u životu različito razvija i postaje zasebna osoba, različita od drugih. Rezultat prirodnog i društvenog razvoja je upravo međusobna nejednakost i raznolikost ljudi.

4. DRŽAVA KAO PRODUKT NOMOSA

Čovjek u mitskom periodu antičke Grčke prema silama okolnog svijeta reagira tako što na njih odgovara vlastitim silama: suprotstavlja se prirodi, pokušava je ukrotiti, njome upravljati, postati nezavisan od nje. Jedan od rezultata spoznaje ovog odnosa suprotstavljenosti je očitovanje kroz fizis, a drugi je grupiranje od ja u mi. Tu počinje proces izdvajanja iz onog jednog koje čovjek čini s prirodom, a narasta u borbu za moć, jer čovjek više nije sam; između njega i drugih ljudi stoji nomos, kako bi u startu bilo jasno da mu drugi ljudi nisu nužno neprijatelji. Ali, nisu ni prijatelji, pa je nomos (kao dogovor i kao povjerenje) najbolji način suživota.²¹

Odnosom fizisa i nomosa sofisti odražavaju odnos *oikosa* (središte privatnog života grčkog čovjeka) i *polisa* (središte javnog života grčkog čovjeka). *Oikos* treba razumjeti kao privređivanje za vlastite potrebe, sfera privatnog zaokružena je u okvir jedne obitelji. Ovdje treba napomenuti da je pojava sofista učinila i specifičan obrat u smislu da su Grci u ranijem periodu živjeli od novca, a u vremenu sofista i nakon njih sve više za novac.

²⁰ Dimitrijević, M., Simić, M., Đorđević, S., UVOD U PRAVO, Panevropski univerzitet Apeiron, Banja Luka, 2007., str. 317.

²¹ Gebser, J., ISKON I SADAŠNOST, Dio I: Temelji aperspektivnog svijeta, Katarina, Bugojno, 1992., str. 72.

Grčki polis u doba sofista definitivno predstavlja državu, ali ne veliku i snažnu državu koja bi kao takva (silom i osvajačkim pohodima) ostavila traga u povijesti, nego kao društvenu zajednicu u kojoj je uspostavljen pravni odnos između raslojenih ljudi kroz koji se ograničava moć imućnih i štite oni koji su bez ičega (ovdje se ne ubrajaju robovi jer nemaju status slobodnih ljudi). Makar i u najmanjoj mjeri, na površinu probija pravednost i pravičnost u cilju sprečavanja samovolje i vladavine prava.²²

To je bio period jačanja polisa kao države. Država organizira svoje specijalizirane dijelove i dovodi ih u ravnotežu - kod Grka sama ravnoteža nije u potpunosti dostignuta i njihova država ostaje u neravnoteži, stoga nije mogla opstati na višoj razini (svaki pokušaj uzdizanja iznad razine jednog polisa izazivao je neravnotežu). Dalje, uvjek se povlačilo pitanje je li bolja vladavina ljudi ili zakona. Sofisti ističu ovu dilemu, a kasnije je Aristotel razvija, stajući na stranu sofista priznavši (bolje: istakнуvši) vladavinu zakona, za razliku od Platona koji je smatrao da postoje kraljevi-filozofi koji trebaju imati priličnu diskreciju i samostalnost.²³

5. ZAKLJUČAK

Iznesenim materijalom utvrđeno je kako su Grci imali dovoljno jasno definirane političke slobode pa nisu imali potrebu nadomjestak tražiti u religiji i religijskim institucijama. Na razini polisa osjećali su dostatnu društvenu organiziranost i nisu imali potrebu organiziranja na razini svih Grka. Oni nisu mogli kroz religiju ići iznad svoje nacije, i nisu mogli svoju religiju nametnuti drugim narodima. Njihov duh je bio prvenstveno duh neekspanzije, sa zadovoljenjem strasti unutar samog sebe na način dosezanja vrhunskog dometa na polju kulture.

Može se postaviti pitanje zašto rad sofista nije ostavio dubljeg traga u praksi i teoriji mišljenja, pa tako i u pravnoj znanosti. Jedan od razloga je to što je cijela njihova pojava shvaćena i prikazana kao prekid u kontinuitetu, a ne kao nastavak nečeg prethodno utemeljenog. Međutim, pojava Sokrata, Platona i Aristotela bila je nastavak kontinuiteta rada sofista, iako to spomenuta tri filozofa nisu htjela priznati.

Sofisti su uveli retoriku u sudove i u politiku - tako je filozofija, kroz logiku, postala jedan od temelja pravne znanosti (iako je retorika tada obuhvaćala i dijalektiku i gramatiku). Svrshodnost retorike na sudu i u politici spojila je formu sa sadržajem

²² Vukadinović, G., TEORIJA DRŽAVE I PRAVA, Knjiga I, Futura publikacije, Novi Sad, 2006. str. 101. i 108.

²³ Galogaža M., Mikeš M., TEORIJA I PRAKSA PRAVNE DRŽAVE I VLADAVINA PRAVA, op.cit., str. 342.

i zato postala značajna u društvu. Filozofija je prestala biti isprazna priča i ostvarila iskorak prema konkretizaciji svoga sadržaja.

Razmatranjem suprotstavljenosti pojmova *fizis* i *nomos* uočeno je da je život čovjeka unaprijeden sporazumnoim društvenim i političkim grupiranjem kao jedinim efektnim načinom zaštite protiv nežive prirode. Problem koji je proizšao iz ove tvrdnje može se definirati kroz nemogućnost da se o pravu govori kao o objektivnom, jednakom za sve, budući da bi, prema sofistima, sve trebalo biti stvar ljudskog djelovanja, odnosno, subjektivno. Međutim, sofisti napominju da kršenje normi prirodnog prava neizbjegno ostavlja posljedicu (štetu, ali i kaznu), dok je sankciju pozitivnog prava, uspostavljenog od ljudi, moguće izbjegći.

Sofisti ističu važnost trenutka kada zakoni prirode postanu važeći i primjenjivi i na odnose među ljudima. Svojim radom sofisti ukazuju na dvostrukost ljudskog bivstvovanja: javno i privatno. U smislu privatnog čovjeku je svojstvena svijest o sebi kao o bivstvujućem biću. Međutim, to biće se potvrđuje tek kroz ono javno, kroz odnose zbog kojih je i potrebno graditi pravo i koji pravu kao znanosti korespondiraju.

Suprotstavljenost pojmova *fizis* i *nomos* kroz povijest utječe na izgradnju viših i naprednijih oblika društvenog življenja. Slijedom toga jasno je dokazana hipoteza da antiteza spomenutih pojmova predstavlja jedno od značajnijih izvorišta za izučavanje kada se govori o pravnoj znanosti, jer je sadržaj suprotstavljenih pojmova jasno doveden u vezu s najvažnijim elementima kojima se pravo kao znanstvena disciplina bavi, u što se mogu svrstati pitanja reda, slobode, istine, pravde i države.

Najveći problem suvremenog svijeta predstavlja mogućnost da se nasilje i sila ne odvoje od pravde. U ovom se pogledu mišljenje i djelovanje sofista čini reakcionarnim ili nazadnim na način davanja prednosti fizisu, a u stvari predstavlja predviđanje i percepciju negativne opcije u kojoj se *nomos* može razviti bez kontrole. Sofisti nisu vidjeli dobar i kvalitetan način da *nomos* bude pod nadzorom, pa je preferiranje fizisa kao pramjere pravednosti (etalona) bilo logičan izbor.

Mr. Ružica Marjanović Kamšigovski
ruzica.marjanovic.kamsigovski@ephzhb.ba

DJEĆJI RAD U SVJETLU EUROPSKE SOCIJALNE POVELJE

CHILD LABOR IN THE LIGHT OF EUROPEAN SOCIAL CHARTER

SAŽETAK

Dječji rad važan je dio europske i domaće pravne regulative. Namjera je Vijeća Europe, Europske unije, kao i nacionalnih programa da nastave raditi za dobrobit djece i čovječanstva općenito, boljim pravnim normama i praktičnim ukidanjem dječjeg rada.

Ovakvo nastojanje vidljivo je iz dosada donesenih i ratificiranih europskih dokumenata koji reguliraju problem rada djece u raznim djelatnostima i raznim situacijama ili štite prava djeteta općenito. Bosna i Hercegovina umnogome je svoje zakonodavstvo prilagodila ratificiranoj Europskoj socijalnoj povelji, a odredbe nekih zakona koje su ostale nepotpune i nedorečene ostaju da se izmjene i usklade.

Evidentno je, pak, da je implementiranje Europske socijalne povelje i domaćeg zakonodavstva znatno veći problem od reguliranja same materije rada djeteta, jer se u praksi pokazalo da je najteži zadatak svih segmenata društva otkriti, suzbiti i eliminirati dječji rad.

KLJUČNE RIJEČI: dječji rad, Europska socijalna povelja, zaštita djece, kolektivni prigovori

SUMMARY

Child labor is an important part of the European and domestic legal regulations. The intention of the European Committee, European Union, as of all national programs is to continue to work and in the future for children and mankind through better legal norms and actual abolishing of child labor.

This effort is evident in the already acquired and ratified European documents that regulate the problem of child labor in various activities and various situations or protect childrens' rights in general. Bosnia and Herzegovina has in many ways adapted its legislation to the ratified European social charter and some provisions of some laws that have remained incomplete and undefined must be amended and

coordinated.

Nonetheless, it is obvious that implementing the European social charter and domestic legislation is a considerably larger problem than regulating the very problem of child labor, since it has been shown in practice that the toughest task in all segments of society is to reveal, repress and eliminate child labor.

KEY WORDS: child labor, European social charter, child protection, collective protests

1. UVOD

Tema ovog rada je pokušaj skretanja pozornost nadležnih institucija društva na zaštitu dječjih prava, ukazivanje na potrebu unaprjeđivanja infrastrukture koja će se boriti protiv dječjeg rada, kako bi se probudila svijest ljudi o ovome problemu i kako bi se nakon tog reagiralo u cilju bolje zaštite dječjih prava. Obrada teme trebala bi pridonijeti boljem razumijevanju i razgraničenju zabranjenog dječjeg rada i dozvoljenog dječjeg rada sukladno Europskoj socijalnoj povelji, zbog čega se, uz ostalo, ukazuje na potrebu donošenja boljih propisa u domaćem zakonodavstvu radi zaštite mlađih od izrabljivanja i iskorištavanja, te na potrebu ukidanja teških oblika dječjeg rada.

Postavljene su dvije hipoteze:

- Europska socijalna povelja u službi je dokidanja dječjeg rada;
- Implementiranje Europske socijalne povelje obveza je Bosne i Hercegovine;

Pri izradi rada korišteni su najpodesniji znanstveno-istraživački metodi. Rad se zasniva na uporabi nekoliko osnovnih i pomoćnih znanstveno-istraživačkih metoda. Osim normativne, povjesne, poredbene metode, kao i praktičnog znanstvenog istraživanja i izvođenja zaključaka nužna je bila primjena i analize i sinteze, izvođenje zaključaka indukcijom, dedukcijom i sl.

Europska socijalna povelja¹ temeljni je dokument Vijeća Europe na području gospodarskih radnih i socijalnih prava i kao takav jedan je od najvažnijih dokumenata Vijeća Europe, te dokument kojim se uz ostalo štite radna i socijalna prava djece. Povelja jamči ekonomski i socijalni prava u državama potpisnicama.

¹ „Rezultat je diskusija započetih još 1958. na tripartitnoj konferenciji europskih država, a na kojoj je gotovo usuglašen i njezin tekst. Danas je poznata i kao ekvivalent Europskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u domeni ekonomskih i socijalnih prava te primjer transnacionalne evaluacije i interpretacije iz nje proizišlih pitanja i slučajeva. Članice nisu obvezne ratificirati sve članke već nukleus od najmanje pet između sedam najvažnijih. Ukupno promatrano obvezne su ratificirati najmanje 10 od 19 članaka koji proklamiraju ekonomski i socijalni prava ili 45 od 72 paragrafa. Europska socijalna povelja ima tri dodatna protokola. Prvi je njezin prateći dokument, koji je zajedno s prilogom usvojen u Strasbourg 1988.godine. Drugi je Protokol o izmjenama, usvojen u Torinu 1991.godine, a treći Dodatni protokol kojim se uspostavlja sustav kolektivnih žalbi, usvojen u Strasbourg 1995.godine. Više u Vinković, M., Dječji rad u međunarodnom, europskom i poredbenom radnom pravu, TIM press, Zagreb, 2008. godina

Ovaj je dokument sastavljen u Strasbourg, uz tehničku pomoć Međunarodne organizacije rada (MOR), a potpisani u Torinu 1961.god. Stupio je na snagu 26. veljače 1965. Godine, nakon što ga je potpisalo pet država.

Iako se na prvi pogled čini da su djeca na radu i njihova prava štićeni isključivo kroz odredbe koje se tiču prava djece i mlađeži, to nije sasvim točno i bilo bi vrlo površno shvaćanje ovog dokumenta. Naime, sva djeca koja rade mogu kod svog poslodavca i u društvenoj zajednici ostvarivati pravo na pravičnu plaću, pravo na primjerene uvjete rada, pravo na rad, pravo na sigurne i zdrave uvjete rada, pravo na organiziranje i pregovaranje, pravo na zdravstvenu zaštitu te vrlo važno pravo za razvoj djece i njihovu budućnost - pravo na profesionalnu izobrazbu.

Nadalje, prava zaposlenih žena na zaštitu odnose se i na žensku djecu, koja su poveljom zaštićena kod poslodavca, a osobito žensku djecu koja su u statusu majki, čije postojanje, iako djeluje šokantno i zabrinjavajuće, ne možemo negirati. Dakle, sva prava navedena u Povelji, zapravo, štite prava djece koja su prisiljena raditi zbog teških životnih uvjeta i siromaštva ili specifičnih talenata (npr. glume, umjetnosti, sporta) koje djeца, često i pod pritiskom roditelja i staratelja, žele razvijati. Razlozi za postojanje i opravdanost ili neopravданost dječjeg rada su široki, ali činjenica je, dakle, da se postojanje Europske socijalne povelje u smislu zaštite prava djece u radnoj i socijalnoj sferi života ne može promatrati isključivo kroz članak 7., nego primjenjujući Povelju u potpunosti na sve radnike, pa i na djecu-radnike.

2. BOSNA I HERCEGOVINA I EUROPSKA SOCIJALNA POVELJA

Bosna i Hercegovina je članica Vijeća Europe od 2002. godine, a Europsku socijalnu povelju potpisala je 2004. godine. Revidiranu Europsku socijalnu povelju donesenu u Strasbourg 3. svibnja 1996. godine ratificirala je 7. listopada 2008. godine, a na snagu je stupila 1. prosinca 2008. godine.²

2.1. Primjena Povelje nakon ratifikacije

Ratifikacija Povelje omogućava pozivanje na nju na razini cijele države, u smislu živog konkretnog prava na koje se građani oslanjaju. Samim potpisivanjem Povelje i njenom ratifikacijom Bosna i Hercegovina je iskazala dobru volju za primjenu međunarodnih standarda u socijalnoj zaštiti stanovništva pa time i u socijalnoj zaštiti djece. „Puna afirmacija njenih principa znači izglasavanje kvalitetnih zakona, uspostavljanje efikasne administracije, djelotvornog sudstva, borbu protiv korupcije i kriminala, transparentnost u radu, otvorenost prema civilnom društvu, uspostavljanje sustava odgovornosti. Implementacija tih prava zavisi i od materijalne baze, koja se

² Bosna i Hercegovina pristupila je Vijeću Europe 24. travnja 2002.godine. To je označilo napredak u uspostavi demokracije i osiguravanju vladavine prava, iako je prijem bio popraćen post-prijemnim zahtjevima na kojima Bosna i Hercegovina još uvijek radi.

u Bosni i Hercegovini, zbog posljedica rata mora dugoročno planirati, ali prije svega stručno postepeno i permanentno graditi.“³

2.2. Članak 7. Europske socijalne povelje

Članak 7. Europske socijalne povelje regulira i predviđa pravo djece i mlađeži na zaštitu. Ovim člankom, uz ostala prava predviđena Poveljom, a koja se mogu, ali i ne moraju, odnositi na djecu, Povelja jasno štiti socijalna prava djece u svezi sa njihovim radom, prava djece u radnom odnosu i prava djece koja se zapošljavaju.

Članak 7. Povelje, radi osiguranja učinkovitog ostvarivanja prava djece i mlađeži na zaštitu, obvezuje ugovorne stranke (zemlje potpisnice) na ispunjenje sljedećih obveza:

„1.propisati da je 15 godina najniža dob za zapošljavanje, s tim da se i mlađa djeca iznimno mogu zaposliti na propisanim lakšim poslovima koji nisu štetni za njihovo zdravlje, moral ili obrazovanje;

2.utvrditi višu minimalnu dopuštenu dob zapošljavanja na određenim poslovima koji se smatraju opasnim ili štetnim za zdravlje.

3.zabraniti da se djeca koja su na obveznom školovanju zapošljavaju na poslovima koji će ih onemogućiti u stjecanju svih koristi od tog školovanja;

4.ograničiti radno vrijeme radnika mlađih od 16 godina kako bi ono bilo usklađeno s potrebama njihovog razvoja, a posebice s potrebama njihove profesionalne izobrazbe;

5.priznati mlađim radnicima i naučnicima pravo na pravičnu plaću ili drugu odgovarajuću naknadu;

6.osigurati da se vrijeme koje mlađi, uz pristanak poslodavca, provedu na profesionalnoj izobrazbi tijekom redovitog radnog vremena smatra dijelom radnog dana;

7.osigurati radnicima mlađim od 18 godina najmanje tri tjedna plaćenog godišnjeg odmora;

8.zabraniti osobama mlađim od 18 godina noćni rad, osim kada se radi o poslovima koji su predviđeni nacionalnim zakonima ili drugim propisima;

9.predvidjeti da se radnici mlađi od 18 godina zaposleni na poslovima utvrđenim nacionalnim zakonima ili drugim propisima moraju podvrgnuti redovitom medicinskom nadzoru;

10.osigurati posebnu zaštitu od fizičkih i moralnih opasnosti kojima su djeca i mlađež izloženi, osobito od onih koje izravno ili neizravno proizlaze iz njihova rada“.⁴

Važno je istaći da je Bosna i Hercegovina ratificirala ovaj članak i time pokazala spremnost na zaštitu prava djece radnika, na borbu protiv izrabljivanja i siromaštva, te ulaganje u budućnost preko mlađih kadrova.

‘Članak 7. Europske socijalne povelje sadržajno sublimira dotadašnja rješenja konvencija Međunarodne organizacije rada te istodobno kreira viši stupanj

³ Ademović, N., Europska socijalna povelja u BIH, <http://www.pulsdemokratije.ba/index.php?id=191&l=bs> 2006., znanstveni članak

⁴ Članak 7. Europske socijalne povelje , Torino 1961.god., N N RH, Međunarodni ugovori broj 15/2002

zaštite in favorem djeteta kao radno pravnog subjekta. Eksplisitno govori o djetetu koje se zapošjava, a ne o „mladoj osobi“, uz prihvatanje standarda od 15 godina kao najniže dobi za zapošljavanje... Nužno je propisati radno vrijeme radnika mlađih od 16 godina zbog poštivanja potrebe njihova razvoja i profesionalne izobrazbe te im osigurati pravičnu plaću ili drugu odgovarajuću naknadu. In favorem dodatne zaštite, potvrđujući implicitno kako je riječ o radnom odnosu sui generis.⁵

Članak 7. Povelje ne govori o minimalnoj dobi za novacjenje i regrutiranje u vojne postrojbe, jer je njegov tekst nastao desetljeće i pol prije Dopunskih protokola Ženevskim konvencijama, no poznato je da se u kasnijim raspravama na univerzalnoj razini Vijeća Europe zalagalo za minimalni dobni cenzus od 18 godina. Svoj stav opravdalo je posebnom prirodom vojnih aktivnosti, koje ne mogu zahtijevati dob nižu od utvrđene za rad na opasnim i nezdravim poslovima, pa stoga nema opravdanja za utvrđivanje dobne granice niže od dobi u kojoj se u većini zemalja stječe punoljetnost.

3. PRAVO DJECE I MLADEŽI NA ZAŠTITU I OSTALA PRAVA PROPISANA EUROPSKOM SOCIJALNOM POVELJOM KOJA SE TIČU DJECE

Važno je istaći da sva prava predviđena poveljom jesu socijalna, ekonomski i kulturna, te se svako pravo na izravan ili neizravan način može ticati djeteta uopće ili pak djeteta kao radno pravnog subjekta. Međutim, osobito su važna prava koja imaju, između ostalog, svoju svrhu u borbi protiv siromaštva djece i zaštite zdravlja, a to su:

zdravstvena zaštita
socijalna sigurnost
socijalna i medicinsku pomoć
pravo korištenja usluga socijalnih službi
pravo obitelji na socijalnu, pravnu i ekonomsku zaštitu
pravo djece i mlađih na socijalnu, pravnu i ekonomsku zaštitu
pravo radnika migranata i njihovih obitelji na zaštitu i pomoć.

Evidentno je da gore navedena prava propisana Poveljom dokidaju siromaštvo, jamče socijalnu sigurnost i čuvaju zdravje djece koja ova prava ostvaruju, uglavnom, u obitelji. Djeca, bilo posredno, bilo neposredno, imaju koristi od tih prava jer se neka izravno odnose na njih, a neka na članove njihovih obitelji koji se skrbe o njima. Veća pravno socijalna i zdravstvena zaštita djeteta direktno utječe na broj malodobnih radnika. Materijalno blagostanje, dobri životni uvjeti, odlično zdravstveno stanje obitelji kao osnovne ćelije društva, ne izazivaju potrebu zapošljavanja djece radi suprotnih razloga: siromaštva, loših životnih uvjeta, bolesti članova obitelji itd. U idealnom društvu djeca bi radila isključivo zbog svojih darova i talenata i obavljala korisne poslove koji pozitivno razvijaju njihovu osobu u tjelesnom, psihičkom i duhovnom smislu.

⁵ Vinković, M., Dječji rad u međunarodnom, europskom i poredbenom radnom pravu, znanstvena knjiga 2008.god, nakladnik TIM press d.o.o. Zagreb, str 172-173

Europska socijalna povelja predviđa i prava koja malodobni radnici ostvaruju neposredno u radnom odnosu kod svoga poslodavca, a to su:

- pravo na pravične radne uvjete**
- pravo na sigurnost i zaštitu zdravlja na radu**
- pravo na pravičnu plaću.**

Prava koja propisuje Povelja, a tiču se obrazovanja i stručnog usavršavanja djece su sljedeća:

- pravo na profesionalno usmjeravanje**
- pravo na profesionalnu izobrazbu**

Podrazumijeva se da se i sva ostala prava propisana Poveljom, kao što su pravo organiziranja, kolektivnog pregovaranja, informiranja i konzultiranja, pravo radnika na zaštitu i slično, na posredan ili neposredan način mogu odnositi na djecu koja su u radnom odnosu, na djecu koja se pripremaju postati radno-pravni subjekti ili na dijete kao ljudsko biće neodvojivo od svakidašnjih zbivanja u društvenopravnom životu. Međutim gore navedena prava ipak su prava koja se češće odnose na malodobnog radnika ili na djecu koja zbog visokog stupnja socijalne zaštite zajamčene Poveljom neće morati biti prisiljeni na rad. Povelja, predviđajući visoki stupanj zaštite socijalnih prava, itekako utječe na smanjenje pojave dječjeg rada.

4. SUSTAV KOLEKTIVNIH PRIGOVORA

„Dodatni protokol Europskoj socijalnoj povelji kojim se uspostavlja sustav kolektivnih žalbi stupio je na snagu 1998.godine, otvorivši iznova raspravu o tomu uživaju li ekonomska i socijalna prava sudska zaštitu i u kojoj mjeri. Iako izjednačena s građanskim i političkim pravima, ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, kao pravima druge generacije, često joj se spočitava uglavnom deklaratorna priroda, negira karakter fundamentalnih prava ili uopće status prava, te se najčešće karakterizira kao „politički programi podobni za progresivnu realizaciju“. Kenner ističe kako se hijerarhija ljudskih prava, praktično gledano, može promatrati kroz činjenicu da su mnoga građanska i politička prava relativno besplatna, dok puna realizacija ekonomskih i socijalnih prava zahtijeva supstancialna sredstva financiranja, uspostavu odgovarajuće učinkovite infrastrukture i progresivno povećanje sustava oporezivanja na duže vrijeme.⁶

Već same riječi „kolektivni prigovori“ koje upotrebljava Dodatni Protokol upućuju na to da nema mjesta nikakvim žalbama odnosno prigovorima koje su uputili pojedinci. Prigovor, radi neprimjene Povelje ili nezadovoljavajuće primjene Povelje Odboru stručnjaka imaju pravo podnijeti „međunarodne organizacije radnika i poslodavaca, koje u Odboru vlada imaju savjetodavni status, međunarodne nevladine organizacije koje pri Vijeću Europe imaju savjetodavnu poziciju i koje se kao takve nalaze na popisu koji je u tu svrhu sastavio Odbor vlada, te reprezentativne nacionalne

⁶ Vinković, M., Dječji rad u međunarodnom, europskom i poredbenom radnom pravu, op. cit. str. 175.

organizacije poslodavaca i radnika pod jurisdikcijom ugovorne stranke protiv koje su podnijele prigovor. Nacionalne nevladine organizacije prigovor mogu podnijeti samo ako je stranka takvu mogućnost predvidjela zasebnom deklaracijom. Prigovor se formalno upućuje glavnom tajniku Vijeća Europe koji službeno potvrđuje njegov prijem, o tomu obavještava ugovornu stranku, a potom predmet prosljeđuje Odboru stručnjaka.⁷

Ovaj nadzorni mehanizam implementacije Povelje funkcioniра na način da podnositelj prigovora mora dokazati i obrazložiti neadekvatnu primjenu Povelje, ukazati na propis koji se ne implementira, Odboru stručnjaka. Odbor stručnjaka nije nikakvo sudsko tijelo, te njegove odluke nemaju sudsku snagu. Nakon razmatranja predmeta, ispitivanja svih okolnosti „slučaja“, traženja očitovanja ugovorne strane protiv koje se podnosi prigovor, Odbor stručnjaka donosi odluku. Odluka ovog „žalbenog tijela“ nije obvezujuća, a donosi se tek nakon što izviješće o predmetu usvoji Odbor ministara. Ovakav sustav kolektivnih prigovora svakako je utjecao na bolju i učinkovitiju primjenu Povelje, jer bez obzira što Odluke nisu obvezujuće nijedna zemlja članica Povelje ne želi se osjetiti prozvanom za neimplementiranje odredaba Povelje. Zapravo se ovdje više radi o sramoti koju trpi određena ugovorna strana kada iziđe na vidjelo stanje primjene socijalnih prava koje se skrivalo u europskim okvirima. Ovakvo „prozivanje“ ima svoj učinak iako država utvrđena kao strana koja neadekvatno primjenjuje Povelju, dakle krši je, ne snosi konkretnе sankcije i posljedice.

Međunarodna komisija pravnika zbog neodgovarajuće implementacije odredaba Povelje, uložila je prvi kolektivni prigovor u vezi s problemima dječjeg rada protiv Portugala. U prigovoru koji je podnesen 1998.god. navedeno je da Portugal ne poštuje odredbu Povelje o minimalnoj dobi za zapošljavanje.

Europski je odbor za socijalna prava 1999.godine utvrdio osnovanost ovog prigovora zaključivši da primjerena implementacija čl.7. nije moguća samo putem zakonodavnih rješenja, već putem učinkovitog primjenjivog i strogog nadzora inspekcije rada nad njihovom implementacijom. Primjer Portugala, nije daleko od stvarnosti i drugih zemalja potpisnica Povelje. Određeni zakonski propisi koji su sukladni Povelji postoje, ali se ne primjenjuju ili se ne primjenjuju doslovce. Nedozvoljeni, zabranjeni, neadekvatni dječji rad često se pojavljuje pod krinkom dozvoljenog, zakonitog dječjeg rada. Države, ugovorne strane Povelje ne mogu se braniti da to nisu znale, da nisu otkrile i utvridle takav rad kao zabranjen, jer je njihova dužnost ispitati sve okolnosti svakog dječjeg rada te mu posvetiti posebnu pozornost radi sprječavanja zlopotrebe dječjeg rada. Ova žalba utjecala je i na druge europske zemlje, potpisnice Povelje, da budno prate primjenu prava djece i mladeži na zaštitu.

⁷ Vinković, M., Dječji rad u međunarodnom, europskom i poredbenom radnom pravu, ibid., str 175.

5. PRILAGODBA DOMAĆEG ZAKONODAVSTVA EUROPSKOJ SOCIJALNOJ POVELJI

Država Bosna i Hercegovina nema jedinstveni Zakon o radu, nego je ova problematika prepuštena entitetima. Oba entiteta, Federacija Bosna i Hercegovina i Republika Srpska donijele su Zakon o radu.⁸

U Federaciji se ovim Zakonom samo donekle štite prava djeteta kao radnopravnog subjekta. Kako Europska socijalna povelja predviđa veći opseg zaštite malodobnih radnika i djece koja se tek zapošljavaju potrebitno je Zakon o radu prilagoditi i uskladiti s ovim međunarodnim ugovorom. Osim toga, to je i obveza države, radi prilagodbe domaćeg zakonodavstva pravnoj stečevini Europske unije, ukoliko ozbiljno teži ka članstvu u njoj.

Zakon o radu Federacije BiH u svojim odredbama, predviđa sljedeću zaštitu malodobnih radno-pravnih subjekata:⁹

Ugovor o radu ne može se sklopiti sa osobom koja nije navršila 15 godina.

Osoba između 15 i 18 godina života, može se zaposliti pod uvjetom da od ovlaštenog liječnika ili mjerodavne zdravstvene ustanove pribavi potvrdu kojom dokazuje da ima opću zdravstvenu sposobnost za obavljanje tih poslova. Također, Zakon predviđa da malodobnom zaposleniku nije dozvoljen prekovremeni ni noćni rad.

Što se tiče odmora i dopusta malodobni zaposlenik ima pravo na godišnji odmor u trajanju od najmanje dvadeset i četiri radna dana. Ostali odmori i dopusti djece-radnika izjednačeni su s punodobnim zaposlenicima.

Veći pomak u navedenom Zakonu učinjen je u sferi tzv. teškog rada, pa se tako propisuje da malodobnik ne može raditi na izrzito teškim fizičkim poslovima, radovima pod zemljom ili pod vodom, ni na ostalim poslovima koji bi mogli štetno i s povećanim rizikom utjecati na njegov život i zdravlje, razvoj i čudorednost, s obzirom na njegove psihofizičke osobine. Federalni ministar rada, zdravstva i socijalne skrbi posebnim propisom treba utvrditi navedene poslove.

Svaka županija ima svoje ministarstvo rada, zdravstva i socijalne skrbi, a inspektori rada u županijama zabraniti će svaki rad malodobnika na gore navedenim poslovima.

Zakon predviđa i kazne za poslodavca koji prekrši odredbe o pravu malodobnih radnika, a koje se svode na novčane kazne od 1000,00 KM do 7000,00 KM.

Gledano iz ugla prilagodbe Zakona o radu najvažnijem članku Europske socijalne povelje u zaštiti malodobnih radnika, članku 7., domaći zakon propustio je slijedeće:

- utvrditi višu minimalnu dopuštenu dob zapošljavanja na određenim poslovima koji se smatraju opasnim ili štetnim za zdravlje,
- zabraniti da se djeca koja su na obveznom školovanju zapošljavaju

⁸ Zakon o radu Federacije Bosne i Hercegovine Sl. novine FBiH br 43/99, 32/00 i 29/03 i Zakon o radu Republike Srpske Sl. glasnik RS BR 38/00, 40/00, 41/00, 47/02, 38/03, 66/03 i 20/09

⁹ Vidjeti članak 15, 36, 41. i čl. 51. Zakona o radu F BiH

- na poslovima koji će ih onemogućiti u stjecanju svih koristi od tog školovanja
- ograničiti radno vrijeme radnika mlađih od 18 godina kako bi ono bilo uskladeno s potrebama njihove profesionalne izobrazbe
 - osigurati da se vrijeme koje mladi, uz pristanak poslodavca, provedu na profesionalnoj izobrazbi tijekom redovitog radnog vremena smatra dijelom radnog dana
 - priznati mlađim radnicima i naučnicima (učenicima koji se naučavaju za praktični rad) pravo na pravičnu plaću ili drugu odgovarajuću naknadu.

Potrebno je napomenuti da, što se tiče ove odredbe Europske socijalne povelje, u našem Zakonu ona uopće nije predviđena. Stoga naučnici nemaju pravo na naknadu osim ukoliko im poslodavac kod kojega uče posao, odnosno, obavljuju praktičnu nastavu želi isplatiti određenu svotu novca za njihov rad. Dakle, jasno je da je ova vrsta mlađih radnika obespravljena i dosada nije bila zaštićena domaćim zakonodavstvom. Danas, kad je Povelja ratificirana, jasno je da ovakve odredbe treba inkorporirati i u domaće zakonodavstvo. Mladi radnici imaju pravo na plaću za svoj rad po potpuno istim uvjetima kao i punodobni radno-pravni subjekti.

Zakon o radu propustio predvidjeti i to da se radnici mlađi od 18 godina zaposleni na poslovima utvrđenim nacionalnim zakonima ili drugim propisima moraju podvrgnuti redovitom medicinskom nadzoru.

Medicinska kontrola postoji samo prije samog zapošljavanja djeteta-radnika, radi pribavljanja liječničkog uvjerenja o zdravstvenoj sposobnosti, koja je zakonski uvjet za zasnivanje radnog odnosa malodobnika. Nije propisana nikakva obvezna zdravstvena kontrola malodobnika za vrijeme radnog odnosa, što je zaista neshvatljivo obzirom na njihove specifične psihofizičke sposobnosti i opasnosti koje mogu štetiti zdravlju djece na radnom mjestu.

Zakon o radu Federacije Bosne i Hercegovine u nekim je segmentima izišao iz minimuma prava mlađih radno-pravnih subjekata predviđenih Europskom socijalnom poveljom. Domaće zakonodavstvo, primjerice, nije propisalo da osoba mlađa od 15 godina uopće može sklopiti bilo kakav ugovor o radu. U slučajevima kada se ipak dogodi rad djeteta mlađeg od 15 godina, npr. uloge djece u filmovima kao malih i mlađih glumaca, ugovor o radu sklapa se sukladno Općim načelima o radno-pravnoj sposobnosti s roditeljima ili starateljima djeteta. Nadalje, Zakon o radu zabranjuje u potpunosti noćni rad djece, dok Povelja u tom slučaju ima određena ograničenja.

Zakon o radu Republike Srpske u oblasti radno -pravnih odnosa ima gotovo identična rješenja kao i federalni zakon.

Kazneni zakon Federacije Bosne i Hercegovine predviđa kazneno djelo povrede prava iz radnih odnosa u članku 207. na sljedeći način: „Tko se svjesno ne pridržava propisa ili općeg akta ili kolektivnog ugovora o zasnivanju ili prestanku radnog odnosa, o plaći ili drugim primanjima, o radnom vremenu, o odmoru ili odsustvovanju, zaštiti omladine ili o zabrani prekovremenog ili noćnog rada i time uskrati ili ograniči djelatniku pravo koje mu pripada, kaznit će se novčanom kaznom ili zatvorom do jedne godine.“

Zakonodavstvo u Bosni i Hercegovini štiti prava djece i u drugim propisima poput Kaznenog zakona BiH¹⁰, Kaznenog zakona RS¹¹ i Kaznenog zakona Brčko Distrikta.¹² Osim kaznenih propisa zaštitom djece bave se i neki posebni propisi: Obiteljski zakon FBiH¹³ i RS¹⁴, Zakon o osnovama socijalne zaštite, zaštite civilnih žrtava rata i zaštite obitelji s djecom Federacije BiH¹⁵, Zakon o socijalnoj zaštiti RS¹⁶ i Brčko Distrikta¹⁷, Zakon o dječjoj zaštiti RS¹⁸ i Brčko Distrikta¹⁹. Međutim, u navedenim Zakonima, osim Zakona o radu FBIH, samo se članak 207. Kaznenog zakona odnosi izravno na zaštitu djece u radnom odnosu, dok su ostali propisi uglavnom na neki način u neizravnoj vezi s radnim statusom djece.

6. PRAKTIČNA PRIMJENA DOMAĆEG ZAKONODAVSTVA I EUROPSKE SOCIJALNE POVELJE U SFERI DJEČJEG RADA

U praksi, jako je mali stvarni napredak Bosne i Hercegovine u socijalnom zbrinjavanju djece, zaštiti prava djece u radnom odnosu, a osobito u sprječavanju rada na crno, u iskorištavanju djece u nedopuštenom i zabranjenom radu. Nevladine organizacije često nagovještavaju važnost Povelje, zagovaraju primjenu međunarodnih standarda u zakonodavstvu i praksi, daju pregled primjene i razine poštovanja obveza i prava navedenih u Europskoj socijalnoj povelji.

‘Djelotvorna primjena zakona o minimalnoj dobi za zapošljavanje podrazumijeva sankcioniranje ponašanja poslodavaca i odgovornih osoba koja su suprotna predviđenim normama međunarodnog radnog prava ... istraga obavlja sustavnu reviziju situacija vezanih za rad djece na način što će se pratiti, evidentirati i statistički iskazivati raširenost dječjeg rada i to po spolu, dobi, zanimanju, gospodarskim granama koje ih zapošljavaju, zemljopisnoj lokaciji, imovnom stanju i statusu zaposlenja, pohađanju škole i slično. Osobito je važno da u istraživanju rada djece odgovarajuću aktivnu ulogu dobiju razne vjerske institucije, karitativne organizacije i druge zainteresirane društvene i humanitarne skupine. Isto tako treba stvoriti obvezu za poslodavce i sve druge koji zapošljavaju ili na drugi način koriste rad djece, da vode potrebne obvezne evidencije i druge odgovarajuće dokumente s podacima o zaposlojenoj i radno angažiranoj djeci. Djeci i institucijama za njihovu

¹⁰ Sl. glasnik BiH, br 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05,

¹¹ Sl. glasnik RS br. 49/03, 108/04

¹² Sl. glasnik BD BH br 10/03, 45/04

¹³ Sl. novine FBiH br. 35/05

¹⁴ Sl. glasnik RS br. 54/02

¹⁵ Sl. novine FBiH br. 36/99, 54/04, 39/06, 14/09

¹⁶ Sl. glasnik RS br. 5/93, 15/96, 110/03

¹⁷ Sl. glasnik BD BH br 1/03, 4/04, 19/07, 2/08

¹⁸ Sl. glasnik RS br 4/02, 17/08

¹⁹ Sl. glasnik BD BH br 1/03, 4/04, 21/05

zaštitu od neadekvatnog, teškog i nezakonitog rada treba biti omogućen pristup sudovima za zaštitu njihovih prava, osigurati eliminiranje svih oblika diskriminacije, uključiti i dati potrebne mandatne ovlasti nacionalnim organizacijama za promicanje i zaštitu ljudskih prava.²⁰

Aktivnosti na suzbijanju i učinkovitom eliminiranju dječjeg rada u državama-članicama Međunarodne organizacije rada trebaju biti usmjerene na provođenje postupaka prilagođenih djeci. Prije svega u procesu provođenja zakona, ove aktivnosti i mjere trebaju biti usmjerene na pružanje potrebne pravne pomoći žrtvama pogodenim raznim oblicima dječjeg rada. Važno je omogućiti predstavljanje njihovih gledišta i zabrinutosti te zaštitu privatnosti kao i smanjiti neugodnosti koje imaju. Osobito je važno takvoj djeci pružiti odgovarajuću potporu i sigurnost, kao i zaštitu od osvete kojoj bi eventualno mogli bit izloženi.

Stoga Božo Žepić svoju analizu završava ovako: „Zato je borba protiv siromaštva u društvu ujedno stvaranje društvenog ozračja u kojem se postupno trebaju stvoriti društveni uvjeti za ukinuće dječjeg rada, odnosno, njegovo stavljanje pod potpunu društvenu kontrolu i propisanu društvenu preventivu. Još i danas, uz one koji su bogati i žive u izobilju, ima i drugih koji žive u neimaštini, trpe bijedu, a često čak i umiru od gladi; njihov broj dostiže desetke i stotine milijuna. U različitim dijelovima svijeta i u različitim društveno-gospodarskim sustavima nemali je broj čitavih područja, bijede, neimaštine, nerazvijenosti. To je činjenica općenito poznata. Nejednakosti među ljudima i narodima ne samo da i dalje traju, one se i povećavaju.“²¹

Nameće se stoga generalni stav kako se izvori Vijeća Europe, Međunarodne organizacije rada i Ujedinjenih naroda međusobno nadopunjaju, pokušavajući dati adekvatan okvir pojedinačnom državnom zakonodavnom pristupu zaštiti djeteta od različitih nedopustivih oblika ekonomskog iskorističavanja. Na umu uvijek treba imati i mogućnost da sporost u postupanju na zakonodavnoj razini omogući da neka rješenja postanu reliktom prošlosti u postupku prilagodbe odredbama europske socijalne povelje s nastupanjem njene nove revidirane verzije.²²

²⁰ Žepić, B., Ukinuće najgorih oblika dječjeg rada i primjena međunarodnih standarda u zaštiti djece i mlađeži pri zapošljavanju i radu, znanstveni članak, Zbornik Pravnog fakulteta Mostar 2002.god., str 23 i 24

²¹ Žepić, B., Ukinuće najgorih oblika dječjeg rada i primjena međunarodnih standarda u zaštiti djece i mlađeži pri zapošljavanju i radu, znanstveni članak, Zbornik Pravnog fakulteta Mostar 2002.god., str 25.

²² Herman, V., Dječji rad u svjetlu članka 7 Europske socijalne povelje, znanstveni članak, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci 2003.god, dostupan na <http://www.pravri.hr/hr/zbornik/s3/vinkovic.htm>

7. ZAKLJUČAK

U Bosni i Hercegovini postignut je određen napredak u području ekonomskih i socijalnih prava, usvojen je Akcioni plan za djecu, ratificirana Europska socijalna povelja, potpisani i ratificirani i drugi važni međunarodni ugovori koji se tiču prava djece, a domaćim zakonodavstvom donekel su zaštićena prava malodobnih radnika. Međutim, postavlja se pitanje jesu li prava djeteta kao radno-pravnog subjekta zaštićena u praksi, primjenjuju li sudovi u našoj državi međunarodne ugovore ili se još uvijek slijepo drže domaćeg zakonodavstva? Jesu li sami suci dovoljno educirani, prate li osim izmjena u domaćem zakonodavstvu, izmjene međunarodnih propisa obvezujućih za našu državu? Zaključak je da su malodobni radnici i djeca pravno i zakonski dobro zaštićeni u Bosni i Hercegovini. Praksa, međutim, pokazuje suprotno. Dakle da bi se pravo provodilo i živjelo bitno je uključiti segmente društva koji se bave problematikom rada i problematikom djece - sudove, tužiteljstva, zakonodavnu i izvršnu vlast, inspekcije rada, nevladine organizacije, znanstvenike. Prije svega, potrebno je znanje, stručnost, borba protiv siromaštva i cjelokupna skrb društva, kako ne bi došlo do teških posljedica za najosjetljiviju populaciju stanovništva. Pored ostalog i dalje ima problema u području zdravstva, socijalne zaštite, obrazovanja i izloženosti djece nasilju u obitelji. Sve to, a najviše siromaštvo, utječe na položaj djece uopće kao i na položaj djece-radnika.

U svijetu je 20.02.2009. godine prvi put obilježen Svjetski dan socijalne pravde koji je rezolucijom Opća skupština Ujedinjenih naroda usvojila 2007. godine. Međunarodna organizacija rada donijela je 2002. godine odluku da se 12. lipnja obilježava kao Svjetski dan borbe protiv dječjeg rada. Trenutačno je, širom svijeta, 218 milijuna djece u dobi od 5 do 14 godina prisiljeno raditi. Prema posljednjim podacima UNESCO-a, oko 75 milijuna djece ne pohađa osnovnu školu, 73 milijuna zaposlene djece mlađe je od deset godina. U Republici Hrvatskoj, primjerice, specifično je da dječjeg rada ima najviše u obiteljskim tvrtkama, zatim graditeljstvu i donekle u prosjačenju u većim gradovima, osobito Zagrebu, dok u Bosni i Hercegovini, postoji u svim oblicima, pa i najgorim, a najčešće se očituje u prosjačenju. Međutim, i radom u obiteljskim tvrtkama, najčešće pekarnicama, limarskim radionicama i sl. djeca pate fizički i psihički, i zapostavljaju školovanje, pa ovakva vrsta dječjeg rada može biti izuzetno opasna, tim više što se teže otkriva.

Postavlja se pitanje kada će na našem planetu siromašna djeca živjeti kao ljudska bića dostojna pažnje i ljubavi, kada će svako dijete biti obrazovano, zaštićeno i vrednovano kao dijete, a ne kao jeftina radna snaga. Obilježavanje navedenih datuma podsjeća nas na to što je obveza svih članova društvene zajednice, kako možemo pomoći i zaštiti najmlađe od iskorištavanja i izrabljivanja, počevši od obitelji do poslodavca, od zakonodavne, sudske i izvršne vlasti do svakog stanovnika naše zemlje, kao i svijeta.

Iako se sve više djece u svijetu uključuje u obrazovne programe, potrebno je unaprijediti infrastrukturu te se i dalje boriti protiv dječjeg rada. Uključivanje ili prisiljavanje djece na rad smanjuje značaj osnovnoškolskog obrazovanja i negativno utječe na pismenost mladih. Osim toga porast izostanka s nastave usko je povezan s rastom broja radnih sati. Bez obzira na radni status, na pohađanje nastave, također,

utječe društveni i gospodarski razvoj. Upravo zbog visoke stope siromaštva djeca u ruralnim dijelovima svijeta rjeđe pohađaju nastavu od one u urbanim dijelovima. Ipak, i pored šokantnih brojčanih pokazatelja Međunarodna organizacija rada utvrdila je da je dječji rad, posebice u njegovim najgorim oblicima, po prvi put u padu diljem svijeta. MOR upozorava da još uvijek predstaje golemi napor da se u potpunosti oslobođe rada milijuni djece koja su mu sada podvrgnuta. Stoga jača nada da će iskorjenjivanje dječjeg rada, ili barem najgorih oblika dječjeg rada, dostižno.

Osiguranje i poštivanje socijalnih prava predviđenih Europskom socijalnom poveljom trebalo bi poboljšati socijalno blagostanje djece uopće, kao i djece radnika. Osim toga, ratifikacija Povelje obvezan je korak u prihvaćanju pravne stečevine Europske zajednice te bez tog važnog dokumenta koji garantira temeljna socijalna, ekonomski i kulturna prava Bosna i Hercegovina neće moći postati članicom Europske unije. Moderna država čuva i dograđuje temeljna ljudska prava, osigurava prava svojih državljana i stranaca, a posebno treba biti „osjetljiva“ na najsenzibilnije, najlakše ugrožene kategorije stanovništva, primjerice djecu. Ukoliko su ona nezaštićena u obitelji ostaje samo društvena zajednica koja se brine o njihovoj sadašnjosti i budućnosti.

LITERATURA

a) znanstvene knjige i članci:

1. Žepić, B., Ukinuće najgorih oblika dječjeg rada i primjena međunarodnih standarda u zaštiti djece i mladeži pri zapošljavanju i radu, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Mostar* br XV/2002, znanstveni članak
2. Žepić, B., Zaštita djece od neadekvatnog rada, referat na međunarodnoj konferenciji Lige Humanista Dubrovnik 1990. god., znanstveni rad
3. Vinković, M., Dječji rad u međunarodnom, europskom i poredbenom radnom pravu, 2008. god., TIM press d.o.o. Zagreb, znanstvena knjiga
4. Herman, V., Dječji rad u svjetlu članka 7. Europske socijalne povelje-Prilog prilagodbi Hrvatskog pravnog sustava odredbama Povelje, *Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci* 2003. god., znanstveni članak
5. Ademović, N., Europska socijalna povelja u BIH, elektronski časopis www.pulsdemokratije.net 2006. god., znanstveni članak

b) ostala literatura:

6. Europska socijalna povelja, Torino, 18 listopada 1961. god.
7. Dodatni protokol Europskoj socijalnoj povelji, Strasbourg 5. svibnja 1988. god.
8. Protokol o izmjenama Europske socijalne povelje, Torino 21. listopada 1991. god.
9. Dodatni protokol Europskoj socijalnoj povelji kojim se uspostavlja sustav kolektivnih žalbi, Strasbourg 1995. god.
10. Europska socijalna povelja, revidirana, Strasbourg, 3 svibnja 1996. god.
11. Ustav Federacije Bosne i Hercegovine, (Sl.novine FBiH, br. 1/94, 13/97,

-
- 16/02,22/02, 52/02, 18/03,63/03,9/04,20/04 i 33/04)
19. Zakon o radu Federacije Bosne i Hercegovine (Sl.novine FBiH, br. 43/99,32/00 i 29/03)
20. Kazneni zakon Federacije Bosne i Hercegovine (Sl.novine FBiH, br. 36/03, 37/03, 21/04 i 18/05)

UDK: 343.1(497.6)

Mr. Senad Hasanspahić
Sveučilište/Univerzitet „Vitez“ Travnik
Fakultet pravnih nauka
senad.hasanspahic@unvi.edu.ba

**POSEBNE ISTRAŽNE RADNJE I USLOVI ZA NJIHOVU PRIMJENU
PREMA ZAKONIMA O KRIVIČNOM POSTUPKU U BOSNI I
HERCEGOVINI**

**SPECIAL INVESTIGATIVE ACTIONS AND CONDITIONS FOR USE BY
THEIR CRIMINAL PROCEEDINGS IN BOSNIA AND HERZEGOVINA**

REZIME

Razmatrajući problematiku posebnih istražnih radnji autor naročito naglašava, mjere kojima se za potrebe suzbijanja organiziranog kriminala privremeno ograničavanju osnovna prava i slobode čovjeka: nadzor i tehničko snimanje telekomunikacija, pristup kompjuterskim sistemima i kompjutersko sravnenje podataka, nadzor i tehničko snimanje prostorija, tajno praćenje i tehničko snimanje osoba i predmeta, prikriveni istražitelj i informator, simulirani otkup predmeta i simulirano davanje potkupnine te nadzirani prijevoz i isporuka predmeta krivičnog djela. Primjena posebnih istražnji radnji kao radnji dokazivanja uvjetovana je i određenim zakonskim uslovima. Autor u kontekstu ovog rada prvo obraduje posebne istražne radnje pojedinačno, a nakon toga zakonske uslove za primjenu ovih posebnih istražnih radnji predviđenih Zakonom o krivičnom postupku.

Ključne riječi: posebne istražne radnje, tužilac, sudija za predhodni postupak, osumnjičeni, dokaz.

ABSTRACT

Considering the problem of special investigations, the author particularly emphasizes, measures for combating organized crime, a temporary restriction of basic rights and freedoms: surveillance and technical recording of telecommunications;

- access to computer systems and computerized data - surveillance and technical recording of premises - covert surveillance and technical recording of individuals and objects, - the undercover investigator and informant - a simulated purchase of certain objects and simulated bribery and - controlled transport and delivery of the subject of a criminal offense. Application to investigation of specific actions as acts of proof and is conditional on certain regulatory conditions. The author in the context of this paper first deals with the special investigative measures individually, then the legal requirements for the application of these special investigative measures envisaged by the Law on Criminal Procedure.

Key words: special investigation, prosecutor, judge for the preceding procedure, the suspect, evidence

UVODNA RAZMATRANJA

Posebne istražne radnje predstavljaju novitet u Zakonima o krivičnom postupku u Bosni i Hercegovini. Potrebu za uvođenjem ovim posebnih istražnih radnji u krivično procesno zakonodavstvo nametnula je rastuća pojava organizovanog kriminala te specifičnog i posebnog načina vršenja krivičnih djela, organizovanost i konspirativnost izvršilaca ovih krivičnih djela. Ti novi faktori su otkrivanje i gonjenje učinilaca ovih krivičnih djela klasičnim istražnim radnjama učinili znatno otežanim. Organizovani kriminalitet kao transnacionalni društveni fenomen dovodi u pitanje osnovne vrijednosti u najvećem broju savremenih država. Također, kriminalne aktivnosti koje su izražene kroz savremeni organizirani kriminalitet teže se sprečavaju i otkrivaju, iako su istovremeno naglašeni zahtjevi za efikasnim preventivnim i represivnim djelovanjem organa krivičnog pravosuđa. Otkrivanje i progon učinilaca krivičnih djela organiziranog kriminaliteta nije opterećeno samo naprijed navedenim okolnostima. Naime, krivičnopravnu reakciju na ova protivpravna ponašanja prate i zahtjevi za njenim postavljanjem u okvire pravne države i vladavine prava. Takav zahtjev proizilazi iz međunarodnog prava o pravima čovjeka, te međunarodnih dokumenata. Zbog toga se spomenute mjere u borbi protiv organiziranog kriminaliteta označavaju kao privremeno ograničavanje osnovnih ljudskih prava i sloboda u postupku prikupljanja podataka i dokaza neophodnih za sprovođenje krivičnog postupka. Posebnim istražnim radnjama i mjerama povećava se efikasnost organa krivičnog postupka u otkrivanju specifičnih krivičnih djela, ali se njima u isto vrijeme narušavaju prava i slobode građanina, naročito pravo na privatnost i zaštitu porodičnog

života.

Domen posebnih istražnih radnji nije ograničen samo na krivična djela organizovanog kriminala, nego su one primjenljive i na krivična djela koja u sebi nose povećanu društvenu opasnost po bezbjednost građana i imovine. Suštinski, radi se o mjerama kojima se po poravilu duboko zadire u neka od osnovnih prava građana, a koje se primjenjuju onda kada druge radnje dokazivanja nisu ili ne bi mogle imati efekta u smislu pribavljanja dokaza, odnosno, kada bi pribavljanje dokaza ovim klasičnim radnjama dokazivanja bilo povezano sa nesrazmernim teškoćama. Upravo zbog činjenice da se posebnim istražnim radnjama po pravilu duboko zadire u neka od osnovnih prava građana, zakon o krivičnom postupku ne dopušta nijedan izuzetak od pravila da se iste mogu primijeniti samo i isključivo po naredbi suda.

1. VRSTE POSEBNIH ISTRAŽNIH RADNJI

Zakoni o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine predviđaju posebne istražne radnje kao specifične mjere kojima se za potrebe suzbijanja složenih oblika kriminaliteta privremeno ograničavaju osnovna prava i slobode čovjeka.¹ Posebne istražne radnje predviđene Zakonima o krivičnim postupcima² u Bosni i Hercegovini navodimo:

- nadzor i tehničko snimanje telekomunikacija,
- pristup kompjuterskim sistemima i kompjutersko sravnjenje podataka,
- nadzor i tehničko snimanje prostorija,
- tajno praćenje i tehničko snimanje osoba, transportnih sredstava i predmeta koji stoje u vezi s njima,
- korištenje prikrivenih istražitelja i informatora,
- simulirani i kontrolisani otkup predmeta i simulirano davanje potkupnine i
- nadzirani prevoz i isporuka predmeta krivičnog djela³

Svaka od posebnih istražnih radnji je složena i pravno i faktički zbog čega ćemo ih ispitati posebno.

¹ Sijerčić-Čolić, H., Krivično procesno pravo (Knjiga I) : Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, 2008; str. 449.

² Zakon o krivičnom postupku u daljem tekstu ZKP

³ Čl. 116. st. 2. tač. a) do g) ZKP BiH i čl. 33. ZID ZKP BiH, čl. 130. st. 2. tač. a) do g) ZKP FBiH, čl. 116. st. 2. tač. a) do g) ZKP BD BiH, čl. 226. st. 2 tač. a) do e) ZKP RS.

1.1. NADZOR I TEHNIČKO SNIMANJE TELEKOMUNIKACIJA

Nadzorom i tehničkim snimanjem telekomunikacija ograničava se pravo čovjeka na nepovrednost „telekomunikacijskog komuniciranja“ i pravo na privatnost i poštivanje privatnog života. Nadzorom i tehničkim snimanjem telekomunikacija ograničava se u pravu na privatnost ne samo sumnjiva osoba već posredno i svaka treća osoba s kojom osumnjičeni ostvaruje kontakt putem sredstava za telekomunikacije. Nadzorom i tehničkim snimanjem telekomunikacija podrazumijevamo tajni nadzor i tehničko snimanje telefonskih razgovora, zatim nadzor nad upotrebom drugih sredstava za tehničko komuniciranje na daljinu, kao i snimanje razgovora koji se vode spomenutim sredstvima. Pri tome, vrsta tehničkog sredstva za prenošenje poruka na daljinu nije od značaja. Drugim riječima, nadzor i tehničko snimanje telekomunikacija odnosi se na sva tehnička sredstva (npr., stacionirana, mobilna, digitalna, tonska, slikovna) koja se koriste preko preduzeća za održavanje usluga u telekomunikacijskom prometu.

Ova istražna radnja obuhvata i elektronsku poštu (e-mail), kao i druge oblike komuniciranja koji se odvijaju preko kompjuterskih uređaja i drugih sistema informacijske tehnologije. U tom smislu, smatra se ispravnim stav da se nadzor i tehničko snimanje telekomunikacija odnosi i na nadzor komunikacija koje se prenose putem kompjutera. O složenosti ove posebne istražne radnje govori i stav da prikupljanje podataka o tome ko je koga nazivao u određenom vremenu, ili sa kojeg telefonskog priključka, odnosno, prikupljanje popisa telefonskih brojeva koje je nazivala osumnjičena osoba ili sa kojeg su nazivali osumnjičenu osobu - predstavlja vid posebne istražne radnje nadzora i tehničkog snimanja telekomunikacija. Zbog toga, prikupljanje podatka koji se mogu označiti kao evidentiranje telefonskih brojeva i telefonskih razgovora osumnjičene osobe predstavlja nadzor telefonskih razgovora, iako se na osnovu popisa korištenih telefonskih brojeva ne saznaje sadržina telefonskih razgovora.⁴ Na razgovore osumnjičene osobe i njenog branioca ne mogu se primijeniti prikrivene istražene radnje.⁵ Dakle, zbog zaštite prava na odbranu i slobodnu komunikaciju osumnjičenog i njegovog branioca, predmet nadzora i tehničkog snimanja telekomunikacija, te tajnog snimanja osoba ne može biti u komunikaciji branioca i osumnjičenog.⁶

⁴ Sijerčić-Čolić, H., Hadžomeragić, M., Jurčević, M., Kaurinović, D., Simović, M., Komentari zakona o krivičnom/kaznenom postupku u Bosni i Hercegovini, Vijeće Evrope, 2005; str. 353-355.

⁵ Čl. 116. st. 3 ZKP BiH, čl. 130 st. 3 ZKP FBiH, čl. 116. st. 3 ZKP BD BiH, čl. 226. st. 3 ZKP RS.⁶

Sijerčić-Čolić, H., op.cit. str. 456.

1.1.1. PRISTUP KOMPJUTERSKIM SISTEMIMA I KOMPJUTERSKO SRAVNJENJE PODATAKA

Pristup kompjuterskim sistemima i kompjutersko sravnjenje podataka ograničava sigurnost i tajnost ličnih podataka kao jedno od osnovnih prava čovjeka. Naime, lični podaci se, u skladu sa međunarodnim standardima, mogu prikupljati, određivati i upotrebljavati samo pod zakonskim uvjetima.⁷ Ova se posebna istražna radnja označava kao „rasterska potraga“, a njen naziv dolazi od riječi „raster“ što znači kontrolno obilježe. Pozitivna raster potraga koristi se za utvrđivanje kruga sumnjivih osoba polazeći od određenih registrovanih karakteristika. Negativna raster potraga isključuje iz dalje provjere određenu osobu koja nije sumnjiva. Pristup kompjuterskim sistemima i kompjutersko sravnjenje podataka odnosi se na upoređivanje ličnih podataka građana koji su obrađeni u odgovarajućim bazama podataka s podacima i registrima koji se nalaze u okviru policijskih evidencija. Saznanja o traženoj osobi unesena u jedan register ličnih podataka upoređuju se, dakle, sa drugim bazama podataka u kojima bi se sumnjiva osoba mogla nalaziti. Tako dobiveni rezultat može dati više podataka o osobi za koju se sumnja da je izvršila krivično djelo. Manuelno pretraživanje datoteka ili kartoteka nije raster potraga.

Razmatrana se radnja može preduzeti za osumnjičenu osobu, ako postoje osnovi sumnje da je izvršila neko od krivičnih djela. Pristupom kompjuterskim sistemima i kompjuterskom sravnjenjem podataka doprinosi se identifikaciji izvršioca krivičnog djela. Zahvaljujući napretku i razvoju informacijskih tehnologija, navedenom radnjom se na brz i efikasan način mogu uporediti i sravniti različiti podaci građana registrovani u određenim bazama i evidencijama podataka.⁸ Pristup kompjuterskim sistemima i kompjutersko sravnjivanje podataka se koristi i za otkrivanje drugih krivičnih djela, načinom sravnjivanja podataka o, npr., kretanju preko granice, učešću u saobraćajnim nesrećama i drugo. Kompjutersko sravnjenje podataka može se koristiti, i u druge svrhe.⁹ U savremenim državama postoje povezani policijski, carinski, poreski, kriminalistično-obavještajni i drugi kompjuterski informacijski sistemi i registri.¹⁰

⁷ Konvenciju o zaštiti prava pojedinca u odnosu na automatsku obradu ličnih podataka Vijeća Evrope, sa dodatnim protokolom

⁸ U praksi drugih država (npr., Italiji) ova se mjera koristi kod krivičnih djela vezanih za utaju poreza.

⁹ U SAD se koristi za pronalaženje nestalih osoba ili identifikaciju osoba koje protuzakonito traže ili primaju socijalnu pomoć, ali i za evidenciju i analizu poreznih prijava i finansijskih transakcija ili pranja novca.

¹⁰ Sijerčić-Čolić, H., Hadžiomeragić, M., Jurčević, M., Kaurinović, D., Simović, M., Komentari op.cit. str. 355-356.

1.2. NADZOR I TEHNIČKO SNIMANJE PROSTORIJA

Posebnom istražnom radnjom koja se ogleda u nadzoru i tehničkom snimanju prostorija ograničava se jedno od osnovnih ljudskih prava - pravo na privatnost, poštivanje privatnog života, kao i druga prava koja se nadovezuju na pobrojana prava. Iako se ova mjera može primijeniti samo prema osobi za koju postoje osnovi sumnje, ipak se ovom prikivenom radnjom ograničava pravo na privatnost i drugih osoba koje ostvaruju kontakt sa osumnjičenim, bez obzira da li su u vezi sa predmetnim krivičnim djelom ili ne.

Nadzor i tehničko snimanje prostorija ogleda se u optičkom i akustičnom snimanju određenog prostora, te aktivnosti koje se u nadziranom prostoru odvijaju (npr., prostori gdje se obavlja neovlašteni promet opojnim drogama, prima, odnosno, daje dar ili drugi oblici koristi, zatim prostori gdje se sastaju izvršioci krivičnih djela i njihovi saučesnici, ili gdje se pripremaju nova krivična djela). Snimanja o kojima se govori vrše se specijalnim tehničkim uređajima. U tehničkom smislu instrumenti ili uređaji za nadzor i tehničko snimanje prostorija se mogu instalirati izvan prostora koji se nadzire, odnosno, u unutrašnjosti određenog prostora.¹¹

1.2.1. TAJNO PRAĆENJE I TEHNIČKO SNIMANJE OSOBA, TRANSPORTNIH SREDSTAVA I PREDMETA KOJI SU SA NJIMA U VEZI

Tajno praćenje i tehničko snimanje osoba i predmeta se u kriminalističkom smislu označava kao opservacija. Ova prikrivena istražna radnja može se odrediti samo prema osobi za koju postoje osnovi sumnje da je sama ili s drugim osobama učestvovala ili učestvuje u izvršenju zakonom određene grupe krivičnih djela¹². Međutim, kao i kod nadzora i tehničkog snimanja prostorija, i ovom mjerom se mogu obuhvatiti i treće osobe. Cilj ove prikrivene radnje ogleda se u utvrđivanju pravca kretanja osoba i predmeta koji se tajno prate i snimaju, zatim u otkrivanju kontakata koje nadzirana osoba ostvaruje, kao i u prikupljanju podataka o postupanju s određenim predmetima.

Tajno praćenje i tehničko snimanje osoba i predmeta, a prema pravilima

¹¹ Sijerčić-Čolić, H., Hadžomeragić, M., Jurčević, M., Kaurinović, D., Simović, M., Komentari, op.cit. 356.

¹² Ovo obuhvata krivična djela iz iz člana 117. ZKP BiH i čl. 34. ZID ZKP BiH

kriminalističke taktike, može biti stacionirano (posmatranje i nadziranje određene osobe, objekta koji koristi osumnjičena osoba) i mobilno (ako ovlaštena službena osoba na odgovarajući način fizički slijedi ili prati osobu). Praćenje je opća operativno taktička mjera koja se sastoji u tajnom slijedenju i motrenju lica sa ciljem da se zapaze, upamte i fiksiraju činjenice od značaja za utvrđivanje kriminalne djelatnosti lica, njegovog saučesnika ili veza.¹³

1.3. KORIŠTENJE PRIKRIVENIH ISTRAŽITELJA I INFORMATORA

Određene kriminalne aktivnosti, naročito one koje su izražene kroz organizirani kriminalitet (narko-kriminal, terorizam, trgovina ljudima, trgovina oružjem) teže se razotkrivaju i sprečavaju.

U pitanju su najčešće grupe krijumičara opojnih droga, oružja, falsifikatori i rasturači lažnog novca, pripadnici obavještajnih ili terorističkih grupa i sl. Ovakve kriminalne grupe podrazumijevaju čvrstu međusobnu organizovanost i povezanost. Poseban problem predstavlja kako prodrijeti u grupu i razotkriti njenu djelatnost i organizovanost, s obzirom da obično ne postoje drugi načini kojima bi se takva djelatnost mogla otkriti.¹⁴

Zbog toga se dozvoljava upotreba prikivenih istražitelja i informatora u cilju prikupljanja saznanja i dokaza o važnim činjenicama. Prikiveni istražitelj je samo jedan od različitih oblika infiltriranja policije u kriminalne grupe. Određuje se na različite načine. Po pravilu je to policijski službenik koji istražuje i nastupa pod izmijenjenim identitetom, pri čemu može nastupati kao obični ili „prigodni“ tajni saradnik, odnosno kao tajni agent.¹⁵ Iz navedenog je očigledno da prikupljanje specifičnih obavještenja uz pomoć ovih osoba predstavlja strategiju koja je često neophodna za uspješno otkrivanje i dokazivanje organiziranog kriminala. Prikiveni istražitelj djeluje u okviru tajnog ili prikivenog policijskog djelovanja na način da se s promijenjenim identitetom infiltrira u kriminalne krugove, te potom ovlaštene službene osobe obavještava o djelovanju povjerene mu kriminalne grupe.¹⁶ U tom

¹³ Krivokapić, V., Žarković, M., Kriminalistika taktika, Beograd 1996; str.160. ¹⁴

Krivokapić, V., Žarković, M., op.cit. str. 170.

¹⁵ Eng. undercover agents- osoba posebno sposobljena za trajnije obavljanje složenih zadataka.

¹⁶ Sijerčić-Čolić, H., Hadžiomeragić, M., Jurčević, M., Kaurinović, D., Simović, M., Komentari, op.cit. 357-358.

smislu, prikriveni istražitelj prati i izvještava o aktivnostima, planovima, kretanjima i drugim stvarima onih kojih pripadaju kriminalnoj grupi, a koja obavještenja su od značaja za krivični postupak. Upotreba prikrivenih istražitelja je složena i zahtjevna aktivnost zbog čega se traži posebna sposobljenost onih koji nastupaju u ulozi prikrivenog istražitelja.¹⁷ Ova aktivnost se koristi po pravilu u složenim predmetima i predmetima u kojima se očekuje primjena ove mjere za duži vremenski period. Pri svom djelovanju, prikriveni istražitelj ne smije zalaziti u kriminalnu zonu.

Tajno policijsko sudjelovanje omogućeno je, osim prikrivenog istražitelja, i kroz ustanovu informatora. Informator nije policijski službenik. U kriminalističko-taktičkom smislu, informator je osoba koju policija, povremeno ili stalno, tajno angažuje i koristi s ciljem dobivanja informacija o krivičnom djelu i njegovom izvršiocu. Informator, za razliku od prikrivenog istražitelja, nema nikakvih policijskih ovlaštenja. S druge strane, i on, kao i prikriveni istražitelj, djeluje na osnovu istih zakonskih uvjeta, te svoje aktivnosti ostvaruje u kriminalnoj sredini. U praksi se postavilo pitanje smije li prikriveni istražitelj ući u tuđi stan? Može se prihvati potvrđan odgovor pod uvjetom da prikriveni istražitelj u tuđi stan nije ušao pod nedozvoljenim okolnostima, odnosno, da je ulazak u stan bio uz saglasnost vlasnika ili korisnika stana.

Također se smatra da to što vlasnik ili korisnik stana nije znao za njegovo svojstvo prikrivenog istražitelja, ne isključuje pravnu valjanost preduzete radnje, odnosno, pravnu valjanost prikupljenih saznanja i dokaza. U kriminalističkoj praksi se pokazuje da je uz korištenje prikrivenog istražitelja potrebno odrediti (naravno pod zakonskim uvjetima) i druge posebne istražne radnje (npr., tehničko snimanje razgovora osoba u stanu), čime se isključuje nezakonitost druge posebne istražne radnje i dokaza prikupljenih njenim korištenjem (npr: tonski zabilježen razgovor između osoba koja su se nalazile u stanu).¹⁸

¹⁷ Praksa u drugim državama pokazuje da vrijednost prikrivenog istražitelja nije u njegovom svjedočenju pred sudom o onome što je otkrio tokom svojih aktivnosti, već u usmjeravanju operativno-taktičkih i istražnih radnji u konkretnom slučaju.

¹⁸ Ibidem, str. 358.

1.3.1. *SIMULIRANI I KONTROLISANI OTKUP PREDMETA I SIMULIRANO DAVANJE POTKUPNINE*

Simulirani otkup predmeta i simulirano davanje potkupnine je mjera prikrivenog policijskog istraživanja koja se široko primjenjuje u savremenim pravnim sistemima i predviđa vrlo često u međunarodnim dokumentima¹⁹ koji se odnose na borbu protiv organiziranog kriminaliteta. Simulirani otkup se ogleda u tome da policijski organ ili druga osoba, koju su za to pripremili policijski službenici kupe predmete koji su rezultat krivičnog djela ili služe izvršenju krivičnog djela. Ovaj oblik navedene istražne radnje pogodan je za otkrivanje krivičnog djela neovlaštenog prometa opojnim drogama, automobilima i sl. Simulirano davanje potkupnine je oblik koji se, koristi npr., u dokazivanju krivičnih radnji korupcije. I ovdje je potrebno da policijski organ pripremi drugu osobu na preduzimanje ove radnje tako što će joj dati, npr., označene novčanice za podmićivanje.²⁰ U pribavljanju saznanja i dokaza važnih za krivični postupak, policijski organ ili druga osoba koja preduzima ovu radnju ne podliježe krivičnoj odgovornosti ako se kreće u granicama naredbe sudije za prethodni postupak.²¹ Istovremeno, u okviru ovog sudjelovanja nije dozvoljeno osumnjičenu osobu podsticati na izvršenje krivičnog djela.

Simulirani otkup predmeta i simulirano davanje potkupnine je važno kod specifičnih krivičnih djela čije je otkrivanje povezano sa teškoćama, kao što su to, npr., krivična djela vezana za korupciju, ali isto tako i kod drugih krivičnih djela, npr., trgovina drogom, ljudima, oružjem, krijumčarenje automobila, falsifikovanje novca i sl. Simulirani otkup predmeta i simulirano davanje potkupnine kao prikrivena radnja ne dovodi u pitanje osnovne slobode i prava čovjeka, kao što je to slučaj kod drugih posebnih istražnih radnji vezanih uz, npr., nadzor i tehničko snimanje telekomunikacija ili prostorija, odnosno, trajno praćenje osoba i predmeta ili prikriveno istraživanje. Naime, u toku preduzimanja jednog ili drugog oblika spomenute radnje volja osumnjičene osobe je slobodna, a i druga njegova prava i slobode su očuvane. Kada je riječ o simuliranom otkupu predmeta i simuliranom davanju potkupnine, ova mjera

¹⁹ Odredbe Konvencije UN o transnacionalnom organiziranom kriminalu iz 2000. g. primjenjuju se protiv transnacionalnog organiziranog kriminala. Konvencija UNTOC nastoji eliminirati „sigurne luke“ gdje se dešavaju aktivnosti organiziranog kriminala ili sakrivanja dokaza ili profita putem promoviranja usvajanja osnovnih minimalnih mjera. Postoje dva suštinska preduvjeta za primjenu UNTOC Konvencije. Prvi, odgovarajuće djelo mora biti „ozbiljno“ i imati neku vrstu transnacionalnog aspekta. Drugo, mora uključivati grupu organiziranog kriminala.

²⁰ Ibidem, str. 358.

²¹ Sijerčić-Čolić, H., op.cit. str. 459.

ne obuhvata i pravo na pretresanje stana ili osobe, i za te radnje dokazivanja potrebna je posebna sudska naredba.

1.4. NADZIRANI PRIJEVOZ I ISPORUKA PREDMETA KRIVIČNOG DJELA

Nadzirani prijevoz i isporuka predmeta krivičnog djela, kao prikrivena istražna radnja, koristi se naročito kod krivičnih djela nezakonitog prometa opojnim drogama, prevoza otpada, i sl.²² Kod ove mjere nadziru se predmeti krivičnog djela, a njena svrha je otkriti ne samo prepostavljeni, odnosno, poznate izvršioce krivičnog djela, već i one koji su povezani kriminalnim aktivnostima (npr., kako bi se utvrdio lanac korisnika droge, ko je naručilac i sl.). Oni koji izvršavaju ovu radnju, tj. policijski organi, ne odgovaraju za neprijavljanje krivičnog djela, a na što bi bili obavezni po članu 213. stav 1. ZKP BiH.

Smatra se ispravnim stav da se ova mjeru može preduzeti i onda kad osoba prema kojoj se mjeru treba primijeniti nije individualizirana.

Pri tome, naglašava se da je neophodno navesti druge elemente ili okolnosti koji su vezani uz primjenu ove mjeru u konkretnom slučaju, a moraju biti ispunjeni i drugi uvjeti koje zakon propisuje.²³

Neka zakonodavstva (npr., u Hrvatskoj) poznaju rješenja kojima se predviđa da se, u slučaju kad se ne raspolaze saznanjima o identitetu učesnika krivičnog djela, nadzirani prijevoz i isporuka predmeta krivičnog djela može odrediti prema predmetu krivičnog djela.

2. USLOVI ZA PRIMJENU POSEBNIH ISTRAŽNIH RADNJI

Primjena posebnih istražnih radnji kao radnji dokazivanja uslovljenja je prvim općim uslovom a to je *postojanje osnova sumnje* da odredena osoba učestvuje ili je učestvovala u izvršenju krivičnog djela za koje se mogu primijeniti posebne istražne radnje.²⁴ Ovaj uslov za određivanje posebnih istražnih radnji jest postojanje osnova

²² Konvenciju UN protiv nezakonitog prometa opojnih droga i psihotropnih supstanci, posebno čl. 11.

²³ Kao nprm. da postoje osnovi sumnje da se priprema izvršenje krivičnog djela iz kataloga krivičnih djela za koje se može odrediti posebna istražna radnja.

²⁴ Čl.116. st. 1. ZKP BiH, čl.130. st. 1. ZKP FBiH, čl.116. st. 1. ZKP BD BiH, čl. 226. st.1. ZKP RS.

sumnje da je osoba sama ili s drugim osobama učestvovala u izvršenju krivičnih djela iz zakonom izdvojene grupe krivičnih djela.²⁵ Posebne istražne radnje se mogu odrediti za krivična djela²⁶:

- a) protiv integriteta BiH,
- b) protiv čovječnosti i vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom,
- c) terorizma,

²⁵ Sijerčić-Čolić, H., op.cit. str. 451.

²⁶ Spisak krivičnih djela povodom kojih se mogu odrediti posebne ili prikrivene istražne radnje, dobiven je kombinacijom sljedećih kriterija. Prvo, listom određenih krivičnih djela, kao što su: - krivična djela protiv integriteta BiH (KZ BiH Glava XVI - Krivična djela protiv integriteta BiH: napad na ustavni poredak čl. 156., ugrožavanje teritorijalne cjeline, čl. 157., sprečavanje borbe protiv neprijatelja, čl. 158., služba u neprijateljskoj vojsci, čl. 159., pomaganje neprijatelju, čl. 160., podrivanje vojne i odbrambene moći, čl. 161., oružana pobuna, čl. 162., špijunaža, čl. 163., odavanje državne tajne, čl. 164., upućivanje i prebacivanje oružanih grupa ljudi, oružja i municije na teritoriju BiH, čl. 165., unošenje opasnih materija u BiH, čl. 166., ubistvo predstavnika najviših institucija BiH, čl. 167., otmica predstavnika najviših institucija BiH, čl. 168., kažnjavanje za najteže oblike krivičnih djela, čl. 169. i osnivanje udruženja ili nabavljanje sredstava za učinjenje krivičnih djela iz ove glave ovog zakona, čl. 170.), - krivična djela protiv čovječnosti i vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom (KZ BiH Glava XVII - Krivična djela protiv čovječnosti i vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom: genocid, čl. 171., zločini protiv čovječnosti, čl. 172., ratni zločin protiv civilnog stanovništva, čl. 173., ratni zločin protiv ranjenika i bolesnika, čl. 174., ratni zločin protiv ratnih zarobljenika, čl. 175., organiziranje grupe ljudi i podstrekavanje na učinjenje krivičnih djela genocida, zločina protiv čovječnosti i ratnih zločina, čl. 176., protivpravno ubijanje i ranjavanje neprijatelja, čl. 177., protivpravno oduzimanje stvari od ubijenih i ranjenih na ratištu, čl. 178., povreda zakona ili običaja rata, čl. 179., individualna krivična odgovornost, čl. 180., povreda pregovarača, čl. 181., neopravданo odgađanje povratka ratnih zarobljenika, čl. 182., uništavanje kulturnih, historijskih i religijskih spomenika, čl. 183., zloupotreba međunarodnih znakova, čl. 184., zasnivanje ropskog odnosa i prijevoz osoba u ropskom odnosu, čl. 185., trgovina ljudima, čl. 186., međunarodno vrbovanje radi prostitucije, čl. 187., nezakonito uskraćivanje identifikacijskih dokumenata, čl. 188., krijumčarenje osoba, čl. 189., mučenje i drugi oblici surovog, nečovječnog i ponižavajućeg postupanja, čl. 190., uzimanje talaca, čl. 191., ugrožavanje osoba pod međunarodnopravnom zaštitom, čl. 192., neovlašteni promet oružjem i vojnom opremom, čl. 193., neovlašteno pribavljanje i raspolažanje nuklearnim materijalom, čl. 194., neovlašteni promet opojnim drogama, čl. 195., piratstvo, čl. 196., otmica zrakoplova ili broda, čl. 197., ugrožavanje sigurnosti zračne ili morske plovidbe, čl. 198., uništenje i uklanjanje znakova koji služe sigurnosti zračnog saobraćaja, čl. 199., zloupotreba telekomunikacionih znakova, čl. 200., terorizam, čl. 201., finansiranje terorističkih aktivnosti, čl. 202. i neizvršavanje naredbi i presuda međunarodnog krivičnog suda, čl. 203.) i - krivična djela terorizma (krivična djela terorizma iz čl. 201. i finansiranja terorističkih aktivnosti iz čl. 202.). I, drugo, propisivanjem donje granice kazne koja se može izreći od tri godine ili teža kazna. U ovu grupu ulaze sva ona krivična djela za koja se može izreći kazna zatvora najmanje tri godine ili teža kazna. Među ovim krivičnim djelima nalaze se krivična djela kod kojih je posebni minimum tri godine. To su sljedeća krivična djela iz KZ BiH: sprečavanje povratka izbjeglica i raseljenih lica (čl. 146. st. 2. i 3.), protivpravno lišenje slobode (čl. 147. st. 3.), krvotvorenenje novca (čl. 205. st. 3.), krvotvorenenje vrijednosnih papira (čl. 206. st. 2.), porezna utaja (čl. 210. st. 3.), organiziranje grupe ljudi ili udruženja za krijumčarenje ili rasturanje neocarinjene robe (čl. 215. st. 1.), carinska prijevara (čl. 216. st. 3.), zloupotreba položaja ili ovlašćenja (čl. 220. st. 3.), pronevjera u službi (čl. 221. st. 3.), prijevara u službi (čl. 222. st. 3.) i organizirani kriminal (čl. 250. st. 1. - 3.). Zajedno za sva ova krivična djela može se reći da predstavljaju teža krivična djela, odnosno, krivična djela koja se manifestiraju kroz nasilje i napad na temeljne vrijednosti čovjeka i društva. Međutim, potrebno je upozoriti da ovom listom krivičnih djela nisu obuhvaćena krivična djela pranja novca (čl. 209.), primanje dara i drugih oblika koristi (čl. 217) i davanje dara i drugih oblika koristi (čl. 218.), što ozbiljno dovodi u pitanje propisivanje nekih od posebnih istražnih radnji (npr., simuliranog davanja potkupnine), odnosno otežava prikupljanje dokaza upravo kod onih krivičnih djela kod kojih se, u uporednom pravu, koriste prikrivene istražne radnje (npr., krivična djela korupcije).

d) za krivična djela za koja se po zakonu može izreći kazna zatvora od tri godine ili teža kazna.²⁷

Osnovi sumnje se moraju odnositi na konkretnu osobu kao prepostavljenog izvršioca krivičnog djela tj. sumnja da je određena osoba izvršila krivično djelo za koje zakon dopušta primjenu posebnih istražnih radnji.²⁸

Drugi opći uslov je *nemogućnost pribavljanja dokaza na drugi način ili je pribavljanje dokaza povezano s nerazmernim poteškoćama*. U pogledu prve alternative situacija je potpuno jasna, i tužilac u svom prijedlogu mora istaći razloge zbog kojih smatra da je dokaze nemoguće pribaviti na drugi način. U pogledu druge alternative, radi se u stvari o proširenju prve alternative na sve slučajeve kada je pribavljanje dokaza povezano sa nesrazmernim teškoćama. To znači da zakonodavac dopušta posebne istražne radnje i kada dokaze nije nemoguće pribaviti na drugi način, ali kada to pribavljanje uzrokuje takve teškoće koje nisu srazmjerne dokazima koji se pribavljuju.

Nesrazmjerne teškoće je termin koji je postavljen generalno, te stoga predstavlja faktičko pitanje koje sud treba rješavati od slučaja do slučaja, zavisno od konkretnih okolnosti. U svakom slučaju tužilac u svom prijedlogu treba navesti razloge zbog kojih smatra da je pribavljanje dokaza na drugi način uslovljeno nesrazmernim teškoćama.²⁹ Prikupljane dokaza povezano sa nesrazmernim teškoćama znači da tužilac uopće ne može doći do dokaza o pravno relevantnim činjenicama, odnosno, njihovo prikupljanje prate nesrazmjerne teškoće.³⁰

Treći opći uslov je da se posebne istražne radnje mogu odrediti za *krivična djela za koja se može izreći kazna zatvora od tri godine ili teža kazna*.³¹

Ovo podrazumijeva da ograničavanje temeljnih prava i sloboda čovjeka mora biti srazmerno težini učinjenog krivičnog djela, nedopustivo je da se neka osnovna ljudska prava ograničavaju zbog lakših krivičnih djela. Prilikom određivanja krivičnih djela zakonodavac se opredijelio za, princip enumeracije (kataloga) krivičnih djela.

²⁷ Čl. 117. ZKP BiH, čl. 131. ZKP FBiH, čl. 117. ZKP BD BiH, čl. 227. ZKP RS.

²⁸ Prema Sijerčić-Čolić osnovi sumnje da je određena osoba sama ili s drugim osobama učestvovala ili učestvuje u izvršenju određenog krivičnog djela moraju postojati prije određivanja neke od posebnih istražnih radnji.

²⁹ Tegeltija, M., Bužanin, O., Vranješ, N., Zgonjanin Aničić, M., Milovanović, D., Sijerčić-Čolić, H., Helić, V., Kosović, J., Milićić, A., „MODUL 1 KRIVIČNA OBLAST-ISTRAŽNI POSTUPAK“, Visoko sudska i tužilačko vijeće Bosne i Hercegovine, Javna ustanova centar za edukaciju sudija i tužilaca FBiH i RS, Sarajevo 2006. str. 149.

³⁰ Sijerčić-Čolić, H., *op.cit.* str. 451.

³¹ Primjena taksativno navedenih posebnih istražni radnji dozvoljena je kod određenih krivičnih djela, čiji je krug proširen članom 34. ZID ZKP BiH.

Za krivična djela koja se ne nalaze na ovom katalogu ni pod kakvim uvjetima ni iz kojeg razloga ne mogu se odrediti posebne istražne radnje.³²

Materijali dobijeni primjenom posebnih istražnih radnji mogu se koristiti kao dokaz, kada se odnose na krivično djelo zbog kojeg je i naređena određena radnja, i onda kada se odnose na neko drugo krivično djelo, tj. ne na ono krivično djelo za koje postoji sudska naredba o preduzimanju posebne istražne radnje iz grupe krivičnih djela predviđenih članom 117. ZKP BiH.³³ U drugoj situaciji se govori o tzv. „slučajnim nalazima“.³⁴

Četvrti opći uslov je da se posebne istražne radnje mogu preduzeti *samo na osnovu naredbe sudije za prethodni postupak*.³⁵

Sudska naredba mora biti u pisanoj formi i sa propisanom sadržinom, dok je usmena naredba izuzetak. Može se početi sa izvršavanjem posebne istražne radnje i sa usmenom naredbom ako se pismena naredba ne može dobiti na vrijeme i ako postoji opasnost od odlaganja. Pismena naredba mora biti pribavljena u roku od 24 sata od

³² Halilagić, N., Posebne istražne radnje u Bosni i Hercegovini-efikasnost krivičnog postupka i zaštita ljudskih prava, Magistarski rad, odbranjen na Pravnom fakultetu u Sarajevu, Sarajevo 2009. str. 130.

³³ Sijerčić-Čolić, H., *op.cit.* str. 452.

³⁴ Suprotno „slučajni nalazi“ koji se odnose na krivično djelo koje je izvan izvora kataloga krivičnih iz člana 117. ZKP BiH ne mogu se koristiti kao dokaz (čl.120. ZKP BiH, čl.134. ZKP FBiH, čl. 120. ZKP BD BiH, čl.230 ZKP RS).

³⁵ Prema članu 118. ZKP BiH (čl. 132. ZKP FBiH, čl. 118. ZKP BD BiH, čl.228. ZKP RS): Istražne radnje iz člana 116. stava 2. ZKP BiH određuje naredbom sudija za prethodni postupak, na obrazloženi prijedlog Tužitelja koji sadrži: podatke o osobi protiv koje se radnja preduzima, osnove sumnje iz člana 116. stava 1. ili 3. ovog zakona, razloge za nijeno preduzimanje i ostale bitne okolnosti koje zahtijevaju preduzimanje radnji, navođenje radnje koja se zahtijeva i način njenog izvođenja, obim i trajanje radnje. Naredba sadrži iste podatke kao i prijedlog tužitelja, kao i utvrđivanje trajanja naređene radnje.

(2) Izuzetno, ako se pismena naredba ne može dobiti na vrijeme i ako postoji opasnost od odlaganja, može se započeti s izvršavanjem mjere iz člana 116. ovog zakona i na osnovu usmene naredbe sudije za prethodni postupak. Pismena naredba sudije za prethodni postupak mora biti pribavljena u roku od 24 sata od izdavanja usmene naredbe.

(3) Istražne radnje iz člana 116. stava 2. tačke a) do d) i g) ovog zakona mogu trajati najduže do mjesec dana, a iz posebno važnih razloga mogu se, na obrazloženi prijedlog tužitelja, produžiti za još mjesec dana, s tim da mjere iz tačke a) do c) mogu trajati ukupno najduže šest mjeseci, a mjere iz tačke d) i g) ukupno najduže tri mjeseca. Zahtjev

za radnju iz člana 116. stava 2. tačke f) ovog zakona se može odnositi samo na jednokratni akt, a zahtjev za svaku narednu radnju protiv iste osobe mora sadržavati razloge koji opravdavaju njenu upotrebu.

(4) Naredba sudije za prethodni postupak kao i prijedlog tužitelja iz stava 1. ovog člana čuvaju se u posebnom omotu. Tužitelj i sudija za prethodni postupak će sastavljanjem ili prijepisom zapisnika bez navođenja osobnih podataka prikivenog istražitelja i informatora ili na drugi odgovarajući način, spriječiti da neovlaštene osobe,

osumnjičeni i njegov branitelj otkriju identitet prikivenog istražitelja i informatora.

(5) Sudija za prethodni postupak mora pismenom naredbom, bez odlaganja, obustaviti izvršenje poduzetih radnji ako su prestali razlozi zbog kojih su radnje odredene.

(6) Naredbu iz stava 1. ovog člana izvršava policijski organ. Preduzeća koja vrše prenos informacija dužna su tužitelju i policijskim organima omogućiti provođenje mjera iz člana 116. stava 2. tačke a) ovog zakona.

izdavanja usmene naredbe. Inicijativa sudiji za predhodni postupak dolazi od tužioca za odobrenje posebnih istražnih radnji. Tužilac sudiji podnosi obrazloženi pismeni prijedlog. Naredbu sudije za predhodni postupak izvršava policijski organ.³⁶

Kao peti uslov navode se *rokovi za preduzimanje posebnih istražnih radnji*³⁷

Ovom odredbom predviđeni su rokovi za preduzimanje posebnih istražnih radnji.

Zakonodavac se opredijelio za više kriterija u razmatranju ovog pitanja.

a) određen je početni i u prvom krugu najduži rok trajanja mjera, i to različito u zavisnosti o kojoj se prikrivenoj mjeri radi. U tom smislu, za nadzor i tehničko snimanje telekomunikacija, pristup kompjuterskim sistemima i kompjutersko sravnjenje podataka, nadzor i tehničko snimanje prostorija, tajno praćenje i tehničko snimanje osoba i predmeta, te nadzirani prijevoz i isporuku predmeta krivičnog djela predviđeno je u prvom krugu trajanje najduže do mjesec dana. Za simulirani otkup predmeta i simulirano davanje potkupnine je određeno da se može odnositi samo na jednokratni akt.

b) Dozvoljeno je produžavati nabrojane mjere i to u intervalima od po mjesec dana.

c) Određeno je najduže trajanje mjera u okviru prekluzivnog roka od šest mjeseci za mjere nadzora i tehničkog snimanja telekomunikacija, pristupa kompjuterskim sistemima i kompjutersko sravnjenje podataka i nadzora i tehničkog snimanja prostorija, odnosno, tri mjeseca za tajno praćenje i tehničko snimanje osoba i predmeta i nadzirani prijevoz i isporuku predmeta krivičnog djela.

d) Za svako produženje prethodno odredene mjere moraju postojati „posebno važni razlozi“ (dakle, ne svaki važan razlog, već posebno važan razlog). Zakon ne određuje koji su to razlozi, ali imajući u vidu specifičnost razmatranih mjera kao i njihov uticaj na osnovna prava i slobode čovjeka, opravdano je zaključiti da razlozi moraju biti po svom značaju izuzetni i odnositi se na cilj koji se želi postići primjenom mjera, te oduzimanjem ili ograničavanjem zajamčenih prava i sloboda čovjeka. Konkretno, naređena mjera može trajati u okviru zakonom propisanog maksimalnog trajanja sve dok se redovni načini prikupljanja dokaza pokazuju neefikasnim zbog prirode izvršenog krivičnog djela. U prilog ovom stavu je i propis da se, npr., izvršenje nadzora i tehničkog snimanja telekomunikacija i drugih mjera ukida odmah kad prestanu razlozi zbog kojih su ove mjere bile određene.

³⁶ Sijerčić-Čolić, H., *op.cit.* str. 452.

³⁷ Vidi bilj. 35. stav. 3 ZKP BiH, čl. 132. st.3. ZKP FBiH, čl.118. st. 3. ZKP BD BiH, čl. 228. st.3. ZKP RS.

e) Za svako naredno produženje prethodno naređene mjere mora postojati obrazloženi prijedlog tužioca, kao i obrazložena pisana naredba sudske sudije za prethodni postupak. Uz propisani sadržaj prijedloga tužioca i sudske naredbe, i jedno i drugo moraju naročito obrazložiti razloge za produženje trajanja prikrivene mjere.³⁸

3. REZULTATI POSEBNIH ISTRAŽNIH RADNJI KAO DOKAZ U KRIVIČNOM POSTUPKU

Kada se završi sa preduzimanjem posebnih istražnih radnji policijski organi izvještaj o poduzetim istražnim radnjama predaju tužiocu.³⁹ Moraju se predati svi materijali (npr., snimci, izvještaji, predmeti) koji su rezultat primjene konkretnе prikrivene mjere. Dostavljanje ovog materijala tužiocu treba, prije svega, omogućiti upoznavanje sa prikupljenim informacijama i dokazima. Uz te materijale policijski organi su dužni predati tužiocu i izvještaj o preduzetoj radnji. U pismenom izvještaju ovi organi su dužni navesti osobu (ili osobe) protiv koje je radnja preuzeta, krivično djelo zbog kojeg je preuzeta posebna istražna radnja uz činjenični i pravni opis krivičnog djela, okolnosti, tj. način i obim izvođenja radnje, trajanje radnje, rezultati koji su ostvareni primjenom radnje te naznačenje osobe koja je kao „policijski organ“ preduzela mjeru po naredbi sudske sudije za prethodni postupak.

Drugi korak ogleda se u obavezi tužioca da dostavi pismeni izvještaj o preduzetim radnjama sudske sudije za prethodni postupak. Iako zakon ne navodi sadržaj tog pisanog izvještaja, ipak se može zaključiti da u okviru izvještaja moraju biti informacije o osobi protiv koje se mjeru poduzela, krivičnom djelu, vrsti mjeru, načinu i obimu njene primjene, vremenskom okviru primjene, ovlaštenoj osobi iz policijskih organa koje su preduzimale mjeru, rezultatima do kojih se došlo.⁴⁰

Na osnovu podnesenog izvještaja sudska sudija za prethodni postupak provjerava da li je postupano po njegovoj naredbi.⁴¹ Ovakvim propisom žele se, spriječiti eventualne zloupotrebe prilikom postupanja po naredbi sudske sudije za prethodni postupak, odnosno, unaprijed onemogućiti izlaženje izvan okvira onoga što je naređeno. To je

³⁸ Sijerčić-Čolić, H., Hadžiomeragić, M., Jurčević, M., Kaurinović, D., Simović, M., Komentari, op.cit. 367.

³⁹ Čl. 119. st. 1 ZKP BiH, čl. 133. st.1 ZKP FBiH, čl. 119. st. 1 ZKP BD BiH, čl. 229. st.1 ZKP RS. ⁴⁰

Ibidem,

⁴¹ Sijerčić-Čolić, H., *op.cit.* str. 454.

put da se zaštitи osoba protiv koje je preduzeta naređena mjera.

Pismeni izvještaj koji u skladu sa stavom koji tužilac podnosi sudiji za prethodni postupak potreban je ne samo zato da sudija za prethodni postupak izvrši kontrolu nad zakonitošću rada policijskih organa, već i zato da bez odlaganja, a nakon preduzimanja neke od prikrivenih mјera, obavijesti osobu o tome da je prema njoj bila preduzeta određena radnja.

Ova obaveza sudije za prethodni postupak ne može se tumačiti restriktivno prema osumnjičenom u smislu davanja šturog ili nepotpunog obavještavanja jer osumnjičeni ima pravo da bude obaviješten o preduzetoj radnji. Osoba protiv koje je poduzeta posebna istražna radnja može od suda zatražiti ispitivanje zakonitosti naredbe i načina na koji je provedena mјera.⁴²

Ako tužilac odustane od krivičnog gonjenja, odnosno, ako informacije i podaci pribavljeni naređenim radnjama nisu potrebni za krivični postupak, uništiti će se pod nadzorom sudije za predhodni postupak, koji će sastaviti poseban zapisnik. O preduzimanju radnji, razlozima za njihovo preduzimanje, informaciji da dobijeni materijal nije bio osnov za krivično gonjenje i da je uništen, pismeno se obavještava osoba protiv koje je preduzeta posebna istražna radnja.⁴³

4. ZAKLJUČCI

Zakoni o krivičnom postupku u Bosni i Hercegovini predviđaju posebne istražne radnje kao specifične mјere kojima se za potrebe suzbijanja složenih oblika kriminala privremeno ograničavaju osnovna prava i slobode čovjeka.

Princip legaliteta važi za sve prikrivene istražne mјere, ali se one mogu primijeniti samo onda kada se na blaži način, ne može postići pribavljanje neophodnih dokaza za gonjenje zakonom određene grupe krivičnih djela. Princip se odnosi na svrhu koja se želi postići primjenom ovih mјera, tj. na nemogućnost da se na drugi način prikupe dokazi, odnosno, na nesrazmjerne teškoće u prikupljanju dokaznog materijala (princip supsidijariteta) - mogu se primjenjivati samo u vrlo ozbiljnim i složenim slučajevima.

⁴² Čl. 119. st. 3. ZKP BiH, čl. 133. st. 2. ZKP FBiH, čl. 119. st. 2. ZKP BD BiH, čl. 229. st. 2. ZKP RS.

⁴³ Čl. 119. st. 2. ZKP BiH, čl. 133. st. 3. ZKP FBiH, čl. 119. st. 3. ZKP BD BiH, čl. 229. st. 3. ZKP RS.

Kombinacija, procesnopravnog i materijalnopravnog principa zahtjeva postojanje određenog stepena sumnje da je osoba izvršila krivično djelo propisane težine, odnosno, da je zajedno sa drugom osobom (ili osobama) učestvovala u izvršenju takvog krivičnog djela (princip srazmjernosti) - primjenjuju se samo uz prethodnu saglasnost suda i obavlja se pod njegovim nadzorom.

Nadležnost za iniciranje spomenutih mjer je u rukama tužioca, ali njihovo određivanje može odobriti samo sud, koji istovremeno zadržava i kontrolu zakonitosti postupka primjene prikrivenih istražnih mjera (načelo sudskog nazora). Glavna obilježja prikrivenih istražnih radnji ili mjera favorizuju, dakle, principe koji će pružiti garancije protiv njihovog samovoljnog korištenja. U tom smislu, uprkos razlikama između pojedinih prikrivenih istražnih mjera, današnji razvoj krivičnoprocesne teorije i prakse upućuje na saglasnost oko toga da je puko prihvatanje ovih mjera u borbi protiv organiziranog kriminaliteta nedovoljno samo za sebe i da njihovo postojanje mogu opravdati tačno određeni i danas široko prihvaćeni principi. Osim navedenih principa, uz mjere prikrivenog istraživanja veže se i upozorenje da trajanje mjera mora biti vremenski ograničeno, kao i procesna sankcija o neupotrebljivosti prikupljenog materijala u dokazne svrhe tokom krivičnog postupka.

5. LITERATURA

1. Dr. sc. Hajrija Sijerčić Čolić: Prikrivene istražne radnje u borbi protiv organiziranog... *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 46, 4/2009.,
2. Halilagić, N., Posebne istražne radnje u Bosni i Hercegovini-efikasnost krivičnog postupka i zaštita ljudskih prava,Magistarski rad, odbranjen na Pravnom fakultetu u Sarajevu, Sarajevo 2009.
3. Krivokapić, V., Žarković, M., Kriminalistika taktika, Beograd 1996
4. Sijerčić-Čolić, H., Hadžiomeragić, M., Jurčević, M., Kaurinović, D., Simović, M., Komentari zakona o krivičnom/kaznenom postupku u Bosni i Hercegovini, Vijeće Evrope, 2005.
5. Sijerčić-Čolić, H., Krivično procesno pravo (Knjiga I) : Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, 2008.
6. Tegeltija, M., Bužanin, O., Vranješ, N., Zgonjanin Aničić, M., Milovanović, Sijerčić-Čolić, H., Helić, V., Kosović, J., Miletić, A., MODUL 1 KRIVIČNA OBLAST ISTRAŽNI POSTUPAK“,Javna ustanova centar za edukaciju sudija i tužilaca FBiH i RS, Visoko sudska i tužilačko vijeće Bosne i Hercegovine, Sarajevo 2006
7. Vasiljević, T. Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ. Beograd: Naučna knjiga, (1964)
8. Zakon o Krivičnom postupku Bosne i Hercegovine „Službeni glasnik Bosne i Hercegovine”, br. 3/03, 32/03, 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06 i 76/06.

-
9. Zakon o Krivičnom postupku Brčko Distrikta BiH “Službeni glasnik Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine” br. 10/03.
 10. Zakon o Krivičnom postupku Federacije BiH “Službene novine Federacije BiH” br. 35/03,37/03 i 56/03.
 11. Zakon o Krivičnom postupku Republike Srpske “Službeni glasnik Republike Srpske” br. 50/03.

UDK: 343.326:341

Mr. Maja Sahadžić

Udruženje za međunarodno pravo Bosne i Hercegovine

maja.sahadzic@gmail.com

TERORISTA ILI BORAC ZA SLOBODU? RAZLIČITA PERCEPCIJA OPRAVDANOSTI TERORISTIČKOG ČINA U MEĐUNARODNOM PRAVU

TERRORIST OR FRIDOM FIGHTER ?

REZIME

Prijetnja međunarodnog terorizma je jednako stvarna koliko je stvaran bio napad na Svjetski trgovinski centar (*World Trade Center - WTC*) i Pentagon u Sjedinjenim Američkim Državama 11. septembra 2001. godine. Ipak, međunarodna zajednica još uvijek nema općeprihvачeni dokument o sprečavanju, kažnjavanju i borbi protiv terorizma, samim tim nema niti definiciju, što se reflektira na razlikovanje teroriste od borca za slobodu. Tako je osnovni problem u uspostavljanju međunarodnog pravnog režima borbe protiv terorizma u definiciji terorizma koja ne postoji, dok je drugi problem dihotomija terorista vs. borac za slobodu koji tretira ovaj rad.

***Ključne riječi:* terorizam, terorista, borac za slobodu, međunarodno pravo**

RESUME

International terrorism threat is equally actual as actual were World Trade Center (WTC) and Pentagon attacks in the United States of America on September 11 2001. Nevertheless, international community yet lacks comprehensive document on prevention, punishment and combat terrorism, and thereby lacks definition which reflects on terrorist and freedom - fighter distinguishment. In such a manner, fundamental problem in legal regime of anti - terrorism combat establishment is mere to definition of terrorism, while another is dichotomy terrorist vs. freedom - fighter that is treated by this paper.

***Key words:* terrorism, terrorist, freedom - fighter, international law**

1. Uvodne naznake

Proučavanje terorizma¹ u međunarodnom pravu otežano je zbog neprekidne rasprave o eventualnoj sveobuhvatnoj i općeprihvaćenoj definiciji terorizma u okviru koje se ponavlja problem razgraničavanja pojmove „terorista“ i „borac za slobodu“. Stoga se prečesto ponavlja otrcana fraza da je terorista za jednoga, borac za slobodu drugome. I jedan i drugi pojam označavaju osobu koja preduzima nasilje ili prijetnju nasiljem u svrhu postizanja određenog cilja ili ciljeva. Terorista se pojmovno određuje kao osoba koja je uključena u terorizam preduzima nasilje ili prijetnju nasiljem u svrhu postizanja određenog cilja ili ciljeva.² S druge strane, borac za slobodu se označava kao osoba koja također preduzima nasilje ili prijetnju nasiljem u svrhu postizanja (društvenih, političkih) sloboda.³ Jednostrano naklonjenim obrazlaganjem i zastupanjem jednog od pojmove onemogućava se primjereno izučavanje ove teme zato što se pri određivanju pojmove uglavnom u raspravu uključuju etička pitanja što usložnjava odgovor na pitanje kako nepristrasno odrediti oba termina.

Pažljivim izučavanjem da se zaključiti da je usvojen veći broj međunarodnih dokumenata koji (selektivno) reguliraju pitanja terorizma u međunarodnom pravu.⁴

¹ Terorizmom se u svojstvu ovog rada može smatrati nedopuštenim aktom koji stvara uz nemirenost u okviru javnog poretku, upotrebom ozbiljnog i raznolikog nasilja, a u svrhu stvaranja atmosfere straha sa ciljem da se utječe na političko djelovanje. (Navedeno prema: Jean - Marc Sorel, „Some Questions About the Definition of Terrorism and the Fight Against Its Financing“, *European Journal of International Law*, vol. 14 no. 2, 2003, p. 371). O definiranju terorizma u međunarodnom pravu vidjeti i: Maja Sahadžić, „Pitanje definiranja terorizma u međunarodnom pravu“, *Pregled*, no. 2, 2009., 150 - 170.

² S obzirom na djelovanje spram Robespierre, pokretači i pristalice revolucionarnog sudstva nazvani su ‘teroristima’, a njihov naziv se raširio Evropom, pojavitivši se u Engleskoj 1795. godine. Jakobinski teroristi označeni su kao anarhisti pod direktoratom; dok je za émigrée (francuski termin za osobe koje za sebe smatraju da su u političkom i društvenom progonstvu - objašnjenje autora) i njihove monarhističke sljedbenike termin ‘terorista’ upotrebljavan kao sinonim za ‘patriote’, ili je korišten za sve republikance pa i vojnike koji su branili slobodu republike. Do kraja 19. stoljeća termin ‘terorista’, koji se prvo bitno upotrebljavao da bi opisao nasilje u ime državnog prevrata a onda i uspostavljanja reakcionarne vlasti povezane sa protudržavnim nasiljem pod utjecajem ruskih terorista 1880. - ih i anarhista 1890. - ih godina. Bez obzira na iskustva povezana sa državnim terorom tokom 20. - og stoljeća, protudržavno shvaćanje termina ponovno se ispoljilo u kasnom 20. - om stoljeću, pod utjecajem ratova za nacionalno oslobođenje i revolucionarnog duha studenata i etničkih manjina u industrijaliziranim državama. (Navedeno prema: John Richard Thackrah, *Dictionary of Terrorism*, Routledge, London, 2004., p. 264).

³ Za obje kategorije se vezuju termini poput pobunjenika, gerile, asasina, militanata i sl.

⁴ Pritom valja napomenuti da se misli na sljedeće međunarodne dokumente: Konvencija o krivičnim djelima i nekim drugim aktima izvršenim u avionima iz 1963. godine (*1963 Convention on Offences and Certain Other Acts Committed on Board Aircraft - Aircraft Convention*), ICAO/8364/1963 (1963), stupila na snagu 4. decembra 1969. godine; Konvencija o suzbijanju nezakonite otmice aviona iz 1970. godine (*1970 Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft - Unlawful Seizure Convention*), ICAO/8920/1970 (1970), stupila na snagu 14. oktobra 1971. godine; Konvencija o suzbijanju protivpravnih djela protiv sigurnosti civilnog vazduhoplovstva iz 1971. godine (*1971 Convention for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Civil Aviation - Civil Aviation Convention*), ICAO/8966/1971 (1971), stupila na snagu 26. januara 1973. godine, te Protokol o sprečavanju protupravnih djela nasilja

Ne treba zaboraviti da je 1996. godine *ad hoc* Komitet za terorizam Ujedinjenih nacija predstavio nacrt Sveobuhvatne konvencije o međunarodnom terorizmu (*Comprehensive Convention on International Terrorism*)⁵ kojom se pokušalo definirati terorizam, a samim tim i napraviti razlikovanje između teroriste i borca za slobodu.⁶

na aerodromima koji služe u svrhu međunarodne civilne avijacije iz 1988. godine (*1988 Protocol for the Suppression of Unlawful Acts of Violence at Airports Serving International Civil Aviation, Supplementary to the Convention for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Civil Aviation - Airport Protocol*, ICAO/9518/1988 (1988), stupilo na snagu 6. augusta 1989. godine; Konvencija o prevenciji i kažnjavanju zločina protiv međunarodno zaštićenih osoba, uključujući diplomatske predstavnike iz 1973. godine (*1973 Convention on the Prevention and Punishment of Crimes Against Internationally Protected Persons - Diplomatic agents Convention*), A/RES/3166/XXVIII (1973), stupila na snagu 20. februara 1977. godine; Međunarodna konvencija protiv uzimanja talaca iz 1979. godine (*1979 International Convention Against the Taking of Hostages - Hostages Convention*), A/ RES/34/146 (1979), stupila na snagu 3. juna 1983. godine; Konvencija o fizičkoj zaštiti nuklearnog materijala iz 1980. godine (*1980 Convention on the Physical Protection of Nuclear Material - Nuclear Materials Convention*), INFCIRC/274 (1980), stupila na snagu 8. februara 1987. godine; Konvencija o suzbijanju protupravnih djela protiv sigurnosti pomorske navigacije iz 1988. godine (*1988 Convention for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Maritime Navigation - Maritime Convention*), SUA/RES/A/584/14 (1988), stupila na snagu 1. marta 1992. godine sa Protokolom konvenciji o suzbijanju protupravnih djela protiv sigurnosti pomorske navigacije iz 2005. godine (*2005 Protocol to the Convention for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Maritime Navigation*), SUA/PROT/LEG/CONF.15/21 (2005), još uvijek nije stupilo na snagu; Protokol o suzbijanju protupravnih djela protiv sigurnosti trajnih platformi u epikontinentalnom pojasu iz 1988. godine (*1988 Protocol for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Fixed Platforms Located on the Continental Shelf - Fixed Platform Protocol*), SUA/PROT/A/584/14 (1988), stupilo na snagu 1. marta 1992. godine; Konvencija o obilježavanju plastičnih eksploziva u cilju njihovog otkrivanja iz 1991. godine (*1991 Convention on the Marking of Plastic Explosives for the Purpose of Detection - Plastic Explosives Convention*), ICAO/9571/1991 (1991), stupila na snagu 21. juna 1998. godine; Međunarodna konvencija Ujedinjenih nacija o suzbijanju terorističkih bombaških napada iz 1997. godine (*1997 International Convention for the Suppression of Terrorist Bombings - Terrorist Bombing Convention*), A/RES/52/164 (1997), stupila na snagu 23. maja 2001. godine; Međunarodna konvencija Ujedinjenih nacija o suzbijanju financiranja terorizma iz 1999. godine (*1999 International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism - Terrorist Financing Convention*); A/RES/54/109 (1999), stupila na snagu 10. aprila 2001. godine; Međunarodna konvencija za suzbijanje djela nuklearnog terorizma iz 2005. godine (*2005 International Convention for the Suppression of Acts of Nuclear Terrorism - Nuclear Terrorism Convention*), A/RES/59/290 (2005), do sada 100 država potpisnica ali nema ugovornica. Spisak se završava ovdje jer postoji i određeni broj rezolucija Ujedinjenih nacija koje valja spomenuti a to su: Rezolucija Vijeća sigurnosti Ujedinjenih nacija 1373 iz 2001. godine (*2001 United Nations Security Council Resolution 1373*), S/RES/1373 (2001) usvojena 28.09. 2001. godine. Ovom Rezolucijom države članice Ujedinjenih nacija pozivaju se na suradnju u sprečavanju financiranja terorizma, razmjeni informacija, ranom upozoravanju (*early warning*) itd. Prije 11. septembra 2001. godine usvojene su i: Rezolucija Vijeća sigurnosti Ujedinjenih nacija 1267 iz 1999. godine (*1999 United Nations Security Council Resolution 1267*), S/RES/1267 (1999), usvojena 15.10. 1999. godine a koja se odnosi na zamrzavanje finansijskih sredstava Talibana i ekonomске sankcije zbog pružanja potpore Osami Bin Ladenu i *Al - Qaidi* u Afganistanu te je uspostavljen je i Komitet 1267 koji nadgleda primjenu rezolucije; Rezolucija Vijeća sigurnosti Ujedinjenih nacija 1333 iz 2000. godine (*2000 United Nations Security Council Resolution 1333*), S/RES/1333 (2000), usvojena 19.12. 2000. godine i Rezolucija Vijeća sigurnosti Ujedinjenih nacija 1368 iz 2001. godine (*2001 United Nations Security Council Resolution 1368*), S/RES/1368 (2001), usvojena 12.09. 2001. godine.

⁵ Ova konvencija još uvijek je u formi nacrta. Dostupno na: (<http://cns.miis.edu/pubs/inven/pdfs/intterr.pdf>).

⁶ U smislu značenja ove Konvencije, prijestupom se smatraju radnje koje bilo kojim sredstvima, nezakonito i namjerno prouzroče: smrt ili ozbiljne tjelesne povrede bilo koje osobe; ozbiljno oštećenje javnog ili privatnog vlasništva, uključujući mjesačne javne upotrebe, državne ili vladine objekte, javni sistem prijevoza, infrastrukturne objekte ili okoliš; oštećenje imovine, mjesača, objekta ili sistema na koje se

Međutim, zbog suprotstavljenih stavova država ugovornica u pogledu onoga šta se treba smatrati terorizmom, ova konvencija i dalje je u formi nacrta. Osim međunarodnih dokumenata postoji i veliki broj dokumenata koji su doneseni pod okriljem različitih regionalnih organizacija, a koje su otvorene za ratifikaciju samo zemljama koje su članice tih regionalnih organizacija.⁷ Određeni broj navedenih međunarodnih i regionalnih dokumenata ponudio je (barem okvirno) definicije terorizma. Međutim, djela koja se označavaju kao teroristička su djela koja sadržajno reguliraju materiju međunarodnog ili regionalnog dokumenta (na primjer: otmica aviona, držanje talaca) dok su teroristi slijedom navedenog primjera otmičari aviona, držaoci talaca i sl. Tako

odnosi prethodno navedeno, a koje rezultira ili može rezultirati većim ekonomskim gubitkom, kada je svrha napada, po svojoj prirodi i kontekstu, da uzneniri populaciju, ili da prisili vlast ili međunarodnu organizaciju da se uzdrži od određenih akata.

⁷ U Africi je Organizacija afričkog jedinstva (*Organization of African Unity - OAU*) usvojila Konvenciju Afričke unije o sprečavanju i suzbijanju terorizma iz 1999. godine (*1999 Organization of African Union Convention on the Prevention and Combating of Terrorism*), OAU/0013/1999 (1999), stupila na snagu 06.12. 2002. godine uz preteći Protokol iz 2004. godine na Konvenciju Afričke unije o sprečavanju i suzbijanju terorizma iz 1999. godine (*2004 Protocol to the Organization of African Union Convention on the Prevention and Combating of Terrorism*), OAU/0030/2004 (2004), još uvijek nije stupio na snagu. U Americi je Organizacija američkih država (*Organization of American States - OAS*) usvojila Konvenciju Organizacije američkih država o sprečavanju i kažnjavanju djela terorizma koja se javljaju u obliku zločina prema osobama i u njemu povezanog iznudivanja koji su od međunarodnog značaja iz 1971. godine (*1971 Organisation of American States Convention to Prevent and Punish Acts of Terrorism Taking Form of Crimes Against Persons and Related Extortion that are of International Significance*), OAS/A/49, u skladu sa članom 12. Konvencije ista stupa na snagu za svaku državu pojedinačno i to na dan predaje u deposit ratificiranog dokumenta i Interameričku konvenciju protiv terorizma iz 2002. godine (*2002 Inter - American Convention Against Terrorism*), OAS/A/66/2002 (2002), stupila na snagu 07.10. 2003. godine. Australijska vlada je usvojila Akt o sprečavanju financiranja terorizma iz 2002. godine (*2002 Suppression of the Financing of Terrorism Act*), C2004A00979/No.66/2002 (2002), stupio na snagu 05.07. 2002. godine i Australijski antiteroristički akt iz 2005. godine (*2005 Australian Anti - Terrorism Act*), C2005A00127/No.127 (2005), stupio na snagu 03.11. 2005. godine. U Aziji je u okrilju Južnoazijske asocijacije za regionalnu saradnju (*South Asian Association for Regional Cooperation - SAARC*) usvojena Regionalna konvencija Južnoazijske asocijacije za regionalnu suradnju (SAARC) o suzbijanju terorizma iz 1987. godine (*1987 SAARC Regional Convention on Suppression of Terrorism*), A/51/136 (1987), stupila na snagu 22.08. 1988. godine sa dodatnim Protokolom iz 2004. godine (*2004 Additional Protocol to the SAARC Regional Convention on Suppression of Terrorism*) A/51/136 (2006), stupio na snagu 12.01. 2006. godine; u okrilju Lige arapskih država (*League of Arab States*) usvojena je Arapska konvencija o suzbijanju terorizma iz 1998. godine (*1998 The Arab Convention on the Suppression of Terrorism*) LAS/1998, stupila na snagu 22.04. 1998. godine dok je u Organizacija islamske konferencije (*Organization of Islamic Conference*) usvojila Konvenciju Organizacije islamske konferencije o borbi protiv međunarodnog terorizma iz 1999. godine (*1999 Convention of the Organization of the Islamic Conference on Combating International Terrorism*) 1999/1420H/OIC (A/54/637), stupila na snagu 01.07. 1999. godine. U Evropi je Vijeće Europe (*Council of Europe - CoE*) usvojilo Evropsku konvenciju o suzbijanju terorizma iz 1977. godine (*1977 European Convention on the Suppression of Terrorism*) ETS/090, stupila na snagu 04.08. 1978. godine sa pratećim Protokolom uz Evropsku konvenciju o suzbijanju terorizma iz 2003. godine (*2003 Protocol amending the European Convention on the Suppression of Terrorism*) ETS/190, još uvijek nije stupio na snagu; Konvenciju o prevenciji terorizma iz 2005. godine (*2005 Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism*) ETS/196, stupila na snagu 01.06. 2007. godine i Konvenciju Vijeća Europe o pranju, istraživanju, zapljenji i oduzimanju prihoda od kriminalnih radnji i financiranja terorizma iz 2005. godine (*2005 Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime and on the Financing of Terrorism*), ETS/198, stupila na snagu 01.05. 2008. godine.

se označavanje terorizma uglavnom svodi na formu prostog nabranja i opisivanja nedozvoljenih radnji i zaključivanja da postoji obaveza usvajanja sveobuhvatne i općeprihvaćene definicije terorizma u međunarodnom pravu. Uloga međunarodnih i regionalnih dokumenata završava odredbama koje se odnose na sprečavanje terorizma i borbu protiv terorizma.⁸ Stoga, čini se i nije moguće doći do razložnih zaključaka u pogledu dihotomije terorista *vs.* borac za slobodu što proizlazi iz samog problema nedostatka sveobuhvatne i općeprihvaćene definicije terorizma u međunarodnom pravu.

2. Terorista *vs.* borac za slobodu dihotomija

Da li je neko ko je za jednog terorista za drugog borac za slobodu?⁹ Navode se brojni razlozi zbog kojih je teško razumjeti dihotomiju terorista *vs.* borac za slobodu. Prije svega, valja shvatiti kontekst u okviru kojeg se javlja terorizam. Podloga za pojavu terorizma uvijek je neka prije svega društvena religijska, etnička, rasna, zatim politička, a onda i ekomska pozadina. Ponekad se radi o stvarnim i postojećim problemima pojedinaca ili skupina koje se nalaze na ivici i smatraju da je pribjegavanje terorizmu jedini način rješavanja tih problema, dok se u drugim situacijama radi o saobražavanju terorista i terorističkih skupina sa marginaliziranim skupinama radi pribavljanja opravdanja za djela koja čine.¹⁰ Bez obzira da li se radi o

⁸ Usporediti sa na primjer Hansom Koechlerom koji zaključuje da Ujedinjene nacije nisu bile u mogućnosti da dodu do odluke o tačnoj definiciji terorizma upravo zbog toga što su postojali suprotstavljeni interesi suverenih država u pogledu određivanja kada je određeni oružani pokret označen kao takav u odnosu na terorista - borac za slobodu dihotomiju. On smatra da je politika 'dvostrukog standarda' o ovom važnom problemu međunarodnih odnosa posljedica koja se ne može izbjegći. (navedeno prema: Hans Koechler, „The United Nations, The International Rule of Law and Terrorism“, Fourteenth Centennial Lecture, Manila, 2002., p. 13).

⁹ Činjenica je da se već veoma dugo vode rasprave o tome da je terorista za jednoga, borac za slobodu za drugoga te da je to kako navodi Walter Laqueur „diktum za koji se mislio da je ujedno i domišljat i potpun“ (vidjeti: Walter Laqueur, *The New Terrorism, Fanaticism and the Arms of Mass Destruction*, Oxford University Press, London, 1999., p. 106). Primjera radi Brian M. Jenkins smatra da je teško definiranja terorizma dovela do klišaja da je jednoj osobi terorista drugoj osobi borac za slobodu, što u konačnici implicira da ne može postojati objektivna definicija terorizma, niti univerzalni standardi koji bi obuhvatili značenje rata i mira (vidjeti: Brian M. Jenkins, „Statements of Terrorism“, *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 1982., p. 12). Prema ovome, radi se o veoma spornom poimanju ovog odnosa i shvaćanja i jednog i drugog termina. Na osnovu ovoga da se zaključiti da dok se značenjski ne razriješi dihotomija terorista *vs.* borac za slobodu neće biti niti sveobuhvatne i općeprihvaćene definicije terorizma u međunarodnom pravu jer će jedna osoba uvijek smatrati da se radi o teroristi, za drugu će on uvijek biti borac za slobodu.

¹⁰ Tako na primer Nedžad Bašić i Peter Stoett navode da kada se govori o međunarodnom terorizmu kao o globalnom pokretu, da se tu prije svega imaju u vidu široke socijalne, vjerske, etničke ili pak rasne zajednice u čijem marginaliziranom socijalnom, ekonomskom i političkom položaju moderna teroristička organizacija nalazi legitimnost svoga djelovanja. Moderne međunarodne terorističke grupe uvijek nastoje djelovati u ime i pod zaštitom šire etničke, vjerske, rasne ili socijalne zajednice te na taj način priskrbiti

jednima ili drugima, pojedincima ili skupinama koje čine djela koja se nazivaju terorističkim, koriste različite termine u svojim nazivima, ali se nikada ne nazivaju teroristima ili terorističkim skupinama. Brojni su primjeri da teroristi i terorističke skupine sebe veoma često nazivaju i opisuju kao borce za oslobođenje i (nacionalne) oslobodilačke pokrete (od bilo kakvog potlačivanja - društvenog, političkog, ekonomskog). S druge strane, oni koji im odriču ulogu borca za oslobođenje ili oslobodilačkog pokreta nazivaju ih teroristima, odnosno, terorističkim skupinama. Tako na primjer, djelovanje Palestinaca na Bliskom istoku Izraelaci i većine zemalja na Zapadu smatraju terorističkim djelovanjem, dok Palestinci takvo djelovanje smatraju legitimnim, čak potrebnim i poželjnim djelovanjem. I tu ne završava dilema, s obzirom da se neke skupine naizmjenično nazivaju terorističkim i oslobodilačkim. Carol Winkler navodi primjer Contrasa¹¹ koji su naizmjenično predstavljeni kao opasna pobunjenička grupa naklonjena uspostavljanju slobode potlačenoj naciji, ili kao nezakonita skupina terorista koji su silovali, otimali i mučili civile u Nikaragvi.¹²

Očigledno je da termini *terorista* i *terorizam* imaju jake negativne konotacije. Stoga, skupine koje su uključene u nasilne aktivnosti nikada sebe ne nazivaju teroristima. Na primjer, ukoliko pogledamo nazine terorističkih skupina,

legitimnost za svoje aktivnosti. Međunarodne terorističke grupe nastoje svoje djelovanje pokriti političkim programom socijalno marginaliziranih slojeva stanovništva što im otvara mogućnost legitimnosti njihovih aktivnosti. (vidjeti: Nedžad Bašić & Peter Stoett, *Sigurnosne studije u tranziciji*, Univerzitet u Bihaću, Centar za ljudska prava i prevenciju konfliktova u saradnji sa Univerzitetom u Banja Luci, Centar za geostrateška istraživanja, 2003., p. 81 - 82). Isti autori dalje navode da opravdanja za svoje djelovanje moderne terorističke organizacije najčešće nalaze u političkom ponašanju lokalnih vlasta ili u ponašanju lokalnih političkih partija, koje po njihovom shvaćanju ograničavaju političke i ekonomske slobode sopstvenim građanima, kroz tolerantan ili podržavajući odnos prema djelovanju transnacionalnih organizacija ili drugih država koje dovode u pitanje etnički, vjerski, rasni ili kulturni identitet lokalne zajednice, kreirajući time nestabilnu socijalnu strukturu u kojoj državno nasilje zauzima centralno mjesto. (vidjeti: Nedžad Bašić & Peter Stoett, *Sigurnosne studije u tranziciji*, Univerzitet u Bihaću, Centar za ljudska prava i prevenciju konfliktova u saradnji sa Univerzitetom u Banja Luci, Centar za geostrateška istraživanja, 2003., p. 83).

¹¹ Contras, skraćeno od kontrarevolucionari su bila naoružana skupina koja se počela boriti za zbacivanje sandinističkog režima koji je preuzeo vlast u Nikaragvi 1979. godine. U početku su ih obučavali argentinski vojni savjetnici, a dobivali su privatnu finansijsku podršku od kubanskih i nikaragvanskih prognanika. Argentinci su povukli svoje savjetnike iz Honduras-a 1982. godine nakon pada vojne junte u Falklandskom ratu. Početkom oktobra 1982. godine Contras-i su stavljeni pod pokroviteljstvo Sjedinjenih Američkih Država koje su prisrbile savjetnike Centralne obavještajne agencije (*Central Intelligence Agency* - CIA) skupa sa vojnom i humanitarnom pomoći. Zbog stalne i neubjedljive debate između Reaganove administracije i Kongresa Sjedinjenih Američkih Država vojna pomoć je uskraćena 1984. godine, obnovljena 1985. godine, a zatim opet uskraćena poslije otkrivanja afere Iran - Contra krajem 1986. godine. Da bi ispunili uvjete za primanje buduće pomoći od strane Sjedinjenih Američkih Država, 12. juna 1985. godine Contras-i su se ujedinili u organizaciju Ujedinjena nikaragvanska opozicija (*Unidad Nicaraguense Opositora* - UNO) koja se sastoji od većeg broja skupina. (navedeno prema: Sean K. Anderson with Stephen Sloan, Historical Dictionary of Terrorism (3rd ed.), The Scarecrow Press, Toronto, 2009., p. 121 - 122).

¹² Vidjeti: Carol K. Winkler, *In the name of terrorism, Presidents on political violence in the Post - World War II Era*, State University of New York Press, Albany, 2006., pp. 14 - 15.

oni koriste riječi poput „oslobodenje“¹³, „revolucija“¹⁴, „pravda“¹⁵ i „jihad“¹⁶ (pravedni rat) u svojim nazivima, ali ne „terorista“¹⁷. Nije iznenađujuće da su među onima koji ih podržavaju poznati kao „borci za slobodu“, „oslobodioци“ i „mučenici“.¹⁸

Ne treba izgubiti iz vida da se u određenim situacijama terorizam koristio ili se koristi u okviru oslobodilačkog pokreta.¹⁹ Tako na primjer, Pobuna protiv francuske vladavine u Alžиру, koja je započela 1953. godine predstavlja još jedan primjer nacionalne oslobodilačke borbe u kojoj je terorizam igrao veoma važnu ulogu.²⁰

¹³ Na primjer: Armenksa oslobodilačka armija (*Armenian Liberation Army - ALA*), Naoružani komandosi za nacionalno oslobođenje (*Comandos Armados de Liberación Nacional - CALN*), Demokratski revolucionarni front za oslobođenje Arabistana (*Democratic Revolutionary Front for the Liberation of Arabistan - DRFLA*), Baskijska domovina i sloboda (*Euzkadi Ta Askatasuna - ETA*), Kubanski nacionalni oslobodilački front (*Frente de Liberación Nacional Cubana - FLNC*), Palestinska oslobodilačka organizacija (*Palestine Liberation Organization - PLO*), Popularni pokret za oslobođenje Angole (*Popular Movement for the Liberation of Angola - PMLA*).

¹⁴ Na primjer: Armenksa revolucionarna armija (*Armenian Revolutionary Army - ARA*), Ujedinjeni revolucionarni direktorat (*Dirección Revolucionaria Unificada - DRU*), Revolucionarne oružane snage (*Fuerzas Armadas Revolucionarias - FAR*), Libanonska oružana revolucionarna frakcija (*Factions Armées Révolutionnaires Libanaises - FARL*).

¹⁵ Na primjer: Komandosi pravde armenskog genocida (*Justice Commandos of the Armenian Genocide - JCAG*).

¹⁶ Kurziv autora. Na primjer: Egipatski islamski *jihad* (*Egyptian Islamic Jihad - EIL*), Islamski palestinski *jihad* (*Islamic Jihad of Palestine - IJP*).

¹⁷ Trenutno u svijetu ne postoji niti jedna skupina koja sebe naziva terorističkom. Konsultovanje literature u kojoj su registrirani i opisani teroristi i terorističke skupine ne daje rezultate u ovom pogledu. Vidjeti: John Richard Thackrah, *Dictionary of Terrorism*, Routledge, London, 2004.; Sean K. Anderson with Stephen Sloan, *Historical Dictionary of Terrorism* (3rd ed.), The Scarecrow Press, Toronto, 2009.; Dipak K. Gupta, *Who are the Terrorists?*, Infobase Publishing, New York, 2006.; Gérard Chaliand and Arnaud Blin (eds.), *The history of terrorism, from antiquity to Al Qaeda*, University of California Press, Los Angeles, 2007.

¹⁸ Navedeno prema: Dipak K. Gupta, *Who are the Terrorists?*, Infobase Publishing, New York, 2006., p. 6. Tako na primjer, Carol Winkler navodi primjer ajatolahu Khomeinija koji je predstavljao moćnog religijskog vođu jednoj kulturi, dok je za druge bio prezreni fanatik koji je osposobio otmičare diplomatskog osoblja. Isto tako, Osama bin Laden je do 1990. - ih bio um brutalne međunarodne terorističke mreže ili vođa pravednog jihad-a, u zavisnosti od kulturnog očekivanja. (za dodatne primjere vidjeti: Carol K. Winkler, *In the name of terrorism, Presidents on political violence in the Post - World War II Era*, State University of New York Press, Albany, 2006., pp. 14 - 15).

¹⁹ Tako Bruce Hoffman primjećuje da različite zemlje poput Izraela, Kenije, Cipra i Alžira duguju svoju neovisnost barem jednim dijelom nacionalističkim političkim pokretima koji su uključivali terorizam protiv kolonijalnih vlasti. (navedeno prema: Bruce Hoffman, *Inside Terrorism*, Columbia University Press, New York, 2006., p. 16).

²⁰ U vrijeme pobune, francuske vlasti su bile voljne da dodijele neovisnost Tunisu i Maroku. S Alžirom je bilo drugačije zbog velikog broja doseljenika iz Alžira u Evropi. Vlast u Parizu je smatrala Alžir i Alžirce kao dio Francuske, a alžirski teritorij je bio podijeljen na iste administrativne jedinice, departmane kao u Francuskoj. Alžirci evropskog porijekla ili osobe sjevernoafričkih predaka mogle su glasati na francuskim izborima za Predstavnički dom. Drugi razlog zbog kojeg se Francuska opirala alžirskim nacionalistima bio je poraz u Indokini (koja danas obuhvata Vijetnam, Kambodžu i Laos), koji se dogodio iste godine kada je počela borba u Alžиру. Francuska vojska osjećala se poniženom te nisu željeli ponovno pretrpjeti poraz i smatrali su da su naučili lekciju u borbama u Jugoistočnoj Aziji. Francuske snage zatvorile su državne

Ovim se da zaključiti da onaj ko koristi terorizam ne mora uvijek da bude „terorista“. Činjenica je da kada civilni postanu ciljana meta boraca za slobodu, oni u tom momentu postaju teroristi. Ukoliko bi se radilo o tzv. „kolateralnoj šteti“ tada bi se još i dalo razmisliti, a ukoliko terorista ostvari svoj naum može postati i oslobođilac. Ako bi konačan cilj bio oslobođenje ili pravda, tada se nasilje koje bi bilo preuzeto da se postigne isto, ne bi moralno nužno smatrati terorizmom, dok bi nasilje koje za cilj ima stvaranje opresije i nepravde zapravo predstavlja terorizam²¹

3. Od teroriste do borca za slobodu i obrnutu

U zavisnosti od toga da li je pojedinac ili skupina ostvario/la svoj cilj²², krajnje raščlanjivanje dihotomije „terorista ili borac za slobodu“ moglo bi da zavisi upravo od uspješnog odnosno neuspješnog ispunjavanja cilja. Upotrijebljeno nasilje može biti opravdano ukoliko bi dovelo do oslobođenja čime bi se počinitelji smatraoli „borcima za slobodu“, a ukoliko bi rezultiralo uobičajenim efektima²³ terorizma tada bi bilo neopravdano i tada bi se počinitelji smatraoli „teroristima“. Međutim, samo uočavanje problema nije i njegovo rješenje. Primjera radi, pokušaji Ujedinjenih nacija

granice i porazile gerisku pobunu Alžirskog nacionalnog oslobođilačkog fronta (*Front de Libération Nationale* - FLN) dok su manje uspješne bile u borbi protiv urbanog terorizma koji je Alžirski nacionalni oslobođilački front vodio u Alžiru, Ornu i drugim većim gradovima. (Navedeno prema: Leonard Weinberg and William L. Eubank, *What is Terrorism?*, Infobase Publishing, New York, 2006., pp. 56 - 57.

²¹ Ipak, ne možemo biti sigurni niti pretpostavljati da je svako djelovanje opravdano ili neopravdano, odnosno vodi oslobođenju ili terorizmu. Ovo je moguće samo ukoliko shvaćamo terorizam, odnosno samo ukoliko postoji sveobuhvatna i općeprihvaćena definicija terorizma. Slično mišljenje ima i Alex J. Bellamy koji smatra da je pokretanje „rata protiv terora“ obilježeno sa dva problema. Prvo, jesmo li sigurni da su svi oblici terorizma očito neopravdani i sa samim svojim postojanjem i *modus operandi* - jem imaju podlogu za povedan uzrok ratovanja? I drugi problem je da li je proglašenje globalnog rata protiv terorizma proporcionalno? (vidjeti: Alex J. Bellamy, „Is War on Terror Just?“, *International Relations*, 2005., p. 283).

²² Ciljevi terorista/terorističkih grupa mogu biti dobro utvrđeni ili mogu biti neodređeni. Tako Jean - Marc Sorel posmatra ciljeve kao one koji su dobro definirani kao što je postizanje nezavisnosti, autonomije ili priznavanje prava manjinama, preko onih sa više neodređenim opisima kao što su civilizacijske borbe (religijske, kulturne ili političke) do onih koji nalikuju na privatne kriminalne grupe. (Jean - Marc Sorel, „Some Questions About the Definition of Terrorism and the Fight Against Its Financing“, *European Journal of International Law*, vol. 14 no. 2., 2003., p. 367). Isto tako, bez predrasuda o samoopisivanju bilo koje naročite grupe, pokušavajući predstaviti termine „teroristi“ i „borci za slobodu“ kao međusobno isključive je općenito paralogizam. „Terorizam“ i „borba za slobodu“ su termini koji opisuju dva različita aspekta ljudskog ponašanja. Prvi karakterizira metod borbe, drugi cilj. Uzroci skupina koje su usvojile terorizam kao način borbe različiti su koliko i interes i želje čovječanstva. Među izrazitim ciljevima terorističkih grupa su društvene promjene u duhu ideologija desnice i ljevice, želje povezane sa religijskim vjerovanjima, etničke neprilike, problemi zaštite okoliša, prava životinja, kao i problemi poput abortusa. Neke terorističke skupine se nesumnjivo bore za samoodređenje ili nacionalno oslobođenje. (navedeno prema: Gérard Chaliand and Arnaud Blin (eds.), *The history of terrorism, from antiquity to Al Qaeda*, University of California Press, Los Angeles, 2007., p. 27).

²³ Uobičajeni efekti terorizma obuhvaćaju ubojstva, otmice, sijanje straha, materijalna razaranja itd. (o manifestacijama i efektima terorizma pogledati: Maja Sahadžić, „Terorizam u međunarodnom pravu, ključne odrednice za razumijevanje fenomena terorizma“, *Pravna misao*, no. 7 - 8, 2009., p. 84).

da utvrde značenje i jednog i drugog termina u međunarodnom pravu, doveli su do podjela. Tako su islamske zemlje odbile da prihvate definiciju kojom bi nacionalni oslobodilački pokret na Bliskom Istoku i Kašmiru bio proglašen terorističkim dok zapadne zemlje ne žele da prihvate definiciju kojim bi državne agencije mogle da budu proglašene terorističkima. Ovim se otvaraju novi problem, a to je da se prilikom određivanja značenja nastoji izostaviti termin „nacionalno oslobođenje“ iz definicije (čime i dalje, primjera radi ostaje problem Palestinske oslobodilačke organizacije i njenog statusa). Možda bi rješenje bilo da se skupinama sa predznakom nacionalnog oslobođenja omogući da odrede predmet njihovog razlikovanja²⁴ u okviru definiranja pojmova „terorista“ i „borac za slobodu“?

Ne treba odbaciti i navode da „je moguće i da osoba od ‘teroriste’ postane ‘borac za slobodu’ i postane i šef države. Na primjer Nelson Mandela se prisjeća u svojim memoarima kako je njegov pokret za oslobođenje odlučio da ne upotrijebi riječ ‘terorizam’ nego ‘sabotaža’“.²⁵

4. Terorista vs. borac za slobodu - kako ih razlikovati?

Autor Walter Laqueur objašnjava zbog čega se danas teško mogu razgraničiti ova dva pojma, a to je zbog činjenice da su historijski gledano, borci za slobodu, za razliku od terorista, bili obavezani određenim pravilima ponašanja koja čine osnovu moralnog ponašanja. Time se povlačila razlika između vojnika i male djece, između represivnih vlasti i bespomoćnih žena, između vladinih agenata i običnih građana, između vojne predstraže i kuće. Tako je terorista ubijao civile, a borac za slobodu čuvao živote i borio se na rizik vlastitog života dok sloboda nije postignuta. Nakon II svjetskog rata, ove razlike su se promijenile. Svi ili gotovo svi borci za slobodu ili nacionalni oslobodilački pokreti su koristili ili nastavili da koriste čisti terorizam - djela nasilja u kojima trpe nevini članovi javnosti, bilo namjerno ili kroz bešutno

²⁴ Ne treba zaboraviti da se često teroristička djela pokušavaju odrediti kao djela koja se čine u okviru pokreta oslobođenja, revolucionarnih pokreta, *jihada* a da se pritom ta ista djela nastoje opravdati upravo tvrdnjom da se radi o navedenim pokretima ili čak građanskom ratu a da „u većini slučajeva, nema ništa ‘civilno’ u vezi sa ovim ratom. Često oni koji im se dodvoravaju, koji im ugadaju nisu čak niti lokalni civili nego plaćenici i saboteri koji žele stići status boraca, rezervirajući sebi pravo da šire strah“ (vidjeti više: K.R. Singh, „International Terrorism as an Instrument of State Policy“, *International Studies*, 1995., p. 123).

²⁵ Keith Suter, „Terrorism and International Law“, *Contemporary Review*, 2005., 216. Slično zaključuje i Hans Koechler a to je da se očigledna kontradikcija ili nedostatak konzistentnosti u upotrebi termina „terorizam“ može demonstrirati kroz historijsku činjenicu da su lideri nacionalnih oslobodilačkih pokreta kao Nelson Mandela u Južnoafričkoj republici i Habib Bourguiba u Tunisu ili Ahmed Ben Bella u Alžиру, da spomenemo samo neke, bili označeni kao teroristi od strane onih koji su kontrolirali teritoriju u to vrijeme, a kasnije su postali međunarodno poštovani državnici. (Hans Koechler, „The United Nations, The International Rule of Law and Terrorism“, Fourteenth Centennial Lecture, Manila, 2002., p. 13)

zanemarivanje rizika od smrti ili povrede na strani krivca.²⁶

Danas je teško povući granicu i razlikovati teroristu od borca za slobodu, posebice kada je u pitanju shvaćanje ovog odnosa na relaciji Istok - Zapad. U određenim segmentima postoji slaganje. Na primjer, Boaz Ganor navodi da se na petom Islamskom *summitu* u Kuwaitu, početkom 1987. godine, u rezoluciji usvojenoj na istom navodi da se na konferenciji ponavlja da postoji apsolutno povjerenje u potrebu da se razgraniče brutalna i nezakonita teroristička djelovanja koja čine pojedinci, grupe ili države od legitimne borbe potlačenih i pokorenih nacija protiv strane okupacije bilo koje vrste.²⁷ Međutim, i danas je teško usaglasiti se u pogledu onoga što nekog čini teroristom, a drugog borcem za slobodu²⁸ s obzirom da su države nekonzistentne u svojim stavovima.²⁹ Primjera radi, i dalje postoji podijeljenost u pogledu toga što se u Izraelu jedna strana naziva teroristima, a za sebe tvrde da pružaju otpor državnom terorizmu.³⁰ Također, neke od novopriznatih država Trećeg svijeta i posebno države komunističkog bloka argumentiraju da bilo ko i bilo koji pokret koji se bori protiv „kolonijalne“ sile ili Zapadnjačke nadmoći ne bi trebao biti opisan kao „terorista“, nego pravilno ocijenjen kao „borac za slobodu“.³¹ Isto tako, ako se argumentira da se PKK/KONTRA - GEL³² više ne može smatrati terorističkom organizacijom razlozima kao što su onaj da je raspoređenost kurdske populacije u Turskoj i regiji te postojanje drugih preovlađujućih kurdskih entiteta na tom prostoru, također ih se ne može posmatrati ni kao borce za slobodu što su za kurdsку većinu, zato što ta organizacija potvrđuje svoj cilj da proširi utjecaj u regiji. Počevši od ruralnih nasilnih aktivnosti, postala je veliki etnički pobunjenički pokret u regiji koji izaziva sve ostale regionalne moći.³³

²⁶ Walter Laqueur, *The New Terrorism, Fanaticism and the Arms of Mass Destruction*, Oxford University Press, Oxford, 1999., p. 106.

²⁷ Boaz Ganor, „Defining Terrorism: Is One Man’s Terrorist Another Man’s Freedom Fighter?“, *Police Practice and Research*, 2002., 287.

²⁸ Tako je na primjer Yasir Arafat, voda Palestinske oslobodilačke organizacije (*Palestine Liberation Organization* - PLO) a kojeg su osuđivale izraelske vlasti kao i Sjedinjene Američke Države za organiziranje i provođenje niza terorističkih napada, vjerno prikazao i možda čak i produbio ovu dilemu kada se obratio Ujedinjenim nacijama 1974. godine.

²⁹ Primjera radi, prva velika zračna otmica dogodila se za vrijeme komunizma u ranim godinama hladnog rata kada su stanovnici iz Istočne Evrope prebjegli u Zapadnu Evropu. U Zapadnoj Evropi smatrani su herojima i nisu vraćeni komunističkim vladama - iako su one to zahtijevale. (navedeno prema: Keith Suter, „Terrorism and International Law“, *Contemporary Review*, 2005., p. 217).

³⁰ Vidjeti: „UN u potrazi za definicijom terorizma“, Vjesnik 27. juli 2005., p. 9.

³¹ Bruce Hoffman, *Inside Terrorism*, Columbia University Press, New York, 2006., p. 16. ³²

Turska komunistička partija koja je prerasla teroristički pokret.

³³ Ozgur Nikbay and Suleyman Hancerli (eds.), *Understanding and Responding to the Terrorism Phenomenon*, IOS Press, Amsterdam, 2007., p. 347.

Postavlja se i pitanje kako odrediti koji su to kriminalni akti terorista i koji su to oblici legitimne upotrebe sile boraca za slobodu? Valjda bi oni koji se bore za pravedan cilj trebali biti borci za slobodu, ali šta je kome pravedan cilj? Ovim, dakle, nismo nigdje došli. Koje uslove onda borac za slobodu mora ispuniti da bi bio označen kao takav u međunarodnom pravu? Alex Schmid smatra da je moguće razlikovati borce za slobodu i teroriste: „Borci moraju da se podvrgnu pravilima međunarodnog prava koja se primjenjuju u oružanim sukobima; moraju da nose oružje otvoreno za vrijeme sukoba i prije sukoba; obavezni su da, ukoliko je to moguće, da se odvoje od civilne populacije dok su uključeni u napad ili u vojnu operaciju kojom se priprema napad i članovi regularnih, uniformiranih oružanih jedinica, naravno, očekuje se da moraju nositi uniforme“.³⁴ Ako i usvojimo ovakvo razlikovanje i dalje ostaju neriješena pitanja kriterija za razlikovanje terorističkih djela od legitimnih djela nacionalnog otpora ili samoodbrane? Oni koji su uključeni u terorizam uključeni su i u druge forme nasilja, oružanog konflikta, politike političkih stranaka koje su po međunarodnom pravu dopuštene? Time se stvara problem nemogućnosti određivanja da li su te osobe i grupe uvijek teroristi ili samo kada vrše terorističke radnje, odnosno da li im je osnovno zanimanje legalno, a terorizmom se bave u slobodno vrijeme, samo iz hobija. Dakle, status teroriste, odnosno, borca za slobodu je problem (do sada neodređenih, previše uopćenih) definicija terorizma u međunarodnom pravu! Jer, kako stvari sada stoje, i dalje je tanka linija razlikovanja jednih od drugih subjektivna i oprečna.

„Usprkos tome što je mit o terorizmu oslobođio prostor za okrutnu stvarnost, granica između otpora i terorizma ostaje subjektivna i sporna. Aforizam i dalje postoji: ‘terorista za jednog, borac je za slobodu drugom’“.³⁵

Poštovanje međunarodnog prava je preduvjet koji je potreban, ali, možda, nedovoljan da bi borci za slobodu bili legitimni akteri, a teroristi ono što zaista i jesu - teroristi. Ovo naravno valja potvrditi i sveobuhvatnom i općeprihvaćenom definicijom³⁶ terorizma u međunarodnom pravu. Ali, kako međunarodno pravo

³⁴ Alex Schmid, „Terrorism: The Definitional Problem“, War Crimes Research Symposium: Terrorism on Trial, 2004., 416.

³⁵ Jean - Marc Sorel, „Some Questions About the Definition of Terrorism and the Fight Against Its Financing“, *European Journal of International Law*, 2003., 367.

³⁶ Pritom valja uzeti u obzir i mišljenje H.H.A. Coopera koji zaključuje da su ogromne mogućnosti novog milenija postale sastavni dio zastrašujuće stvarnosti, te si stoga više ne možemo priuštiti fikciju da neko ko je jednoj osobi terorista drugoj može biti borac za slobodu. Borba za slobodu može biti njegova ili njena svrha, ali ukoliko je misija poduzeta uz upotrebu terorističkih sredstava, terorista, on ili ona su ono što preostaje; ne bi trebali da pomiješamo sofisticiranu uglađenost procesa definicije. Ovo prepostavlja priličnu važnost kako stariji oblici terorizma nestaju a novi, još strašniji načini ovog svirepog posla nastaju. (H.H.A. Cooper, „Terrorism: The Problem of Definition Revisited“, *American Behavioral Scientist*, 2001., p. 887).

ne dozvoljava akte terorizma ovaj problem više nije pravni, nego više politički. U određivanju prav(n)e prirode možda bi bilo dobro da se u obzir uzmu pojedinosti u pogledu svakog zasebnog predmeta, ali i svakog pojedinog aktera. Ukoliko je moguće osuditi teroristički akt na polju etike, to uvijek treba učiniti, jer puno je teže učiniti to na političkom polju, kada ima veliku potporu.

5. Zaključak

Čini se da postojeće definicije terorizma samo omogućavaju dalju upotrebu dvostrukih moralnih standarda, a onemogućuju stvaranje adekvatne strategije i borbu protiv terorizma. Pitanja koja se neminovno postavljaju su ona koja se odnose na to koga nazvati teroristom u modernom svijetu, kako odrediti njegovo djelovanje, koji su uzroci, motivi, ciljevi, sredstva, metode onoga što terorista čini? Ne radi se više o teoretskom problemu. Problem definiranja terorizma i određivanja razlike između teroriste i borca za slobodu treba prilagoditi općenitom načinu razmišljanja te je potrebno pronaći optimalnu ravnotežu između zaštite ljudskih prava i davanja ovlasti i slobode subjektima međunarodnog prava da se nose sa terorizmom.

Međunarodno pravo ne određuje terorizam bilo u kojoj formi ili obliku te bi zbog toga trebalo da se razvije i evoluira u novom pravcu. Postoje države koje nisu iskusile terorizam i teže promjeni zakona, ali postoje i države kojima je u interesu da ostave prazninu u međunarodnom pravu u odnosu na terorizam. Jer, ukoliko međunarodno pravo želi da prevaziđe ovaj *vacuum*, ono mora omogućiti državama definiciju kroz pravne norme, sredstva i instrumente za borbu protiv terorizma. U suprotnom, veoma je neozbiljno i nerealno očekivati da će države samostalno prilagođavati svoje zakonodavstvo.

6. Izvori i literatura:

Izvori:

1. Sveobuhvatna konvencija o međunarodnom terorizmu.

Knjige:

1. ANDERSON Sean K. with Stephen Sloan, *Historical Dictionary of Terrorism* (3rd ed.), The Scarecrow Press, Toronto, 2009.;
2. BAŠIĆ Nedžad & STOETT Peter, *Sigurnosne studije u tranziciji*, Univerzitet u Bihaću, Centar za ljudska prava i prevenciju konflikta u saradnji sa Univerzitet u Banja Luci, Centar za geostrateška istraživanja, 2003.;
3. CHALIAND Gérard and Arnaud Blin (eds.), *The history of terrorism, from antiquity to Al Qaeda*, University of California Press, Los Angeles, 2007.;
4. GUPTA Dipak K., *Who are the Terrorists?*, Infobase Publishing, New York, 2006.;
5. HOFFMAN Bruce, *Inside Terrorism*, Columbia University Press, New York, 2006.;
6. LAQUEUR Walter, *The New Terrorism, Fanaticism and the Arms of Mass Destruction*, Oxford University Press, London, 1999.;
7. NIKBAY Ozgur and Suleyman Hancerli (eds.), *Understanding and Responding to the Terrorism Phenomenon*, IOS Press, Amsterdam, 2007.;
8. THACKRAH John Richard, *Dictionary of Terrorism*, Routledge, London, 2004.;
9. WEINBERG Leonard and William L. Eubank, *What is Terrorism?*, Infobase Publishing, New York, 2006.;
10. WINKLER Carol K., *In the name of terrorism, Presidents on political violence in the Post - World War II Era*, State University of New York Press, Albany, 2006.

Članci:

1. „UN u potrazi za definicijom terorizma“, Vjesnik 27. juli 2005.;
2. BELLAMY Alex J., „Is War on Terror Just?“, *International Relations*, 2005.;
3. COOPER H.H.A., „Terrorism: The Problem of Definition Revisited“, *American Behavioral Scientist*, 2001.;
4. GANOR Boaz, „Defining Terrorism: Is One Man's Terrorist Another Man's Freedom Fighter?“, *Police Practice and Research*, 2002.;
5. JENKINS Brian M., „Statements of Terrorism“, *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 1982.;
6. KOECHLER Hans, „The United Nations, The International Rule of Law and Terrorism“, Fourteenth Centennial Lecture, Manila, 2002.;
7. SAHADŽIĆ Maja, „Pitanje definiranja terorizma u međunarodnom pravu“, *Pregled* no. 2, 2009.;
8. SAHADŽIĆ Maja, „Terorizam u međunarodnom pravu, ključne odrednice za razumijevanje fenomena terorizma“, *Pravna misao*, no. 7 - 8, 2009.;
9. SCHMID Alex, „Terrorism: The Definitional Problem“, *War Crimes*

-
- Research Symposium: Terrorism on Trial, 2004.;
10. SINGH K.R., „International Terrorism as an Instrument of State Policy“, *International Studies*, 1995.;
 11. SOREL Jean - Marc, „Some Questions About the Definition of Terrorism and the Fight Against Its Financing“, *European Journal of International Law*, vol. 14 no. 2., 2003.;
 12. SUTER Keith, „Terrorism and International Law“, *Contemporary Review*, 2005.

Web stranice:

1. <http://cns.miis.edu/pubs/inven/pdfs/intlterr.pdf>.

Elmedin Ahmić, dipl. kriminalist
Sveučilište/Univerzitet „Vitez“ Travnik
Fakultet pravnih nauka
elmedin_ahmic@hotmail.com

PRANJE NOVCA MONEY LAUNDERING

SAŽETAK

Pranje novca, kratko rečeno, označava proces legalizacije nezakonito steklene imovine. Inicijalne aktivnosti na suprotstavljanju ovoj pojavi koreliraju sa počecima intenzivne kampanje u borbi protiv nezakonite proizvodnje i stavljanja u promet opojnih droga na međunarodnom nivou. Uspostavljanje standarda namijenjenih suprotstavljanju pranju novca datira s kraja 80-tih godina prošlog stoljeća donošenjem Konvencije UN protiv nezakonite trgovine drogama i psihotropnim supstancama. Tada se pranje novca percipira isključivo kao aktivnost povezana sa legalizacijom sredstava koja potiču od zloupotrebe opojnih droga. Izazovi se odnose na pitanje harmonizacije definicija pranja novca kao krivičnog djela (uspostavljanje standarda u pogledu elemenata radnje i krivice krivičnog djela pranja novca, obimu inkriminiranja u odnosu na predikatna krivična djela i postojanje sticaja, subjekte ovog krivičnog djela, saučesništvo u ovom krivičnom djelu). Harmonizacija je neophodan uslov za međunarodnu saradnju u krivičnim stvarima pranja novca koja dovodi u pitanje zaštitu ličnih podataka pojedinaca i prava na pravično sudjenje. U tom smislu evidentna je evolucija propisa EU o ovim pitanjima i usklađivanja zakonodavstva BiH s tim propisima. Danas evropski standardi inkriminiranja pranja novca idu ka sve širem inkriminiranju ove pojave, odnosno, promoviranju intenzivnije saradnje između država u njenom suzbijanju. Države koje su potencijalne članice EU svoje pravne propise u ovoj oblasti trebaju uskladiti sa Evropskim standardima. I Bosna i Hercegovina je, također, uspostavila adekvatan pravni i institucionalni okvir za suprostavljanje pranju novca uz evidentne različitosti prilikom inkriminiranja ove pojave.

Ključne riječi: pranje novca, prethodno krivično djelo, sprečavanje pranja novca, saučesništvo, konvencije, trgovina opojnim drogama, banka.

SUMMARY

Money laundering is process of legalization of illegally obtained property. Initial activities on combating this phenomena with beginnings of intensive campaign called „war on drugs“ at international level. First anti-money laundering standards were set up by Vienna Convention of United Nations when money laundering was perceived

as activity strongly connected with legalization of property originally obtained by illegal production and trade of psychotropic substances. These challenges are related with issue of harmonization of money laundering definition as criminal offence (certain related with questions of actus reus and mens rea, scope of criminalization in relation with predicate offence, self laundering issue, subjects of money laundering offence, accessory etc.). Harmonization is *condition sine qua non* for effective international cooperation in criminal matters of money laundering which brings the issue of personal data protection and the right to a fair trial. In this sense evolution of EU legal instruments in this field and to address promptly of BiH. Nowadays is evident and recent standards widely criminalise money laundering and promotes intensive international cooperation in combating money laundering. Potential member states of EU should harmonize their legal instruments with relevant standards. The also Bosnia and Herzegovina has established adequate legal and institutional anti-money laundering framework with different approaches in criminalization of this phenomena.

Key words: money laundering, predicate criminal offence, prevention of money laundering, accessory, Convention, trade of psychotropic substances, bank.

UVOD

Pranje novca je proces kojim se želi zametnuti trag pravog izvora nezakonito stečenog novca, pri čemu se iskorištavaju finansijski, a sve češće i nefinansijski sektori i struke. Sukladno definiciji Smjernice 2005, taj proces obuhvata prikrivanje prave prirode i izvora novca, pretvaranje i prijenos imovine u smislu prikrivanja njezina protuzakonitog porijekla, odnosno, nabavku, posjedovanje ili upotrebu imovine proizašle iz kriičnog dijela. Prljavim se novcem smatra svaki novac koji je stečen kriičnim djelom i sva imovina koja proizilazi iz tog novca. To znači da pranje novca bez prethodne kriminalne aktivnosti ne postoji. Pranje novca je kompleksan sistem koji se razvija, primjenjuju se nove tehnike, a perači se sve više usavršavaju. Kriminalci se skrivaju iza komplikiranih transakcija koje obuhvataju međunarodne transfere, mijenjaju oblik novca, a pri svemu tome koriste se i savjetima vrhunskih bankarskih stručnjaka, brokera, investicijskih bankara, računovođa, konsultantskih kuća, javnih bilježnika i odvjetnika. Prljavi novac nikada nije opran. Bez obzira na to koliko je faza takav novac prošao i koliko su oblika nezakonita sredstva promijenila ova sredstva nikada neće biti čista u očima zakona. Upravo je to razlog zbog kojega bi se zakoni i podzakonski propisi, kao obrazovanje i iskustvo ovlaštene osobe i radnika koji rade neposredno s klijentima, trebali bazirati na poduzimanju mjera dubinske analize stranke, odnosno, na prikupljanju podataka o svrsi i predviđenoj prirodi poslovnog odnosa, kao i o stalnom praćenju poslovnog odnosa i transakcija. Potrebno je primijeniti glavno načelo „Upoznaj svog klijenta“¹, vrlo je važno utvrditi identitet stvarnog vlasnika, kao i poduzeti sve potrebne mjere ovisno o riziku i vrsti stranke, poslovnog odnosa, proizvoda ili transakcije. Sama priroda oplemenjivanja prljavog

¹ Bazelska preporuka finansijskim institucijama (Upoznaj svog klijenta), da obrate veću pažnju upoznavanju svojih klijenata prilikom poslovanja, naročito kod otvaranja računa u tim institucijama, kako bi se eventualno sprječila svaka zloupotreba od strane klijenta.

novca, omogućuje pronalazak određenih obilježja koja upućuju na moguće pranje novca. To su transakcije koje nemaju logičnih opravdavanja i nastaju isključivo radi same transakcije te radi česte kupovine i prodaje dobara, posebno uz honorare i provizije savjetnicima. Perač novca zainteresiran je samo za profit kao sekundarni cilj, a jedini stvarni motiv je prikrivanje pravog izvora novca.

I. METODOLOŠKA OBRADA

- 1) Predmet rada je pretstavljen u samom nazivu, ali se može implicitno odrediti na sljedeći način: aktivnosti vezane za pranje novca odavno su identifikovane. Nalazeći da se sprečavanje pranja novca mora aktivno sprovoditi, veći broj zemalja potpisuje i pristupa konvencijama koje određuju mјere i radnje radi djelotvornog otkrivanja i sprečavanja pranja novca. Iz istog razloga, a u cilju sprečavanja korištenja finansijskih i nefinansijskih sektora u svrhu pranja novca stečenog nelegalnim aktivnostima u Bosni i Hercegovini na snazi je Zakon o sprečavanju pranja novca² sa svojim preventivnim rješenjima koja se zasnivaju na prijedlozima većeg broja konvencija, preporuka i drugih propisa iz međunarodnopravnih okvira.
- 2) Djelo je inkriminisano i uvedeno u BH pravni sistem tokom 2003.godine³, a nalazi se u Zakonu kao posebno krivično djelo,(u okviru glave XVIII, Krivična djela protiv privrede i jedinstva tržišta te Krivična djela iz oblasti carina). Pranje novca opisano je i u članu 209. KZ BiH.
- 3) U analizi naznačene teme metodološkim pristupom obrade rada koristiće se pozitivnopravni, dogmatski i deskriptivni pristup. Tu su i nezaobilazni u korištenju i kazuistički i teleološki metodi, koji vode do traženja pravilnog teksta koji odgovara općim, posebnim i pojedinačnim ciljevima KZ-a i koji će u radu biti korišteni prije svega u djelu koji obrađuje krivičnopravne regulative u Bosni i Hercegovini.
- 4) Osnovni ciljevi istraživanja su sljedeći:
 - predstaviti teorijsko definisanje pojma pranja novca;
 - utvrditi sličnosti i razlike zakonskih regulativa u BiH za pranje novca;
 - ukazati na potrebno usklađivanje domaćeg krivičnog zakonodavstva sa međunarodnim konvencijama o sprečavanju pranja novca
- 5) Hipoteze se mogu formulisati na sljedeći način:
 - prema novom krivičnom zakonodavstvu BiH, uvedeno je novo krivično djelo pranja novca, sa nedovoljnim pojmovnim definisanjem;

² Zakon o sprečavanju pranja novca BiH, "Službeni glasnik BiH" br. 29/04, (Izmjene i dopune 53/09.)³

Krivični zakon BiH, ("Službeni glasnik BiH" br. 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07 i 8/10)

-
- uspostava i razvoj legislative za sprečavanje pranja novca u Bosni i Hercegovini (prije svega KZ BiH i Zakon o sprečavanju pranja novca), upoznati se sa razlikama i protivrječnostima, kako i na koji način ih prevazići;
 - predstaviti proces pranja novca kroz tri njegove faze i opisati nove tehnike i načine pranja novca u BiH

1. Historijski razvoj međunarodnih inicijativa za suzbijanje pranja novca

Novac je stara univerzalna ideja kojom se nekoj stvari može dati određena vrijednost, radi korištenja u spoljašnjem svijetu. Novac uglavnom ljudi prihvataju bez pitanja i provjeravanja tek u zadnje vrijeme⁴, a u različitim kulturama različito se doživljavao i tretirao. Ništa na svijetu nije jače od novca, kralja-vladara, da želja za novcem pokreće svaki zločin, a besjednik Ciceron naglašava da ništa nije neotporno toliko da se novcem ne bi moglo pribaviti. Ne može se sa sigurnošću reći kada se pranje novca⁵ prvi put pojavilo u svijetu, možemo samo primjetiti da se ono odvijalo u proteklih nekoliko stotina godina. Autor Sterling Seagrave u djelu „Lords of the Rome“ objašnjava kako su trgovci u Kini u periodu od 2000. godina prije nove ere skrivali svoje bogatstvo od gospodara koji bi im tu imovinu jednostavno oduzeli i protjerali ih iz zemlje. Da bi sakrili svoju imovinu, trgovci tog doba bi svoja sredstva premještali i investirali u udaljenim provincijama ili čak izvan Kine. Na ovakav način je rođena „offshore trgovina“, izbjegavanje plaćanja poreza i drugih obaveza prema državi kao i principi pranja novca (skrivanje, izmeštanje i investiranje dobara).

U sljedeća četiri milenija principi pranja novca se nisu posebno promjenili, ali mehanizmi odvijanja ovog procesa jesu. Tokom ovog perioda ljudi su koristili tehnike pranja novca kako bi skrili i premjestili novac, odnosno, imovinu nastalu vršenjem kriminalne djelatnosti, ali i često s ciljem skrivanja te imovine od dosega državnih tijela uključujući diktatorske režime i despotske vladare.⁶ Historijski gledano možemo primjetiti da se uporedo sa pojmom skrivanja imovine, koja je već tada imala karakteristike fenomena koji će mnogo godina kasnije dobiti naziv pranje novca, primjenjivao institut oduzimanja nezakonito stačene imovinske koristi.⁷ Čini se interesantnim primjetiti kako su ova dva pojma doživjela svoju renesansu u poslednjih nekoliko desetljeća kada dolaze na vrh prioriteta borbe protiv sve prisutnog organiziranog kriminala. U oblasti pranja novca zatišja nema, samo su

⁴ Prema Galbraithu (Money ,Zagreb,1986.str.18.), novac se kao siguran, vještački proizvod tako tretira tek u posljednjih nekoliko vijekova.

⁵ Eng.Money laundering,

⁶ Prije nekoliko stotina godina novac i vrijednosti su odvojeni, a imovina je postala pravi reprezent vrijednosti, često je to bila imovina bez suštinske vrijednosti, koja se povećala imovinom koja je bila prepoznatljiva i konvertibilna.

⁷ Prema Stančić T., Pravna priroda instituta oduzimanja imovinske koristi i njeno mjesto u krivičnom pravu, Zbornik Pravnog fakulteta u Splitu, 1979., str.753-759.

forme postale skrivenije, perfidnije. Slučaj Watergate u SAD je postao sinonim za zloupotrebu vlasti, poresku utaju, prikrivanje dokaza, korištenje javnih sredstava u privatne svrhe, nezakonite novčane priloge za izborne kampanje i drugo. Praćenje kretanja toka novca je i danas izuzetno važno kod otkrivanja i identifikovanja perača novca i dokazivanja ove radnje. Na sljedećem dijagramu koji nam jasno oslikava moguće metode pranja novca, dat je prikaz jednog broja tipologija koji se javljaju prema zvaničnoj evidenciji FATF-a.

Tabela 1: Metodi pranja novca prema FATF-u

<i>Gotovina se ulaže u banku (ponekad uz saučešništvo zaposlenih) ili se mijesha sa prihodom od legalnog biznisa</i>	<i>Telegrafsko prenošenje u inostranstvo (često uz korišćenje lažnih kompanija ili fondova prikrivenih kao profit od legalnih poslova)</i>	<i>Lažno vraćanje zajmova ili lažne fakture upotrebljene za prikrivanje opranog novca</i>
<i>Gotovina se izvozi</i>	<i>Gotovina se ulaže u bankarske sisteme u inostranstvu</i>	<i>Kompleks transfera (domaćih ili međunarodnih) kod kojih je nemoguće istražiti originalni izvor sredstava</i>
<i>Gotovina se koristi za kupovinu skupocenih predmeta, imovine ili ulaže u posao</i>	<i>Preprodaja dobara i ulaganje</i>	<i>Prihodi od imovine ili legalnih poslova se pojavljuju čisti</i>

Ovo što se može vidjeti na dijagramu, daje nam jasnu sliku širokog područja djelovanja perača novca na prikrivanju nelegalno stečenog izvora sredstava, kao i sve većim modalitetima i načinima na koji oni prikrivaju taj novac. Umnogome, njihovo područje djelovanja zavisi od organa koji se bave njegovim sprečavanjem, koliko su spremni i vješti uhvatiti se u koštač sa sve raznovrsnijim metodama i tehnikama kojima se perači koriste. Prema FATF-u, ti modaliteti jesu raznovrsni i svakim danom se javljaju novi.

2. Teorijsko definisanje pranja novca i njegova fenomenologija

Pojam pranja novca potiče iz engleskog jezika u kojem *money laundering* označava legalizaciju kapitala stečenog kriminalnom djelatnošću,⁸ odnosno, finansijske transakcije radi prikrivanja stvarnog porijekla novca i drugih oblika kapitala na tržištu. Zbog toga nema velikih problema kada su u pitanju shvatanja i određivanje sadržaja pojma pranje novca. Pranje novca se može definisati na više načina. Većina zemalja prihvata definiciju koja se navod u Konvenciji Ujedinjenih nacija protiv nezakonite trgovine narkoticima i psihotropnim supstancama iz 1998. godine (United Nations Convention Against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances - Bečka konvencija⁹): Konverzija ili prenos imovine, znajući da je ta imovina rezultat bilo kakvog prekršaja (vezanog za prodaju droge) ili čina učestvovanja u takvom prekršaju, sa namjerom skrivanja ili maskiranja kriminalnog porijekla imovine ili pomaganja bilo kom licu koje je uključeno u izvršenje takvog prekršaja s namjerom izbjegavanja pravnih posljedica aktivnosti tog lica. Upravo zbog složenosti samog procesa pranja novca u literaturi se pojavljuju različite definicije pranja novca, od kojih navodimo sljedeću¹⁰: *Pranje novca općenito podrazumijeva rješavanje, pretvaranje ili čišćenje novca stečenog kriminalnim aktivnostima (najčešće trgovinom droge), njegov prelaz preko međunarodnih granica (ponajviše povratak u zemlje gdje je droga proizvedena) i ponovno uključivanje tog novca u regularne novčane tokove.*

U zadnje vrijeme pranje novca sve više postaje međunarodna aktivnost globalnih razmjera. Iz tog razloga su mnoge međunarodne organizacije uspostavile standarde, procedure i preporuke kako bi rješavale ovaj fenomen. Iz toga proizilazi i Definicija FATF-a (Radne grupe za sprečavanje pranja novca) navodi se: *Pranje novca je obrada sredstava stvorenih kriminalnim aktivnostima radi prikrivanja ilegalnog porijekla takvih sredstava (radna definicija: "način da prljavi novac postane čist "ili" skrivanje čistog novca").*

Bosna i Hercegovina je u posljednje vrijeme počela poduzimati preliminarne mјere u cilju rješavanja ovog problema, što ćemo i prezentirati. Nakon kombinirane inicijative koju su pokrenuli Švicarski ambasador u Bosni i Hercegovini i Jedinica za borbu protiv korupcije, koja je uspostavljena pri Uredu visokog predstavnika, Jedinica za borbu protiv korupcije je zatražila od stručnjaka da izvrše procjenu ovih zakona i odgovarajućih procedura. Cilj ovog izvještaja¹¹ je da izvrši procjenu aktivnosti

⁸ Moramo biti svjesni da, iako većina procesa pranja novca obuhvata samo neke oblike novca, sve može biti upotrijebljeno u procesu pranja novca, npr: dijamanti, zlato, kreditne kartice, dionice, garancije, rijetke kovanice, police osiguranja i još mnogo drugih različitih oblika novca.

⁹ The Vienna Convention - Bečka konvencija, član 3(b). (<http://www.incb.org/e/conv/1988/>).¹⁰

Bejaković, P., Pranje novca, www.ijf.hr/pojmovnik

¹¹ Uz podršku Švicarske agencije za razvoj i saradnju, eksperti su obavili svoju misiju u Sarajevu i Neumu(BiH) u periodu od 1. do 5. maja 2000. godine. Izvještaj predstavlja stajališta gospođe Claire A. Daams, višeg istraživača i predavača na Univerzitetu u Bazelu i gospodina Stanley E. Morrisa, međunarodnog financijskog konsultanta i naučnog stručnjaka za pitanja pranja novca pri Vijeću Evrope.

koje se u Bosni i Hercegovini poduzimaju u oblasti borbe protiv pranja novca. U skladu sa definicijom Smjernica 2005/60/EZ, taj proces obuhvata prikrivanje prave prirode i izvora novca, pretvaranje i prijenos imovine u smislu prikrivanja njenog protivzakonitog porijekla, odnosno, nabavku, posjedovanje ili upotrebu imovine proizašle iz kaznenog djela, odnosno, sudjelovanje, povezanost, pokušaj pomaganja, poticanja te omogućavanje izvršenja bilo koje od navedenih radnji.¹² Posljednjih godina se značajno izražava u utajama poreza, ilegalnoj trgovini drogama i oružjem u organizovanoj kocki, prostituciji i reketu, kao i u procesima privatizacije kapitala te u organizovanim kanalima kriminala.

Ujedinjene nacije su odredile četiri glavne posljedice pranja novca, vezano za poslovanje, razvoj, privredu i vladavinu prava:

- Pranje novca podržava i otkriva kriminalne aktivnosti.

Pranjem novca kriminal dobija podsticaj da kroz oprani profit od izvršenog krivičnog djela istovremeno finansira buduće kriminalne radnje. Pranjem novca stvara se papirnatni trag koji stvara uslov za pronalaženje izvršioca¹³ predhodnog krivičnog djela i oduzete imovine.

- Pranje novca štetno je za poslovanje.

Pranje novca stvara bankama rizik vezan za stabilnost, problematizuju se sva sredstva koja su kontaminirana kroz procese pranja. Slobodno, tržišno, poslovanje je ugroženo jer nedostaje konkurentnost.¹⁴

- Pranje novca je štetno za ekonomski progres zemalja u razvoju i nacionalne ekonomije.

U te zemlje investitori rijetko ulažu jer njihove privrede pokreće *prljavi kapital*.¹⁵ Novac koji se utroši u borbi protiv pranja novca mogao bi da se troši u redovnoj ekonomiji ili u borbi protiv drugih oblika kriminala, a da pranje novca nije izuzetno veliki problem.

- Pranje novca ugrožava vladavinu prava.

Uticaj kriminala na ovaj način može da usporava ili onemogućava tranziciju neke zemlje ka demokratskom uređenju. Perači novca, sami kriminalci, stvaraju međunarodne mreže dajući snažnu podršku razvoju međunarodnog kriminala. U odgovoru na posljedice pranja novca Vijeće sigurnosti UN-a ima ovlaštenje da zemlju obaveže rezolucijom Vijeća sigurnosti, bez obzira na druge akcije. Ono što je najveće uloga UN-a, jest da pravovremeno i konkretno djeluju na svaku negativnu pojavu koja se dogodi u svijetu, donošenjem određenih smjernica, rezolucija, konvencija, a sve u cilju zaštite i boljeg životnog ambijenta u svijetu.

¹² Direktiva 2005/60/EC Evropskog parlamenta Savjeta od 26. oktobra 2005. ¹³

Uputstvo insajder u aferi Watergate bilo je „pratite trag novca“...

¹⁴ Bray, N., portparol OECD-a: "Konkurenčija između preduzeća koja pružaju finansijske usluge treba da se zasniva na kvalitetu i cjeni, a ne na netransparentnim praksama koje podstiču izbjegavanje poreza".

¹⁵ Financial Action Task Force on Money Laundering, Basic Facts About Money Laundering, na <http://fatf.gafi.org>

3. Kriminološko određenje pranja novca

Svrha sve većeg broja krivičnih djela protiv privrede i jedinstva tržišta je sticanje imovinske, odnosno, protivpravne imovinske koristi¹⁶ za grupe ili pojedince koji su u kriminalnim aktivnostima učestvovali i/ili doprinosili na različite načine. Privredni sistem jedne države štiti se odgovarajućom ekonomskom politikom, dok se poštivanje mjera državne intervencije može osigurati krivičnopravnom zaštitom. Pranje novca, dakle, nije samo pitanje morala, već i ekonomije, jer ova procjena govori da je promet od ove nelegalne aktivnosti veći od prometa cijelokupne svjetske automobilske industrije. To znači da se prema časopisu „Economics“ iz 2001.godine svakog minuta opere više od 750.000 €.¹⁷ Bez predikatnog krivičnog djela¹⁸ i elemenata prikrivanja nema ni krivičnog djela pranja novca.

Iz dosadašnjeg izlaganja jasno je da pranje novca nikako nije novi pojarni oblik u kriminalnom svijetu. Taj zaključak vrijedi i za BiH. Ono što je relativno novo kod nas su mehanizmi zaštite u vidu novog krivičnog djela. Princip legaliteta ponovo je došao do izražaja¹⁹. Zato ne čudi da se povećavaju odobreni iznosi koji se troše na sprovođenje mjera protiv pranja novca, ali i eufemizmi koji se pojavljuju u vezi sa pranjem novca. Bosna i Hercegovina teži uključivanju u svjetske tokove borbe protiv pranja novca, prilagođavanjem nacionalnog pravnog poretka međunarodnom. Harmonizacija i prilagodavanje prava u oblasti sprečavanja i otkrivanja pranja novca polahko postaje dio pravne realnosti. Sprečavanjem, otkrivanjem i gonjenjem učinilaca za krivično djelo pranja novca svijet je dobio efikasno oružje za oduzimanje imovinske koristi stećene krivičnim radnjama.²⁰ Razvijeno informatičko društvo, raširena, povezana i brza trgovina i razvoj puteva, transportnih i virtualnih, doveli su do povezivanja nesluženih razmjera ne samo u svakodnevnom životu, već i u svijetu kriminala. Pranje novca je međunarodni fenomen, zbog toga ga je potrebno tretirati sveukupno, uređeno u svjetskim razmjerama, jer će samo zajednička borba protiv kriminala, donijeti plodove. To znači da se zahvaljujući publicitetu koji ova tema dobija kod mnogih, pojavljuje zabrinutost zbog moguće destabilizacije ekonomskog sistema preko uticaja prljavog novca. Pravo samo po sebi ne izvršava svoju ulogu tek normiranjem i sankcionisanjem, nego i sprečavanjem zabranjenih ili štetnih pojava, koje sveukupnu slobodu (od prava čovjeka do ekonomskog liberalizma) ometaju ili

¹⁶ U KZ BiH u glavi XVIII-Krivična djela protiv privrede i jedinstva tržišta te krivična djela iz oblasti carina; čl.204-216 KZ BiH, (Zaštitni objekt ove glave krivičnih djela je privredni sistem, privredno poslovanje i odnosi u privredi).

¹⁷ Classens , R. Sprečavanje pranja novca, Udruženje banaka Srbije ,Beograd, 2006. op. cit. str.10.

¹⁸ Faza „predikatno krivično djelo“ proizvod je neposrednog prevoda našeg zakonodavca pojma *predicate offense* iz tzv.Strazburške Konvencije o pranju, traženju, zapljeni i konfiskaciji prihoda stečenih kriminalom koja je ratifikovana 2.jula 2001.god.

¹⁹ Stanojević, Z., Komentar krivičnog zakonika, Beograd, 2006. Načelo legalitea u krivičnom pravu ima četiri djela: Nulla poenasine lege scripta, nulla poena sine lege praevia, nulla poena sine lege certa i nulla poena sine lege stricta. Zajedničko ovim pravilima je princip da zakon kojim se propisuje krivično djelo i sankcija djeluju samo pro future.

²⁰ Financial Intelligence Processing Unit,C.F.I.: Excepts from the annual report 2001/02, Brussels, 2002, str.25.

deformišu. U takvoj ulozi je pravo, aktivan činilac, a ne samo pasivan sistem. Pri sprečavanju i otkrivanju pranja novca govorimo o posebnom dijelu pravne nauke koji ima dodirnih tačaka i sa međunarodnim javnim pravom, ustavnim pravom, krivičnim pravom i postupkom, prekršajnim pravom, krivičnom odgovornošću pravnih lica itd. Sve ove grane prava se međusobno prepliću, dopunjavaju i dodiruju. Stoga se za ovu regulativu ne može reći da pripada samo jednoj grani prava već da je riječ o pravnm *novumu* koji uređuje sprečavanje i sankcionisanje pranja novca, a koji predstavljaju pokretač razvoja nacionalnog prava.

4. Pranje novca povezano sa terorizmom

U skladu sa jednom od definicija terorizma u Krivičnom zakonu BiH, osnovni cilj teorizma je „ozbiljno zastrašivanje stanovništva ili prisiljavanje organa vlasti BiH, vlade druge zemlje ili međunarodne organizacije, da što izvrši ili ne izvrši s ciljem ozbiljne destabilizacije“²¹. Sve ove aktivnosti zahtijevaju svoje izvore finansiranja, što je potrebno obezbijediti na neki način. Sredstva koja se koriste za podršku terorizmu mogu da potiču iz legalnih izvora, iz kriminalnih aktivnosti ili iz obadva izvora. Zbog tih razloga FATF je peporučio da svaka zemlja finansiranje terorizma proglaši krivičnim djelom te da učini nezakonitim teroristička djela i terorističke organizacije kao i da takve prekršaje učini predmetnim prekršajima za pranje novca. Sa stručnog gledišta metode kojima se koriste teoristi i njihovi saradnici u cilju ostvarivanja prihoda iz nezakonitih izvora razlikuju se od onih kojima se koriste tradicionalne kriminalne organizacije. U prošlogodišnjim istragama finansijskih aktivnosti povezanih sa terorizmom, stručnjaci FATF-a su zaključili da se teroristi i organizacije koje ih podržavaju koriste istim metodama pranja novca kao i kriminalne grupe. Pri tome se najčešće primjenjuje: krijumčarenje gotovine (putem kurira i putem velike pošiljke gotovine), strukturirano deponovanje ili povlačenje sredstava sa bankovnih računa, kupovina različitih vrsta monetarnih instrumenata (putničkih čekova, bankovnih čekova, platnih naloga), korištenje kreditnih ili debitnih kartica i elektronski transfer novca. Postoje indikacije da su određeni oblici „podzemnog“ bankarstva (posebno na osnovu „hawala sistema“) odigrali ulogu u premještanju terorističkih sredstava.

Postoje dva osnovna izvora²² finansiranja terorističkih aktivnosti:

- prvi podrazumjeva finansijsku podršku država ili struktura sa dovoljno velikom organizacijom da prikupe sredstva i stave ih na raspolaganje teroristima (tzv. „sponzorisani teorizam“). Takođe, mogući su i slučajevi da pojedinci sa dovoljnim finansijskim sredstvima pružaju značajnu finansijsku podršku teoristima;
- drugi se odnosi na prikupljanje sredstava za finansiranje teorističkih organizacija direktnim pribavljanjem sredstava različitim aktivnostima koje mogu biti legalne i nelegalne prirode.

²¹ Krivični zakon BiH („Sl. glasnik BiH“ br. 3/03, 32/03,..., i 8/10.), čl. 201., st. 1.

²² Financial Action Task Force, Report on Money Laundering Typologies for 2001-2002, Paris, p.3.

Iz navedenog se vidi da je najvažnija razlika između pranja novca i finansiranja terorizma to što sredstva uključena u finansiranje terorizma mogu da potiču iz legalnih izvora, kao i iz kriminalnih aktivnosti. Uporedo sa zvaničnim legalnim transferom sredstava kojima se koriste perači novca ili terorističke skupine, poznati su još neki nezvanični sistemi prenosa sredstava u svijetu, zavisno od područja, kao što su Hawala/hundi²³ transfer, Istočnoazijski ili Kineski sistem transfera sredstava, Black Market Peso Exchange (Crno devizno tržište pezosa), off shore bankarstvo i drugi.

5. Prethodna krivična djela

U pogledu utvrđivanja činjenice da imovina koja je predmet pranja potiče od izvršenja prethodnog krivičnog djela, nije neophodno da već postoji pravosnažna presuda za to, prethodno, krivično djelo. Bitno je da je riječ o krivičnom djelu, a ne nekoj drugoj kažnjivoj radnji, kao što je npr. prekršaj ili privredni prestup. Izvršilac krivičnog djela pranja novca, osim u situaciji *self launderinga*, ne smatra se saučesnikom u izvršenju prethodnog krivičnog djela, osim ako pranje novca nije bilo obećano ili dogovorenio još prije ili za vrijeme izvršenja tog djela kojim je pribavljena imovina koja se konvertuje; tada može biti riječi o posebnom obliku pomaganja. Za postojanje krivičnog djela pranja novca nije od značaja kojim prethodnim krivičnim djelom je pribavljena imovina koja se potom konvertuje, ko je izvršilac tog djela, da li je on krivično odgovoran, da li je kažnjavan za prethodno krivično djelo, da li je za njega zastarjelo krivično gonjenje i slično. Sve te činjenice utvrđuju se (ako nema osude za prethodno krivično djelo) u postupku izvođenja dokaza i utvrđivanja postojanja bitnih elemenata krivičnog djela pranja novca, odnosno, može se samo za potrebe konkretnog predmeta utvrđivati da li imovina potiče od izvršenja prethodnog krivičnog djela. Postoje dvije osnovne vrste krivičnih postupaka vezanih za pranje novca i prethodna krivična djela, a to su:

1. integrисани slučajevi (*mixed cases*), gdje je postupak za pranje novca *uključen* u optužnicu za prethodno krivično djelo;
2. oodvojeni krivični postupci (*stand alone cases*), gdje se za pranje novca vodi poseban, solo postupak. *Postojanje osudujuće presude za prethodno krivično djelo nije uslov za osudujuću presudu pranja novca.*²⁴

Prvi način optuženja i suđenja se u praksi zemalja koje su otišle najdalje u borbi protiv pranja novca polahko i sigurno sve više napušta te se prihvata vođenje krivičnih postupaka kao *stand alone cases*, te utvrđuju prethodna krivična djela po *all crime* modelu, što bi trebalo da postane pravilo i u postupanju naših organa otkrivanja, gonjenja i procesuiranja. S obzirom na ovu činjenicu, tek je posljednjim izmjenama i dopunama KZ BiH, inkriminirano kao poseban stav u članu 209. KZ BiH prethodno

²³ Hawala na arapskom jeziku znači „mijenjati“.

²⁴ Konvencija Savjeta Evrope o pranju, traženju, zapljeni i konfiskaciji prihoda stečenih kriminalom i o finansiranju terorizma, od 12.aprila 2005.godine, koja predstavlja revidiranu Konvenciju iz 1990.godine. Nova Konvencija sadrži odredbu koja obavezuje države potpisnice da obezbijede da presuda za prethodno krivično djelo ne bude uslov za presudu za krivično djelo pranja novca.

krivično djelo,²⁵ gdje se navodi da, ukoliko je učinilac izvršilac i prethodnog krivičnog djela u odnosu na pranje novca iz ovog člana, ta činjenica pretstavlja otežavajuću okolnost, što ranije nije bio slučaj.

6. Faze pranja novca

U teoriji i praksi postoji veliki broj različitih tehnika pranja novca. Zajedničko obilježje za sve metode je da novac prolazi kroz tri osnovne etape, faze. Iako proces pranja novca izgleda veoma komplikovan, on se uglavnom može objasniti kroz ta svoja tri osnovna etapna oblika. Američki Ured za sprečavanje pranja novca FinCEN pretstavlja proces pranja novca kroz tri faze: *ulaganje, oplemenjivanje/ležanje i integraciju*. Ono što je karakteristično za sve tri faze jest da je sam proces od sticanja nelegalnih sredstava iz određenih krivičnih djela, preko ulaganja tih sredstava, pa sve do integriranja u legalan finansijski tok, povezan i dobro osmišljen pa ga karakteriše velika tajnost i povjerenje između članova kriminalne grupe.

6.1. Faza ulaganja

U fazi ulaganja, sredstava iz kriminalne djelatnosti (npr. prodaja droge) ulažu se u finansijski sistem ili se investiraju u nekretnine i pokretnine. Glavni cilj je ubaciti novac u finansijske tokove ili ga prebaciti izvan zemlje. Perači novca pri tom izlažu svoju „zaradu“ riziku, stoga je ta faza s obzirom na mogućnost detekcije prljavog novca krucijalna. Gotovina pribavljena kriminalnim poslovima uplaćuje se na bankarske račune, obično pod izgovorom neke regularne djelatnosti što pretstavlja fazu ulaganja. Najčešće se depoziti ulažu zbog nekog legalnog posla, gdje se plaćanje obavlja u gotovom novcu, kao što su: garaže, luksuzni butici, galerije, tržni centri, restorani, hoteli itd. Ukoliko se gotovina stvorena kriminalom pomiješa sa prihodima legalnog poslovanja, smanjuje se mogućnost brzog otkrivanja „vrućeg novca“. Uplata u banku novca stečenog kriminalom, može biti izvršena na mnogo načina. Neki od postupaka koji su karakteristični za fazu ulaganja: uplata „vrućeg novca“ pod pokrićem redovnih gotovinskih prihoda od poslovanja, osnivanje lažnih, tzv. „fantomske preduzeća“ koja ne posluju i postoje samo kao sredstvo za uplatu gotovog novca na račune u bankama, usitnjavanje velikih suma novca među saradnicima koji ga polažu na račune u iznosima koji su dovoljno mali ili su ispod zakonskog cenzusa pa zbog toga nisu sumnjivi bankarskim radnicima i nisu predmet izvještavanja i posebnog praćenja.

Bez obzira na to pojavljuje li se novac koji proizlazi iz kriminalne aktivnosti u obliku gotovine ili ne, faza polaganja najopasnija je za kriminalce. Tada još postoji direktna veza između novca i kriminalca. Od tog trenutka novac više nije gotovina već se pretvara u brojeve na papiru ili na zaslонu ekranra. Upravo je to razlog zbog kojeg bi se zakoni i podzakonski propisi, kao i usavršavanje ovlaštene osobe i službenika koji

²⁵ Izmjene i dopune KZ BiH, (Sl. Glasnik br. 8/10), čl.209. st.2. (Propisana kazna zatvora je od 1 do 10 god)

rade neposredno s klijentima, trebali bazirati na poduzimanje mjera dubinske analize stranke.

6.2. Faza oplemenjivanja (ležanje)

Sljedeća faza u procesu pranja novca poznata je pod nazivom oplemenjivanje, ali se naziva i pretresanje, prikrivanje ili miješanje. Nakon što je gotovina pretvorena u bankarski depozit, naredni korak u procesu pranja novca je faza oplemenjivanja, koja se ostvaruje prebacivanjem sredstava s jednog računa na račune raznih banaka u svijetu, prividnih, fiktivnih subjekata kao i drugih finansijskih institucija, a sve radi prikrivanja originalnog izvora i destinacije početnog kriminalnog kapitala.

Novac se premješta mnogobrojnim transakcijama čiji je glavni cilj da se prikrije veza između novca i kriminalne aktivnosti od koje potiču. Sama priroda oplemenjivanja omogućava pronalazak određenih obilježja koja upućuju na moguće pranje novca. To su finansijske transakcije koje nemaju logičnog opravdanja i nastaju isključivo radi same transakcije, te radi česte kupovine i prodaje dobara, posebno uz honorare i provizije savjetnicima. To mogu biti i računi koji su stvoreni od mnogo manjih računa, od računa među kojima ne postoji veza, kao i nedostatak interesa za gubitke prilikom ulaganja, troškova banke i sl. Prava svrha ovakvih transakcija je da prikriju tragove kretanja novca i da otežaju posao svakome ko pokuša da istraži odakle novac potiče.

6.3. Faza integracije

Posljednja faza pranja novca kojom ponovo ulazi u legalne finansijske tokove je faza integracije. Novac se ulaže u zakonite poslove ili investira, poslije čega se javlja kao novac koji potiče od zakonom dozvoljene djelatnosti. Završna faza procesa pranja novca zapravo je integracija nezakonitih sredstava koja su postala zakonita i koja su uspješno uronjena i položena u finansijski sistem. Popularni metod integracije novca stečenog kriminalom u legalne tokove je kupovina nekretnina, kao što su poslovne zgrade, skladišta ili stanovi. Iako se ovaj novac finansira prljavim novcem, prihod koji se ostvaruje izdavanjem prostora u zakup neće biti sumnjiv jer je rezultat zakonom dozvoljene djelatnosti. Cilj ove faze i procedure pranja novca je da se novac stečen kriminalom prebaci u poslove koje zakon ne zabranjuje.

Ovdje moramo napomenuti da se često sve tri faze ponekad ne mogu razlikovati. Pojedine faze pranja novca mogu biti iste ili se još češće mogu međusobno preklapati. Za primjer može poslužiti sljedeći tipični metod pranja novca: novac prikupljen od prodaje droge na američkim ulicama prošvercan je preko granice u Kanadu gdje je u mnogobrojnim mjenjačnicama zamijenjen za veće novčanice kako bi mu se smanjila težina i obim. Kuriri su organizirano putovali avionom i nosili ga u London, gdje su obavlјana plaćanja za finansijsku ustanovu u Jerseyu. U istrazi je ustanovljeno da su iz Velike Britanije obavljene uplate na 14 računa u Jerseyu koji su glasili na imena lokalnih direktora. Nakon toga sredstva su prikrivenim porijekлом

vraćana u SAD ili putem kredita koji su davani kompanijama koje su bile u vlasništvu naručitelja cijele akcije ili se, pak, finansijska ustanova u Jerseyu koristila za depozit da bi se kasnije obavljao neposredni transfer u SAD. Kako će se odvijati pojedina faza i koje će se metode pri tom koristiti, zavisi od raspoloživih mehanizama za pranje i od zahtjeva organizovanog kriminala koji je taj posao naručio.

7. Međunarodni propisi

Sve međunarodne konvencije ili organizacije donijete su, odnosno, formirane u cilju zaštite ljudi i stvaranja boljeg i sigurnijeg životnog ambijenta. S porastom javne svijesti o prijetnji koju organizirani kriminal predstavlja društvu i s prepoznavanjem fenomena pranja novca kao vrlo opasnog za stabilnost pojedinih ekonomija, a otkrivanje i sprečavanje pranja novca je učinkovit instrument u borbi protiv organiziranog kriminala, međunarodna je zajednica donijela niz konvencija, preporuka i smjernica, među kojima su slijedeće: Konvencija Ujedinjenih naroda protiv nezakonitog prometa opojnih droga i psihotropnih tvari (Beč, 1988.), kojom se razmatra problem i određuju načini borbe protiv narkotika, oduzimanjem profita stečenih nezakonitom proizvodnjom i prometom narkoticima, te promovira međunarodna saradnja država članica; Konvencija 141. Vijeća Europe o pranju, traganju, privremenom oduzimanju i oduzimanju prihoda stečenoga krivičnim djelom (Strasbourg, 1990.); Smjernice Vijeća EU o sprečavanju korištenja finansijskog sistema za pranja novca (1991/308/EEC, 2001/97/EC i 2005/60/EZ).

Njima se propisuje identifikacija stranke, dubinska analiza, verifikacija i nadzor klijenta - stvarnih vlasnika, vođenje evidencije i statistike, nadzor i sankcije.

Osim navedenih konvencija i rezolucija, spomenut ćemo još neke koje su vezane za borbu protiv pranja novca, kao što su: Globalni program protiv pranja novca (Global Programme Against Money Laundering), Vijeće sigurnosti UN usvojilo je Rezoluciju 1373,²⁶ koja obavezuje zemlje da proglose aktivnosti za finansiranje terorizma krivičnim djelima, *Četrdeset preporuka* (*The Forty Recommendations*), koje predstavljaju sveobuhvatan okvir za BPPN, a za univerzalnu primjenu u svim zemaljama svijeta osmisnila ih je Radna grupa za finansijske akcije u vezi s pranjem novca (Financial Action Task Force on Money Laundering - FATF). Za postizanje te proširene misije, FATF je usvojio devet Posebnih preporuka o finansiranju terorizma (Special Recommendations on Terrorist Financing) (Posebne preporuke).²⁷

²⁶ <http://www.un.org/Docs/>

²⁷ Vidjeti, Special Recommendations (Posebne preporuke). One su date u ankesu V.

8. PRANJE NOVCA U BOSNI I HERCEGOVINI

8.1. Inkriminacija djela u zakonodavstvima BiH

Zakonodavnu strukturu u Bosni i Hercegovini za sprečavanje i suzbijanje pranja novca čine odredbe krivičnih zakona i odredbe Zakona o sprečavanju pranja novca kao i određena podzakonska akta iz ove oblasti. Krivično zakonodavstvo Bosne i Hercegovine propisuje inkriminaciju pranja novca na nivou BiH,²⁸ na nivou entiteta Federacije BiH²⁹ i Republike Srpske,³⁰ i na nivou Brčko Distrikta.³¹ Može se reći da su krivično pravne odredbe o pranju novca u spomenutim zakonima, usaglašene, s tim da Krivični zakon Republike Srpske sadrži, unutar inkriminacije pranja novca i odredbe koje posebno opisuju oblike saučesništva u ovom krivičnom djelu. Svi spomenuti propisi o pranju novca, kao krivičnom djelu, usaglašeni su sa standardima i principima navedenih međunarodnih dokumenata, koje je BiH do sada ratificirala.

Zajedno sa krivičnim zakonima, Zakon o sprečavanju pranja novca BiH³² predstavlja, temeljni zakonski oslonac kada je u pitanju sprečavanje i suzbijanje pranja novca. Može se reći da je ovaj zakon u saglasnosti sa ključnim međunarodnim standardima i principima koji se preporučuju zemljama u procesu tranzicije i harmonizacije propisa sa propisima EU. Ovaj zakon je stavio van snage predhodno donesene zakone o sprečavanju pranja novca Federacije BiH,³³ Republike Srpske³⁴ i Brčko Distrikta BiH.³⁵

8.2. Razvoj legislative za suprotstavljanje pranju novca u BiH

Krivično djelo pranja novca je sistematizovano u okviru glave XVIII KZ BiH (Krivična djela protiv privrede i jedinstva tržišta te krivična djela iz oblasti carina). Ovo krivično djelo predstavlja potpuno novu inkriminaciju u zakonodavstvu Bosne i Hercegovine. Strategijom i Akcionim planom za sprječavanje pranja novca i finansiranja terorističkih aktivnosti u Bosni i Hercegovini je zatraženo da se navedu najčešće korištene metode za pranje novca stečenog vršenjem kriminalnih radnji u Bosni i Hercegovini. Slična procjena je također uvrštena u odgovor Ministarstva sigurnosti BiH na upitnik koji je posao SECI- Incijativa za saradnju u Jugoistočnoj Evropi iz 2008., utvrđeno je da prijetnju pretstavljaju slijedeće metode: korištenje gotovine; osnivanje lažnih preduzeća; korištenje fizičkih lica kao prividnih partnera

²⁸ Krivični zakon BiH, (“Sl. glasnik BiH, br. 3/03,..., 55/06, 32/07,8/10.),

²⁹ Krivični zakon FBiH, (“Sl. novine FBiH“ br. 36/03.),

³⁰ Krivični zakon RS, (“Sl. glasnikRS“ br. 49/03, 108/04.),

³¹ Krivični zakon Brčko Distrikta BiH, (“Sl. glasnik BD BiH“ br. 10/03.),

³² Zakon o sprečavanju pranja novca BiH, (“Sl. glasnik BiH“ br. 29/04, 53/09.),

³³ Zakon o sprečavanju pranja novca u FBiH, (“Sl. novine FBiH“ br. 8/00-115 i 118),

³⁴ Zakon o sprečavanju pranja novca, RS (Sl. glasnik RS, br. 52/01),

³⁵ Zakon o sprečavanju pranja novca u Brčko Distriktu BiH, (Sl. glasnik BDBiH, br.14/03),

za potrebe osnivanja lažnih preduzeća; otvaranja bankovnih računa i kupovinu imovine; ulaganje u građevinsku industriju; ulaganje u nekretnine i ulaganje u proces privatizacije.

Pravne reforme kao dio strategije suprostavljanja pranju novca u BiH je nužno elaborirati u kontekstu sveobuhvatne reforme pravnog sistema u BiH. U okviru reforme pravnog sistema u BiH posebno mjesto zauzima reforma krivičnog zakondavstva koja je svoju kulminaciju imala tokom 2003.godine. Odredbom KZ BiH pranje novca je inkriminisano na način da „djelo čini onaj ko novac ili imovinu za koju zna da su pribavljeni počinjenjem krivičnog djela primi, zamjeni, drži, njome raspolaže, upotrijebi u privredi ili drugom poslovanju ili na drugi način prikrije ili pokuša prikriti“.³⁶ Na sljedećem tabelarnom prikazu data je struktura kazni za krivično djelo pranja novca prema Krivičnim Zakonima u BiH.

Tabela 2. Pranje novca kroz krivičnopravni sistem Bosne i Hercegovine

Inkriminacija Zakonska regulativa	Osnovni oblik djela (umišljaj)	Otežavajuća okolnost (veći iznos)	Olakšavajuća okolnost (nehat)	Učinilac ili saučesnik u prethodnom KD	Izvršilac više lica (zločinačka oraniacija)	Oduzimanje imovinske koristi (mjera sigurnosti)
KZ BiH Čl. 209	1 do 8 god.	Najmanje 3 god. (200.000 KM)	Novčana kazna ili kazna zatvora do 3g.	1 do 10 god. (nova	Nije inkriminiran sano	Oduzet će se
KZ FBiH Čl. 272	Od 6 mjeseci do 5 god.	Od 1 do 10 god.	Novčana kazna ili kazna zatvora do 3g.	inkriminacija) Nije inkriminisan No	Nije inkriminiran sano	Oduzet će se
KZ RS Čl. 280	Od 6 mjeseci do 5 god.	Od 1 do 10 god.	Kazna zatvora do 3g.	Od 1 do 8 god.	Od 2 do 12 g.	Oduzet će se
KZ BD BiH Čl. 265	Od 6 mjeseci do 5 god.	Od 1 do 10 god.	Novčana kazna ili kazna zatvora do 3g.	Nije inkriminiran sano	Nije inkriminiran sano	Oduzet će se

Posljednjim izmjenama i dopunama, prije svega KZBiH, ovo djelo je u dobroj mjeri izmijenjeno i dopunjeno u odnosu na rješenje iz 2003.godine. To se odnosi na pooštrenje krivičnih sankcija i uvodenje dodatnog stava kao otežavajuće okolnosti pri izvršenju krivičnog djela pranja novca ukoliko se izvršilac javlja kao učinilac ili saučesnik u prethodnom krivičnom djelu. U poređenju sa zakonskim rješenjima entiteta i BD, vidjet ćemo da je ujednačen zakonski okvir, izuzev kod određenja inkriminacije u KZ RS, gdje se javlja dodatni oblik izvršenja djela od strane više lica, odnosno, zločinačke organizacije. Ovaj institut je u samom nazivu određen i definisan u RS, izvršenjem pranja novca kao organizovanog oblika, što je sasvim

³⁶ Krivični zakon BiH, (Sl. glasnik BiH”, br. 3/03,..., 55/06, 32/07 i 8/10. član 209.st.1.)

sigurno jedna prednost pri samoj kvalifikaciji djela od strane suda.

Kao mjeru sigurnosti oduzimanja predmeta³⁷ zakonodavac propisuje obavezno oduzimanje novca i imovine koji su stečeni krivičnim djelom, a koje je počinitelj prikrio, odnosno pokušao prikriti. Ono što nedostaje ovom zakonskom obliku, jest harmonizacija krivičnih zakonodavstava u BiH. Iako je ona u dobroj mjeri usaglašena, ipak je potrebno još napora u njihovom definiranju, a prije svega kod izjednačavanja i pooštavanja krivičnih sankcija u odnosu na postojeće. Očigledno je da se osnovni oblik ovog krivičnog djela može počiniti sa namjerom, uz ispunjenje uslova da je počinitelj imao tzv. konstruktivno znanje da se radi o nezakonitom novcu ili imovini.³⁸ Ima mišljenja da za postojanje krivičnog djela pranja novca nije nužno da je sudskom presudom utvrđeno da su imovina ili novac pribavljeni krivičnim djelom. Za tzv.osnovno krivično djelo ne mora biti niti pokrenut krivični postupak (npr. počinitelj djela je u međuvremenu umro ili je počinitelj nepoznat). Dovoljno je da počinitelj zna da je djelo počinjeno, odnosno, da su novac i imovina stečeni krivičnim djelom pri čemu zakonodavac nije napravio razliku između krivičnih djela, može se raditi bilo o kojem krivičnom djelu, a po pravilu se radi o počinjenju teških krivičnih djela. U odnosu na obim inkriminacije očigledno je da je zakonodavac odabrao tzv.“*all crimes*“ pristup, odnosno, inkriminisaо pranje/legalizaciju novca ili imovine koji potiču iz počinjenja bilo kojeg krivičnog djela koje objektivno može generirati imovinsku korist. Ovakvim uređenjem čak nije precizno naveden iznos, odnosno, visina novca ili imovine (izuzev KZBiH, gdje je posljednjim izmjenama definisano kao otežavajuća okolnost, ukoliko se radi o iznosu od 200.000 KM),³⁹ stečenih počinjenjem krivičnog djela. Zakonodavac za postojanje ovog oblika krivičnog djela predviđa da se radi o novcu ili imovini veće vrijednosti ili ovo krivično djelo ugrožava zajednički ekonomski prostor BiH ili ima štetne posljedice za djelatnosti ili finansiranje institucija BiH.

8.3. Obim i efekti pranja novca u Bosni i Hercegovini

Metode pranja novca⁴⁰ u BiH slične su kao one kod utaje poreza. U BiH su u 2007. godini evidentirana 1.493 krivična djela ekonomskog kriminala, što je za 9,2% više u odnosu na 2006.godinu, navedeno je u informaciji Ministarstva sigurnosti

³⁷ Prema odredbi čl. 74. Krivičnog zakona BiH (Oduzimanje predmeta) kao mjeru sigurnosti oduzimaju se predmeti “koji su bili upotrijebljeni ili su bili namjenjeni za učinjenje KD ili koji su nastali učinjenjem KD ako postoji opasnost da će biti ponovo upotrijebljeni za učinjenje KD ili kada se u cilju zaštite opće sigurnosti ili iz moralnih razloga oduzimanje čini apsolutno neophodno, ako su vlasništvo učinioца“.

³⁸ Iz navedenih dokaza nesumnjivo proizlazi da je na strani optuženog postojala volja za poduzimanje inkriminiranih radnji kao i svijest o njihovom značenju, što logično uključuje i svijest o porijeklu novca, pogotovo ako se ima u vidu broj učinjenih radnji, odnosno, način na koji su to optuženi činili te količina novca koji je kao nelegalan uključen u redovne finansijske tokove zemlje (stekla su se kao objektivna tako i subjektivna zakonska obilježja krivičnog djela pranja novca iz čl. 209., st.2., a u vezi sa st. 1., nikako iz st.3.) Sud Bosne i Hercegovine, K-68/05.od 18 Maja 2005.godine.

³⁹ Krivični zakon BiH, (Sl. glasnik BiH”, br. 3/03,..., 55/06, 32/07 i 8/10. član 209.st.2.)⁴⁰

Agencija za istraže i zaštitu, SIPA,(www.informator.com, 13. 5. 2010.g.)

BiH.⁴¹ U Republici Srpskoj broj krivičnih prijava protiv osoba umiješanih u utaju poreza i pranje novca udvostručio se u periodu od 2002. do 2004. godine (sa 22 na 44 predmeta). Do maja 2005. godine, iznos opranog novca bio je 110,82 miliona KM, dok je vrijednost neplaćenog poreza iznosila 16,26 miliona KM. U svih osam predmeta istraža je pokazala da su u proces pranja novca bila uključena 643 pravna lica. Legalnim tokovima u BiH kruži najmanje 182 miliona KM opranog novca. To je podatak Finansijsko-obavještajnog odjeljenja SIPA (FOO), koje je od 2005. do 2009. godine dostavilo tužilaštima sumnje da je u BiH oprano toliko novca. Navodi se da pranje novca uključuje prihod od imovine dobijene kriminalnim aktivnostima. Nemoguće je tačno opisati cijeli univerzum različitih metoda koje kriminalci u svijetu koriste za pranje novca, pa tako i u Bosni i Hercegovini, gdje je slična situacija po tom pitanju. Metode koje kriminalci i kriminalne skupine koriste, razlikuju se u različitim zemljama zbog velikog broja faktora koji su jedinstveni za svaku pojedinu zemlju. Česti indikatori sumnje na pranje novca su: 1) iznosi transakcija ne odražavaju stvarnu sliku privredne aktivnosti preduzeća, 2) nejasna svrha transakcija, 3) transakcija u vidu povrata unaprijed plaćenih troškova (povrat depozita), 4) građani transferišu novac na račun preduzeća na osnovu pozajmica, a sve u cilju prikrivanja prave prirode porijekla novca. U prilog tome, na navedene načine u 2005. oprano je oko 82 miliona, a u 2006. oko 42 miliona KM. Najprisutniji način pranja novca, koji potiče od poreskih i carinskih utaja, je putem fiktivnih preduzeća ili tzv. fantomskih preduzeća, koja su osnovana putem prevare sa ličnim dokumentima. U Bosni i Hercegovini, s obzirom na fragmentirani ekonomski prostor, podijeljenu nadležnost između agencija za provođenje zakona u državi i široku zastupljenost prevara u poslovanju javio se veliki broj registrovanih fiktivnih firmi.⁴² Međutim, za pranje novca odgovorne su bile osobe koje su pristale da, za novčanu protivnaknadu (1% do 3 % iznosa), osnuju fiktivne firme na svoje ime te su na temelju ranije sačinjene dokumentacije koju su dobijali od veletrgovaca vršile uplate visokih novčanih iznosa koje su dobijali od njih na vlastite račune da bi ih nakon toga prebacivale kompanijama od kojih su navodno kupili robu tj. veletrovčima. Firma optuženog je poslužila kao sredstvo preko kojeg je novac stečen prodajom robe za gotovinu vraćen žiralno čime je optuženi ovim pravnim licima omogućio izbjegavanje poreza na promet.⁴³

Fiktivna preduzeća koriste se na nekoliko načina: preduzeće se registruje na stvarnu osobu koja ostaje izvan poslovanja i kriminalci je plaćaju da osnuje preduzeće; preduzeće se registruje korištenjem lažnih i ukradenih identifikacijskih dokumenata, što ukazuje na labavu kontrolu općinskih, sudskih i bankarskih službenika; preduzeće koje koristi lažne registracijske dokumente za obavljanje poslovanja i preduzeća koja koriste sve navedene metode ali su registrovana u drugom entitetu, što provjeru i kontrolu još više otežava i usložnjava. Do početka rada FOO (Finansijsko

⁴¹ <http://www.capital.ba/ekonomski-kriminal-u-porastu/>

⁴² Velika pojava fiktivnih firmi koje se veoma lahko registruju kao takve. Prema poreznim vlastima FBiH u 2004. godini registrovane su 1187 pravne osobe u FBiH koje su okvalifikovane kao nedostupne, fiktivne ili paralelne, te su registrovana 835 slučaja izbjegavanja plaćanja poreza od 2002. godine koja su prouzročila štetu po javne prihode u iznosu od 320 miliona KM. Porezne vlasti RS registrovale su 464 nedostupne kompanije, 73 fiktivne kompanije i 21 paralelnu kompaniju u istom periodu.

⁴³ Sud Bosne i Hercegovine, X-KO-212706, od 6. novembra 2006. godine

obavještajno odjeljenje SIPA), novac je transferisan na 1.264 firme sa područja cijele BiH u ukupnom iznosu od 162 miliona KM. Ono što svakako treba naglasiti jest da se novac u BiH u posljednje vrijeme pere na sofisticiraniji način. Naime, u 2007. godini utvrđeno je da su prije svega bili ugroženi sektori vrijednosnih papira, sektor osiguranja, bankarski sektor, sektor mikrokreditnih organizacija, sektor privatizacije, a kroz te tipologije se ističu i PDV prevare, prevare u procesu privatizacije, kupovine vrijednosnih papira, raznih oblika krijumčarenja ljudi, trgovine drogom itd. Kada je riječ o trgovini vrijednosnih papira, mora se naglasiti da su tu uočene sljedeće tipologije: 1) blok poslovi (uslov da ukupna vrijednost posla mora iznositi više od pola miliona KM), 2) izvlačenje novca iz preduzeća na račune građana ili drugih firmi, 3) pribavljanje protivpravne imovinske koristi drugoj osobi na štetu preduzeća,⁴⁴ izbjegavanje plaćanja poreza i doprinosa na dohodak građana (npr. u slučaju kada firma kupuje dionice od vlasnika firme po nerealno visokoj cijeni). Primjećene su i tipologije u sektoru PDV prevara. Tako se firma koja nije registrovana kao PDV obveznik, ne nalazi se na registrovanoj adresi i nema poslovne aktivnosti iz kojih bi poticao novac za koji uvozi robu (neko drugi polaže gotov novac na račune firme i transferiše ga posredstvom špeditorske kuće, a robi se nakon uvoza gubi svaki trag). Zatim, firma iz druge zemalje, u cilju utaje poreza u vlastitoj zemlji, robu prodatu u svojoj državi fiktivno prikazuje da ju je izvezla u BiH (uz pomoć carinskih službi svoje zemlje) i na toj osnovi ostvaruje pravo na povrat PDV-a u toj zemlji.

Od uspostave Tužilaštva i Suda BiH i pojavom prvih predmeta u vezi pranja novca uočeno je da kriminalne grupe koje se bave ilegalnim prebacivanjem stranih državljana preko teritorije BiH ka zapadnoj Evropi koriste usluge poslovnih banaka u BiH radi naplaćivanja svojih usluga. Kao odgovor na ove aktivnosti BiH je usvojila Strategiju⁴⁵ o pranju novca i finansiranju terorističkih aktivnosti implementirala trebaju se ostvariti određeni ciljevi⁴⁵ koje je pred nas postavila EU i to:

- usvojiti i implementirati državnu strategiju za sprečavanje i borbu protiv pranja novca i finansiranja terorističkih aktivnosti, uključujući potrebne zakonodavne mjere zasnovane na analizi postojećeg zakonodavstva; i
- provesti relevantne zakone i oduzimanje imovine kriminalaca (kao i odredbe koje se odnose na prekogranične aspekte).

Saradnja organa gonjenja predstavlja ključnu komponentu strategije protiv pranja novca i finansiranja terorističkih aktivnosti u Bosni i Hercegovini.

⁴⁴ Bosna i Hercegovina, Vijeće ministara BiH, Strategija i akcioni plan za sprečavanje pranja novca i finansiranja terorističkih organizacija u Bosni i Hercegovini(period 2009-2013. godine), Sarajevo , 2009. godine.

⁴⁵ Bosna i Hercegovina, Vijeće ministara, Septembar 2009.god. Akcioni plan za provedbu Strategije o sprečavanju pranja novca i finansiranja terorističkih aktivnosti 2009-2013. sastoji se od ukupno 31 pojedinačne aktivnosti.

9. ZAKLJUČAK

Infiltracija prljavog novca ozbiljan je problem za nacionalne ekonomije. Kupovina dionica, nekretnina, osnivanje „prljavih investicijskih fondova“ i korištenje bankarskim sistemom za deponiranje takvih sredstava opasnost je za kredibilitet cijele zemlje, a posebno za sigurnost finansijskog i bankarskog sistema. Perači neprestano pronalaze nove načine, koriste se novim, nefinansijskim kanalima i proširuju djelokrug na nekretnine, umjetnine i osiguranje. Naročito je bitno uspostaviti nove mehanizme zaštite od pranja novca, s obzirom da se perači novca tehnološki usavršavaju, pojavljuju se novi trendovi izvršenja, poput e-bankinka, kartičnog poslovanja i slično. Stoga je potrebno i dalje pratiti evropska rješenja i preporuke, težiti dalnjem poboljšanju zakona i modernizaciji sistema te donijeti nove propise uskladene s međunarodnim standardima, posebno sa smjernicom 2005/60/EZ. Na osnovu presuda Sudova BiH evidentno je da pranje novca postoji. U prilog tome navodi se da su se izvršiocisofisticirali, da svaki dan idu korak ispred organa gonjenja i na taj način dolaze do ogromnih sredstava nelegalno stecene imovine koju svakim danom sve više uvećavaju i „umnožavaju“. Pranje novca pretstavlja novi teorijski fenomen u BiH, pogotovo uzimajući u obzir početak inkriminiranja ovog djela u KZ BiH (od 2003.godine) i Zakona o sprječavanju pranja novca (2004. god.). Od tog perioda javljaju se mnoge nedorečenosti, teorijske nedefinisanosti ovog problema, a svakako i nove kriminološki nepoznate pojave do tada u BiH.

Primjenom zakonskih odredbi i uspostavljanjem institucija koje se bave ovom pojmom (u početku su to bile Agencije za bankarstvo FBiH i RS, a poslije FOO), javljaju se konkretni primjeri pranja novca u BiH. Sa porastom broja krivičnih djela (SIPA, Tužilaštvo BiH, Sud BiH) pranja novca, stvorila se pretpostavka za izučavanjem i istraživanjem ove pojave kod nas što je svakako za pohvalu, iako još nedovoljno. Međutim, usvajanjem međunarodnih konvencija i rezolucija (Bečka, Palermo, UN, Rezolucija 1373 i sl.) Bosna i Hercegovina se obavezala na poštivanje međunarodnih standarda kada je u pitanju borba protiv pranja novca, što se vidi i kroz usvajanje Strategije o sprječavanju pranja novca i razvoja terorističkih aktivnosti. Postoji mnogo definicija o pranju novca koje nisu do kraja razrađene i pojašnjene, posebno uzimajući u obzir nedosljednu primjenu međunarodnih konvencija u bh. zakonodavstvu. Problem postoji kod neusklađenosti Zakona o bankama (FBiH i RS) sa Zakonom o sprječavanju pranja BiH, oko povratne informacije (prekluzivan rok od pet dana) o postojanju sumnjive transakcije za prijavljivanje, što ide na štetu bankarskom sektoru. Nepostojanje agencije o oduzimanju i raspolažanju oduzetom imovinom na državnom nivou predstavlja problem za sudstvo i cjelokupan pravni sistem. Iako je takva agencija formirana u RS, ona još nije polučila rezultate svog rada jer oduzimanje nelegalno stecene imovine i raspolažanje njom predstavlja svojevrstan problem za institucije BiH i uspostavljanje pravne države do kraja.

10. Izvori i literatura:

- 1) Babić, M., Komentari krivičnih zakona u BiH, Sarajevo, Savjet/Vijeće Evrope, 2005.godine
- 2) Barać, I., Nove pojave u sprečavanju pranja novca, Računovodstvo i finansije: časopis za pitanja knjigovodstva, obračuna, poslovnih informacija, financija, planiranja, analize, kontrole i revizije, 7; str.41-43, Zagreb; 2002.godine
- 3) Bejaković, P., Pranje novca, www.ijf.hr/pojmovnik
- 4) Bosanac N., Organizirani kriminalitet s posebnim osvrtom na pojmovno određivanje, pojavnost i normativno reguliranje pranja novca, Hrvatska pravna revija vol.1./2001, str.90.
- 5) Bošković, G., Stručni radovi-Bezbjednost 3/05, str.431-443, Policijska akademija, Beograd, 2005.godine
- 6) Bošković G., Pranje novca, 2005. Beograd.,
- 7) Claire A. Daams Stanley E. Morris., Sprečavanje pranja novca i provođenje mjera protiv pranja novca u Bosni i Hercegovini, Zaključci i preporuke stručnjaka, Izvještaj pripremljen za Ured Visokog predstavnika Sarajevo, 1.- 5. maj 2000. godine
- 8) Clasens R., (prof.UBI-Brisel,Belgija-august 2003.-5.izdanje) Sprečavanje pranja novca; Udruženje banaka Srbije Beograd, 2006.godine
- 9) Filipović LJ., Komentar krivičnih zakona u BiH, Sarajevo, Savjet/Vijeće Evrope, 2005.godine
- 10) Galbraith J., K., Novac: odakle je došao, kamo je otisao. Zagreb: Stvarnost, 1978.godine
- 11) Kaselj,Ž., Masnjak B., Kada nastaje krivično djelo pranja novca? Računovodstvo, revizija i finansije, str. 1862-1864, Zagreb, 1997. godine
- 12) Seagrave, S., Lords of the Rim: The invisible of the overseas Chinese, Bentam press, London, 1995.
- 13) Sijerčić-Čolić H., Komentar Krivičnog zakona BiH, Sarajevo 2005.godine 14)
- Stanojević, Z., Komentar Krivičnog zakonika, Beograd, 2006.
- 15) Stančić T., Pravna priroda instituta oduzimanja imovinske krsti i njeno mjesto u krivičnom pravu, Žbornik Pravnog fakulteta u Splitu, 1979., str.753-759.
- 16) Teofilović,N., Jelačić,M., Sprečavanje, otkrivanje i dokazivanje krivičnih djela korupcije i pranja novca, Policijska akademija, Beograd,2006.godine

- 17) World Bank: Referentni vodič za borbu protiv pranja novca i finansiranja terorizma, The International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank 1818 Street, N.W.2003.

Zakoni i drugi propisi:

- 1) Bazelska komisija za superviziju banaka (Basel Committee for Bank Supervision), Customer due diligence for banks (Due diligence klijenata za banke), oktobar 2001. godine, stavovi 8-17, <http://www.bis.org/publ/bcbs85.pdf>
- 2) Bosna i Hercegovina, Vijeće ministara BiH, Strategija i akcioni plan za sprječavanje pranja novca i finansiranja terorističkih organizacija u Bosni i Hercegovini (period 2009.-2013. godine), Sarajevo , 2009.godine.
- 3) CARPO., Jačanje kapaciteta poicije za borbu protiv teških krivičnih djela u jugoistočnoj Evropi; Specifičan za projektno područje BiH, Strasbourg, mart 2006. godine
- 1) Financial Action Task Force, Report on Money Laundering Typologies for 2001-2002.,
- 2) FATF izjave i dokumenti o NCCT. Vidjeti, na primjer, izjavu za štampu od 20. Decembra, <http://www1.oecd.org/fatf/>; 2002.god.godine
- 3) Krivični zakon BiH, (“Sl. glasnik BiH, br. 3/03,..., 55/06, 32/07,8/10.),
- 4) Krivični zakon FBiH, (“Sl. novine FBiH“ br. 36/03.),
- 5) Krivični zakon RS, (“Sl. glasnikRS“ br. 49/03, 108/04.),
- 6) Krivični zakon Brčko Distrikta BiH, (“Sl. glasnik BD BiH“ br. 10/03.),
- 7) Zakon o sprečavanju pranja novca BiH, (“Sl. glasnik BiH“ br. 29/04, 53/09.),
- 8) Zakon o bankama FBiH,(Sl.glasnik Federacije BiH, br.39/98.),
- 9) Zakon o porezu na dodanu vrijednost u BiH, („Sl.glasnik BiH“, br. 9/05 i 35/05.),
- 10) Zakon o krivičnom postupku BiH (“Službeni glasnik BiH” br. 3/03, 32/03, 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 58/08, 12/09, 16/09,93/09),
- 11) Pravilnik Zakona o sprečavanju pranja novca,(Sl.glasnik BiH, 17/03.),
- 12) Konvencija Savjeta Evrope o pranju, traženju, zapljeni i konfiskaciji prihoda stečenih kriminalom i o finansiranju terorizma, od 12.aprila 2005.godine, koja predstavlja revidiranu Konvenciju iz 1990.godine.

-
- 13) The Forty Recommendations (*Četrdeset preporuka*), Preporuka 2, The Vienna Convention (*Bečka konvencija*), član 5(3), Vijeće Evrope, Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds of Crime (Konvencija o pranju, pretraživanju, pljenidbi i konfiskaciji prihoda od kriminala), iz 1990. godine
- 14) Sprečavanje pranja novca i finansiranje terorizma, Upravljanje rizikom, monitoring transakcija, novi rizici. Protecon, Sarajevo 2008.godine
- <http://www.un.org/Docs/>
 - www.egmontgroup.org
 - www.fatf-gafi.org
 - www.bljesak.info
 - www.tuzilastvobih.gov.ba
 - www.sudbih.gov.ba

Popis tabela korištenih u radu:

Tabela 1. Metodi pranja novca prema FATF-u

Tabela 2. Pranje novca kroz krivičnopravni sistem Bosne i Hercegovine

Самир Манић дипл. iur.
Државни универзитет у Новом Пазару
smanic@np.ac.rs

Брачни уговор
Marital contract

АПСТРАКТ

Брачни имовински односи условљени су првенствено специфичном везом између титулара брачне имовине. Законодавства различито приступају регулисању имовине супружника, начинима настанка, правној природи те престанку карактера брачне имовине. Породични закон (2005) враћа у правни поредак Републике Србије могућност да супружници изјавама воље уреде брачно-имовинске односе, на начин који одговара њиховим потребама. Норме о имовинским последицама брака трансформисане су на тај начин у диспозитивна правила, која се применити само ако супружници нису уговорили другачије. Аутор у раду разматра низ специфичности брачног уговора, који се од других уговора облигационог права разликује у погледу способности уговорних страна да закључе тај уговор, по форми која се тражи за његову пуноважност, као и по начину престанка. Аутор анализира основне карактеристике брачног уговора, његова дејства, начин престанка и последице које његов престанак изазива.

Кључни појмови: брачни имовински односи, брачни уговор, субјекти брачног уговора, услови настанка брачног уговора, престанак брачног уговора.

ABSTRACT

Specific relationship between spouses affects marital property.. There is a variety of legislative approaches to creation of marital property interests, their general nature and duration of co-owned marital property. The Serbian Family Law Act (2005) re-introduces the option that parties make provisions to determine their marital-property to meeting their needs. Legal consequences of marriage in relation to property interests are, therefore modified. Relevant statutory provisions will only apply if the spouses have not made any contractual arrangements. The author explores various issues concerning prenuptial agreement and property division deeds in marital context in Serbian family law. These set apart as different in relation to the general ability of the parties to contract, as well as legal form of such a contract

and its termination. The author analyzes these distinctive features of legally binding agreements and deeds determinating property and financial interests in context of marriage.

Key words: *Marital property prepup agreement , Division of property between partners, Marital contract subjects, Validity of contract, Marital contract duration.*

УВОД

Брачни уговор као институцију породичног права познавао је још Српски грађански законик¹ и већ тада омогућавао супружницима уговорно регулисање међусобних имовинских односа. Касније домаће законодавство није наставило тим путем па је Закон о браку и породичним односима (1980) допуштао само законски режим имовине стечене у браку.² Нови Породични закон из 2005. године,³ имајући у виду упоредноправна решења западноевропских земаља, у наше право поново враћа могућност да брачни партнери изјавама воле уреде брачно-имовинске односе, на начин који одговара њиховим потребама. Норме о имовинским последицама брака постају тако диспозитивна правила која се морају применити само ако супружници нису уговорили другачије.⁴ Брачни уговор, дакле, доживљава своју ренесансу у српском праву,⁵ што отвара читав низ моралних, али и правних дилема. На тај начин је законодавац посебним одредбама уредио брачно-имовински уговор. Овим уговором брачни другови могу своје имовинске односе уредити сагласно њиховим интересима уз резерву

¹ Српски грађански законик - СГЗ (1844) у глави ХХВИИ „О уговорима брачним“, даје дефиницију брачних уговора (чл. 759 СГЗ). Од ових уговора је свакако најважнији био уговор о миразу. О брачним уговорима према СГЗ, В. Станимировић, *Брак и брачна давања у историји*, Београд 2006, 208-225.

² Брачни другови не могу међусобно склапати само оне уговоре којима се мења имовински режим утврђен овим законом, као и уговоре којима се унапред одричу права која им по овом закону припадају (на пример на законско издржавање, на удео у заједничкој имовини и друго). чл. 326, ст. 2 - ЗБПО (*Службени гласник СРС*, бр. 22/80, 24/84 - др. закон и 11/88, *Службени гласник ПЦ*, бр. 22/93, 25/93-испр., 35/94, 46/95 - др. закон и 29/2001.)

³ Вид. чл. 188 Породичног закона - ПЗ (*Службени гласник ПЦ* бр. 18/2005).

⁴ Закони често само нуде, могуће, имовинске режиме док супружници имају слободу избора и могућност прилагођавања изабраног модела властитим потребама - Видети: члан 182. Ст. 2. Швајцарског грађанског законика. Исто: члан 1497. Француског грађанског законика.

⁵ У Француској брачни уговор постоји од доношења Цоде цивила 1804.године (чл. 1387), у Аустрији од доношења Општег грађанског законика 1811.године (параграфи 1217-1266), у Швајцарској од 1874 (Code Suisse) као и у Немачкој од краја 19-ог века (параграфи 1408-1410 и 1563 Немачког грађанског законика). Види више: Д. Торић,“Имовински односи брачних другова према породичном кодексу Руске Федерације из 1995.године“ Зборник радова,бр. 1/3 (2000-2001), стр. 209-224.

узајамног издржавања као и издржавања малолетне деце, односно, трошкова вођења заједничког домаћинства.

У овом раду биће речи о начину регулисања брачних имовинских односа кроз законе Републике Србије, пре свега илустрација решења Породичног закона као и анализа одредби Закона о облигационим односима⁶ које се односе на имовинске односе супружника, а све кроз контекст брачног уговора.⁷

Имовински односи између супружника

ПЗ јасно разликује два брачна имовинска режима, законски и уговорни. Међутим, успостављајући друкчији критеријум за класификацију, могло би се речи заправо да постоје три брачна имовинска режима: режим заједничке имовине брачних другова, режим њихове посебне имовине те комбинација режима заједничке и режима посебне имовине.⁸

1. Законски имовински режим

Законски имовински режим у нашем праву познаје две врсте имовине супружника - посебну⁹ и заједничку имовину.¹⁰

Заједничка имовина је она имовина коју су супружници стекли радом¹¹ у току трајања заједнице живота.¹² То је специфичан имовинскоправни институт породичног права који представља правни израз заједништва и међузависности супружника. У заједничку имовину улазе: стварна права (својина, службености, залога..итд... на свим стварима из заједничке имовинске масе постоји заједничка својина, право својине на непокретностима уписује се у јавне књиге на име оба

⁶ Закон о облигационим односима, Сл. лист СФРЈ, бр. 29/78, 39/85, 45/89 - одлука УСЈ и 57/89, Сл. лист СРЈ, бр. 31/93 (у даљем тексту: ЗОО)

⁷ С. Панов, „О заједничкој својини у браку“, Анали ПФБ 1-3/1998, стр. 60.

⁸ Н. Петрушин, А. Човић, „Брачни уговори - теоријски и практични аспекти“, Покрајински завод за равноправност полова, 2008, стр. 4-11.

⁹ ПЗ, чл. 168- 170.

¹⁰ ПЗ, чл. 171- 187.

¹¹ При овоме се узима у обзир сваки облик рада; како онај који се обавља уз одређену накнаду (непосредним путем), тако и оним који се обавља у домаћинству. Овим радом се не ствара нова економска вредност, али се омогућава другом супружнику то да чини. Видети више: З. Понјавић, Породично право, Крагујевац 2005, стр. 362-363.

¹² ПЗ, чл. 171, ст. 1.

брачна друга као њихова заједничка својина на неопределеним уделима) као и облигациона права (потраживања и дуговања која имају супружници према трећим лицима која су везана за њихов рад). Део заједничке имовине је и имовина стечена игром на срећу током трајања заједнице живота супружника.¹³ Поред тога, и имовина која је стечена коришћењем права интелектуалне својине у току трајања брачне заједнице живота представља заједничку имовину.¹⁴ Све док заједничка имовина постоји, удели супружника нису одређени, што има за последицу немогућност располагања уделом у заједничкој имовини правним пословима интер вивос¹⁵ (располагање за живота).¹⁶ Добрима из заједничке имовине супружници могу располагати заједнички и споразумно. Послове управљања могу предузимати оба супружника заједнички и споразумно при чему постоји претпоставка да послове редовног управљања супружник увек предузима уз сагласност другог супружника.¹⁷ Супружници се могу договорити да послове управљања свим или појединачним заједничким добрима врши један од њих. Осим тога, допуштен је и споразум о преношењу овлашћења располагања заједничким добрима на једног од супружника.

2. Уговорни брачни имовински режим

Брак се у савременом праву обично схвата као јавни статус, заснован на интимном односу. Они који примат дају статусној природи брака, тврде да држава прописује услове за улазак у брак и престанак брака па јој, у складу с тим, следује и улога креатора правила о расподели имовине стечене у браку. С друге стране, они који истичу лични карактер брака у први план стављају приватну аутономију супружника. Као последица овог другог становишта, у породичном

¹³ ПЗ, чл. 172. (Међутим, супружник који је остварио добитак може доказивати да је у игру уложио посебну имовину. Ако у томе успе, добитак стечен игром на срећу биће његова посебна имовина).

¹⁴ ПЗ, чл. 173. (Дела интелектуалне својине јесу настала као резултат посебних склоности и вештина једног супружника, али и као резултат рада. С тога је и имовина стечена по основу ових права заједничка).

¹⁵ ПЗ. чл. 174. ст. 3. Дозвољено је, међутим, располагање уделом у заједничкој имовини правним пословима мортис цауса, за случај смрти).

¹⁶ Режим заједничке имовине преставља непремостиву препреку за закључење многих уговора између супружника. Видети више: Р. Суцум, „Уговори између брачних другова и уговорање брачног имовинског режима“, Реформа породичног законодавства, Удружење правника Србије за социјално право, Београд, 1996, стр. 396-410.

¹⁷ ПЗ, чл. 174.

праву се јављују брачни (матримонијални) уговори (*pacta nuptialia*).¹⁸ Све већа стварна равноправност супружника, индивидуалистички приступ животу и друге промене у друштву стварају повољан амбијент за брачно-имовинско уговарање.¹⁹

Ступањем на снагу новог ПЗ проширења је могућност супружника да склапањем правних послова слободно, у складу са својим потребама, уреде имовинске односе у браку, укључујући и могућност да склапањем брачног уговора супружници, односно, будући супружници своје имовинске односе на постојећој или будућој имовини уреде на начин који одговара њиховим потребама и интересима.

Напуштање ригидне норме којом је било забрањено одступање од императивног имовинског брачног режима израз је демократизације унутарпородичних односа²⁰ и настојања да се економски односи прилагоде условима тржишне привреде.²¹ Међу многобројним уговорима којима супружници данас у Републици Србији слободно уређују своје имовинске односе као што су уговор о поклону, уговор о продаји, уговор о пуномоћству, уговор о управљању и располагању заједничком имовином и др., један од најзначајнијих је свакако брачни уговор. Општи основ за слободно уређивање имовинских односа пружа општа одредба чл. 9. ПЗ, којом је предвиђено »да

¹⁸ Ј. Салма, „О уговорном режиму имовине супружника (системи у упоредном праву)“, Право - теорија и пракса, 9/1996, стр. 90-96.

¹⁹ Н. Тешић, „Љубав на први потпи - о моралности брачних уговора“, Анали Правног факултета у Београду, 2/2009, стр. 229- 246.

²⁰ Н. Петрушчић, „Брачни имовински режим у француском праву“, Зборник радова, „Грађанска кодификација“, св. 1., Центар за публикацију Правног факултета у Нишу, Ниш, 2002, стр. 209-224.

²¹ Као у већини западноевропских правних система и законодавство Шведске познаје законски и уговорни брачни имовински режим. Основ законског режима је брачна имовина. У литератури се наводи да је Законом о браку из 1920. брачна имовина добила значење потпуно различито од значења садржаног у Закону из 1734. Овај концепт напустио је заједничко власништво на имовини супруга, а којом је управљао муж. Систем тада уведен, а који и данас важи, у литератури се назива „одложеним (будућим) заједничким системом“ или системом „одложене (будуће) заједничке имовине“, односно. нордијским системом. Сваки супруг поседује своју сопствену имовину за време трајања брака (тако да Закон из 1920. не познаје заједничку имовину), сваки супруг у принципу управља својом имовином и одговоран је, према основном правилу, за своје дугове. Када се имовина дели као резултат, на пример, развода брака, имовина супруга се спаја након што је сваки супруг добио део своје имовине који је потребан да се покрију његови/њени дугови (уз одређене изузетке) и тада, према основном принципу, дели се једнако између супруга. Основни ефекат правила о брачној имовини се, како се види, појављује на крају брака. Законом из 1987. учињени су даљи кораци ка економској независности супруга једног у односу на другог. Знатно су проширене могућности којима се може мимоићи пренос имовине. Видети више: Г. Ковачек - Станић, „Карakteristike брачних имовинских односа у шведском праву“ Зборник Матице српске за друштвене науке, бр. 92-93, 1992, стр. 211-222.

се имовински односи у породици уређују законом, али да се могу уредивати и споразumno, у складу са законом».

2.1. **Појам брачног уговора**

Брачни уговор се може дефинисати као сагласна изјава воља супружника, односно, будућих супружника, којим они регулишу своје имовинске односе на постојећој или будућој имовини (чл. 188. ст. 1. ПЗ), тј. којим регулишу свој брачни имовински режим.²² Законски основ за склапање брачног уговора представља одредба чл. 29. ПЗ, којом је предвиђено да „имовина супружника може бити заједничка и посебна те да супружници могу, под условима одређеним ПЗ, своје имовинске односе уредити брачним уговором“. Брачни уговор је свечани уговор који закључују супружници или будући супружници и њиме регулишу своје имовинске односе у браку.²³ Брачни уговор може бити закључен и пре брака (*ante nuptias*)²⁴, али у том случају производи правна дејства само ако одложни услов наступи, тј. ако заиста дође до брака између уговорних страна. Он је везан за брак и не производи дејства у случају да брак не буде закључен. То је, дакле, један акцесоран уговор уз брак.²⁵ Међутим, на овом месту би ваљало поставити питање да ли у случају када дође до стварања заједнице живота, која формално није праћена браком, треба сматрати да уговор не производи правна дејства? Полазимо од чињенице да је брак изједначен са ванбрачном заједницом.²⁶

²² Видети: Зорам Поњавић, „О уговорима породичног права, посебно о брачном уговору“; Новине у породичном законодавству, Ниш, 2006, стр.163- 175.

²³ У неким системима(Немачка, Швајцарска, Мексико, Гватемала), закон нуди више модела имовинског режима међу којима брачни другови бирају онај који им највише одговара. Најчешће је могуће одступити делимично или у потпуности од тих модела у складу са начелом слободе уговорања, уз ограничење којим се, пре свега, штите заједничка деца супружника. Види више: Б. Пајтић, „Брачно-имовински уговори у упоредном праву“ Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 3/2006, стр. 359-370.

²⁴ „Брачни уговор може бити закључен пре закључења брака или након његовог закључења. Ако се брачни уговор закључи пре брака (предбрачни уговор), поставља се питање од којег тренутка производи правна дејства: од момента закључења или од момента склапања брака. Једно је сигурно, ако брак не буде закључен брачни уговор не производи правна дејства, зато што је закључен за будуће супружнике. Према томе, све док брак не буде закључен брачни уговор не производи правна дејства. Али кад се брак закључи , може ли сеузети да брачни уговор производи правна дејства од момента његовог закључења. Има елемената и за и против ретроактивности брачног уговора у случају да је брак закључен. Против ове ретроактивности говори чињеница да брачни уговор производи дејства само ако је брак закључен. У прилог ретроактивности може се рећи да је брачни уговор био закључен под сусpenзивним условом, да брак буде закључен, што онда доводи до ретроактивности.“ Вид. З. Поњавић, 2006, 171.

²⁵ Ибид

²⁶ Вид: Чл. 4, ст. 2 ПЗ

Како за то још не налазимо потпору у судској пракси, та чињеница у крању консеквенци заговора становиште да дејства брачног уговора треба везивати за заједницу живота. Дакле, правна дејства разматраног посла би требала наступити ако партнери заснују заједницу трајнијег карактера која се сходно Закону може сматрати ванбрачном.²⁷ Ово из разлога што истоветан уговор могу закључити и ванбрачни партнери.²⁸ Разлика између брачно-имовинског уговора будућих супружника и истог таквог уговора који су закључила лица у ванбрачној заједници је у томе што у овом другом случају правни посао може да производи правна дејства и пре заснивања брака, тј. чим су остварене претпоставке да се њихова заједница сматра ванбрачном.²⁹ И лица чији је брак окончан могу наставити да живе у заједници живота кроз форму ванбрачне заједнице, па би они могли да склопе релевантни уговор о уређењу имовинских односа у тој својој заједници.

И обрнуто, чини се да је губитак овог правног потенцијала, тј. могућности склапања брачног уговора, у непосредној вези са престанком заједнице живота супружника. Брачни уговор се не би могао склопити у случају престанка трање заједнице живота без обзира што брак формално још траје.³⁰

Разматрани уговор се склапа по правилу пре закључења брака, али може и у току брака. Нема сметњи да се током брака модификује уговор који је раније закључен, на исти начин као што је настало: сагласном изјавом воља. Једнострана измена овог уговора није могућа од момента његовог закључења све до његовог престанка.³¹ Подсећамо и на овом месту, супружници се могу договорити о деоби заједничке имовине,³² али и закључити споразум о управљању и располагању заједничком имовином и после формалног престанка брака.³³

²⁷ Вид: Чл. 191, ст. 2 ПЗ.

²⁸ У хрватском праву брачни уговор такође могу закључити и ванбрачни партнери, неудата жена и неожењен мушкарац чија је заједница трајала најмање три године или краће, ако је у њој рођено заједничко дете. Вид. Чл. 258 и чл.3. Обитељског закона- ОЗ(2003). Преузето од: Н. Тошић, 232, фн. 14.

²⁹ Ибид.

³⁰ О правно релевантним последицама престанка заједнице живота вид. М. Јањић Комар, Р. Кораћ, 3. Поњавић, Породично право, Београд 1999, 344.

³¹ Ибид

³² ПЗ, чл. 178.

³³ ПЗ, чл. 189.

2.1.1. Субјекти брачног уговора

Уговорне стране у брачном уговору могу бити само парови: а) будући супружници, б) супружници и в) ванбрачни партнери.³⁴

Међутим, није сваки уговор ових лица једно и брачни уговор. Брачни парови у правном промету склапају и друге уговоре, на пример, уговор о продаји, размени, зајму, поклону... Притом, брак утиче на сваки уговор супружника кроз призму општих правила облигационог права (на пример, застој застарелости потраживања), али се само за брачни уговор може рећи да је његов фундамент брак.

У контексту могућности наведених лица за закључење брачних уговора³⁵ није спорна чињеница да ће супружници релативно лако, органу надлежном за оверу брачног уговора, доказати подобност за његово закључење, одговарајућим изводом из књиге венчаних. Међутим, законодавац, а ни судска пракса, не нуде тумачење садржине појма „будући супружници“ који такође имају могућност да своје имовинске односе уреде уговором. Ако су два лица на путу да ступе у брак, на ком делу тог пута две личности у емотивној вези треба да се нађу да би их правни поредак сматрао подобним за закључење брачног уговора?³⁶ Према томе, синтагма „будући супружници“ може довести до сужавања круга потенцијалних уговарача на оне субјекте који у тренутку закључења брачног уговора, по годинама живота, имају брачну способност.³⁷ Будући супружници су свакако лица која имају у виду брак, али се од њих не тражи да буду верни, тј. да су се једно другом обећали. Како објективног

³⁴ Н. Тошић, 231.

³⁵ Покрајински секретаријат за рад, запошљавање и равноправност полова и Покрајински завод за равноправност полова, у периоду од јануара до априла 2006. године организовали су истраживање са циљем да се утврди колико су будући супружници упознати са самим појмом и суштином брачног уговора и како сагледавају овај инструмент брачног имовинског права. Циљна група су били парови који су решили да ступе у брак. Истраживање је вршено у просторијама матичара општина Нови Сад и Беочин, где су будући супружници одговарали на питања из анкетног упитника приликом пријављивања венчанча. Већина анкетних листова попуњено је у просторијама матичне службе Новог Сада, а око 10% у просторијама матичне службе Општине Беочин. Од укупно 96 анкетираних, 49 су жене, а 47 мушкирци. Највише испитаника/ца припада старосној групи од 26 до 30 година (56,25%), док 26,04% испитаника/ца припада старосној групи од 18 до 25. Више или високо образовање има 51,04% испитаника/ца, а 45,83% има средње образовање. Већина испитаника/ца је изјавила да су цули за брачни уговор и да знају шта је (58,33%), али није занемарљив ни број оних који су цули, али не знају суштину (37,50%). 54,1 7% анкетираних не би били иницијатори потписивања оваквог уговора, али би приближно исти број, 48,96%, пристали да потпишу уговор уколико би њихов будући супружник то предложио. Н. Петрушчић, А. Човић, 2008, 6.

³⁶ Н. Тошић, 231.

³⁷ ид. С.Панов, Породично право, Београд 2008, 662.

критеријума нема, изгледа да се, у овом случају, мора везивати за субјективно мерило; суд ће оверити брачни уговор оним лицима која непосредно или посредно исказују озбиљну намеру за закључење будућег брака.³⁸ Код будућих супружника ова намера може бити исказана на разне начине: подношењем захтева за склапање брака матичару,³⁹ приступањем предбрачном испиту⁴⁰, или веридбом у складу са обичајима средине.⁴¹ На овом месту је могуће поставити питање да ли категорија будући супружници обухвата и ванбрачне партнere, ако ванбрачна заједница у савременим условима, по правилу, представља припрему за брак. Изгледа да су у погледу постојања брачне намере у овом случају могућа два правца резоновања: један је приступ по коме се брачна намера не тражи од ванбрачних партнера, и друго становиште да је брачна намера и овде нужан услов пуноважности брачног уговора, али је ванбрачни пар исказује посредно (конклudentним радњама). Трајнија заједница живота је, дакле, чињеница која представља основ (*basis*) правне претпоставке да међу уговорницима постоји намера за закључење будућег брака. Ипак, чини се да критеријум за препознавање будућих супружника не може бити искључиво намера уговорника. Осим ове субјективне околности, суд мора водити рачуна и о законом утврђеним ограничењима. Међу уговорницима не смеју постојати неотклоњиве брачне сметње: на пример, лица истог пола не могу закључити брачни уговор.⁴²

Иако брачни уговор закључују супружници, он се тиче и породице коју ће тек створити или је већ имају. С тога се може рећи да овај уговор има институционални значај. Он нема ограничено дејство само између уговорних страна, као сви други уговори, већ и на трећа лица. То је и разлог што овај уговор мора бити забележен у регистар непокретности, како би и та трећа лица о његовом постојању била обавештена.⁴³

³⁸ Н. Тошић, 233.

³⁹ Захтев супружника може бити писмени и усмени, с тим да матичар о усменом захтеву сачињава записник. Вид. чл. 292 ПЗ.

⁴⁰ Опширније о предбрачном испиту као једној припреми за обред венчања у складу са црквеним правилима Д. Перић, Породично право, Београд 1929, 5.

⁴¹ Н. Тошић, 233.

⁴² Ибид.

⁴³ З. Понјавић, 2006, 170.

2.1.2. Услови за закључење пуноважног брачног уговора

Као и за сваки други уговор и у овом случају је за пуноважност брачног уговора потребно испунити одређене услове који се тичу његове садржине и форме. Дакле, потребно је поштовати материјалне и формалне услове за закључење пуноважног брачног уговора.

a) Материјални услови. - Материјални услови се тичу: 1) сагласности воља и 2) способности за закључење уговора.

(1) За овај уговор, као и за сваки други, потребна је сагласност воља уговорних страна, супружника, будућих супружника, односно, ванбрачних партнера. Понекад би се могла захтевати и сагласност трећих лица, примера ради, оних који чине поклоне будућим супружницима.⁴⁴

Сагласност се постиже у моменту закључења уговора, пре закључења брака или у току његовог трајања.

Сагласност мора бити дата слободно. Пошто је брачни уговор акцесоран уз брак, значи ли то да су правно релевантне исте мане воље и код брака и код уговора. Познато је да мане воље код закључења брака не садрже превару, док се она изричito регулише у чл. 65. ЗОО. Законодавац је хтео смањити могућност поништења брака на најмању меру (*favor matrimonii*), због његових тешких последица. Последице поништења брачног уговора су мање, супружници и даље остају у браку, али под законским имовинским режимом. Из овога логично произлази да је превара релевантна код поништења брачног уговора, а не и код брака.⁴⁵

Међутим код брачног уговора је ојачана потреба за личном сагласношћу. У уговорном праву познато је да се уговор може закључити преко правног заступника, пуномоћника. Једна страна може овластити заступника да закључи уговор у њено име, остављајући му слободу око постизања сагласности о свим елементима уговора или конкретизујући поједине елементе уговора. Без сумње, иако закон предвиђа присуство странака приликом закључења брачног уговора, могуће је да супружници ипак не присуствују његовом закључењу. Један или оба супружника могу овластити заступника да потпише уговор у име ње. Међутим, ово подразумева да супружницама морају бити познати сви елементи уговора којег ће заступник потписати.⁴⁶ Оваква конструкција приближава овај уговор

⁴⁴ Ибид.

⁴⁵ Ибид.

⁴⁶ О. Цвејић- Данчић, „Реформа породичног права Србије“, Гласник Адвокатске коморе Војводине,

самом браку јер је познато да тамо будући супружници морају бити лично присутни (изузетно само један пуномоћник).⁴⁷

(2) Брачни уговор могу закључити сва она лица која имају пословну способност, односно, способност да закључе брачни уговор имају сва лица која су способна да закључе брак, будући да уговор нема смисла без брака. У овом случају важи старо правило *“Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia”*. 12 Ова способност мора постојати у моменту закључења брачног уговора. С тога треба узети да брачни уговор могу закључити малолетници пре брака, под условом да имају минимално 16 година и да им је брачна способност призната у поступку пред општинским судом.⁴⁸ Поред овога, овај уговор би могла закључити малолетна особа, старија од 16 година, која је постала родитељ и која је на основу судске одлуке стекла пословну способност. За пуноважност брачног уговора се захтева да супружници испуњавају услов у погледу способности за закључење пуноважног брака, што је последица акцесорног карактера овог уговора. За пуноважност брачног уговора у овим случајевима не тражи се сагласност законског заступника.⁴⁹

Што се тиче пунолетних лица, делимично лишених пословне способности, познато је да она могу, по правилу, закључити брак. Да ли из овога произлази закључак да би ова лица могла закључити брачни уговор. Раније се ово питање у односу на њих није ни постављало јер се и на ова лица по закључењу брака примењивао принудни (законски) имовински режим. Ова лица иначе не могу самостално склапати правне послове. Правни послови ових лица закључени без сагласности њихових заступника били би рушљиви. Када општински суд у ванпарничном поступку доноси одлуку о делимичном лишењу пословне способности једног лица може навести које правне послове то лице може закључивати.⁵⁰ У том смислу, један од тих правних послова могао би бити и брачни уговор. У овом случају пуноважност овог уговора се не може доводити у питање. Када се ради о лицима потпуно лишеним пословне способности ствари стоје другачије. Ова лица не могу закључити брак, али ни брачни уговор.⁵¹

Нови Сад, 1-2/2006, стр.24 до 26..

⁴⁷ З . Поњавић, 2006, 170.

⁴⁸ Чл. 23. ст. 2 . ПЗ...

⁴⁹ З . Поњавић, 2006, 172.

⁵⁰ Чл 147. ст. 3. ПЗ.

⁵¹ З . Поњавић, 2006, 172.

б) **Формални услови.** - Ови услови се тичу надлежности и начина закључења брачног уговора.

(1) *Надлежност.* Брачни уговор је свечани правни акт, као и брак. Надлежност за ова два акта је различита. Брачни уговор сачињен у писменом облику потребно је оверити код судије. Оверу врши судија општинског суда у ванпарничном поступку. Потреба за судском интервенцијом у овом случају је очигледна. Неопходно је супружницима, односно, будућим супружницима указати на важност акта који закључују и на његове правне последице, нарочито на чињеницу да се брачним уговором искључује законски режим заједничке имовине.

(2) *Начин закључења.* Уговор се закључује пред судијом општинског суда. Потребно је лично присуство обе уговорне стране, тј. супружника, односно, будућа супружника. Изузетно, један или оба супружника могу заступати пуномоћници, са специјалним пуномоћјем. Обе уговорне стране потписују уговор симултано, једна за другом, без временске дистанце између потписа. Ванпарнични судија врши контролу уговора, односно, његове садржине и форме. После тога, пошто провери идентитет странака и њихову слободну вољу, судија оверава уговор. Ако се брачни уговор односи на непокретности доставља се и јавном регистру права на непокретностима ради уписа у њих. На овај начин се пружа могућност трећим лицима да се упознају са садржином овог уговора што је врло битно за сигурност правног промета. Без познавања имовинског режима између супружника са којима ступају у правне односе, трећа лица рескирају да закључе један ништав акт.⁵²

2.1.3. Садржина брачног уговора

Супружници, односно, будући супружници су слободни, у границама правног поретка, да своје имовинске односе уреде према својој вољи. У овом погледу они нису обавезни, као што је то случај са неким другим страним правима, да изаберу један од режима предвиђених законом. „Предмет овог уговора је имовина коју супружници поседују у тренутку његовог закључења или коју ће супружници, односно, будући супружници тек стећи, на било који правно дозвољен начин.“⁵³

Законодавац је оставио на вољу супружницима да се споразумеју о свим

⁵² З. Попавић, 2006, 170.

⁵³ Ибид.

елементима овог уговора и у овом погледу она је једино ограничена императивним правним нормама. Ово значи да се могу договорити о различитим уделима у стицању заједничке имовине, могу уговорити да само неки приходи улазе у заједничку имовину, или да у њу уђе само покретна имовина, о судбини прихода, свих или само неких као њихове посебне имовине, о управљању и располагању имовином различитим у односу на законске норме, престанку брачне тековине. Са овим у вези они могу уговорити да ће у заједничку имовину ући и сва имовина коју су имали у моменту закључења брака и коју ће стећи на доброчин начин у току трајања брака. Једном речју, да искључује постојање посебне имовине. А са друге стране нема сметњи да супружници уговоре заједничку имовину у већем обimu него што то предвиђа законски режим заједничке имовине.⁵⁴

Садржина брачног уговора може бити веома разнолика.⁵⁵ „Ипак, ехемли чауса се обично наводе одредбе којим уговорници стипулишу:

- шта од постојеће имовине чини заједничку, а шта посебну имовину супружника. Уговарање искључивог права на одређеним покретним или непокретним стварима за једно супружника обично подразумева одрицање другог супружника од било каквог стварноправног или облигационоправног захтева у погледу ових ствари. Поред права својине, супружници могу уговорити и заснивање неког ужег права, нпр. плодоуживања или права прече куповине

⁵⁴ Ибид.

⁵⁵ (Будући) супружници који одлуче да закључе брачни уговор треба да имају у виду следеће околности: 1) брачни уговор се може закључити пре и након склapanja брака; 2) брачни уговор мора имати писмену форму; 3) брачни уговор мора да садржи означење уговорних страна, са свим подацима за њихову идентификацију: пуно име и презиме сваког уговорача (и девојачко презиме супруге, у случају да гаје приликом склапања брака променила), адресу становља и јединствени матични број; 4) да би брачни уговор био пуноважан, неопходно је да садржина брачног уговора, који представља приватну исправу, буде потврђена од стране суда; за спровођење овог поступка надлежан је сваки општински суд, као стварно надлежан; 5) поступак за потврђивање садржине брачног уговора покреће се тако што се у судској пријемној канцеларији предаје предлог за потврђивање садржине брачног уговора, уз који се прилаже текст самог уговора; 6) уписничар у судској пријемној канцеларији прима предлог за потврђивање садржине брачног уговора и уписује га у одговарајући уписник, чиме предмет добија пословни број; 7) на позив суда, у заказано време оба (будућа) супружника треба да дођу у суд, у канцеларију која је означена у позиву; 8) судија најпре утврђује идентитет (будућих) супружника јавном исправом са фотографијом (лична карта, пасош, возачка дозвола), у присуству једног пунолетног сведока исправе, а затим чита текст уговора, упозорава (будуће) супружнике да се брачним уговором искључује законски режим заједничке имовине и проверава да ли је постојала њихва слободна и озбиљна волја приликом закључења брачног уговора; 9) судија све предузете радње засведочава записником, коме прилаже примерак брачног уговора, а затим у изврник брачног уговора уноси ознаку и број уписника у који је брачни уговор заведен, чиме је окончан поступак за потврђивање садржине брачног уговора 10) Брачни уговор који се односи на непокретности уписује се у јавни регистар права на непокретностима.¹¹⁾ Уз примерак уговора који жели да се овери, а врши се расподела постојеће имовине потребно је доставити доказ о власништву (извод из земљишних књига за непокретнине, фотокопију саобраћајне дозволе за аутомобиле и сл.) с обзиром да судија (судиница) приликом овере утврђује чињенице. Види: Н. Петрушин, А. Човић, 2008, 6.

једног супружника на непокретности из посебне имовине другог супружника.

- *на који начин супружници деле будућу имовину.* Супружници могу искључити законом установљени режим заједничког стицања, тако да сви приходи од индивидуалног рада ула зе у посебну имовину. Поред тога, брачни другови могу и ограничити дејство законског режима; па да нека права која по закону доспевају у заједнички фонд, на основу уговора, заврше у посебној имовини супружника.²⁵

- *удели супружника,* када је на садашњим или будућим добрима уговорен режим сусвојине.²⁶

- *начин управљања заједничком имовином* *ако режим заједничког стицања није у потпуности искључен;* У том контексту, један супружник може дати на управљање другом своју посебну имовину у целини, или неке њене делове.

- *одговорност за преузете обавезе и*

- *друге имовинскоправне последице закључења и(или) престанка брака.*²⁷

Према ПЗ, супружници, односно, будући супружници могу своје имовинске односе на постојећој или будућој имовини уредити брачним уговором којим обликују имовински режим по својој сагласној воли. Склапањем брачног уговора они могу у потпуности мимоићи режим заједничке имовине, могу овај режим проширити на сву постојећу и будућу имовину, утврдити сопствене критеријуме за стицање заједничке и посебне имовине, уделе у заједничкој имовини и си. Медутим, брачним уговором супружници, односно, будући супружници не могу регулисати лична имовинска дејства брака, чиме се штите интереси економски слабијег супружника (нпр. одрицање од права на издржавање нема правно дејство, право становиња које имају дете и родитељ који врши родитељско право на стану чији је власник други родитељ).²⁸

Склапање брачног уговора је само једна могућност, не постоји никаква обавеза да се тај уговор и склопи. Брачни уговор је, дакле, факултативна установа, уколико супружници односно будући супружници нису склопили брачни уговор, у погледу њихових имовинских односа важи законски имовински режим.²⁹

²⁶ Н. Тошић, 234..

²⁷ Ковачек-Станић, Г., „Упоредно породично право“, Универзитет у Новом Саду, Правни факултет, 2002, Нови Сад

²⁸ Н. Петрушин, А. Човић, 2008, 6.

2.2. Престанак брачног уговора раскидом и престанак брака као узрок престанка брачног уговора

2.2.1. Престанак брачног уговора раскидом

Брачни уговор, као уосталом и сваки други, може престати раскидом. За разлику од престанка уговора поништењем (начин на који престају рушљиви и ништави уговори), раскидом престаје дејство пуноважног уговора.⁵⁹ Дакле, раскид уговора је начин престанка пуноважног уговора услед волje оба или само једног уговорника из узрока законом предвиђених.⁶⁰ Раскид може бити споразумни и једнострани па и брачни уговор може престати сагласношћу уговорних страна или вольом једне уговорне стране, ако су испуњени услови за једнострани раскид. Споразумни раскид је нови уговор између истих страна и производиће жељена дејства ако су испуњени сви услови за његов пуноважан настанак, који се цене независно од услова за настанак уговора који се раскида.⁶¹

Оно што може бити спорно у вези споразумног раскида брачног уговора, јесте проблематика његове форме. Пуноважан настанак брачног уговора условљен је поштовањем прописане форме, али се то по аутоматизму не тражи за раскид овог уговора, имајући у виду да је у нашем праву прихваћено начело консенсуализма.⁶² Према Закону о облигационом односма, формални уговор може престати неформалним путем, осим, ако закон за његов престанак не предвиђа другачије или ако циљ форме прописане за његов настанак не захтева да раскидање уговора буде у истој форми.⁶³ Захтев за поштовањем форме код споразумног раскида могао би се правдати само циљем форме. Циљ форме за закључеље уговора састоји се у заштити интереса трећих лица или и заштити приватног интереса, што се види кроз обавезу упозорења супружника на имовимске консеквенце закључења брачног уговора, па чини се да упозорење супружника на исте консеквенце његовог раскида не би било на одмет, тим пре, што уговорне стране раскиду често дају ретроактивно дејство па самим тим имовинске последице раскида

⁵⁹ Ј. Радишић, Облигационо право, Београд, 2004.

⁶⁰ С. Перовић, Облигационо право, књига прва, Привредна штампа, Београд 1980, стр. 486.

⁶¹ Ибид.

⁶² Чл. 10. ЗОО.

⁶³ Чл. 68. ЗОО.

брачног уговора могу бити значајне. Имајући све ово у виду, чини се да би споразумни раскид брачног уговора требао бити формалан, што је уосталом чест случај у упоредном праву.⁶⁴

Једнострани раскид уговора могућ је само из узрока предвиђених законом или вољом уговорних страна. Најважнији случајеви једнострданог раскида уговора су: раскид уговора због неиспуњења и раскид уговора због промењених околности (*clausula rebus sic stantibus*).⁶⁵

Раскид уговора због неиспуњења могућ је само код двострано обавезујућих, тачније теретних уговора. Под претпоставком да је брачни уговор закључен као двострано обавезујући и теретан, страна верна брачном уговору могла би једнострено раскинути уговор. Уговор се може раскинути ако други супружник није испуњио своје уговорне обавезе и пошто другом супружнику остави прикладни примерен рок за испуњење.⁶⁶ У нашем праву, једнострани раскид оговора врши се простом, једностраним изјавом воље, дакле, вансудским путем. Улога суда сводила би се само на констатацију да је уговор престао.⁶⁷ Имајући у виду специфичности брачног уговора и његову акцесорност са браком, требало би у нашем законодавству правити изузетак по питању овог уговора и за њега предвидети обавезан раскид путем суда.⁶⁸

Ако после закључења уговора наступе околности које отежавају испуњење обавезе једне стране или ако се због њих не може остварити сврха уговора, а у једном и у другом случају у тој мери да је очигледно да уговор више не одговара очекивањима уговорних страна и да би по општем мишљењу било неправично одржати га на снази такав какав је, страна којој је отежано испуњење обавезе, односно, страна која због промењених околности не може остварити сврху уговора може захтевати да се уговор раскине,⁶⁹ односно, раскинути уговор сходно принципу *clausula rebus sic stantibus*.⁷⁰ Пошто је „читава мисао о проблему уважавања промењених околности у праву

⁶⁴ Б. Мићовић, „Престанак брачног уговора“, Правни систем Србије и стандарди ЕУ и Савета Европе, Правни факултет Крагујевац, 2009, стр.287-298, фн. 41.

⁶⁵ С. Перовић, 1980, 492.

⁶⁶ Чл. 126. ст. 2. ЗОУ.

⁶⁷ С. Перовић, 1980, 505.

⁶⁸ З. Попавић, Породично право, друго изменено и допуњено издање, Крагујевац, 2007, стр. 370.

⁶⁹ Чл. 133. ст. 1. ЗОУ.

⁷⁰ С. Перовић, Облигационо право, књига прва, Београд, 1981.

била инспирисана напором да се изнађе такво решење које у себи треба да помири два супротстављена правна принципа, принципа обавезне снаге уговора и принципа правичности,⁷¹ то би ова клаузула морала имати своје место примене код брачног уговора са трајним извршењем као и код свих двостраних, трајних уговора. У овом случају, неспорно, о раскиду уговора одлучивао би суд. Међутим, не би било могуће да се на промењене околности позове супружник који је био дужан узети у обзир у време закључења уговора.⁷² Уговор неће бити раскинут ни ако друга страна понуди или пристане да се уговор правично измени.⁷³

Споразумни раскид уговора по правилу делује само за будућност. Уговорме стране ослобађају се обавеза које нису извршене до момента раскида. Дакле, ако један уговор није уопште извршен раскид ће имати ретроактивно дејство, ако је делимично извршен раскид ће деловати *ex tunc*. Вольом уговорних страна раскиду је могуће дати ретроактивно дејство, а у том случају долази до реституције, што би за практичну последицу имало примену законског ИМОВИНСКОГ режима на имовинске односе супружника. Међутим, природа тих уговора (са трајним извршењем обавеза), што ће често бити случај и са личним уговором, налагаће да раскид делује *pro futuro*.⁷⁴

2.2.2. Престанак брака као узрок престанка брачног уговора

Акцесорност брачног уговора у односу на брак има за последицу чињеницу да у случају када дође до престанка брака, из било ког разлога, истовремено долази до престанка и брачног уговора. Другим речима, законом предвиђени начини престанка брака истовремено су и разлози престанка права и обавеза из брачног уговора. Брак престаје смрћу супружника, проглашењем несталог супружника за умрлог, разводом и поништењем брака.

⁷¹ М. Ђурђевић, „Правичност и раскид уговора због промењених околности“, Правни живот, бр. 11-12/1994, стр. 1568.

⁷² Чл. 133. ст. 2. ЗОУ.

⁷³ Чл. 133. ст. 4. ЗОУ.

⁷⁴ Б. Мићовић, 2009, 297.

Ако брак престаје смрћу или проглашењем несталог супружника за умрлог, тренутак смрти или тренутак који се узима за тренутак наступања смрти, означавају крај брака који је и истовремено и крај дејстава брачног уговора. Слично је и у случају престанка брака разводом, када правоснажношћу судске пресуде, престају брак и брачни уговор. Сва дејства брака и брачног уговора до тад произведена остају на снази. Специфична ситуација настаје ако је у питању престанак брака поништењем, јер брак може бити поништен из разлога који не утичу на пуноважност брачног уговора (нпр. због брачности као брачне сметње). У том случају правоснажношћу пресуде о поништењу брака престаће и брачни уговор. Поништење брака за разлику од општих правила облигационог права⁷⁵ делује *ex parte* па би исто одступање требало да важи и за уговор који је регулисао имовинске односе супружника за време трајања таквог брака; тим пре што је сам брачни уговор био пуноважан. Ако је брак ништав из разлога који доводе и до ништавости брачног уговора (пословна неспособност), ситуација је нешто другачија. Иако дејства која је брак произвео и у овом случају остају на снази, чини се да то не би требало да важи за дејства брачног уговора. Наиме, у овом случају као и у сваком другом случају ништавости уговора,⁷⁶ поништење треба да делује ретроактивно; пре свега зато што би у овим ситуацијама требало ићи у корист законом предвиђеног имовинског режима, а не у корист дејстава која је произвео ништав уговор.⁷⁷

⁷⁵ Ј. Салма, Облигационо право, Нови Сад 2007, 400.

⁷⁶ „Нешто веће дилеме од свих до сада изнетих начина престанка брачног уговора може изазвати престанак овог уговора истеком рока. На први поглед овом би се решењу могло приговорити да није у складу са акцесорним природом брачног уговора, да дестабилише супружничке односе и подстиче неповерење међу њима. Ипак, аргументи у прилог овог решења изгледају уверљивији. Иако је брачни уговор акцесоран браку, брак не зависи од постојања или престанка брачног уговора. „Уговор и брак немају исте циљеве. И уговор и брак су подешени да остваре циљеве ради којих постоје“. Сама чињеница да супружници имају слободу у погледу тога хоће ли или неће закључити брачни уговор, када ће га закључити и како ће њиме регулисати своје имовинске односе, упуњује на то да брачни уговор у погледу свог постојања не утиче на постојање брака. Пошто је могуће закључен уговор споразumno мењати, раскинути или новирати, било би изгледа могуће овај уговор и ограничiti роком. „У Немачком праву по правилу је допуштено уговарање уз услов и рок“. Ако би брачни уговор могао бити закључен на одређено време, тада би истеком рока уговор престао да производи дејства. Од тог момента на супружнике би се примењивао законски имовински режим, уз могућност поновног уговорног регулисања међусобних имовинских односа. Имајући у виду широку слободу уговарања коју закон признаје супружницима, могуће је предвидети разноврсне престајаје у оквиру брачних уговора. Ако би неки од њих био закључен као двострано обавезујући и теретан, где би се обавеза једне стране састојала у предаји индивидуално одређене ствари, било би могуће размишљати о престанку овог уговора услед накнадне, објективне, немогућности испуњења.“ Б. Мићовић, 2009, 295.

⁷⁷ Ибид.

Закључак

Брачни уговор отвара могућност прилагођавања материјалне структуре брака жељама и могућностима супружника, а самим тим и боље планирање будућности. Примена једног имовинског модела за све брачне заједнице нити је адекватна савременом начину живота, нити мотивише на примерен начин супружника са већом имовинском структуром да уложи више напора за њено повећање. Предност брачно-имовинског уговорања за постизање правичне расподеле брачне тековине је, у таквим ситуацијама, очигледна. Ако брачног уговора нема, супружник који на суду захтева да се његов удео одреди сразмерно доприносу, обарајући законску претпоставку о једнаким уделима брачних другова у заједничкој имовини, за његов труд и напор се мирна срца, може рећи да врши „ђаволско доказивање“ (*probatio diabolica*). Супружници чији се брак завршава суочавају се с најмање два проблема економске природе: један је питање деобе заједничке имовине, а други је питање издржавања супружника након развода. Брачни уговор омогућава да се оба проблема избегну, он омогућава супружницима да се венчају без страха, јер ако љубав једног дана престане, не морају се „повлачити по судовима“ и тако излагати јавном понижавању. Поред непосредне предности коју доноси уговорним странама, брачни уговор има позитиван ефекат и на односе брачних другова са трећим лицима јер омогућава јасне дужничко-поверилачке односе трећих лица наспрам брачних другова. Састав имовине којом супружници заједно, односно, сваки од њих појединачно, одговорају за преузете обавезе је извеснији и њена вредност се може лакше проценити ако су имовински фондови супружника определjeni одговарајућим брачним уговором.

Литература

- Д. Перић, *Породично право*, Београд, 1929.
1. З. Поњавић, *Породично право*, Крагујевац , 2005
 2. З. Поњавић, *Породично право*, друго изменено и допуњено издање, Крагујевац, 2007.
 3. Ј. Радишић, *Облигационо право*, Београд, 2004.
 4. Ј. Салма, *Облигационо право*, Нови Сад 2007.
 5. Ковачек-Станић, Г., „Упоредно породично право“, Универзитет у Новом Саду, Правни факултет, Нови Сад, 2002.,
 6. М. Јањић Комар, Р. Кораћ, З. Поњавић, *Породично право*, Београд 1999.
 7. С. Панов, *Породично право*, Београд 2008.
 8. С. Перовић, *Облигационо право*, књига прва, Привредна штампа, Београд 1980.
 9. С. Перовић, *Облигационо право*, књига прва, Београд, 1981.
 10. В. Станимировић, *Брак и брачна давања у историји*, Београд 2006.
 11. Б. Мићовић, „Престанак брачног уговора“, *Правни систем Србије и стандарди ЕУ и Савета Европе*, Правни факултет Крагујевац, 2009, стр.287-298.
 12. Б. Пајтић, „Брачно-имовински уговори у упоредном праву“ *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2006, стр. 359-370.
 13. Г. Ковачек- Станић, „Карактеристике брачних имовинских односа у шведском праву“ *Зборник Матице српске за друштвене науке*, бр. 92-93, 1992, стр. 211-222.
 14. Зорам Поњавић, „О уговорима породичног права, посебно о брачном уговору“; *Новине у породичном законодавству*, Ниш, 2006, стр.163-175
 15. Ј. Салма, „О уговорном режиму имовине супружника (системи у упоредном праву)“, *Право - теорија и пракса*, 9/1996, стр. 90-96.
 16. М. Ђурђевић, „ Правичност и раскид уговора због промењених околности“, *Правни живот*, бр. 11-12/1994, стр. 1568.
 17. Д. Ђорић,“Имовински односи брачних другова према породичном кодексу Руске Федерације из 1995.године“ *Зборник радова*,бр. 1/3 (2000-2001), стр. 209-224.
 18. Н. Петрушић, А. Човић, „Брачни уговори- теоријски и практични аспекти“, *Покрајински завод за равноправност полова*, 2008, стр. 4-11.
 19. Н. Петрушић, „Брачни имовински режим у француском праву“, *Зборник радова*, „Грађанска кодификација“, св. 1., Центар за публикацију

Правног факултета у Нишу, Ниш, 2002, стр. 209-224.

20. Н. Тешић, „Љубав на први потпис - о моралности брачних уговора“, *Анали Правног факултета у Београду*, 2/2009, стр. 229- 246.
21. О. Цвејић- Данчић, „Реформа породичног права Србије“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине, Нови Сад*, 1-2/2006, стр.24 -26.
22. Р. Суцум, „Уговори између брачних другова и уговорање брачног имовинског режима“, *Реформа породичног законодавства, Удружење правника Србије за социјално право*, Београд, 1996, стр. 396-410.
23. С. Панов, „О заједничкој својини у браку“, *Анали ПФБ* 1-3/1998.
24. ЗБПО (*Службени гласник СРС*, бр. 22/80, 24/84 - др. закон и 11/88, *Службени гласник ПЦ*, бр. 22/93, 25/93- испр., 35/94, 46/95 - др. закон и 29/2001).
25. Закон о облигационим односима, Сл. лист СФРЈ, бр. 29/78, 39/85, 45/89 - одлука УСЈ и 57/89, Сл. лист СРЈ, бр. 31/93 (у даљем тексту: ЗОО)
26. Породични закон, (*Службени гласник ПЦ* бр. 18/2005).
27. Српски грађански законик - СГЗ (1844)

UDK: 347.6(497.6)

Ajdin Huseinspahić, dipl. iur.
Sveučilište/Univerzitet „Vitez“ Travnik
Fakultet pravnih nauka
ajdin.huseinspahic@unvi.edu.ba

ZAKONSKO NASLJEDIVANJE U PRAVNOM SISTEMU BOSNE I HERCEGOVINE

LEGAL SUCCESSION IN THE LEGAL SYSTEM OF BOSNIA AND HERZEGOVINA

REZIME

Osim eurokontinentalnog pravnog sistema, veoma interesantne odredbe iz nasljednog prava daju nam šerijatski i anglosaksonski pravni sistemi kao dva veoma zanimljiva i vodeća pravna sistema na svijetu. Osim toga, šerijatski pravni sistem dugo je bio primjenivan na našim područjima, zbog čega su njegove odredbe još intrigantnije. U nasljedopravnom sistemu naše zemlje važe dvije pravne osnove nasljedivanja i to: testament i zakon. Zakonsko nasljedivanje može biti redovno i nužno zakonsko nasljedivanje. Kod redovnog zakonskog nasljedivanja zakon određuje krug lica koji se po osnovu zakona mogu pozvati na nasljeđe. Izbor činjenica koje će zakon uzeti u obzir i prema njima odrediti krug zakonskih nasljednika određuje nasljedopravni sistem jedne zemlje. Pored redovnih postoje i nužni zakonski nasljednici, pa se tako može smatrati kako je nužni nasljednik pravnotehnički posmatrano nasljednik bez obzira što ne nasljeđuje po presumiranoj volji ostavioca, već suprotno njegovoj volji. Tako u okviru i redovnog i nužnog zakonskog nasljedivanja moraju biti poštovana pravila isključenja, predstavljanja i priraštaja. Pravila koja regulišu nedostojnost zakonskih nasljednika jednak se odnose i na redovne i nužne nasljednike pošto zakon ne navodi izričito nijednu od ovih kategorija prilikom navođenja razloga za nedostojnost nasljedivanja. S druge strane, pravila isključenja i lišenja nasljednika se izričito odnose samo na nužne nasljednike, a nikako na redovne zakonske nasljednike, što posebno moramo imati u vidu.

KLJUČNE RIJEČI: redovno zakonsko nasljeđivanje, nužno zakonsko nasljeđivanje, nedostojnost za nasljeđivanja, isključenje i lišenje iz nužnog nasljednog dijela, nasljedni redovi i zaostavština.

SUMMARY

Except the Euro-continental law system, Islamic code and Anglo-Saxon law system, as two leading law systems in the world, have very interesting legal provisions in relation to law of succession. Islamic code, in addition, having been used in our country long time, so their provisions are all the more intriguing for us. Two legal basis of succession are valid in the law of succession system of Bosnia and Herzegovina: testament and law. Pursuant to the law there are two ways of succession - regular succession and necessary succession. In relation to regular succession the law determines a circle of the person which may be call for succession. The selection of facts which the law may take into account to determines the circle of successors is stipulated by law of succession. Besides the regular legal heirs there are necessary legal heirs so it may be considered that, in the low-technical point of view, a necessary legal heir becomes a successor regardless to testator's will, or contrary of his will. So, in the framework of regular and necessary succession the rules of exclusion, representation and growth have to be respected. The rules that regulate unworthiness of legal heirs affect both to the regular and the necessary legal heirs because any of these categories are not stated explicitly in the provisions concerning the reasons of succession unworthiness. On the other hand the rules of exclusion and deprivation of the heirs successors affect to necessary legal heirs only, not to regular legal heirs.

KEYWORDS: regular legal succession, necessary legal succession, unworthiness for succession, exclusion and deprivation of necessary legal portion, succession sequences and legacy.

1. UVOD

Ne mogu se otrgnuti utisku da danas živimo u svijetu u kojem su novac i ostali vidovi materijalnih dobara isključivo mjerilo vrijednosti svakoga čovjeka. Istina, postoje i oni ljudi kojima su materijalna dobra jedno od sredstava kako bi se postigao cilj koji nadilazi čisti materijalizam, ali je broj takvih ljudi minoran. Shodno navedenome mi, obična ljudska bića, moramo naći balans i težiti ka uspostavljanju, ako ne apsolutne, onda barem relativne ravnoteže između ova dva naizgled proturječna pola, čisto materijalističkog i metafizičkog. Mnogo je primjera gdje možemo uočiti kako čovjekovo nagomilavanje materijalnih dobara ne mora nužno sa sobom donositi i zadovoljstvo, jer najbogatiji su oni ljudi koji su najzadovoljniji. Zato želim da ukažem na ona pravila koja imaju za cilj da što kvalitetnije regulišu prenos materijalnih i duhovnih dobara i vrijednosti sa predaka na potomke. Pravna grana koja reguliše prethodno navedene društvene odnose i koja spada u oblast privatnog prava naziva se naslijedno pravo. Važnost normi naslijednog prava je neprocjenjiva. Nasljeđivanje nije samo pravni pojам i javlja se u mnogim društvenim i prirodnim naukama. Shodno

navedenome nasljeđivanje možemo označiti kao uslov svakog ljudskog progresa, jer ukoliko se postojeća društvena zajednica ne osloni na već dostignute društveno-ekonomske tokove njena razvojna perspektiva je osuđena na propast. Budemo li imali u vidu *sui generis* karakter normi nasljednog prava onda postaje jasno da ove pravne norme regulišu bitne društvene odnose. Bitnost ovih društvenih odnosa se ogleda u činjenici da imovinska prava i obaveze jednog lica ne prestaju postojati zbog njegove smrti.

Od izuzetne je važnosti da se nasljeđopravni odnosi unutar jednog društva adekvatno i razumski regulišu. Adekvatnost regulisanja nasljeđopravnih odnosa mora imati u vidu specifičnosti svake društvene zajednice, što znači da se norme nasljednog prava ne trebaju posmatrati sa jedne univerzalne tačke, pošto je poznato da u historiji prava, nasljeđivanje nije moglo biti odvojeno od biološke i religijske osnove dotične društvene zajednice. Kada govorim o razumskom regulisanju nasljeđopravnih odnosa prevashodno mislim na to da norme nasljednog prava uzimaju u obzir princip pravednosti kao temeljni i nezamjenjivi princip u pravu. Iako je jasno da su pravne norme izraz volje i želje onih koji ih i stvaraju, ne smijemo zanemariti ni činjenicu da određenim pravnim normama na prvom mjestu mora biti interes običnog čovjeka; interes koji će beskompromisno uvažavati i moral i običaj kao veoma bitne značajke unutar jednog društva. Ukoliko norme nasljednog prava nisu bazirane na uvažavanju prethodno navedenih i izuzetno važnih društvenih pravila, onda za takve norme možemo kazati da će biti *nudum ius*.

Pravna znanost je po mome viđenju do sada dosta mesta pridavala objašnjavanju i tumačenju postojećih normi nasljednog prava, kako na području naše države, tako i na području nekadašnjih jugoslavenskih republika i pokrajina. Smatram da je pravna norma bilo koje pravne grane sredstvo regulisanja društvenih odnosa, koja u relativno dužem periodu zastarijeva i zaslužuje utemeljenu i pravnorelevantnu kritiku. Shodno tome pravnici bi morali uložiti dosta truda kako bi ukazali na potojeće i moguće kvalitetnije regulisanje društvenih odnosa. Pogrešno bi bilo smatrati da je postojeća regulacija društvenih odnosa dostatna i kako su jednom stvorene pravne norme zauvijek valjane i kvalitetne. Na fonu navedenog smatram da su norme nasljednog prava u našoj državi zaslužile utemeljenu i valjanu kritiku. Krajnje je vrijeme da se na području Federacije BiH i Distrikta Brčko krene sa sveobuhvatnom reformom nasljednog prava. S druge strane, nadležni organi Republike Srpske učinili su nešto o ovom pitanju, ali još uvijek nedovoljno i nepotpuno.

Smatram kako će upotrebom adekvatnih metoda postići relevantne rezultate u obradi instituta zakonskog nasljeđivanja u nasljednom pravu naše države. Deduktivnom metodom će nastojati doći do relevantnih činjenica posmatrajući opći karakter normi nasljednog prava te na taj način otkriti pojedinačne relacije koje vladaju u oblasti zakonskog nasljeđivanja. Putem raščlanjivanja složenih pravnih normi u okviru zakonskog nasljednog prava, pokušaću doći do zaključaka o neadekvatnosti i nedosljednosti normi zakonskog nasljeđivanja kada je riječ o redovnim i nužnim zakonskim nasljeđnicima. Apstrakcijom kao misaonim postupkom kojim se namjerno odvajaju nebitni, a ističu bitni elementi predmeta istraživanja, ukazaću na one pravne odredbe zakonskog nasljeđivanja koje su već odavno morale naći svoje mjesto u muzeju prava. Uz prethodno navedene metode smatram da će upotrebom

metode dokazivanja, metode klasifikacije, metode deskripcije, te povjesnom metodom i metodom komparacije doći do željenih rezultata i potvrđivanja hipoteze o prevaziđenosti i nedostatnosti normi zakonskog nasljednog prava u BiH.

Struktura rada koji je pred vama nastoji pratiti standardnu klasifikaciju zakonskog nasljednog prava, a koja se svodi na obradu instituta zakonskog nasljeđivanja, kako onog redovnog tako i nužnog. Struktura rada će se kretati od razmatranja karaktera i značaja normi nasljednog prava, redovnog zakonskog nasljeđivanja, zakonskih nasljednih redova u našoj državi, nedostojnosti nasljeđivanja, nužnog nasljeđivanja, nužnih nasljednih redova, zaštite prava na nužni dio, te isključenja i lišenja nužnog nasljednog dijela.

2. KARAKTER I ZNAČAJ NORMI NASLJEDNOG PRAVA

Svaki pravni sistem posebnu pažnju poklanja materiji nasljednog prava, prvenstveno zbog značaja društvenih odnosa koje je potrebno regulisati adekvatnim pravnim propisima. Nasljedno pravo svakog društva počiva na određenim, od društva priznatim, načelima koja izražavaju postulate nasljednog prava. Načela nasljednog prava u okviru pravnog sistema BiH su: načelo univerzalnosti nasljeđivanja, načelo ravnopravnosti, načelo ograničenog osnova, pozivanje na nasljeđe te načelo paralelnog odnosa osnova pozivanja na nasljeđe. Sva prethodno navedena načela, koja su postulat svake pravne norme nasljednog prava, apstrahovana su iz postojećih zakonski odredbi relevantnih pravnih akata koji regulišu materiju nasljednog prava. Najznačajniji pravni akt koji reguliše materiju nasljednog prava jest Zakon o nasljeđivanju. Inače, u Ustavu SR BiH od 25. februara 1974. godine u članu 204. u pogledu ustanove nasljeđivanja navedeno je kako država garantuje pravo nasljeđivanja. Istina, u nastavku ovoga člana se kaže kako нико не може na osnovu nasljeđivanja zadržati u vlasništvu nekretnine i sredstva za rad u obimu većem nego li je to određeno ustavom i zakonom. Uzgred, napomenimo kako odredba ovoga člana odgovara članu 194 Ustava SFR Jugoslavije iz 1974. godine. Ove odredbe su naravno prevaziđene, jer su očigledna kočnica europskom putu naše države, a i protivne su odredbama Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda sa Protokolima, koja garantuje absolutnu zaštitu prava vlasništva.¹ Naravno da su sadržaji navedenih članova bili odraz tadašnjeg pravno-političkog ustrojstva zemlje.

Spomenimo kako su zakoni o nasljeđivanju nanovo donijeti ili pak samo preuzeti iz prijeratnog pravnog sistema SRBiH, na nivoima Federacije BiH, Republike Srpske i nivou Brčko Distrikta BiH.² Važno je naglasiti kako je materija nasljednog prava

¹ Član 1 Protokola uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Pariz 20.03.1952.

² Zakon o nasljeđivanju SRBiH („Sl. list SRBiH“ broj 22/73, 22/75, 36/75, 38/78 i prečišćeni tekst tog Zakona o nasljeđivanju „Sl. list SRBiH“ broj 7/80), preuzeti u pravni sistem FBiH, i to temeljem člana IX.5. Ustava FBiH, i preuzeti u pravni sistem Brčko distrikta BiH i to glavom VI, član 70 Statuta Brčko Distrikta BiH-u nastavku ZNSRBIH, i Zakon o nasljeđivanju RS („Sl. glasnik RS“ broj 01/09)-u nastavku ZNRS, kojim je prethodno navedeni Zakon o nasljeđivanju SRBiH derogiran u potpunosti., preuzeto sa <http://www.narodnaskupstinars.net> od 21.06.2010.

pogodna za regulisanje na nivou BiH, ali da za to očigledno nema političke volje, odnosno, volje državnih parlamentaraca. Ali, živimo u državi u kojoj su nauka i struka malo cijenjene pa tako ni dokazi koji na očigledan način pokazuju nelogičnost određenih zakona i njihovu apsolutnu nepodudarnost u okviru BiH ne mogu naći plodno tlo i biti inicijalna kapisla ujednačavanju sve razjedinjenijeg pravnog sistema naše zemlje.

Pravna dejstva smrti su raznorodna i sa njom prestaju izvjesna prava, odnosno, pravna stanja koja su dотle postojala. Analagno tome, prestaju postojati i izvjesne obaveze koje je do toga momenta imao umrli. Uz smrt, pretpostavke za nasljeđivanje su i postojanje zaostavštine, postojanje nasljednika, prijem i odricanje od nasljeđa te pravni osnov pozivanja na nasljeđe. I pored niza dejstava koji proizlaze iz prethodno navedene pravne činjenice, smrti, najvažnije dejstvo je ono koje nam ukazuje na prestanak pravnog subjektiviteta na strani umrloga zbog čega se postavlja pitanje daljeg regulisanja, likvidiranja i prestanka svih pravnih odnosa u kojima se umrli do tada nalazio. Znači, logično se nameće pitanje šta se pravom vlasništva, šta sa potraživanjima tog lica, šta sa sa njegovim obavezama u kojima se do tada nalazio, jednostavno kazano šta sa cijelokupnim pravnim odnosima ili poslovima u kojima je lice bilo aktivni subjekt prava sve do posljednjeg trenutka svoga života. Smrću jednog lica njegovi pravni odnosi ne prestaju već kao imovina prelaze na druga lica, odnosno, druge pravne subjekte. Imovina o kojoj govorimo, a koja smrću jednog lica prelazi na druga lica naziva se nasljeđstvo ili zaostavština (lat. hereditas). Prema tome nasljeđivanje znači prenos imovine jednog lica na drugo lice ili lica i to na osnovu zakona ili testamenta.

S druge strane nasljeđno pravo u objektivnom smislu označava skup pravnih normi koje regulišu nasljeđopravno sljedovanje, dakle, skup pravnih normi koje regulišu prelazak imovine jednog lica za slučaj njegove smrti na druga lica, odnosno, njegove nasljeđnike. Shodno prethodno navedenome, nasljeđno pravo u subjektivnom smislu nastaje tek smrću ostavioca tako da do toga momenta lica koje zakon ili testament predviđa kao eventualne nasljeđnike nemaju nikakvo subjektivno pravo, već imaju samo *pravnu nadu*, kojom ne mogu raspolagati i koja ne predstavlja nikakvu imovinsku vrijednost. Pravna nada je pojam koji označava stanje čekanja i iščekivanja nasljeđivanja, a koje će postati realna činjenica tek momentom otvaranja testamenta ili primjene zakonskih odredbi o redovnom i nužnom nasljeđivanju. Naravno, da ovu terminološku konstrukciju pravne nade možemo posmatrati i kao vrijeme pendencije kod uvjeta. Ovo poređenje je bitno iz zbog njegovog lakšeg shvatanja u okviru nasljeđnog prava. Moguće je da se uvjet izjavovi te se zbog toga ne mogne ispuniti pa kažemo da eventualni pravni posao neće ni nastati. Jedanko tako može se desiti da pravna nada nestane iz mnogo razloga. Neki od tih razloga mogu se naći u sastavljanja testamenta od strane umrlog kojim on raspoređuje imovinu na način na koji niko od onih koji su imali pravnu nadu nije iščekivao, ili kada zakonski nasljeđnici koji su imali pravnu nadu postanu nedostojni nasljeđstva ili kada se nužni nasljeđnici isključe ili liše svog nužnog nasljeđnog dijela, a o čemu ćemo kasnije iznijeti mnogo više činjenica.

3. UNIVERZALNA I SINGULARNA SUKCESIJA

Nasljedivanje predstavlja u krajnjoj liniji prelaz imovine umrlog na druga lica. Imovina je ovdje shvaćena kao pravna kategorija i tako ćemo je definisati u nastavku našeg izlaganja. Znači, imovinu ne tretiramo ni kao ekonomsku ni kao knjigovodstvenu kategoriju. Čisto pravno tretiranje imovine znači da pod imovinom podrazumijevamo skup subjektivnih imovinskih prava određenog subjekta nad datom imovinskom masom. Stoga, nasljednik može u nasljedstvo dobiti i nešto što nije materijalno opipljivo kao što su primjera radi: kuća, automobil, krava, ovca, odnosno, potraživanja naknade štete, potraživanja zakupnine... Tako i autorska imovinska prava umrlog nasleđuju njegova djeca, njegov supružnik i njegovi roditelji.³ Na tragu prethodno kazanog imovina se razlikuje od imovinske mase. Bazična razlika je u tome što je imovina pravo, a imovinska masa stvar ili objekat koji je dostupan našim čulima i koji je materijalno, odnosno, prostorno ograničen. Imajući na umu sve navedeno jasno je da u zaostavštini ulazi imovinska masa u obliku objekata nad kojima se imaju određena subjektivna prava koja pripadaju fizičkim ili pravnim licima. Prema tome, postavljaju se dva pitanja:

- Kakav je odnos pojedinih potencijalnih nasljednika prema cijelokupnosti zaostavštine umrlog lica, posebno prema pasivi zaostavštine kao dijelu te cjeline?
- Na koji način, odnosno, da li automatski ili ne, potencijalni nasljednici dolaze u posjed, stiču dakle pravo da raspolažu dobrima koja su im pripala po osnovu nasljeđa?

Imajući u vidu navedena pitanja, odgovore je najlakše dati kada se zna da postoje razlikovanja između univerzalnih i singularnih sukcesora. Singularni sukcesori su pravoprijemnici zaostavštine, odnosno, samo prijemnik jednog prava, jednog objekta aktive zaostavštine, pri čemu su i njihov položaj prema cijeloj zaostavštini i način njihovog sticanja iz zaostavštine različiti.

Za nasljedno pravo su karakteristični pojmovi univerzalnog sukcesora, to jest univerzalne sukcesije, pošto se i nasljednik javlja kao univerzalni sukcesor ostavioca, odnosno, kao njegov pravoprijemnik dobijajući cijelu zaostavštinu ili jedan dio zaostavštine jer je i nasljedivanje jedan oblik sukcesije, i to poseban oblik univerzalne sukcesije svih prava i svih obaveza jednog lica-ostavioca.

Ukoliko imamo situaciju sa više nasljednika, onda svi zajedno preuzimaju imovinu ostavioca, tako da se svaki od njih, do diobe naslijedene imovine, pojavljuje kao pravoprijemnik u svakom dijelu, u svakoj stvari, odnosno, u svakom objektu zaostavštine. Jasno je da se naslijede dijeli u srazmjeri nasljedničke kvote, a što se prethodno mora tačno i precizno izračunati. Tom neposrednošću nasljednik se razlikuje od bilo kojeg drugoga lica koje, kao singularni sukcesor, u vidu legata ili korisnika

³ Član 27 ZNRS („Sl. glasnik RS“ broj 01/09)

nalogu, dobija izvesnu korist iz zaostavštine ostavioca.⁴ Ovo razlikovanje pravnog požaja naslednika kao univerzalnog sukcesora i ostalih singularnih sukcesora (legatara, korisnika naloga, odnosno, uopšte korisnika na slučaj smrti nekog lica, a po osnovu naredbe poslednje volje tog lica) ima pravni položaj u pravima najvećeg broja država, bilo da ona poznaju ustanovu ležećeg nasledstva (*hereditas iacens*) bilo da je ne poznaju.⁵

Razlikovanje singularne i univerzalne sukcesije od velikog je značaja u oblasti testamentalnog nasljeđivanja, posebno kada je riječ o polažaju legatara. Ali, u izvjesnoj mjeri, ono može biti od značaja i kod zakonskog nasljeđivanja, ukoliko je u pitanju ustanova tzv. zakonskog legata. Kada je riječ o angloameričkom pravnom sistemu, značajno je napomenuti kako ne postoji ovo razlikovanje i položaj bilo koga pravoprijemnika u slučaju smrti je isti. Ovo se naslanja na pravno shvatanje anglosaksonskog prava da na nasljednike i sukcesore uopće prelazi samo aktiva ostavioca, a ne i njegovi dugovi, pa stoga postoji i poseban način rasprave zaostavštine. Pored toga ovaj pravni sistem odvaja nasljednike od neposrednog sticanja zaostavštine sve dok izvršilac, odnosno, executor ili administrator ne bude proveo cijeli ostavinski postupak i samo čistu zaostavštinu uručio nasljedniku, odnosno sukcesorima uopće.⁶

4. REDOVNO ZAKONSKO NASLJEĐIVANJE

Kada smo prethodno navodili pretpostavke nasljeđivanja kazali smo da je jedna od tih pretpostavki i pravni osnov nasljeđivanja. Postoje dvije pravne osnove nasljeđivanja i to: testament i zakon. Zakonsko nasljeđivanje može biti redovno i nužno zakonsko nasljeđivanje. Kod redovnog zakonskog nasljeđivanja zakon određuje krug lica koji se po osnovu zakona mogu pozvati na nasljeđe. Osim toga i sam zakon određuje činjenice koje se moraju ispuniti u momentu delacije, kako bi određeno lice moglo naslijediti po zakonu. Shodno navedenom napomenimo da izbor činjenica koje će zakon uzeti u obzir i prema njima odrediti krug zakonskih nasljednika određuje i sam nasljednopravni sistem jedne zemlje. Zato s pravom kažemo da na teritoriji Bosne i Hercegovine za sada postoje dva nasljednopravna sistema, što uopće nije za pohvalu. Naime, krug zakonskih nasljednika je potpuno različit u Federaciji BiH, odnosno Brčko Distriktu BiH i Republici Srpskoj. Imajući u vidu činjenicu da je Nacrt zakona o nasljeđivanju na teritoriju Federacije BiH već usvojen u Predstavničkom domu i Domu naroda,⁷ te da se još na teritoriji Brčko Distrikta

⁴ Prof. Dr. B. T. Blagojević, doc.dr. O. B. Antić, „*Nasledno pravo u Jugoslaviji*“ XVII izmijenjeno i dopunjeno izdanje, „Savremena administracija“ izdavačko-štamparsko-knjižarska radna organizacija, Beograd 1986., 6

⁵ Ibid.

⁶ Prof. Dr. B. T. Blagojević, doc.dr. O. B. Antić, „*Nasledno pravo u Jugoslaviji*“ XVII izmijenjeno i dopunjeno izdanje, „Savremena administracija“ izdavačko-štamparsko-knjižarska radna organizacija, Beograd 1986., 6

⁷ Nacrt zakona o nasljeđivanju FBiH (predlagač: Klub poslanika BPS-Sefer Halilović u

nije krenulo sa korijenitom promjenom važećeg Zakona o nasljeđivanju SRBiH, onda nam postaje jasno zašto smo država sa nekoliko već sada različitih zakonskih propisa koji regulišu istu materiju; materiju nasljednog prava. Ti propisi sadrže rješenja koja se kreću od potpuno otvorenih do potpuno zatvorenih nasljeđopravnih sistema. Otvoreni nasljeđopravni sistemi polaze od toga da se na naslijede pozivaju čak i najdalji srodnici umrlog, odnosno, ostavioca, dok zatvoreni nasljeđopravni sistemi na naslijede pozivaju samo najbliže srodnike. Na tragu navedenog apostrofirajmo kako u našoj državi za sada nemamo ujednačen nasljeđopravni sistem po pitanju otvorenih ili zatvorenih nasljednih redova, kao što smo imali do 15.12.2008., odnosno do momenta kada su nadležni organi Republike Srpske usvojili novi Zakon o nasljeđivanju i u duhu modernih europskih zakonodavstava prihvatali otvoreni nasljeđno-pravni sistem. Tako su Federacija BiH i Brčko distrikt BiH ostali da kaskaju po tom pitanju priznavši zatvoreni nasljeđopravni sistem. No, izgleda da će ubrzo i u Federaciji BiH situacija biti promjenjena, ali kako i u kojem pravcu ostaje da se vidi kada zvanični tekst zakona bude izglasан u oba doma Parlamenta Federacije BiH.

Govoreći o faktima koji se traže kod zakonskog nasljeđivanja akcentiramo kako su naši zakonadavci odredili kako u pogledu određene osobe moraju postojati sljedeće činjenice da bi ona mogla biti pozvana kao nasljeđnik:

- krvno srodstvo
- građansko srodstvo i
- bračna veza

Shodno navedenome šta zaključujemo? Da bi neka osoba bila potencijalni nasljeđnik ostavioca ata osoba u momentu smrti ostavioca s njim mora biti povezana jednom od tri prethodno navedene veze.

Po Zakonu o nasljeđivanju SRBiH krug krvnih srodnika ostavioca kao njegovih potencijalnih nasljeđnika je ograničen. Tako ostavioca, osim bračnog partnera, isključivo mogu naslijediti samo: *svi njegovi potomci, od predaka samo roditelj te djedovi i nene/babe, i pobočni srodnici od kojih samo braća i sestre i njihovi potomci, te djeca od djedova i nena/baba. U pogledu nasljeđivanja vanbračno krvo srodstvo je izjednačeno sa bračnim.*⁸

Za razliku od federalnog zakonskog propisa u ovoj oblasti, propisi Republike Srpske su dijametralno suprotni. Polazeći od otvorenog nasljeđno-pravnog sistema zakoni ovog entiteta navode kako na osnovu zakona umrlog nasljeđuju: *svi njegovi potomci, njegov supružnik, njegovi roditelji, njegova braća i sestre i njihovi potomci, njegovi djedovi i babe/nene i njihovi potomci i njegovi ostali preci.* Navedena lica nasljeđuju po nasljednim redovima. Nasljeđnici bližeg nasljednog reda isključuju iz nasljeđstva lica daljeg nasljednog reda. Republika Srpska je posljednji zakonski nasljeđnik. Naravno, vanbračno srodstvo izjednačava se u pogledu nasljeđivanja sa bračnim, a srodstvo potpunog usvojenja sa srodstvom po krvi.⁹

Predstavničkom domu). Nacrt zakona je usvojen u Predstavničkom domu 20.10.2009. godine, a u Domu naroda 28.01.2010. godine, preuzeto sa <http://www.parlamentbih.gov.ba> od 21.06.2010.

⁸ Član 5. i 9. ZNSRBiH („Sl. list SRBiH“ broj 22/73, 22/75, 36/75, 38/78 i prečišćeni tekst tog Zakona o nasljeđivanju „Sl. list SRBiH“ broj 7/80)

⁹ Član 4. i 8. ZNRS („Sl. glasnik RS“ broj 01/09)

Građansko srodstvo nastaje usvojenjem kao posebnim institutom porodičnog prava. Usvojenje je poseban oblik porodično-pravne zaštite djece brz roditelja ili odgovarajućeg roditeljskog stranja kojim se zasnivaju roditeljski, odnosno, srodnici odnosi. Zasnivanjem usvojenja, usvojenci stječu roditeljsko staranje, pa je njegov sadržaj istovjetan roditeljskom staranju koje nastaje prirodnim putem.¹⁰ Imajući u vidu podjele usvojenja na potpuno i nepotpuno¹¹, navedimo kako je nepotpuno usvojenje ono usvojenje kojim usvojenik i njegovi potomci ne prekidaju vezu sa svojim krvnim srodnicima, odnosno, uspostavljaju ograničenu, građansko-srodničku vezu sa usvojiocem. Ovim usvojenjem usvojenik i dalje ostaje potencijalni nasljednik svojih krvnih srodnika. Usvojenik iz nepotpunog usvojenja i njegovi potomci imaju prema usvojiocu ista nasljedna prava kao i usvojiočeva djeca i drugi njegovi potomci, osim ako pri usvojenju ta prava nisu ograničena ili sasvim isključena. U slučajevima u kojima usvojenik i njegovi potomci nasljeđuju usvojioča kao njegova djeca, usvojilac nasljeđuje usvojenika i njegove potomke. Srodnici usvojioča i njegov supružnik prilikom nepotpunog usvojenja ne nasljeđuju usvojenika ni njegove srodnike. Nepotpunim usvojenjem ostaju nedirnuta prava nasljeđivanja između usvojenika i njegovih srodnika.¹²

Potpuno usvojenje je s druge strane ono usvojenje kojim usvojenik i njegovi potomci izlaze iz svoje krvne porodice i potpuno se uključuju u porodicu svog usvojioča. Srodstvo potunog usvojenja u okviru nasljednog prava izjednačava se sa srodstvom po krvi.¹³

Većina pravnih sistema, kada je riječ o nasljednom pravu, bračnoj vezi sa ostaviocem daje isti značaj kao i srodstvu sa ostaviocem. No, ta jednakost nije apsolutna jer važeći zakoni u oblasti nasljednog prava normiraju da bračni partner, ukoliko ostane sam u prvom zakonskom nasljednom redu, ne može nasljeđiti cjelokupnu zaostavštinu, pa nužno prelazi u drugi nasljedni red, dobijajući polovinu zaostavštine.¹⁴ Znači, položaj bračnog partnera¹⁵ je slijedio princip ravnopravnosti

¹⁰ Dr. Suzana Babić, dr. Nerimana Traljić, „Roditeljsko i starateljsko pravo“, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu , Sarajevo 2007., 109

¹¹ Član 91 stav 2 Porodičnog zakona Federacije BiH („Sl. novine FBiH“ broj 35/05, 45/05)- u nastavku PZFBiH; član 149 Porodičnog zakona Republike Srpske („Sl. glasnik RS“ broj 54/02)-u nastavku PZRS, te član 76 stav 2 Porodičnog zakona Brčko Distrikta („Službeni glasnik Brčko distrikta BiH,“ broj 3/07)-u nastavku PZBDBiH

¹² Član 21 stav 1,2,5 i 6 ZNRS („Sl. glasnik RS“ broj 01/09), te čl 19, stav 1,2,5 i 6 ZNSRBiH („Sl. list SRBiH“ broj 22/73, 22/75, 36/75, 38/78 i prečišćeni tekst tog Zakona o nasljeđivanju „Sl. list SRBiH“ broj 7/80)

¹³ Član 5 stav 1 ZNSRBiH („Sl. list SRBiH“ broj 22/73, 22/75, 36/75, 38/78 i prečišćeni tekst tog Zakona o nasljeđivanju „Sl. list SRBiH“ broj 7/80),

¹⁴ Član 12 stav 1 i 2 ZNSRBiH („Sl. glasnik RS“ broj 01/09), te čl 19, stav 1,2,5 i 6 ZNSRBiH („Sl. list SRBiH“ broj 22/73, 22/75, 36/75, 38/78 i prečišćeni tekst tog Zakona o nasljeđivanju „Sl. list SRBiH“ broj 7/80), član 11 stav 1 i 2 ZNRS („Sl. glasnik RS“ broj 01/09)

¹⁵ Naziv bračni drug je zamijenjen nazivom bračni partner shodno važećoj odredbi Porodičnog zakona FBiH i Brčko distrikta BiH, čl.7 stav 3 PZFBiH („Sl. novine FBiH“ broj 35/05, 45/05), dok je jedino u Republici Srpskoj i dalje u zvaničnoj upotrebi naziv bračni drug. Stoga trebamo imati na umu da su porodični zakoni u FBiH i BDBiH otišli korak naprijed , dok su zakoni o nasljeđivanju ostali neizmjenjeni po tom pitanju. Zato ćemo u važećim zakonima o nasljeđivanju umjesto termina bračni partner naići

kod nasljeđivanja, ali zakon nije ostavio mogućnost da bračni partner ukoliko ostane sam u prvom nasljeđnom redu dobije cijelokupnu zaostavštinu kao što je slučaj sa potomcima i usvojenicima ostaviočevim, ukoliko ostanu sami u prvom nasljeđnom redu. Možda je teško shvatljivo, ali ukoliko iza ostavioca ostane samo potomak/ usvojenik dobiće sve, a ukoliko ostanе samo bračni parner to neće biti slučaj. Položaj bračnog partnera imaju ona lica koja su u času njegove smrti bili s njim u valjanom braku. Zato bračni partner neće imati pravo na nasljeđe ukoliko:

- je ostavilac podnio tužbu za razvod braka, a poslije smrti ostaviočeve se utvrdi kako je tužba bila osnovana
- ako njegov brak sa ostaviocem bude oglašen za nepostojeći ili bude poništen, poslije smrti ostavioca iz uzroka za čije postojanje je nadživjeli bračni partner znao u momentu zaključenja braka
- ako je njegova zajednica sa ostaviocem trajno prestala njegovom krivicom ili u sporazumu sa ostaviocem.¹⁶

*Bračni drug koji se makar i u odbrani braka služi nedopuštenim odnosno zabranjenim sredstvima, ne može otkloniti svoju krivicu za nastali trajni poremećaj bračnih odnosa i nemogućnost daljeg zajedničkog života.*¹⁷

Kao i prethodna zanimljiva je i naredna odluka suda, a u kojoj se navodi: „Bračni drug ne gubi pravo na nasljeđstvo zbog trajnog prestanka bračne zajednice u slučaju kada je napustio bračnu zajednicu zbog dubokog trajnog poremećaja koje je izazvao isključivo drugi suprug svojim neuračunljivim ponašanjem.“¹⁸ Ovdje je bitno da uočimo kako za oduzimanje prava bračnom partneru da naslijedi ostavioca ne mora isključivo postojati presuda suda u kojoj se brak razvodi, poništava ili oglašava za nepostojeći. Bračna zajednica jednostavno može prestati i sporazumom lica da više ne žive zajedno. Ovo je izuzetno opipljiva i teško dokaziva činjenica te smatramo da bi se po ovom pitanju zakoni morali koncentrisati na postojanje pravosnažnih presuda i odluka sudova, a što bi olakšalo i samo dokazivanje prilikom nemogućnosti nasljeđivanja. Jer, brak je zakonom uređena zajednica života između žene i muškarca. Značajno je i regulisanje pitanja vanbračne zajednice sa ostaviocem koja nije normirana niti spomenuta u našem pravnom sistemu. Zanimljiva je činjenica da ni novi Zakon o nasljeđivanju Republike Srbije ne predviđa mogućnost nasljeđivanja vanbračnih partnera, ali to i ne zabranjuje. Vanbračna zajednica sa ostaviocem kao činjenica koja mora biti ispunjena da bi jedno lice postalo potencijalni nasljeđnik tog ostavioca regulisana je svojevremenim Zakonom o nasljeđivanju pokrajine Kosovo

na termin bračni drug.

¹⁶ Član 22 ZNSRBiH („Sl. list SRBiH“ broj 22/73, 22/75, 36/75, 38/78 i prečišćeni tekst tog Zakona o nasljeđivanju „Sl. list SRBiH“ broj 7/80), član 24 ZNRS („Sl. glasnik RS“ broj 01/09)

¹⁷ Vrhovni sud BiH, broj Gž. 432/68 od 14.04.1969.-M. Kardulija, Nasleđno pravo u praksi, Beograd, 1975, str. 94, odluka br. 95; Zbirka sudskih odluka, 1968, knjiga XIV, sveska 3, odl. br. 257

¹⁸ Vrhovni sud BiH, broj: Rev-67/87 od 09.11.1987. godine,-Bilten VSBiH, broj 1988/1, odluka broj 99

i Republike Slovenije.¹⁹ Danas, ovo pitanje je regulisala i Republika Hrvatska,²⁰ a što nas, shodno odredbama Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, upućuje na to kako je ova oblast izuzetno važna u pogledu zaštite ljudskih prava i ukidanja svih oblika diskriminacije. S druge strane vanbračno srodstvo izjednačava se u pogledu nasljeđivanja sa bračnim.²¹

4.1. PRAVILA ZAKONSKOG NASLJEDNOG PRAVA

Zakonski nasljedni redovi određuju prioritet u nasljeđivanju među licima koja su kao zakonski nasljednici pozvana na nasljeđstvo. Potencijalni nasljednici na osnovu zakona nasljeđuju po nasljednim redovima, pa tako shodno zakonskim odredbama nasljednici bližeg nasljednog reda isključuju iz nasljeđstva lica daljeg nasljednog reda. Ovo je izraz principa isključivosti, koji je komplementaran principima, odnosno, pravima predstavljanja i priraštaja. Pravo predstavljanja određuje da ukoliko pozvani potomak ne može naslijediti ostavioca na njegovo mjesto dolaze njegovi potomci i sve tako dok god ima potomaka potomka koji je pozvan na nasljeđe, ali ga se nije mogao primiti. Tako se razrješava odnos konkurenkcije nasljednika istog nasljednog reda. S druge strane, pravo priraštaja postoji kako bi se uspješno riješila situacija u kojoj ni potomkovi potomci ne mogu naslijediti ostavioca ili ih uopće nema. Zato, važeći zakoni o nasljeđivanju u našoj državi određuju da će u prethodno navedenoj konstellaciji odnosa dio zaostavštine ostaviočevog potomka, koji nije naslijedio svoga ostavioca, pripasti nasljednicima koji su u tom nasljednom redu najbliže potomku koji nije naslijedio ostavioca. Tako npr. ako je umro ostavilac koji je imao dvoje djece od kojih jedno nije moglo, iz nekog razloga da naslijedi, a nije imalo svojih potomaka, njegov dio zaostavštine pripast će drugom djetetu ostavioca, odnosno bratu ili sestri potomka ostaviočevog.²² Zapamtimo: u Federaciji BiH i Republici Srpskoj pravo predstavljanja djeluje samo između srodnika, zaključno sa trećim nasljednim redom, bez obzira što u Republici Srpskoj postoji otvoreni nasljednopravni sistem.

Kao osnovica za razvrstavanje zakonskih nasljednika u zakonske nasljedne redove naše nasljedno pravo je preuzeo paranteralno-linearni sistem zasnovan na prirodnoj strukturi porodice. Tako se svaka porodica sastoji od više parantela, koje se mogu posmatrati u uzlaznoj liniji prema precima (*lat. ascendi*) i u silaznoj liniji prema potomcima (*lat. descend*). Tako gledano prema precima najbliže parantele ostaviocu su one čiji su rodonačelnici jedne njegov otac, a druge njegova majka. Tim parantelama pripadaju i njihovi potomci, odnosno, ostaviočeva braća i sestre.

¹⁹ Član 20 stav 1 tačka 1 Zakon o nasljeđivanju Kosova, a sada je isto regulisano članom 28 Zakona o nasleđivanju na Kosovu („Sl. novine Kosova“Zakon br. 2004/06, UNMIK, Skupština Kosova), član 9 („Uradni list SR Slovenije“, br. 15/76, 23/78)

²⁰ Članak 8 stav 2 Zakona o nasljeđivanju („Narodne novine broj: 01-081-030-922/2“)

²¹ Član 5 stav 1 ZNSRBiH („Sl. list SRBiH“ broj 22/73, 22/75, 36/75, 38/78 i prečišćeni tekst tog Zakona o nasljeđivanju „Sl. list SRBiH“ broj 7/80), član 24 ZNRS („Sl. glasnik RS“ broj 01/09), član 4 stav 1 ZNRS („Sl. glasnik RS“ broj 01/09)

²² Prof.dr. Radosav Momčilović, prof.dr. Milorad Živanović, „Nasledno pravo“ treće izmjenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd-Banjaluka, 2003., 215

Posmatrano dalje, sljedeće parantele su one čiji su rodonačelnici jedne djed i nene / baka po ocu, a druge djed i nene/baka po majci, pa tako sveukupno posmatrano imamo četiri parantele. Tim parantelama pripadaju i potomci od nena/baka i djedova, a to su ostaviočevi amidže/stričevi, dajdže/ujaci i tetke po ocu i majci. Zaključimo kako u uspravnoj liniji, prema precima moraju biti primjenjeni prethodno navedeni principi isključivosti, predstavljanja i priraštaja. Tako ukoliko su živi rodonačelnici oni dobijaju cjelokupno zaostavštinu, a ukoiko neki od rodonačelnika ne može da naslijedi po pravu predstavljanja njegov dio će dijeliti potomci rodonačelnikovi. Ukoliko nema tih potomaka, niti oni imaju svoje potomke pripadajući dio zaostavštine će naslijediti lica koja se na nasljeđe pozivaju po pravu priraštaja. Posmatrano tako prema uzlaznim paratelama, a imajući u vidu odredbe entitetskih zakona o nasljeđivanju za potencijalne nasljednike je u interesu da se zaostavština iza umrloga raspravlja pred okružnim sudovima u RS-u, a ne u FBiH, a o čemu ćemo naknadno iznijeti više argumenata.

Gledano prema potomcima najbliža parantela ostaviocu je ona čiji je on rodonačelnik. Toj paranteli pripadaju njegova djeca. Ova parantela se dijeli na onoliko linija koliko on ima djece, tj. unučadi ostavioca i tako redom. Kada je riječ o silaznim parantelama zakoni o nasljeđivanju na području BiH nemaju suprotne odredbe tako da se u ovom dijelu ne može govoriti o divergentnosti zakonskih rješenja u oblasti nasljeđnog prava. Imajući na umu sve prethodno navedeno možemo zaključiti kako se prilikom formiranja nasljeđnog reda polazi od kriterija da isti nasljeđni red čine parantele ostaviteljevih srodnika koje su s njim u jednakoj bliskoj vezi. Nasljeđnici bližeg nasljeđnog reda isključuju nasljeđnike daljeg nasljeđnog reda. Od ove generalne postavke postoji ipak jedan izuzetak koji je na području svih ex jugoslovenskih republika i pokrajina bio zakonski tretiran. Naime, ukoliko bi bračni partner ostao jedini nasljeđnik u prvom nasljeđnom redu, on prelazi u drugi nasljeđni red i dobija $\frac{1}{2}$ zaostavštine dok preostali dio dijele roditelji ostavioca. No, ovaj izuzetak se ne primjenjuje u zakonima Makedonije i Vojvodine, ali ako je bračni partner ostao sam u prvom nasljeđnom redu, zbog toga što su se ostali nasljeđnici tog nasljeđnog reda *odrekli* nasljeda.

Osim prava predstavljanja i prava priraštaja važno mjesto ima i uvažavanje posebnih prilika i potreba nasljeđnika, odnosno, djece bračnog partnera i roditelja.

Kada su djeca koja nemaju nužnih sredstava za život pozvana na nasljeđe sa supružnikom ostaviočevim, sud može na njihov zahtjev odlučiti da naslijede i jedan dio ovog dijela zaostavštine koji bi po zakonu trebalo da naljedi supružnik. Sud može odlučiti da djeca naslijede cijelu zaostavštinu ako je ona tako male vrijednosti da bi njenom podjelom djeca zapala u oskudicu. Ako neko od djece nema nužnih sredstava za život, može zahtijevati povećanje svog dijela, kako prema supružniku, tako i prema ostaloj djeci ostaviočevoj.

Kada je supružnik koji nema nužnih sredstava za život pozvan na nasljeđe sa nasljeđnicima prvog ili drugog nasljeđnog reda sud može na zahtjev supružnika odlučiti da supružnik naslijedi i jedan dio onog dijela zaostavštine koji bi po zakonu trebalo da naslijede ostali nasljeđnici, a može odlučiti i da supružnik naslijedi cijelu zaostavštinu, ako je ona tako male vrijednosti da bi njenom podjelom, supružnik zapao u oskudicu. U tom slučaju sud će uzeti u obir sve okolnosti, a naročito imovinske prilike i sposobnosti, za privređivanje supružnika, trajanje bračne

zajednice, imovinske prilike ostalih nasljednika i njihovu sposobnost za privređivanje te vrijednost zaostavštine.

U situaciji kada su roditelji koji nemaju nužnih sredstava za život pozvani na nasljeđe sa bračnim drugom ostaviočevim, sud, na njihov zahtjev, može odlučiti da naslijede i dio od onog dijela zaostavštine koji bi po zakonu trebalo da naslijedi supružnik. Sud može odlučiti da roditelji naslijede cijelu zaostavštinu, ako je ona tako male vrijednosti da bi njenom podjelom roditelji zapali u oskudicu. Ako je između roditelja ostaviočevih zajednica života trajno prestala, a samo jedan roditelj nema sredstava nužnih za život, taj roditelj može zahtijevati povećanje nasljednog dijela kako prema supružniku tako i prema drugom roditelju ostaviočevom. Ako je jedan roditelj ostaviočev umro prije ostavioca, nadživjeli roditelj koji nema nužnih sredstava za život može zahtijevati povećanje svog nasljednog dijela i prema nasljednicima umrlog ostaviočevog roditelja.²³

4.2. REDOVNI ZAKONSKI NASLJEDNI REDOVI

Zbog razlika u samim pravnim sistemima FBiH i RS, i broj zakonskih nasljednih redova je različit. Po Zakonu o nasljeđivanju RS postoje četiri redovna zakonska nasljedna reda sa odredbom koja dozvoljava pozivanje na nasljeđe svim precima ostavioca, shodno pravilima po kojima nasljeđuju njegovi pradjedovi i prababe. Ovo je veoma značajna odredba kojom se ne dozvoljava pravo predstavljanja iznad trećeg zakonskog nasljednog reda. Jednako vrijedi i u Federaciji BiH, gdje zakon o nasljeđivanju ne poznaje uzlazne parantele dalje od one čiji su rodanačelnici djedovi i nane/babe.

Prvi zakonski nasljedni red čine djeca ostavioca i njegov bračni drug. Kao djeca ostavioca u smislu nasljeđivanja se smatraju njegova djeca, bilo bračna ili vanbračna i njihovi potomci tj. ostaviočevi unuci, praunuci itd. ostaviočev usvojenik i njegovi potomci. Spomenimo još jednom da u zakonima Slovenije, Kosova, i Hrvatske u prvi nasljedni red ulazi i vanbračni partner ostavioca. Nasljednici prvog nasljednog reda zaostavštinu nasljeđuju u jednakim dijelovima. U okviru prvog zakonskog nasljednog reda uvažavaju se posebne prilike i potrebe nasljednika zbog kojih može doći do smanjenja i povećanja nasljednih dijelova tih nasljednika bez obzira na pravilo da svi prethodno navedeni nasljednici nasljeđuju jednake dijelove.²⁴

U drugi nasljedni red ulaze roditelji ostavioca i njihovi potomci, odnosno braća i sestre ostavioca. Pored njih u ovom nasljednom redu može se javiti i bračni drug ostavioca u slučaju kada sam ostane u prvom nasljednom redu. Ali, ukoliko su u drugom nasljednom redu samo roditelji ostavioca oni nasljeđuju cjelokupnu zaostavštinu na jednakе dijelove odnosno po $\frac{1}{2}$. Ako je jedan roditelj umro prije ostavioca ili ne može naslijediti svoj dio onda njegov dio pripada njegovim potomcima,

²³ Članovi 23, 25 i 26 ZNRS („Sl. glasnik RS“ broj 01/09), član 21, 23 i 24 ZNSRBiH („Sl. list SRBiH“ broj 22/73, 22/75, 36/75, 38/78 i prečišćeni tekst tog Zakona o nasljeđivanju „Sl. list SRBiH“ broj 7/80), član 24 ZNRS („Sl. glasnik RS“ broj 01/09), član 4 stav 1 ZNRS („Sl. glasnik RS“ broj 01/09)

²⁴ Član 9 ZNRS („Sl. glasnik RS“ broj 01/09), član 10 ZNSRBiH („Sl. list SRBiH“ broj 22/73, 22/75, 36/75, 38/78 i prečišćeni tekst tog Zakona o nasljeđivanju „Sl. list SRBiH“ broj 7/80)

po pravu predstavljanja. Ako ni umrli, odnosno onaj roditelj koji nije u mogućnosti prihvati se nasljednog dijela nema ni potomke onda po pravu priraštaja njegov dio dobija jedini živi roditelj. Jedina opcija po kojoj bračni partner može dobiti cijelu zaostavštinu je bazirana na činjenici da poslije ostavioca nije ostao niko od njegovih potomaka ili pak da iza roditelja koji ne nasljeđuju nema potomaka, odnosno, ostaviočeve braće i sestara. U ovom nasljednom redu može doći do povećanja ili smanjenja nasljednog dijela nasljednika. Povećanje nasljednoga dijela može doći u obzir samo kod roditelja i bračnog partnera, a umanjenje nasljednih dijelova može se izvršiti kod svih nasljednika ovog nasljednoga reda.²⁵

Zaostavštinu umrloga koji nije ostavio iza sebe ni bračnog partnera, ni potomke, niti roditelje, niti su ovi ostavili nekog potomka, nasljeđuju njegovi djedovi i nane/babe. Stoga, jednostavno gledano, možemo zaključiti kako su nasljednici trećeg nasljednog reda samo djedovi i nane/babe. No, iz daljnih zakonskih odredbi se vidi da u taj krug pored djedova i nana/baba ulaze i njihovi potomci sa kojima prestaje primjena prava predstavljanja. Stoga u treći zakonski nasljedni red pored djedova i nena/baba ulaze i njihovi potomci, odnosno ostaviočevi amidže/stričevi, dajidže/ujaci i tetke po ocu i majci, koji su i posljednja lica u karici primjene prava predstavljanja, što znači da na njihovo mjesto ne mogu doći i njihovi potomci, odnosno, ostaviočevi amidžići, tetiči... Jednako važi i u Republici Srpskoj iako se redovno zakonsko nasljeđivanje ne završava sa trećim nasljednim redom kao u Federaciji BiH. S druge strane po zakonima o nasljeđivanju Hrvatke, Makedonije, Crne Gore i Slovenije u trećem nasljednom redu nema ograničenja prava predstavljanja na rodonačelnikove potomke.²⁶

Ostaviočevo pradjedovi i pranene/prababe sa očeve strane nasljeđuju na jednakе djelove polovinu zaostavštine, a drugu polovinu na jednakе djelove nasljeđuju ostaviočevo pradjedovi i pranene/prababe sa majčine strane, čime su navedena lica označena kao predstavnici četvrtog redovnog zakonskog nasljednog reda. Ako neki od ovih predaka ne može ili neće da naslijedi, njegov dio nasljeđuje njegov supružnik, ako je predak ostaviočevo. Ako par predaka iste loze ne može ili neće da naslijedi, njihov dio nasljeđuje drugi par predaka iste loze. Ako pradjedovi i pranene/prababe jedne loze ne mogu ili neće da naslijede, njihov dio nasljeđuju pradjedovi i pranene/prababe druge loze, a što nam govori da ovdje nema primjene principa predstavljanja.²⁷ Odredba koju pored prethodno navede također ne sadrži federalni zakon o nasljeđivanju kaže da poslije ostaviočevih pradjedova i pranena/prababa, zaostavštinu nasljeđuju njegovi dalji preci, redom, shodno pravilima po kojima nasljeđuju njegovi pradjedovi i pranene/prababe.

Ukoliko nema nasljednika, imovina ostavioca postaje društveno vlasništvo, odnosno, imovina Republike Srpske.²⁸

²⁵ Član 11 ZNRS („Sl. glasnik RS“ broj 01/09), član 12 ZNSRBiH („Sl. list SRBiH“ broj 22/73, 22/75, 36/75, 38/78 i prečišćeni tekst tog Zakona o nasljeđivanju „Sl. list SRBiH“ broj 7/80)

²⁶ Član 15 ZNRS („Sl. glasnik RS“ broj 01/09), član 16 ZNSRBiH („Sl. list SRBiH“ broj 22/73, 22/75, 36/75, 38/78 i prečišćeni tekst tog Zakona o nasljeđivanju „Sl. list SRBiH“ broj 7/80)

²⁷ Član 18 ZNRS („Sl. glasnik RS“ broj 01/09)

²⁸ Član 20 ZNRS („Sl. glasnik RS“ broj 01/09), član 8 ZNSRBiH („Sl. list SRBiH“ broj 22/73, 22/75, 36/75, 38/78 i prečišćeni tekst tog Zakona o nasljeđivanju „Sl. list SRBiH“ broj 7/80)

4.2.1. KOMPARATIVNOPRAVNI PREGLED REDOVNOG ZAKONSKOG NASLJEDIVANJA

Sada kada znamo kako se formiraju nasljedni redovi i ko ih čini pokušaćemo što jednostavnije približiti redovne zakonske nasljednike u odnosu na šerijatski pravni sistem²⁹ koji je dugo vremena bilo paralelno primjenjivano privatno pravo na područjima naše države pa i šire. Nemajući namjeru da dublje ulazimo u pravni sistem šerijatskog prava u nastavku ćemo pokušati dati osnovne obrise nasljednog prava, odnosno, navesti lica koja se pozivaju na svoj nasljedni dio po Uzvišenom zakonu. Po austrougarskoj okupaciji Bosne i Hercegovine, primjena šerijatskog prava u Bosni i Hercegovini stavljena je u nadležnost šerijatskih sudova, koji su imali **status državnih organa**, a muslimanskoj vjerskoj strukturi, koja se formirala u duhu modernih nacionalnih vjerskih zajednica ostavljeni su obredni, vjerskoprosvjetni i djelimično vakufski poslovi. Tako je i oblast nasljednog i bračnog prava data u nadležnost šerijatskih sudova koji su po izboru samih stranaka i vodili ostavinske postupke i eventualne građanske sporove. Ovakva praksa je postojala sve do kraja Drugog svjetskog rata kada je paralalna primjena elektivnih lex specialis privatnih prava dekretom vlasti ukinuta. Pošto su naša znanja o prethodno spomenutom pravnom sistemu fragmentirana, nastojaćemo što jasnije prikazati suštinu zakonskog nasljednog prava u okviru šerijatskog pravnog sistema.

Kao prvo ovaj nasljednopravni sistem polazi od iskrenosti i pravednosti kako prema sebi tako i prema drugima, pa stoga je u određenim situacijama moguće paralelno pozivanje na nasljedstvo, dok u nekim situacijama to nije slučaj. Naime, ako je izjava o nasljedstvu data u oporuci, koja nuda sve ima prioritet i mora se odmah izvršiti, usmjerena ka tome da se oporukom nanese ostalim zakonskim nasljednicima očigledna šteta te varkom poveća zakonski dio nekih nasljednika na štetu drugih onda je zabranjeno da lice nasljeđuje i po testamentu i po zakonu. No, ukoliko to nije slučaj, odnosno, ako oporučitelj nema namjeru da oporukom nanese štetu bilo kome od potencijalnih zakonskih nasljednika, onda paralelni osnov pozivanja na naslijede biva priznat i u potpunosti uvažen. Kada smo već spomenuli oporuku naglasimo kako jedino dugovi ostavioca imaju prednost i spram izvršenja oporuke. Naravno da nadležni sudovi u svakom konkertnom slučaju procjenjuju i ocjenjuju dato činjenično stanje.

Krajnje je zanimljiv i apsolutno precizan propis o zakonskim nasljednicima koji su poredani po prioritetima pa tako, u principu, muško dijete, odnosno, sin nasljeđuje od roditelja koliko dvije sestre, odnosno kćeri, i to u posebnim situacijama zato što je na muškarcu apsolutna obaveza izdržavanja porodice.

Ako je sestara više od dvije, a samo jedan brat, onda sestrama pripadaju dvije trećine zaostavštine.

²⁹ U toku cijele austrougarske uprave u BiH su važili različiti propisi iz islamskog i običajnog prava. Propisi šerijata su regulisali porodične, nasljednopravne, vakufske i vjerske odnose muslimana. Pored šerijata su važili mnogi kanoni (zakoni) naročito oni koji su regulisali zemljische odnose i koji su dugom primjenom postali element bosanskog običajnog prava. Austrougarski pravni sistem u BiH, ostao je nedograden, pa je kao i cijelokupna austrougarska uprava imao provizorni karakter i do kraja ostao nejedinstven i potčinjen, a često i u raskoraku sa društvenim odnosima na koje se morao primejnjivati. Prof.dr. Omer Ibrahimagić, „Državno-pravni razvitak BiH“, Vijeće kongresa bošnjačkih intelektualaca, Sarajevo, septembar 1998, 26

U situaciji kada nema drugih nasljednika osim sina i kćerke, muškom djetetu, tj. sinu pripada polovina imovine, a ženskom u takvom slučaju pripada također polovina zaostavštine. Kada čovjek umre, a iza sebe ostavi dijete, a roditelji su mu živi, tada roditeljima pripada po šestina ostavštine, a ako iza sebe ne ostavi ni dijete, ni braću, ni sestre, onda ga nasljeđuju samo roditelji i u tom slučaju majci pripada jedna trećina, a ocu dvije trećine zaostavštine.

No, ako ima braće, onda majci pripada šestina, pošto se podmire eventualni dugovi i oporuka.

U okviru naslijednog prava posebne su odredbe ukoliko je ostavilac žena pa tako kad žena nema djece, poslije izmirenja njenih eventualnih dugova i izvršenja njene oporuke, ukoliko je postojala, njen muž nasljeđuje polovinu njenog imetka, a ona njegovu četvrtinu po istom postupku. Ukoliko iza žene ostaje dijete, muž nasljeđuje četvrtinu, a ako iza muža ostane dijete, žena nasljeđuje osminu njegove imovine.

Ako su čovjek i žena bez roditelja i bez djece, a imaju jednog brata ili sestru, tada svakom od njih, bratu ili sestri, pripada po šestina, a ako ih ima više, onda su oni sudionici u trećini nasljedstva.

Zanimljive su odredbe i o međusobnom nasljeđivanju muža i žene pa tako u osnovi, žena od muža nasljeđuje četvrtinu imovine kad nemaju djece ili osminu kad onima dijete. Muž od žene nasljeđuje polovinu kad nemaju i četvrtinu kad imaju djece. Kako nasljeđuju jedno drugo u braku, i muž i žena imaju pravo kao djeca na imovinu svojih roditelja. Osim što se nasljeđuje od roditelja, bračnih partnera međusobno, isto tako se nasljeđuje i od braće i sestara: "Ako neko umre, i ne bude imao djeteta, a ima sestru, njoj ostaje polovina njegove ostavštine, a i on će naslijediti nju ako ona ne bude imala dijete; ako su dvije, njima ostaje dvije trećine njegove ostavštine. A, ako su oni braća i sestre, onda će muškarcu pripasti dio jednak koliko dvjema ženskima"³⁰.

Ne možemo se otgnuti utisku kako ovaj naslijednopravni sistem ne priznaje i uopće ne prihvata prava isključivosti kao što je to regulisano važećim pravnim propisima naše države. Shodno tome, ukoliko nasljeđuju zajedno roditelji sa djecom, tada će svakom od roditelja pripasti po šestina zaostavštine, a ukoliko umrli ima samo jednu kćerku, njoj je strogo određena polovina zaostavštine, a svakome od roditelja po šestina. Otac uzima i drugu šestinu kao onaj koji nasljeđuje ostatak u prethodnom slučaju, pa on tada dobija i po osnovu stroge odredbe (kao zakonski naslijednik) i po osnovu toga što spada u one koji nasljeđuju ostatak ostavine. No, ako samo roditelji nasljeđuju, majci pripada trećina, a ocu sve ostalo, i to po osnovu toga što on spada u kategoriju onih koji nasljeđuju ostatak.³¹ Tako on dobija dvostruko više nego li majka, odnosno, jednu polovinu zaostavštine. Ali, ako su uz roditelje iza ostavioča ostala i braća njegova, bez obzira bila ona braća od oba roditelja, ili pak samo po ocu ili majci, oni majku sprječavaju u nasljeđivanju trećine zaostavštine, pa se njoj obavezno određuje jedna šestina. Znači status dva brata jednak je statusu više braće, kada je riječ o nasljeđivanju.

³⁰ Tejsirul-'Alijjil-Kadir lih-tisari tefsir Ibn-Kesir, Tefsir Ibn-Kesir, skraćena verzija, skratio Muhammed Nesib er-Rifa'i, grupa prevodilaca, Visoki saudijski komitet za pomoć BiH, OKO Sarajevo, Sarajevo 2002., 334, An-Nisa' 176. ajet

³¹ Ibid., 259

U svome supstratu šerijatsko nasljedno pravo utemeljeno je na dobru čovjeka i apsolutnoj pravičnosti. Ono zagovara jačanje institucija porodice i propagira harmonične odnose u porodici. Stoga, razumno zvuči odredba po kojoj vanbračno dijete nema pravo na nasljeđe, te da nikada ne može biti izjednačeno sa bračnim djetetom. Na fonu prethodno navedenoga akcentirajmo kako je naš nasljednopravni sistem djelomično stao u zaštitu institucija porodice te jačanju tog stuba svakog uspješnog i moralnog društva. Naime, zakoni o nasljeđivanju na području Bosne i Hercegovine ne dozvoljavaju nasljeđivanje vanbračnom partneru i ne postavljaju ga u istu ravan sa bračnim partnerom, čime se diektno propagira brak, a time i jačanje porodičnih odnosa, te gradnja zdravog društva i države.

4.3. NEDOSTOJNOST ZAKONSKIH NASLJEDNIKA

Naše nasljedno pravo svakom pravnom subjektu daje mogućnost za nasljeđivanje.³² No, nekim nasljednicima može biti oduzeta sposobnost za nasljeđivanje, ali samo u odnosu na određenog ostavioca. To se dešava onome nasljedniku koji postane nedostojan za nasljeđivanje, a što se reguliše zakonskim odredbama koje se odnose na materiju nasljednog prava. Razlozi zbog kojih se nekome licu, odnosno, potencijalnom nasljedniku može oduzeti sposobnost za nasljeđivanje precizno su regulisani i u Zakonu o nasljeđivanju u FBiH, ali i u Zakonu o nasljeđivanju RS-a. Nedostojnost je posebna vrsta civilne kazne za nasljednika koji prema ostaviocu preduzima takvu radnju. Nedostojan da naslijedi kako na osnovu zakona, tako i na osnovu testamenta, kao i da dobije ma šta na osnovu testamenta³³:

- a. ko je s umišljajem ostavioca lišio ili pokušao da liši života,
- b. ako je prinudom ili prijetnjom natjerao ili prevarom naveo ostavioca da sačini ili opozove testament ili neku odredbu testamenta ili ga je sprječio da to učini,
- c. ko je uništoio ili sakrio testament ostaviočev u namjeri da spriječi ostvarenje posljednje volje ostaviočeve, kao i onaj ko je falsifikovao testament ostaviočev,
- d. ko se teže ogriješio o obavezu izdržavanja prema ostaviocu prema kojem je imao zakonsku obavezu izdržavanja, kao i onaj ko nije htio ukazati ostaviocu nužnu pomoć,
- e. građanin koji je pobjegao iz zemlje da bi izbjegao osudu za teže krivično djelo ili izbjegao vojnu obavezu ili vršio neprijateljsku djelatnost protiv SFRJ, pa se do smrti ostavioca ne vrati u zemlju
- f. onaj koji je umišljajno doveo ostavioca u stanje stalne nesposobnosti za

³² *Gradani su pod istim uslovima, ravnopravni u nasljeđivanju*, član 4 član 8 ZNSRBiH („Sl. list SRBiH“ broj 22/73, 22/75, 36/75, 38/78 i prečišćeni tekst tog Zakona o nasljeđivanju „Sl. list SRBiH“ broj 7/80), *Gradani su pod istim uslovima ravnopravni u nasljeđivanju*. Član 3 ZNRS („Sl. glasnik RS“ broj 01/09)

³³ Član 129 ZNSRBiH („Sl. list SRBiH“ broj 22/73, 22/75, 36/75, 38/78 i prečišćeni tekst tog Zakona o nasljeđivanju „Sl. list SRBiH“ broj 7/80) i član 149 ZNRS („Sl. glasnik RS“ broj 01/09)

sačinjavanje testamenta³⁴

O razlozima nedostojnosti nasljeđivanja zakoni unutar naše države se razlikuju. Federalni Zakon o nasljeđivanju ne poznaje djelo umišljajnog onesposobljavanja ostavioca da sačini testament, odnosno, djelo koje je usmjereno ka tome da se ostavioč trajno onesposobi za sačinjavanje testamenta. To je veliki nedostatak jer se može desiti da potencijlani nasljeđnik to učini prema svome ostaviocu na području FBiH i da za to ne snosi prethodno navedenu civilnu sankciju. No, ako je ovo nedostatak federalnog zakona o nasljeđivanju, onda je nedostatak Zakona o nasljeđivanju RS u tome što izostavlja odredbu koja je važila i prije, a koja se odnosi na nedostojanstvo za nasljeđivanje lica koje je izbjeglo iz države sa namjerom vršenja neprijateljske djelatnosti protiv iste. Postavimo pitanje, da li je uopće pravedno dati pravo nasljeđivanja onome ko je usmjerio svoje djelovanje ka rušenju pravnog poretku zemlje na čijoj teritoriji se nalazi zaostavština ili čiji je ostavilac državljanin? Naravno da nije pravedno, pogotovo kada u vidu imamo cilj pravnog regulisanja usmjeren ka uspostavljanju reda i harmonije u društvu.

Stoga, oba Zakona o nasljeđivanju zahtijevaju određene izmjene o ovom pitanju i njihovo preciznije regulisanje. Nasljeđnik na koga se odnosi bilo koji od navedenih razloga nedostojan je da naslijedi, i to kako po zakonu (redovni i nužni dio, jer zakon ne precizira koji od ova dva načina po zakonu) tako i po testamentu (bilo kojem obliku testamenta, jer zakon ni ovdje ne vrši preciznije regulisanje), kao i da dobije ma šta na osnovu testamenta (što se odnosi na legatare i ostale isporukoprimeoce i obdarenike po testamentu). Pošto razlozi nedostojnosti nastaju temeljem određenih protupravnih radnji nasljeđnika, tako i pravno dejstvo nedostojnosti pogađa samo njega. Stoga, njegova nedostojnost ne smeta njegovim potomcima i oni nasljeđuju kao da je on umro prije ostavioca. O razlozima nedostojnosti sud vodi računa po službenoj dužnosti, pa će ostavinski sud svoju dužnost lahko obaviti ako ti razlozi predstavljaju tzv. notorne činjenice.

Ali, obaveza suda se komplikuje kada ti razlozi nisu općepoznate činjenice pa u takvim slučajevima sudija može tražiti od svakog nasljeđnika da stavi prigovor eventualne nedostojnosti drugih nasljeđnika. Jedino na obavezu izdržavanja ostavioca sud ne pazi po službenoj dužnosti, nego se traži da neko od nasljeđnika posegne za tim razlogom nedostojnosti potencijalnih nasljeđnika. Ako navedeni razlog nedostojnosti postoji, a нико од zainteresovanih lica ne stavi prijedlog za njegovo utvrđivanje ostavinski sud će smatrati da taj razlog ne postoji pa makar i sam sud zna bilo što o njegovom postojanju. Svi razlozi nedostojnosti trebaju postojati u momentu smrti ostavioca da bi imali svoje pravno dejstvo. Na koncu, zanimljiva je i sljedeća sudska odluka. *Zanemarivanje neke morale, a ne zakonske obaveze izdržavanja prema*

³⁴ Ono što zapažamo kod navođenja razloga za nedostojnost nasljeđivanja jesu određene razlike koje postoje u zakonima FBiH i RS-a. Naime, u FBiH još uvijek postoje razlozi koji su nestankom SFRJ prestali postojati, barem faktički u praksi, ako ne pravno. Naime, odredbe koje su posebno naglašene odnosno podvučene kod samog nabranjanja razloga za nedostojnost važe u FBiH, dok posebno boldirane odredbe važe u RS-u.

*ostavitelju ne dovodi do nedostojnosti za nasljeđivanje.*³⁵

5. KOMPARATIVNO-PRAVNI PREGLED NUŽNOG ZAKONSKOG NASLJEĐIVANJA

Različit pravni sistemi neujednačeno tretiraju krug nužnih nasljednika. U tom smislu skala se kreće od priznavanja nužnog dijela samo potomcima ostavioca (Češka Republika...), zatim potomcima i bračnom partneru (Italija, Španija, Skandinavske zemlje...), potomcima, bračnom drugu i roditeljima ostavioca (Njemačka, Poljska, Mađarska...) ili onim pravima koji priznaju nužni dio svim srodnicima u pravoj liniji, bilo nishodnoj, bilo ushodnoj (Francuska, Austrija).³⁶ Jedna od bitnih karakteristika tzv. kontinentalnog sistema, odnosno, prava koja prihvataju nužni dio, sastoji se u tome što je taj dio zaostavštine uvijek određen unaprijed. Način tog određenja može biti dvojak, i to:

- a. Pojedinačni nužni dio
- b. Skupni nužni dio

Vecina prava prihvata prvi način, gdje se prevashodno određuje zakonski dio nasljeđa pa se tek potom od tog dijela izračunava nužni dio koji je procentualno ili razlomkom određen unutar samog zakonskog teksta. Npr. u austrijskom nasljeđnom pravu potomci na ime nužnog dijela dobijaju polovinu vrijednosti zakonskog nasljeđnog dijela, a preci trećinu u odnosu na redovni zakonski nasljeđni dio. Ovaj na primjer ponajviše može uputiti i na naše nužno zakonsko nasljeđno pravo, pošto su i odredbe naših zakona slične prethodno navedenim.

Drugačiji sistem prihvaćen je u francuskom nasljeđnom pravu, kao i u svim onim pravnim sistemima gdje je Code civil bio osnova građanskog prava ili kreiranja građanskih zakonika pa se tako prema francuskom pravu veličina nužnog dijela određuje prema cijelini zaostavštine i zavisi od broja i vrste nužnih nasljednika. Jednom prvostepenom potomku, kao nosiocu linije, pripaše nužni dio u iznosu od $\frac{1}{2}$ zaostavštine, dva takva potomka dobijaju $\frac{2}{3}$ zaostavštine, dok tri ili više prvostepenih potomaka (odnosno daljih potomaka po pravu predstavljanja) imaju zajedno pravo na $\frac{3}{4}$ zaostavštine. Kada preci konkurišu na nužno nasljeđe, nužni deo se deli na po $\frac{1}{4}$ za očevu, odnosno majčinu lozu.³⁷ U onim pravnim sistemima koji slobodu testiranja ograničavaju nužnim nasljeđnim pravom razlike postoje u shvatanju pravne prirode prava na nužni dio. U jednom broju zemalja koje se bile pod jakim utjecajem recepcije rimskog prava, kao i u zemljama istočne Europe, pa i u našoj zemlji, pravo na nužni dio shvata se kao nasljeđno pravo, dok se u zemljama pod utjecajem germanskih pravnih običaja pravo na nužni dio smatra obligacionim pravom. Pravo

³⁵ Vrhovni sud Hrvatske, broj: Rev-1393/86 od 06.11.1986. godine-Pregled sudske prakse VSH, broj 48, 76

³⁶ Prof. Dr. B. T. Blagojević, doc.dr. O. B. Antić, „Nasleđno pravo u Jugoslaviji“ XVII izmjenjeno i dopunjeno izdanie, „Savremena administracija“ izdavačko-štamparsko-knjижarska radna organizacija, Beograd 1986., 211

³⁷ Ibid., 212

na nužni dio kao naslijedno pravo koncipirano je u rimskom pravu što je logična posljedica shvatanja naslijedivanja kao univerzalne sukcesije. Zapravo, naslijednik je taj koji je u povlašćenjem položaju jer se ostavilac u takvoj situaciji stavlja u drugi plan. Praktične posljedice navedenog su u tome što za sticanje prava nije potreban nikakav modus aquirendi, on ima pravo na realni dio zaostavštine i učestvuje u njenoj realnoj podjeli. Osim toga, nužni naslijednici kao i redovni zakonski naslijednici su raspoređeni u naslijedne redove po istim kriterijumima te, shodno tome, odgovaraju za obaveze ostavioca u visini primljnjog nužnog naslijednog dijela kao i redovni zakonski naslijednici. Nužni naslijednik mora ispuniti sve zahtjeve u pogledu ličnih kvaliteta koje se postavljaju i za druge naslijednike, pa se tako i kod prijema ili odbijanja nužnog dijela primjenjuju sva pravila koja vrijede i za redovnu naslijedničku izjavu. Naša nauka građanskog prava u potpunosti je saglasna kako je pravo na nužni dio ništa drugo nego li naslijedno pravo.

S druge strane, prema njemačkom i austrijskom pravu, imamo one koji smatraju da je pravo na nužni dio obligaciono pravo, te prema tom shvatanju nužni naslijednik ima pravo na određenu novčanu vrijednost, a ne realni dio zaostavštine. On nije ostaviočev univerzalni sukcesor, nego povjerilac zaostavštine, odnosno, testamentalnih naslijednika. Ovo je inače dispozitivno pravilo i ostavilac nužnom naslijedniku može ostaviti i realni dio zaostavštine.

Za razliku od kontinentalnog sistema ograničenja slobode testiranja putem nužnog dijela, englesko pravo i prava koja slijede englesku pravnu tradiciju ne poznaju rješanja kao naše pravo i ostala eurokontinentalna prava. Nakon slabljenja procesa koji su doveli do povlačenja pravila o ograničenju slobode testiranja u Engleskoj (od XVII do početka XX veka) javlja se potreba, ekonomski i socijalna, da se uvede pravna zaštita nasledno-pravnih interesa određenih od ostavioca zavisnih lica, a pre svega njegove najuže porodice.³⁸ The Inheritance (Family Provision) Act, iz 1938. godine uvodi posredno ograničenje slobode testiranja, koje se naravno prenijelo i u engleske kolonije sa manjim ili većim modifikacijama, tako da i danas postoji u svim državama anglo-američkog pravnog sistema. To je dalo i povoda mnogima da nužno naslijedivanje proglose efikasnijim sredstvom zaštite djece, nego što su to pravila Common law sistema. Prema spomenutom propisu sud u Engleskoj ima puna ovlaštenja da ukine, odnosno, izmijeni određena zaostaviočeva raspolaganja, ukoliko ocijeni da ovaj nije načinio razboritu odredbu u svojoj posljednjoj izjavi volje zvanoj testament. To će biti slučajevi u kojima je testator neopravданo lišio naslijeda članove svoje porodice koji su, u pogledu izdržavanja, još za života od njega bili zavisni. Izmjene i dopune spomenutog zakona iz 1938. ovlastile su sljedeća lica da podnesu zahtjev: ostaviočevog supružnika, ostaviočevog bivšeg supružnika koji nije zasnovao novi brak, ostaviočeve dijete, lice koje je ostavilac tretirao kao dijete u okviru porodice te lice koje je zavisno od ostavioca ili ga je on izdržavao. Spomenuta lica mogu se obratiti Sudu pravičnosti (The Chancery Division) ili Porodičnom odjeljenju Vrhovnog suda (The Family Division of the High Court) koji ima neograničenu nadležnost ili okružnom sudu i to u slučaju kada čista vrijednost zaostavštine (po odbitku svih dugova, poreza i troškova) ne prelazi 5000 £. Zahtjev se podnosi u roku od 6 mjeseci od dana otvaranja zaostavštine, iako sud ima dickreciovo ovlaštenje

³⁸ Ibid., 217

da produži taj rok. Konačna odluka je na sudiji koji po slobodnoj ocjeni na temelju ponuđenih činjenica donosi presudu kojom određuje i koliko treba pripasti nužnim nasljednicima. Apelacioni sud, osim u slučajevima značajnih propusta, nerado se miješa u ovu ocjenu.

U našem pravnom sistemu nužno nasljeđivanje ima veliki značaj. Osnovno je pravilo da je nužni nasljednik ono lice koje bi u konkretnom slučaju bilo redovni zakonski nasljednik da se raspored zaostavštine vrši prema pravilima zakonskog nasljeđivanja. Nužni nasljednici posebna su vrsta zakonskih nasljednika i opšta pravila zakonskog nasljeđivanja primjenjuju se i na nužno nasljeđivanje. I nužni nasljednici su podijeljeni u dva nasljedna reda. Među njima važe isti principi, odnosno, pravila kao i kod redovnog zakonskog nasljeđivanja. Nužni nasljednici su: djeca umrlog, njegovi usvojenici (potpuni i nepotpuni) i njegov supružnik. Ostali potomci umrlog, njegovi usvojenici i njihovi potomci, njegovi roditelji i njegova braća i sestre su nužni nasljednici samo ako su trajno nesposobni za rad i nemaju nužnih sredstava za život. Lica navedena u ovom članu su nužni nasljednici kada su po zakonskom redu nasljeđivanja pozvana na naslijede. Tako nužnom nasljedniku pripada određeni dio svake stvari i prava koji sačinjavaju zaostavštinu, ali ostavilac može odrediti da nužni nasljednik primi svoj dio i u određenim stvarima, pravima ili u novcu. Vrijednost zaostavštine na osnovu koje se izračunava nužni dio utvrđuje se na sljedeći način:

- a) prvo se popisuje i procjenjuju sva dobra koja je ostavilac imao u trenutku smrti, računajući tu i sve ono čime je raspolagao testamentom, kao i sva njegova potraživanja, pa i ona koja ima prema nekom nasljedniku, osim potraživanja koja su očigledno nenaplativa,
- b) od utvrđene vrijednosti dobra koja je ostavilac imao u trenutku smrti odbijaju se troškovi sahrane ostavioca, iznos troškova popisa i procjene zaostavštine i iznos dugova ostavioca, te se
- c) dobijenom ostatku dodaje vrijednost svih poklona koje je ostavilac učinio ma na koji način nekom zakonskom nasljedniku, pa i poklona učinjenih nasljednicima koji se odriču nasleđa, kao i onih poklona za koje je ostavilac naredio da se ne uračunavaju nasljedniku u njegov nasljedni dio, kao i poklona za koje je ostavilac u posljednjoj godini svog života učinio drugim licima koja nisu zakonski nasljednici, osim manjih uobičajenih poklona.

Pri utvrđivanju vrijednosti zaostavštine ne uzimaju se u obzir vrijednosti poklona učinjenih organima vlasti, udruženjima građana, humanitarnim organizacijama, kao ni pokloni učinjeni za opštakorisne svrhe i pokloni koji se na osnovu ovog zakona ne uračunavaju nasljedniku u njegov nasljedni dio. Kada je povrijeđen nužni dio, raspolažanja testamentom će se smanjiti, a pokloni će se vratiti ukoliko je potrebno da bi namirio nužni dio. Nužni dio je povrijeđen kada ukupna vrijednost raspolažanja testamentom i poklonom premaši raspoloživi dio. Pri utvrđivanju ukupne vrijednosti testamentarnih raspolažanja i poklona uzimaju se u račun i oni pokloni i raspolažanja testamentom za koja je ostavilac naredio da se ne uračunavaju nužnom nasljedniku u njegov nasljedni dio. Od poklona i testamentarnih raspolažanja koja se uračunavaju

nužnom naslijedniku u njegov naslijedni dio uzima se u račun pri utvrđivanju ukupne vrijednosti testamentarnih raspolaganja i poklona samo onoliko za koliko oni premašuju njegov nužni dio. Kad je povrijeden nužni dio prvo se smanjuju raspolaganja testamentom, pa ukoliko nužni dio time ne bi bio namiren, vraćaju se pokloni.³⁹ Kada je riječ o nužnom naslijednom diejlu naglasimo kako se on izračunava na način da se utvrdi ko su konkretni nužni naslijednici te se potom utvrdi u koju grupu nužnih naslijednika spadaju. Pa tako, ukoliko su nužni naslijednici prve grupe u koju spadaju djeca, potpuni uvojenik i bračni partner oni će dobiti $\frac{1}{2}$ od redovnog zakonskog dijela, dok će nužni naslijednici druge grupe, u koju ulaze nepotpuni usvojenik i ostali naslijednici drugog nužnog naslijednog reda, dobiti $\frac{1}{3}$ redovnog zakonskog naslijednog dijela. Unutar druge grupe nužni naslijednici moraju ispuniti i dodatni uslov a to je da nemaju nužnih sredstava za život te da su nesposobni za rad. Pravo na nužnjo dij je zaštićeno posebnom tužbom koja se naziva *actio supletoria*. Objektivni rok za podizanje ove tužbe je 3 godine i računa se od dana proglašenja testamenta, ako se traži redukcija testamentarnih raspolaganja, odnosno, od dana smrti ili pravosnažnosti rješenja o proglašenju nestalog lica umrlim, ako se traži vraćanje poklona. Tužba se podiže protiv testamentarnih naslijednika ili poklonoprimeca te njihovih univerzalnih sukcesora. Prethodno navedenu tužbu mogu podići kako nužni naslijednici tako i njihovi naslijednici, ukoliko nužni naslijednici nisu tražili svoj nužni dio i ukoliko nije protekao rok za njeno podizanje. Ovakvo shvatanje bi trebalo prihvati jer je u skladu sa shvatanjem o naslijednopravnoj prirodi prava na nužni dio. *Rok od tri godine od smrti ostavioca, u kojem se može tražiti vraćanje poklona zbog povrede nužnog naslijednog dela je objektivnoga karaktera i početak njegovog toka i njegov istek ne vezuju se za subjektivne elemente na strani nužnih naslijednika, a posebno ne za saznanje naslednika za ostavljanje poklona.*⁴⁰

5.1. ISKLJUČENJE I LIŠENJE NUŽNIH NASLJEDNIKA IZ NUŽNOG NASLJEDNOG DIJELA

Isključenje prava na nužni dio predstavlja jednu vrstu civilne kazne za nužnog naslijednika zbog njegovog društveno neprihvatljivoga ponašanja, bilo prema ostaviocu ili nekim interesima države i društva. Zavještalac može isključiti iz nasljeđa naslijednika koji ima pravo na nužni dio ako se povredom neke zakonske ili moralne obaveze teže ogriješio prema njemu, te ako se uvredljivo ili grubo odnosio prema zavještaocu, ako je umišljajno učinio krivično djelo prema zavještaocu, njegovom djetetu, usvojeniku, supružniku ili roditelju, ako se odao neradu i nepoštenom životu. Pored prethodno navedenih razloga Zakon o naslijedivanju u FBiH i BDBiH navodi i da se činjenje krivičnog djela upravljenoga ka podrivanju vlasti, nezavisnosti zemlje i njene odbrambene snage ili socijalističke izgradnje može smatrati razlogom

³⁹ Članovi od 30-35 ZNRS („Sl. glasnik RS“ broj 01/09). , članovi od 28-34 ZNSRBiH („Sl. list SRBiH“ broj 22/73, 22/75, 36/75, 38/78 i prečišćeni tekst tog Zakona o naslijedivanju „Sl. list SRBiH“ broj 7/80)

⁴⁰ Vrhovni sud Srbije, broj:Rev-510/06 od 05.2006. godine,Bilten VS Srbije,broj 2006/4,broj 2006/4, 59-60

isključenja iz nužnog nasljednog dijela.⁴¹ Naravno da je ovaj razlog u određenim elementima prevaziđen, ali ne smijemo isključiti iz vidokruga nečije ponašanje i djelovanje koje je usmjereno ka rušenju države i državnih institucija. Isključenje iz nasljeđa može biti potpuno ili djelimično. Ustanovu isključenja iz prava na nužni dio trebamo razlikovati od ustanove nedostojnosti za nasljeđivanje. Nedostojnost je ustanova općeg karaktera i odnosi se na sve vrste nasljednika, dok se isključenje odnosi samo na nužne nasljednike. Nedostojnost nastupa *ex lege*, odnosno kada se ispunje zakonom predviđeni razlozi, pa zato sud na nedostojnost pazi po službenoj dužnosti, odnosno *ex officio*. Do isključenja, s druge strane, ne dolazi čak ni ako su ispunjeni svi razlozi zakonom propisani kao razlog isključenja nužnih nasljednika, sve dok neka od stranaka isto ne zatraži putem tužbe nadležnom суду. Zavještalač koji želi da isključi nasljednika mora to da izrazi u testamentu na nesumnjiv način, a korisno je da navede i osnov za isključenje. Osnov za isključenje mora postojati u vrijeme sastavljanja testamenta. Tako u slučaju spora o osnovanosti isključenja dužnost dokazivanja da je isključenje osnovano je na onome ko se na isključenje poziva. Isključenjem nasljednik gubi nasljedno pravo u obimu u kome je isključen, a pravo ostalih lica koja mogu naslijediti ostavioca određuju se kao da je isključeni umro prije ostavioca.

Lišenje prava na nužni dio je drugo pravno sredstvo koje stoji na raspolaganju ostaviocu i kojim on može otkloniti primjenu imperativnog nasljednog reda. Lišenjem ostavilac može otkloniti primjenu nužnog nasljednog prava. Tako ostavilac potpuno ili pak djelomično oduzima nužni dio svome potomku ostavljajući pri tome taj dio njegovom potomku. Za razliku od isključenja koje ima kazneni karakter, ustanova lišenja prava na nužni dio nema jedini cilj kazniti nužnog nasljednika radi njegovog društveno neprihvatljivog ponašanja. Zakon striktno propisuje razloge zbog kojih jedno lice može biti lišeno prava na nužni dio u korist svojih potomaka. Ako je potomak koji je imao pravo na nužni dio prezadužen ili je rasipnik, zavještalač ga može lišiti u cjelini ili djelimično njegovog nužnog dijela u korist njegovih maloljetnih ili punoljetnih potomaka koji su nesposobni za privređivanje. Ovo lišenje ostaje punovažno samo ako u trenutku otvaranja naslijeda lišeni ima maloljetne ili punoljetne potomke koji su nesposobni za privređivanje.⁴² Da li je neko rasipnik ili je prazadužen faktičko je pitanje o kojemu, u slučaju spora, odlučuje sud cijeneći sve okolnosti slučaja. No, ukoliko je jednom licu ograničena poslovna sposobnost odlukom suda uslijed ugrožavanja svojih interesa i interesa drugih lica zbog rasipništva, što je prema pozitivnim porodičnopravnim propisima moguće, sud ne mora da utvrđuje postojanje rasipništva. Lice koje se lišava prava na nužni dio ne smije biti nedostojno, jer je u tom slučaju eliminisano iz nasljeđivanja primjenom ove ustanove te će se u tom slučaju primjeniti pravo predstavljanja. Kada je riječ o razlozima isključenja i lišavanja postoje određene razlike. Naime, ostavilac iz naslijeda može isključiti bilo kojeg nužnog nasljednika, a lišiti samo svoga potomka. Razlika postoji i prema momentu u kojem se procjenjuje postojanje uslova za isključenje, odnosno, lišavanje. Uslovi za

⁴¹ Član 45 ZNSRBiH („Sl. list SRBiH“ broj 22/73, 22/75, 36/75, 38/78 i prečišćeni tekst tog Zakona o nasljeđivanju „Sl. list SRBiH“ broj 7/80) član 47 ZNRS („Sl. glasnik RS“ broj 01/09)

⁴² Član 48 ZNSRBiH („Sl. list SRBiH“ broj 22/73, 22/75, 36/75, 38/78 i prečišćeni tekst tog Zakona o nasljeđivanju „Sl. list SRBiH“ broj 7/80) i član 50 ZNRS („Sl. glasnik RS“ broj 01/09)

isključenje moraju postojati u momentu pravljenja testamenta, dok uslovi za lišavanje moraju postojati kako u tom momentu, tako i u momentu smrti ostavioца. Prethodno navedeno najljepše oslikava jedna sudska odluka u kojoj se navodi: *Isključenje iz naslijedstva nasljedniku koji ima pravo na nužni dio mora se učiniti u oporuci, pa tako nije valjana pismena izjava o isključenju učinjena u darovnom ugovoru koji nema propisanu zakonsku formu potrebnu za valjanost oporuke.*⁴³ I dete može isključiti oca iz nasledstva ako je zanemario njegovo vaspitanje ili se odao nepoštenom životu.⁴⁴

6. ZAKLJUČAK

Prema važećim propisima o nasljeđivanju u pravnom sistemu Bosne i Hercegovine možemo zaključiti kako su trenutno prisutna dva nasljednopravna sistema i to jedan u Republici Srpskoj, kao otvoreni nasljednopravni sistem i drugi u Federaciji Bosne i Hercegovine i Brčko Distriktu Bosne i Hercegovine, kao zatvoreni nasljednopravni sistem. I jedan i drugi nasljednopravni sistem ima svoje osobenosti koje se svode na potpuno otvaranje ili zatvaranje pozivanja predaka na nasljeđe. Dok se u Republici Srpskoj na nasljeđe mogu pozvati svi ascendedenti, dotle u Federaciji Bosne i Hercegovine na nasljeđe se mogu pozvati samo ascendedenti zaključno sa trećim stepenom redovnog zakonskog nasljeđivanja. Naime, moguće su razne fraudolozne radnje stranaka usmjerene ka izbjegavanju važećih propisa jednog ili drugog entiteta ili pak distrikta, pa tako na teritoriji naše zemlje pravni subjekti mogu doći u nezavidnu situaciju pravne nesigurnosti. Stoga, jedino rješenje koje moramo prihvatiti kao univerzalni princip u ovoj državi, i od kojeg ne smijemo odstupiti ni malo, moglo bi se svesti na potpunu i definitivnu harmonizaciju pravila koja važe ne samo u okviru nasljednog prava, nego i u okviru ostalih grana prava, odnosno, važećih pozitivnopravnih propisa u našoj zemlji. Na taj način stvorićemo pozitivnu pravnu klimu u ovoj državi i uputiti pravu poruku kako Europskoj Uniji, tako i cijelome svijetu, u kojoj ćemo nedvosmisleno i krajnje otvoreno i iskreno kazati kako se i na ovim prostorima može živjeti u sreći, ljubavi i međusobnom uvažavanju, a na temelju poštivanja vladavine prava i pravičnosti.

7. LITERATURA

1. Prof.dr. Drago Bago, Prof.dr. Nerimana Traljić, Prof.dr. Zdravko M. Petrović, mr. Meliha Povlakić, „*Osnovi nasljednog prava*“ (prvo izdanje), PP „TO JE TO“, Sarajevo 1991.
2. Prof. dr. Radosav Momčilović i Prof. Dr. Milorad Živanović, „*Nasledno*

⁴³ Vrhovni sud Hrvatske, broj: Rev-1786/85 od 03.12.1986. godine-I. Babić, Nasledno pravo, Beograd, 2005, str. 89, bilj.8; Pregled sudske prakse VSH, broj 30/86

⁴⁴ Savezni sud, broj Gzz-54/55-R.Čosić, Aktuelna sudska praksa iz građansko-procesnog prava, Beograd, 2003., str.14, odluka broj 980

- pravo*“ Treće izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd-Banja Luka 2003. 3. Prof.dr.Martin Vedriš i Prof. Dr. Petar Klarić, „*Gradansko pravo*“ (opći dio, stvarno,obvezno i naslijedno pravo) Drugo izmjenjeno i dopunjeno izdanje, Narodne novine, Zagreb 1996.
4. Dr. Nerimana Traljić i dr. Suzana Bubić, „*Bračno pravo*“ I izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2007.
 5. Prof. Duško Medić i Haso Tajić, „*Naslijedno pravo u sudskoj praksi*“, Grafomark, Laktaši, Sarajevo-Banja Luka 2008.
 6. Prof. Dr. B. T. Blagojević, doc.dr. O. B. Antić, „*Nasledno pravo u Jugoslaviji*“ XVII izmjenjeno i dopunjeno izdanje, „Savremena administracija“ izdavačko-štamparsko-knjžarska radna organizacija Beograd 1986.
 7. Dr. Suzana Bubić, dr. Nerimana Traljić, „*Roditeljsko i starateljsko pravo*“, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu , Sarajevo 2007.
 8. Tejsirul-`Alijjil-Kadir lih-tisari tefsir Ibn-Kesir, Tefsir Ibn-Kesir, skraćena verzija, skratio Muhammed Nesib er-Rifa`i, grupa prevodilaca, Visoki saudijski komitet za pomoć BiH, OKO Sarajevo, Sarajevo 2002.
 9. Enver Zečević, „*Pravila građanskog i porodičnog prava sa sudskom praksom*“, Sarajevo 2000.
 10. Enver Zečević, „Građansko-pravni i porodično-pravni odnosi“, sa dodatkom Europsko pravo profesora Christophera Schalasta, njemačkoga odvjetnika, Federalno ministarstvo pravde, Sarajevo 1997.

KORIŠTENE INTERNET STRANICE

(Dana 14.maja 2010.)

1. http://www.ohr.int/ohr-offices/brcko/arbitration/default.asp?content_id=39134
2. <http://www.familylawweek.co.uk/site>
3. <http://www.tuzilastvobih.gov.ba>
4. <http://www.asbd.ba>
5. <http://www.propisionline.com>
6. <http://www.sudskapraksa.com/>
7. <http://zakon.co.rs/porodicni-zakon>
8. <http://www.fbihvlada.gov.ba>
9. <http://narodne-novine.nn.hr>
10. <http://www.mpr.gov.ba>
11. <http://www.mama-mami.com/>
12. <http://www.rsp.hr>
13. <http://www.djeca.rs>.

UDK: 341.1

Emir Sudžuka, dipl.iur.
Sveučilište/Univerzitet „Vitez“ Travnik
Fakultet pravnih nauka
emir.sudzuka@unvi.edu.ba
emirsudzuka@yahoo.com

PRAVNI SUBJEKTIVITET MEĐUNARODNIH ORGANIZACIJA

LEGAL PERSONALITY OF INTERNATIONAL ORGANIZATIONS

REZIME

Međunarodne organizacije se tretiraju u praksi i teoriji međunarodnog prava kao subjekti međunarodnog prava. Pitanje pravnog subjektiviteta međunarodnih organizacija je specifično i u mnogome se razlikuje od pravnog subjektiviteta suverenih država. Kroz svoje djelovanje međunarodne organizacije iskazuju svoj subjektivitet kako na nacionalnom nivou, tako i na međunarodnom. Pravni položaj međunarodnih organizacija u unutrašnjem pravu pitanje je koje svaka država uređuje normama svog pravnog sistema. Međunarodna organizacija posjeduje prani subjektivitet i po međunarodnom pravu ako ima sposobnost da posjeduje određena prava i obaveze saglasno međunarodnom pravu i ako ima autonomiju u svome djelovanju. Poseban vid ispoljavanja pravnog subjektiviteta međunarodnih organizacija su i privilegije i imuniteti međunarodnih organizacija i službenika te sposobnost međunarodnih organizacija na zaključivanje valjanih ugovora, u svoje ime i za svoj račun. Kada se govori o pravnom subjektivitetu međunarodnih organizacija, značajno je i pitanje jurisdikcije. Naime, iako međunarodne organizacije, koje ne sadrže nadržavna obilježja, nemaju sopstveni teritorij i stanovništvo, moguće je u ograničenom obimu govoriti o teritorijalnoj i personalnoj jurisdikcijina organizacija koje ne sadrže nadržavna obilježja.

KLJUČNI POJMOVI: pravni subjektivitet, međunarodno pravo, unutrašnje pravo, međunarodne organizacije, subjekti međunarodnog prava, privilegije i imuniteti, jurisdikcija, teritorijalna jurisdikcija, personalna jurisdikcija.

SUMMARY

In the theory and practice of international law, international organizations are treated as subjects of international law. The issue of legal personality of international organizations is quite specific and in many ways it has differences with

the legal personality of the sovereign states. But through its actions the international organizations express their personality at the national level as well as at international level. Legal status of international organizations in national law is an issue that each state regulates by the norms of its legal system. International organizations have legal personality if they have the ability to possess certain rights and obligations in accordance with international law and if there is autonomy in their operations. Special form of manifestation of the legal personality of international organizations are the privileges and immunities of international organizations and officials, and the ability of international organizations to conclude contracts in its own name and for its own account

When we talk about the international personality of international organizations, it's also important the issue of jurisdiction. Although international organizations which do not contain supernational features, have their own territory and population, it's possible in a limited extent to talk about territorial and personal jurisdiction of organizations that do not contain supernational character.

KEYWORDS: legal personality, international law, national legal system, international organizations, subjects of international law, privileges and immunities, jurisdiction, territorial jurisdiction, personal jurisdiction.

1. UVOD

Međunarodne organizacije predstavljaju značajan segment međunarodnog javnog prava. Njihov teorijski i pravni značaj danas je nedvojben, jer igraju važnu ulogu u uspostavljanju i kreiranju međunarodnih odnosa.

Specifičnost i kompleksnost pravnog sistema Bosne i Hercegovine i njen međunarodnopravni položaj zahtijevaju vrlo ozbiljan pristup i analizu normi međunarodnog prava u cijelosti, ali svakako i normi koje se odnose na međunarodne organizacije. Članstvo i aktivno učešće Bosne i Hercegovine u ovakvima organizacijama može uveliko doprinijeti rješavanju kompleksnosti i racionalizaciji pravnog sistema i omogućiti sigurniju i napredniju budućnost.

Problem istraživanja ovog članka je slijedeći: iako se u sistematizaciji subjekata međunarodnog javnog prava, međunarodne organizacije tretiraju kao subjekti međunarodnog prava, nedostatne su znanstveno utemeljene informacije o pravnom subjektivitetu međunarodnih organizacija. Iz ovako postavljene problematike članka, definiran je i predmet istraživanja: istražiti problem pravnog subjektiviteta međunarodnih organizacija, o njihovom položaju u unutrašnjem i međunarodnom pravu, te sistemski formulirati rezultate istraživanja.

U skladu sa problemom i predmetom istraživanja, postavljena je i temeljna hipoteza: naučno utemeljenim saznanjima o međunarodnopravnom subjektivitetu, moguće je utvrditi da međunarodne organizacije, pored suverenih država jesu subjekti međunarodnog prava i značajni faktori uspostave i održavanja međunarodnih odnosa, te da se njihova pravna osobnost izvodi iz pravnog subjektiviteta država koje ih osnivaju.

Ciljevi istraživanja su proučiti sve segmente međunarodnopravnog subjektiviteta međunarodnih organizacija u unutrašnjem pravu, u međunarodnom pravu, te posebne vidove subjektiviteta te o svemu tome formulirati rezultate istraživanja i predstaviti ih u članku.

Imajući u vidu svhu i ciljeve istraživanja, potrebno je dati odgovore na nekoliko važnih pitanja:

1. Šta su međunarodne organizacije?
2. Koji su konstitutivni elementi međunarodnih organizacija?
3. Kakav je položaj međunarodnih organizacija u unutrašnjem pravu?
4. Kakav je položaj međunarodnih organizacija u međunarodnom prvu?
5. Koje su osnovne značajke privilegija i imuniteta međunarodnih organizacija?
6. Koje su osnovne značajke jurisdikcije međunarodnih organizacija?
7. Da li međunarodne organizacije imaju sposobnost zaključivanja međunarodnih ugovora?

U pravnoj teoriji moguće je pronaći različite klasifikacije subjekata međunarodnog prava. Najdominantnija je u svakom slučaju ona koja subjekte međunarodnog prava dijeli na države, međunarodne organizacije te čovjeka kao subjekta međunarodnog prava. Okvirno određenje subjekta međunarodnog javnog

prava, naslonjeno na opšti, genusni pojam subjektiviteta, dao je Međunarodni sud pravde u savjetodavnom mišljenju koje se ticalo naknade štete pretrpljene u službi Ujedinjenih nacija (1949.). Sud je našao da je subjekt međunarodnog prava „entitet sposoban da pribavi međunarodna prava i obaveze.“¹ Pojam međunarodnopravnog subjektiviteta čini nekoliko kumulativnih konstitutivnih elemenata:

- a) Subjekt međunarodnog prava je titular, nosilac prava i obaveza utvrđenih normama međunarodnog javnog prava;
- b) Odgovornost je nužna dopuna prava;
- c) Subjekt međunarodnog prava posjeduje sposobnost da, u sudskom ili drugom postupku relevantnom po međunarodnom pravu, ostvari pravo koje mu je priznato;
- d) Pravnostvarajuća sposobnost, shvaćena kao moć da se sopstvenom voljom doprinosi, bilo u pozitivnom ili negativnom smislu, stvaranju međunarodnog prava.²

2. Pojam međunarodnih organizacija

Međunarodne organizacije su ugovorima zasnovane i organizirane suradnje unutar samostalnih i institucionaliziranih skupnosti, koje mogu posjedovati i vlastiti subjektivitet. Međunarodnim ugovorima stvoreni ustavi takvih organizacija stvaraju pravne temelje postojanja i djelovanja odnosnih međunarodnih organizacija i određuju njihove ciljeve.³

Međunarodna saradnja i sistem međunarodnog prava počivaju na suverenim državama, ali se više ne mogu zamisliti bez međunarodnih organizacija. Uz sve veću globalnu i regionalnu povezanost, međunarodne organizacije predstavljaju forum za stalnu saradnju između država i efikasnije sredstvo za rješavanje mnogih pitanja. Države stvaraju međunarodne organizacije da bi ostvarile određene ciljeve.⁴ Prema prof. Deganu, međunarodne organizacije, za razliku od međunarodnih kongresa, konferencija i drugih oblika povremene suradnje više država, predstavljaju institucionaliziran i trajniji oblik suradnje njihovih država članica u izvršenju nekih

¹ ICI Reports, str. 178.

² Vidi opširnije: M. Kreća: *Međunarodno javno pravo*, Javno preduzeće „Službeni glasnik“, Beograd, Beograd, 2008. Str 111 i 112.

³ V. Ibler: Rječnik međunarodnog javnog prava, Informator, Zagreb 1987. Str.155-156.

⁴ V. Dimitrijević i drugi, Osnovi međunarodnog javnog prava, Beogradski Centar za ljudska prava, Beograd 2007. str. 96.

zajednički postavljenih ciljeva.⁵ Od vremena kada su se pojavile različite forme takozvanih javnih međunarodnih organizacija, poznate pod nazivom međuvladine organizacije, smatra se da su to entiteti, odnosno, institucije formirane ugovorima zaključenim između država.⁶ Iz navedenih definicija međunarodnih organizacija može se vidjeti da one zapravo predstavljaju pravno institucionaliziran oblik suradnje između država u različitim oblastima i utoliko se može priznati značajna uloga međunarodnih organizacija u ukupnom unapredenu međunarodnog prava.

3. Status međunarodnih organizacija

Subjekt međunarodnog prava (subject of international law, personne internationale-sujet du droit international-Volkerrechtssubjekt)⁷ je svaki subjekt koji je izravno podvrgnut pravilima međunarodnog pravai, a koji je sposoban da bude nosilac prava i obaveza u međunarodnopravnom poretku i stranka u postupku pred Međunarodnim sudom.

Kada se govori o pravnom subjektivitetu međunarodnih organizacija, osnovno pitanje koje se postavlja je da li međunarodne organizacije uopšte imaju pravni subjektivitet i u kojem momentu ga stiču te koje su posljedice njihovog pravnog subjektiviteta. Prema Malcolmu Shawu⁸ međunarodne organizacije su odigrale značajnu ulogu u sferi međunarodne osobnosti. Od devetnaestog stoljeća pokazalo se da broj ovih organizacija brzo raste, pa se stoga pokrenulo pitanje njihove međunarodne pravne osobnosti. U principu, sada je poznato da međunarodne organizacije mogu biti subjekti međunarodnog prava. Uzimajući u obzir značaj međunarodnih organizacija kada se govori o međunarodnim odnosima te svakodnevni porast međunarodnih organizacija koje se bave najrazličitijim pitanjima međunarodnih odnosa, može se govoriti o položaju međunarodnih organizacija u unutrašnjem pravnom poretku gdje mogu imati status pravnog lica i položaja u međunarodnopravnom poretku u kome mogu imati status subjekta međunarodnog prava.

⁵ Opširnije, Degan, V.Đ: Medunarodno pravo, Pravni fakultet u Rijeci, Rijeka 2000. str. 413. Svaka međunarodna organizacija ima jedan ili više stalnih organa. Stalni administrativni organ djeluje kontinuirano, dok se politički i drugi izvršni organi mogu sastojati od predstavnika država članica koji se povremeno sastaju. Moguće je da su predstavnici država članica u nekim od tih organa stalno na okupu kako bi se sastajali kad god se za tim ukaže potreba.

⁶ Avramov S, Kreća M: Medunarodno javno pravo, Pravni fakultetu Beogradu, Beograd 2006. str. 172-173.

⁷ Op cit. Ibler, str. 302.

⁸ Shaw, M: International Law, Cambridge University Press, sixth edition, 2008. str. 259-260.

3.1 Status međunarodnih organizacija u unutrašnjem pravu

Pravni položaj međunarodnih organizacija u unutrašnjem (nacionalnom) pravu pitanje je koje svaka država utvrđuje normama svog pravnog sistema. Nacionalni pravni sistemi samostalno utvrđuju tehnike i metode određivanja da li će određena organizacija imati pravni subjektivitet ili ne. Svaka organizacija ima sjedište koje se nalazi na nacionalnoj teritoriji neke države i tada dolazi, po prirodi stvari, u kontakt sa njenim unutrašnjim pravnim poretkom. Status i pravna sposobnost koji se u unutrašnjem pravnom poretku neke države priznaju međunarodnim organizacijama zavise, s jedne strane od odredbi domaćeg prava, i s druge strane od međunarodnih ugovora koji regulišu ovo pitanje.⁹ U većini slučajeva, međunarodne organizacije u svojim statutima propisuju da one imaju međunarodnu sposobnost u nacionalnom pravu, a na osnovu međunarodnog ugovora o osnivanju organizacije. Tako naprimjer član 104 Povelje Ujedinjenih Nacija propisuje: „Organizacija uživa na teritoriji svakog svog člana onu pravnu sposobnost koja joj je potrebna da vrši svoje funkcije i postiže svoje ciljeve.“¹⁰ U ovakvim slučajevima, država članice imaju obavezu priznati pravni subjektivitet organizacije u njihovom pravnom sistemu. „Određene države članice, kao što je Velika Britanija i većina zemalja Commonwealtha, zahtijevaju da ugovori moraju biti implementirani u nacionalno zakonodavstvo da bi postali pravosnažni u njihovom pravnom sistemu i da tako bude priznata pravna sposobnost organizacije inkorporacijom konstitutivnih akata organizacije u pravo države članice. Druge države članice, kao što su SAD, Njemačka i Austrija, automatski preuzimaju ugovore kojih su članice te priznaju pravni subjektivitet organizacije u svom pravnom sistemu bez inkorporacije“¹¹. Države nečlanice UN-a priznaju pravni subjektivitet međunarodnim organizacijama na drugim osnovama. Nekada to može biti rezultat posebnog sporazuma, kao u slučaju odnosa između Ujedinjenih Nacija i Švicarske.¹² Opšte odredbe o pravnoj sposobnosti iz statuta mogu se precizirati bilo odredbama nacionalnih zakonodavstava, bilo dodatnim međunarodnim ugovorima. Ovaj drugi način je možda bolji, pošto se postiže uniformnost u pogledu obima pravne sposobnosti međunarodne organizacije u pravu država članica.¹³ Tako je član 104.

⁹ Op. citatum Dimitrijević i drugi, str. 100

¹⁰ Povelja UN-a, član 104.

¹¹ C.F Amerasinghe, *Principles of Institutional Law of International Organizations*, Cambridge University Press 2005. str. 70.

¹² Ibidem, str.69-70.

¹³ Dimitrijević i drugi, op.cit. str. 100.

Povelje dopunjeno Konvencijom o privilegijima i imunitetima UN-a¹⁴, koja u prvom članu propisuje da je Organizacija pravno lice koje može da zaključuje ugovore, stiče i otuduje pokretna i nepokretna dobra i istupa pred sudovima. Neki statuti vezuju pravni status međunarodne organizacije direktno za unutrašnje propise država. Tako, naprimjer, Evropska zajednica na teritoriji svake države članice ima najširu pravu sposobnost koja se daje nacionalnim pravnim licima (član 282 Ugovora o osnivanju Evropske zajednice)¹⁵. Način na koji se daje dejstvo odredbama statuta i drugih međunarodnih ugovora koji se tiču pravne sposobnosti međunarodne organizacije zavisi od pravila nacionalnog prava koja regulišu unošenje međunarodnih ugovora u unutrašnji pravni poredak.

Izričito priznanje međunarodnopravnog subjektiviteta izuzetno malog broja međunarodnih organizacija može se naći u nekim sporazumima zaključenim između organizacije i države sjedišta. *Modus vivendi* od 1926. godine, koji je regulisao status Društva naroda na teritoriji države domaćina (Švajcarske), sadržao je izričito priznanje u tom smislu u članu 1. i to na način što je proklamovao da Društvo naroda, koje posjeduje međunarodnopravni subjektivitet, ne može biti tuženo pred švajcarskim sudovima bez njegovog izričitog pristanka. Slično priznanje međunarodnopravnog subjektiviteta sadrži čl. 2. Sporazuma između Švajcarske i Svjetske meteorološke organizacije, zaključenog 10. marta 1955. godine.¹⁶

Danas nije sporno da međunarodna organizacija u skalu sa unutrašnjim pravnim sistemima država članica ima status pravnog lica usklađen sa potrebama za obavljanje njenih funkcija i ostvarivanje njenih ciljeva. Uostalom, pored fizičkih lica, unutrašnji pravni sistemi država već dugo poznaju instituciju pravnih lica — bilo domaćih ili stranih. Ono što, međutim, postavlja posebne probleme jest pitanje međunarodne organizacije kao pravnog lica, ne unutrašnjeg, nego međunarodnog prava. Pitanje subjektiviteta međunarodnih organizacija, naime, otvoreno je činjenicom da njihovi statuti — pored utvrđivanja statusa pravnog lica — govore i o privilegijama i imunitetima međunarodnih organizacija (čega, u principu, nema u odnosu na strana pravna lica privatnoga prava). Prema tome, međunarodne organizacije jesu pravna

¹⁴ http://www.bgcentar.org.yu/documents/Konvencija_o_privilegijama_i_imunitetima.htm, od 01.02.2010. Član 1. Konvencije kaže: Organizacija Ujedinjenih nacija je pravno lice. Ona može: a) da zaključuje ugovore; b) da stiče i otuduje pokretna i nepokretna dobra; c) da istupa pred sudovima.

¹⁵ http://eur-lex.europa.eu/en/treaties/dat/12002E/pdf/12002E_EN.pdf, od 18.01.2010. In each of the Member States, the Community shall enjoy the most extensive legal capacity accorded to legal persons under their laws; it may, in particular, acquire or dispose of movable and immovable property and may be a party to legal proceedings. To this end, the Community shall be represented by the Commission.

¹⁶ V. Dimitrijević, O Račić, V. Đerić, T. Papić, V. Petrović, S Obradović, Osnovi međunarodnog javnog prava, Beogradski Centar za ljudska prava, Beograd 2007. str. 26.

lica po unutrašnjim pravnim sistemima država članica, ali i nešto više; lica kojima se priznaje poseban tretman, bilo da je predviđen samim statutom, konvencijom o privilegijama i imunitetima ili sporazumom sa državom sjedišta. Samim tim, međunarodne organizacije dovedene su u vezu s međunarodnopravnim poretkom a da, istovremeno, statuti međunarodnih organizacija izbjegavaju da izričito riješe pitanje međunarodnopravnog subjektiviteta organizacija koju uređuju.

3.2 Status međunarodnih organizacija u međunarodnom pravu

Danas je u teoriji međunarodnog javnog prava općeprihvaćeno stajalište da međunarodne organizacije jesu subjekti međunarodnog prava. Iako se razlikuju kriteriji za postojanje pravnog subjektiviteta, može se reći da međunarodna organizacija ima pravni subjektivitet ako ima sposobnost da posjeduje određena prava i obaveze saglasno međunarodnom pravu i ako ima autonomiju u svom djelovanju. Neki autori navode da međunarodna organizacija treba da ima ove karakteristike ne samo u svome statutu, nego i u stvarnosti.¹⁷ Dakle, iz teorije međunarodnog prava, vidljivo je da statut međunarodne organizacije, a koji nastaje na osnovu međunarodnog ugovora, predstavlja osnovni izvor njenog prvnog subjektiviteta i određuje njena prava i dužnosti u odnosima sa drugim subjektima međunarodnog prava. Kao najbolji primjer za dokazivanje pravnog subjektiviteta međunarodnih organizacija, svakako može poslužiti Organizacija Ujedinjenih Nacija. Pitanje jesu li Ujedinjene nacije subjekt međunarodnog prava i imaju li objektivno svojstvo subjekta (dakle ne samo u odnosu prema državama članicama, nego i prema trećima), pojavilo se 1948 u povodu ubojsztva u Palestini posrednika Ujedinjenih nacija grofa Bernadottea. On je sa svojim suradnicima u ime svjetske organizacije obavljao službene dužnosti i tamo su svi oni pretrpjeli štetu. Opća skupština je zatražila od Međunarodnog suda pravde u Hagu savjetodavno mišljenje o tome imaju li Ujedinjene nacije sposobnost isticanja međunarodnog zahtjeva prema odgovornoj državi za naknadu štete počinjene samoj Organizaciji i žrtvama. U savjetodavnom mišljenju iz 1949. godine o „naknadi štete pretrpljene u službi Ujedinjenih nacija“ Međunarodni sud je na to pitanje jednoglasno odgovorio potvrđno. Sud si je postavio pitanje imaju li Ujedinjene nacije međunarodnu osobnost tj. svojstvo subjekta međunarodnog prava. Po mišljenju Suda: „ Subjekti prava u nekom pravnom sistemu nisu neophodno identični glede njihove naravi ili širine njihovih prava; njihova narav ovisi o potrebama zajednice. Razvoj međunarodnog prava, tokom njegove historije, bio je pod uticajem potreba

¹⁷ A. Cassese, International Law, first edition, Oxford University Press 2001. str 72-73.

međunarodnoga života, a progresivo uvećanje kolektivnih djelatnosti država već je pružilo primjere akcije vršene na međunarodnom planu, putem izvjesnih jedinki koje nisu države. Taj razvoj doveo je, u junu 1945. do stvaranja jedne međunarodne organizacije čiji su ciljevi i načela izloženi u Povelji Ujedinjenih nacija. Da bi se ti ciljevi postigli, nužno je da Organizacija ima međunarodnu osobnost.“ (p. 178)¹⁸.

To znači da je organizacija subjekt međunarodnog prava, da ona ima sposobnost da bude nosilac međunarodnih prava i dužnosti i da ima sposobnost da se koristi tim pravima ističući međunarodne zahtjeve. Savjetodavno mišljenje suda iz 1949. odnosi se jedino na Organizaciju Ujedinjenih nacija, a ne nužno i na ostale međuvladine organizacije. Ali, usvajanje Bečke konvencije o predstavljanju država u odnosima s univerzalnim međunarodnim organizacijama, iz 1977. još više afirmira objektivnu međunarodnu osobnost i to u pravilu svih međunarodnih organizacija.¹⁹ Povećanje broja međunarodnih organizacija i njihov rastući značaj u međunarodnim odnosima doveli su do postepenog priznavanja međunarodnopravnog subjektiviteta nekih međunarodnih organizacija. U međunarodnim odnosima, zbog malobrojnosti individualnih slučajeva, nema onako apstraktnih tipova i pojmoveva kao u unutrašnjem pravu, koji se odnose na milione pojedinaca.

Međunarodno pravo uređuje daleko manji broj jedinki nego druge grane prava, mnogo je bliže predmetu svog proučavanja i u stanju je da uočava postojeće razlike te uzima u obzir nejednakost pravnih subjekata čije ponašanje reguliše. Ove karakteristike važe i za odnos međunarodnog javnog prava prema subjektivitetu međunarodnih organizacija. Sa praktične strane posmatrano, da bi međunarodne organizacije mogle igrati svoju ulogu u međunarodnim odnosima, one moraju djelovati. Za tu svoju djelatnost moraju imati odgovarajuću pravnu osnovu. Znači,

¹⁸ Savjetodavno mišljenje Međunarodnog suda pravde iz 1949. o Naknadi štete u službi Ujedinjenih nacija, p.p 182-183) : The question concerning reparation for injuries suffered in the service of the United Nations, was referred to the Court by the General Assembly of the United Nations (Resolution of the General Assembly dated December 3rd. 1948) in the following terms: “I. In the event of an agent of the United Nations in the performance of his duties suffering an injury in circumstances involving the responsibility of a State, has the United Nations, as an Organization, the capacity to bring an international claim against the responsible de jure or de facto government with a view to obtaining the reparation due in respect of the damage caused (a) to the United Nations, (b) to the victim or to persons entitled through him? “II. In the event of an affirmative reply on point I (b), how is action by the United Nations to be reconciled with such rights as may be possessed by the State of which the victim is a national?” With respect to questions I (a) and I (b), the Court established a distinction according to whether the responsible State is a Member or not of the United Nations. The Court unanimously answered question II (a) in the affirmative.

On question I (b) the Court was of opinion by 11 votes against 4 that the Organization has the capacity to bring an international claim whether or not the responsible State is a Member of the United Nations.- preuzeto sa: <http://www.icj-cij.org/docket/files/4/1837.pdf> od 02.12.2009.

¹⁹ V.D. Degan, Međunarodno pravo, Rijeka 2000. str. 422-423.

da bi se jednoj organizaciji omogućilo efektivno djelovanje, kao i da bi učinjeni akti mogli da se pripisu organizaciji koja tu djelatnost obavlja, mora joj se priznati određeni stepen međunarodnopravnog subjektiviteta. Konvencija o predstavljanju država u njihovim odnosima s međunarodnim organizacijama univerzalnog karaktera daje dodatne argumente u prilog stanovišta o međunarodnopravnom subjektivitetu međunarodnih organizacija i to zbog toga što:

- a) polazi od postojanja odnosa između navedenih subjekata;
- b) izričito priznaje pasivno pravo poslanstva međunarodnih organizacija (kod kojih se misije akredituju);
- c) stavlja u dužnost međunarodnim organizacijama da pomažu misijama država-članica u realizaciji svih olakšica i daje joj one koje spadaju u njihovu nadležnost; i
- d) otvara mogućnost međunarodnim organizacijama da učestvuju u rešavanju eventualnih sporova između države odašiljanja i države sedišta međunarodne organizacije.²⁰

Ako bismo željeli sintetizovati zajednički imenitelj shvatanja koja danas preovlađuju, trebalo bi reći da slijedeći elementi opredeljuju sadržinu pojma međunarodnopravnog subjektiviteta međunarodnih organizacija:

- a) posjedovanje prava i obaveza saglasno međunarodnom pravu;
- b) samostalno djelovanje u odnosu na treća lica; i
- c) autonomija organizacije prema državama članicama, koja se izražava u raspodjeli nadležnosti između članica i organa organizacije i u pripisivanju dejstva akata organizacije samoj organizaciji, a ne državama koje je sačinjavaju.²¹

Već navedeno mišljenje Međunarodnog suda stalo je na stanovište da „pedeset država, koje predstavljaju veliku većinu članova međunarodne zajednice, može da saglasno međunarodnom pravu obrazuje jedinku koja poseduje objektivni međunarodnopravni subjektivitet, a ne samo subjekt koji samo one priznaju“. Ovo mišljenje, dato 1949. godine u odnosu na Ujedinjene nacije, treba, s jedne strane, posmatrati u svjetlosti činjenice da se njihovo članstvo u daljem razvoju veoma povećalo. S duge strane, ono može biti od značaja i za problem subjektiviteta ostalih, pa

²⁰ http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/5_1_1975.pdf od 03.20.2010. Vidjeti opširnije u tekstu Konvencije o predstavljanju država u njihovim odnosima s međunarodnim organizacijama iz 1975.

²¹ V. Dimitrijević, O. Račić, Međunarodne organizacije, Beograd 1988, str. 30-35.

i užih međunarodnih organizacija. U uslovima kada se opšte priznaje izvjestan stepen subjektiviteta pojedinih međunarodnih organizacija postavlja se suštinsko pitanje da li međunarodnopravni subjektivitet međunarodne organizacije zavisi od ugovornog prava (što znači da je strogo definisan odredbama osnivačkog aktaa i statuta) ili pak, proizilazi iz međunarodnog običajnog prava (što znači da ga jednom osnovana međunarodna organizacija poseduje bez obzira na odredbe statuta).²² Ovo pitanje je od posebnog značaja za manje međunarodne organizacije ali, s druge strane, i za krug prava koje međunarodnopravni subjektivitet svake organizacije prepostavlja. Po najstarijem i najrestriktivnjem shvatanju — po tzv. *teoriji delegiranih ovlašćenja*²³ — međunarodna organizacija, za razliku od države kao subjekta međunarodnog prava, može vršiti samo one akte na koje je izričito ovlašćena statutom, što znači da ima ona ovlašćenja koja su na nju prenijele države članice. Praksa međunarodnih organizacija, međutim, zahtevala je izmjenu navedenog shvatanja; brojne međunarodne organizacije, naime, u praksi su počele da vrše i akte na koje statutima nisu bile izričito ovlašćene. Na osnovu toga, mnogi pisci usvajaju tzv. *teoriju impliciranih ovlašćenja*²⁴, čime međunarodnim organizacijama priznaju pravo da vrše i one međunarodne akte za koje se smatra da se podrazumijevaju pojedinim odredbama statuta ili, štaviše, funkcijama datim odnosnoj međunarodnoj organizaciji. Autori se ne razlikuju u odnosu na priznanje obima međunarodnopravnog subjektiviteta međunarodnih organizacija već po tome sa koliko gipkosti pristupaju tumačenju statuta ili, čak, pripremnih radova konferencije na kojoj je odnosna organizacija ustanovljena. Po sasvim suprotnom shvatanju — po tzv. *teoriji inherentnih ovlašćenja*²⁵ — jednom stvorena međunarodna organizacija ima međunarodnopravni subjektivitet koji joj priznaje već stvoreno međunarodno običajno pravo; znači, za utvrđivanje obima međunarodnopravnih akata na koje je organizacija ovlašćena, nije potrebno konsultovati njen statut. Po tom mišljenju, svaka međunarodna organizacija koja udovoljava mjerilima opšteg međunarodnog prava *ipso facto* je opšti subjekt međunarodnog prava u tom smislu da, kao i država, ima inherentnu sposobnost za vršenje svaki međunarodnopravni akt koji je u praktičnoj mogućnosti da vrši, uz rezervu izričitih ograničenja sadržanih u statutu. Sa tog, čisto pravnog stanovišta, posmatrano, međunarodne organizacije su, na isti način kao i države, opšti subjekti međunarodnog prava; glavna razlika između jednih i drugih je faktička: najveći broj međunarodnih organizacija nije u praktičnom položaju

²² Ibidem, str. 29.

²³ Ibidem, str. 29

²⁴ Ibidem, str. 29

²⁵ Ibidem, str 30.

da ispoljava inherentnu međunarodnopravnu sposobnost u istom obimu kao što to čine države, a s obzirom na činjenicu da nemaju sopstvenu teritoriju ni stanovništvo.

Saglasno doktrinarnom shvatanju za koje se zalažu, pisci različito opredjeljuju međunarodnopravni subjektivitet međunarodnih organizacija. Ipak, to još uvjek ne daje odgovor na to koliki je obim tog subjektiviteta i u kojoj se mjeri odnosi na različite međunarodne organizacije. Imajući u vidu postojeće razlike, neki pisci govore o „izvjesnom stepenu“ tog subjektiviteta, drugi ističu da međunarodnopravni subjektivitet međunarodnih organizacija nije isti kao subjektivitet država, treći navode „specifičan“ subjektivitet međunarodnih organizacija, dok neki smatraju da su one „sekundarni“ ili „netipični“ subjekti međunarodnog prava. Možda je najbolje zaključiti da je koncepcija međunarodnopravnog subjektiviteta međunarodnih organizacija promjenjiva, ovisno o vrsti organizacije. Zbog toga pitanje subjektiviteta svake međunarodne organizacije treba posebno posmatrati, polazeći od utvrđivanja vrste i značaja međunarodnopravnih akata na čije je vršenje ovlašćena statutom i njegovim tumačenjem koje daje teorija međunarodnog prava i praksa svake organizacije ponaosob.²⁶ S druge strane, ne govoreći posebno o državama, i ne tražeći nepotrebne sličnosti ovih subjekata sa međunarodnim organizacijama, ovakva definicija izbegava nategnuto povezivanje pojma međunarodnopravnog subjektiviteta međunarodnih organizacija sa pojmovima „državnosti“ ili „naddržavnosti“. Priznanje međunarodnopravnog subjektiviteta, naime, sasvim je druga stvar od priznavanja naddržavnosti međunarodnih organizacija. Osim toga, ovakav način definisanja međunarodnopravnog subjektiviteta omogućuje da se on ne traži uzaludno u izričitim odredbama statuta koje bi to pitanje regulisale, nego u ukupnosti rešenja o strukturi, nadležnosti i ovlašćenjima organizacije i njenih organa.²⁷

Kada se govori o međunarodnopravnom subjektivitetu međunarodnih organizacija, neizostavno je pitanje pravnog subjektiviteta Evropske unije. Uzimajući u obzir kompleksnost ove organizacije, ne postoje jedinstveni stavovi po pitanju pravnog subjektiviteta Evropske unije. Prema prvom shvatanju, Evropska unija predstavlja puku svodnu konstrukciju²⁸ pod čijim krovom djeluju tri, a odnedavno samo dvije međunarodne organizacije (EZ(EZUČ) i Euroatom) i dva segmenta međudržavne suradnje.²⁹

²⁶ Ibidem, str.

²⁷ V. Dimitrijević, O. Račić, Međunarodne organizacije, Beograd 1988, str. 30-35.

²⁸ Uz ostale prominenti zagovornici ovog stava su njemački autori Koeing/Pechstein-Die Europaiche Union, 1995. prema N. Misita, 2008. Str. 232.

²⁹ N. Misita, Uvod u pravo Evropske Unije, Treće izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2008. godine. str. 231.

Po drugom shvatanju, Evropska unija predstavlja novouspostavljenu jedinstvenu međunarodnu organizaciju sa vlastitim pravnim poretkom koji objedinjuje tri zajednice i dva međuvladina segmenta ili stuba.³⁰

U evropskoj doktrini nazire se i srednji pristup, lociran između onih koji, manje ili više bez rezerve, negiraju organizacionu i pravnu sposobnost Evropske unije i onih, koji joj, također sa manje ili više rezerve, to svojstvo priznaju. U ovoj skupini su autori koji u Evropskoj uniji prepoznaju specifičan okvir saradnje država članica u oblastima vanjske i unutrašnje politike, koji, u odsustvu vlastitog, u tu svrhu „posuđuje”, „koristi” institucionalni i pravni okvir Evropske zajednice. Dakle, o ovoj perspektivi Evropska zajednica zadržava svoj organizacioni identitet i nezavisnost kao nadnacionalna međunarodna organizacija, s tim da ga stavlja na raspolaganje uniji za ostvarenje njenih ciljeva. Ovdje je Evropska unija bez vlastitog međunarodnog pravnog subjektiviteta i institucija, ali je ipak struktura sui generis, a ne tek puki okvir međunarodne suradnje država članica.³¹

4. Posebni vidovi subjektiviteta međunarodnih organizacija

Pored opštih teorijskih pitanja koja se odnose na pravni subjektivitet međunarodnih organizacija te osnovnih doktrinarnih stavova po ovom pitanju, može se govoriti i o posebnim vidovima subjektiviteta međunarodnih organizacija kroz koje se i najbolje očituje njihova pravna i međunarodna osobnost.

U posebne vidove subjektiviteta međunarodnih organizacija spada prije svega pitanje privilegija i imuniteta, zatim sposobnosti međunarodnih organizacija na zaključenje valjanih međunarodnih ugovora, te pitanje jurisdikcije.

4.1. Privilegije i imuniteti međunarodnih organizacija

Osim državama i njihovim predstavnicima, danas se i međunarodnim organizacijama priznaju određene privilegije i imuniteti. Njihova svrha je da međunarodnim organizacijama omoguće nesmetano obavljanje njihovih funkcija. Privilegije i imuniteti mogu se odnositi na: (1) samu organizaciju, (2) na njene službenike ili (3) na predstavnike država pri organizaciji.³² Već su ugovori kojima su

³⁰ Ibidem, str. 233.

³¹ Ibidem, str. 235-236.

³² V Dimitrijević, O Račić, V. Đerić, T. Papić, V. Petrović, S Obradović, Osnovi međunarodnog javnog prava, str. 176.

ustanovljene međunarodne riječne komisije i administrativne unije iz druge polovice 19. stoljeća sadržavali neke odredbe o privilegijama i imunitetima tih međunarodnih tijela i njihovih dužnosnika (funkcionera). Jedan od propisa Pakta Lige naroda (članak 7 (4)), određivao je da osim predstavnika članova Lige i njeni službenici u vršenju svoje dužnosti uživaju diplomatske privilegije i imunitete te da su zgrade i zemljišta koje zauzima Liga za svoje službe i sastanke nepovredivi. Detaljne propise o tome je u dva navrata ugovorio glavni tajnik Lige sa Švicarskom, državom domaćinom.³³

Za razliku od diplomatskih privilegija i imuniteta o čijem osnovu je tokom vremena bilo dosta teorijskih rasprava, karakter potrebe zaštite međunarodnih organizacija od zahvata upravnih, zakonodavnih i sudskih vlasti država, ovdje je srazmjerno brzo doveo do saglasnosti o osnovi privilegija i imuniteta međunarodnih organizacija. S obzirom na to da međunarodne organizacije nemaju sopstvenu teritoriju, njihove privilegije nije bilo moguće vezivati za funkciju eksteritorijalnosti. Pošto nisu suverene, bilo je očigledno da se ne baziraju ni na teoriji reprezentacije. Nasuprot tome, već se usvajanjem Povelje Ujedinjenih nacija ukorijenila funkcionalna teorija privilegija i imuniteta međunarodnih organizacija. Privilegije i imuniteti, naime, priznaju se u cilju zaštite nezavisnog vršenja funkcija povjerenih međunarodnim organizacijama. Osim teorijskih, postoje i praktične potrebe razlikovanja privilegija i imuniteta međunarodnih organizacija od onih koji se daju državama.³⁴

„Dok se u diplomatskim odnosima država privilegije i imuniteti daju prvenstveno zbog zaštite od zahvata vlasti države prijema, s tim da diplomatsko osoblje ostaje u potpunosti pod jurisdikcijom sopstvene države, dotle je kod međunarodnih organizacija neophodno da se ustanova privilegija i imuniteta proširi i na zaštitu osoblja međunarodnih organizacija i od njihovih sopstvenih država. Prilično se često, naime, spominje da je, u cilju nezavisnog obavljanja funkcija, međunarodnim službenicima više potrebna zaštita od sopstvene, negoli od trećih država. Druga značajna razlika proizilazi iz toga da međunarodne organizacije, s obzirom na nepostojanje reciprociteta kao u diplomatskim odnosima između država, ne poseduju efikasnu sankciju za obezbeđenje prihvaćenih privilegija i imuniteta. Treća bitna razlika, pak, rezultat je činjenice da su diplomatski odnosi među državama bilateralni, dok u slučaju međunarodnih organizacija razni oblici predstavljanja — sem multilateralnih crta — uključuju trostrani odnos: država članica — međunarodna

³³ V.D. Degan, Međunarodno pravo, Rijeka 2000. str. 422-423.

³⁴ Op. Cit. Dimitrijević, Račić, str. 30

organizacija — država sedišta“.³⁵

Osnivanje Ujedinjenih nacija i velikog broja drugih međunarodnih organizacija u tijeku i nakon Drugog svjetskog rata, dovelo je do brojnih propisa o njihovim privilegijama i imunitetima. Ti propisi obuhvaćeni su u ugovorima-ustavima međunarodnih organizacija; u posebnim konvencijama koje organizacije sklapaju sa svojim državama članicama te u ugovorima između organizacije i države domaćina na području na kojem se zgrade i uredi organizacije nalaze.³⁶ Prema Povelji UN-a, organizacija Ujedinjenih nacija uživa na području svake svoje članice privilegije i imunitete potrebne za postizanje svojih ciljeva.³⁷ Kada se govori o privilegijama i imunitetima međunarodnih organizacija, moguće je napraviti distinkciju između privilegija i imuniteta koje uživaju organizacije i onih koje uživaju djelatnici tih organizacija.

4.1.1. Privilegiji i imuniteti koje uživaju međunarodne organizacije

Međunarodne organizacije kao subjekti međunarodnog prava uživaju sljedeće oblike imuniteta: imunitet od jurisdikcije (sudbenosti), nepovredivost prostorija i arhiva, sloboda komuniciranja, fiskalne i valutne privilegije te pravo izdavanja putnih isprava.

Ugovornim propisima predviđa se imunitet organizacija, njihove imovine i sredstava, gdje god i kod koga god se oni nalazili, od svih vrsta sudskoga postupka, osim ukoliko se u nekom posebnom slučaju organizacija izričito odrekla tog imuniteta. Imovina organizacije, nadalje, izuzima se od mjera pretresa, rekvizicije, konfiskacije, eksproprijacije i drugih oblika mjera izvršne, sADBene ili zakonodavne vlasti država. U oviru Organizacije Ujedinjenih nacija usvojena je Konvencija o privilegijama i imunitetima UN-a³⁸, kao ugovorni propis koji predviđa privilegije i imunitete ove

³⁵ Ibidem, str. 31.

³⁶ Op. Cit. Degan, str. 426.

³⁷ <http://www.un.org/en/documents/charter/chapter16.shtml>, preuzeto 02.02.2010.- Article 105 of UN Charter: 1. The Organization shall enjoy in the territory of each of its Members such privileges and immunities as are necessary for the fulfilment of its purposes; 2. Representatives of the members of the United nations and officials of the Organization shall similarly enjoy such privileges and immunities as are necessary for the independent exercise of their functions in connection with the Organization; 3. The General Assembly may make recommendations with a view to determining the details of the application of paragraphs 1 and 2 of this Article or may propose conventions to the Members of the United Nations for this purpose.

³⁸ <http://www.bgcentar.org.yu/documents/Konvencija%20o%20privilegijama%20i%20imunitetima.htm>, preuzeto 05.02.2010. Konvencija o privilegijama i imunitetima Ujedinjenih nacija (Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations), usvojena 13. februara 1946., United Nations Treaty Series vol. 1, p. 15, stupila na snagu 17. septembra 1946., ratifikovana i objavljena u Sl. listu SFRJ, br.

organizacije.

Svi ugovori predviđaju nepovredivost prostorija i arhiva organizacije, ma gdje se oni nalazili. Međutim, nadležne osobe iz organizacije mogu pozvati vlasti države-domaćina da uđu u prostorije organizacije kako bi spriječile njihove povrede i nerede.

Pravo pružanja utočišta (azila) odbjeglim osobama u prostorijama organizacija u nekim se ugovorima izričito zabranjuje, a drugi o tome šute. Budući da nijedan od ugovora izričito ne dopušta davanje utića, ono se općenito može smatrati zabranjenim. Fondovi, zlato i devize organizacije izuzeti su od finansijske kontrole države. Dopušta se potpuno slobodan transfer tih sredstava u druge države bez obzira na devizna ograničenja koja u nekim zemljama mogu postojati. Imovina, prihodi i potraživanja organizacije oslobođeni su od poreza i carina. Sloboda općenja (komuniciranja) organizacije, najčešće predviđa zabranu cenzure službenih poruka, pravo upotrebe kodova, šifre, kurira i valize u istoj ili sličnoj mjeri kao za diplomatske misije. Tu mogu biti uključene i povlastice u pogledu tarifa i taksi za poštanske usluge. Većini organizacija se izričito priznaje pravo da svojim djelatnicima i stručnjacima koje šalju u druge zemlje šalju u druge zemlje izdaju putne isprave (laissez passer). Države-stranke ujedno preuzimaju obavezu da će te isprave priznavati. Ali na temelju učitosti većina država-neugovornica također priznaje punovažnost takvih putnih isprava koje izdaju međunarodne organizacije.³⁹

4.1.2. Privilegije i imuniteti službenika međunarodnih organizacija

Izgleda da postoji saglasnost u vezi s minimalnim običajnim pravilom da službenici međunarodnih organizacija uživaju imunitet od pravnih postupaka u pogledu radnji učinjenih u službenom svojstvu⁴⁰ U nekim slučajevima, imunitet službenika međunarodnih organizacija je širi i odgovara imunitetu diplomatskih predstavnika, kao npr. kod generalnog sekretara UN-a i njegovih pomoćnika⁴¹ Radi osiguranja neovisnog položaja službenika međunarodnih organizacija veoma je važno spriječiti uticaj koji na njih dolazi od strane vlada njihovih vlastitih država. Kada bi se svaki dužnosnik u vršenju svojih funkcija ponašao kao zaštitnik intersa svoje vlade, administrativni organi međunarodnih organizacija, posebno onih univerzalnih,

20/1950.

³⁹ V.D. Degan, Međunarodno pravo, Rijeka 2000. str. 427-428.

⁴⁰ I. Brwnlie, Principles of Public International Law, 6. Izdanje, 2003. str. 652.

⁴¹ Vidi čl. 19 Konvencije o privilegijima i imunitetima UN.

bili bi u vršenju njihovih funkcija potpuno nedjelotvorni.⁴² Najznačajnije privilegije i imuniteti službenika međunarodnih organizacija su imunitet od jurisdikcije, izuzeće od oporezivanja, izuzeće od obaveze nacionalne službe.

Imunitet od jurisdikcije priznaje se, po pravilu, najvišim službenicima međunarodnih organizacija (šefovima administrativnih organa, njihovim zamjenicima i pomoćnicima) i to u punoj mjeri — tako da su, u suštini, veoma blizu onom koji se, na osnovu međunarodnog prava, priznaje diplomatskim predstavnicima država. Jurisdikcioni imunitet ostalih službenika administrativnih organa međunarodnih organizacija nešto je ograničeniji u pogledu sadržine. Bitna razlika između imuniteta od jurisdikcije najviših službenika i ostalih ne vezuje se za krug zagarantovanih imuniteta, nego se odnosi na to da li je djelo počinjeno u bilo kom periodu ili u toku obavljanja službenih funkcija. Imunitet od jurisdikcije, naime, štiti najviše službenike međunarodnih organizacija bez obzira na to da li se kreću u domenu službenih dužnosti ili ne; ovaj imunitet ostalih službenika administrativnih organa, međutim, štiti ih samo dok se kreću u domenu njihovih službenih obaveza.⁴³

Izuzeće od oporezivanja plata i drugih naknada koje službenici međunarodnih organizacija primaju za svoj rad privilegija je koja se, slično rešenju prihvaćenom u konvencijama o privilegijama i imunitetima Ujedinjenih nacija i specijalizovanih ustanova, prihvata i u znatnom delu ugovora o sedištima međunarodnih organizacija. Dobrim dijelom poreski imunitet ima za cilj da izbjegne da se dio sredstava koja sve članice ustupaju organizaciji za pokriće njenih troškova preliva državi domaćinu. Izuzeći od ovog načela su sporazumi o sedištu između Ujedinjenih nacija i SAD-a, gde se o ovoj privilegiji ništa *ne* govori, Sporazum o sedištu između Međunarodne organizacije za civilno vazduhoplovstvo i Kanade, gde se ova privilegija izričito isključuje u odnosu na državljane zemlje sedišta, i Sporazum o NATO-u u kome se omogućava sklapanje dvostranih sporazuma po kojima pojedina država plaća sopstvene državljane uposlene u toj međunarodnoj organizaciji i time bitno dovodi u pitanje koncepciju položaja međunarodnih službenika.⁴⁴

Izuzeće od obavezne nacionalne službe (*vojna obaveza i sl.*) predstavlja još sporniji vid privilegija i imuniteta službenika međunarodnih organizacija. Dok Konvencija o privilegijama i imunitetima Ujedinjenih nacija bez ograničenja predviđa da će službenici Ujedinjenih nacija biti izuzeti od ove obaveze u odnosu na sopstvenu

⁴² V.D. Degan, Međunarodno pravo, Rijeka 2000. str. 428.

⁴³ Op. Cit. Dimitrijević, Račić, str. 34.

⁴⁴ Ibidem str. 35.

državu, Konvencija o privilegijama i imunitetima specijalizovanih ustanova daleko je manje kategorična i dozvoljava da se obaveze nacionalne službe samo odgode, i to na zahtev odnosne ustanove i na osnovu njenih potreba. Dok ovaj primer sledi Arapska liga, niz regionalnih organizacija, posebno evropskih (Evropski savet, evropske zajednice, NATO) ostavlja to pitanje otvorenim.⁴⁵

4.1.3. Sposobnost zaključivanja ugovora

Još tridesetih godina ovog vijeka ugovori koje su zaključivale međunarodne organizacije smatrani su za instrumente *sui generis* zbog njihovog „abnormalnog karaktera“ i teškoća pri utvrđivanju opštih pravila koja bi se na njih primjenila. Tridesetak godina kasnije, u toku rada Komisije Ujedinjenih nacija za međunarodno pravo na kodifikaciji pravila ugovornog prava, stalo se na stanovište da je nemoguće ignorisati ovu vrstu ugovora niti se oni mogu smatrati za abnormalan element međunarodnih odnosa. Ubrzo zatim, 1986. godine, usvojena je Konvencija o pravu ugovora između država i međunarodnih organizacija ili između međunarodnih organizacija — čime je pitanje prava zaključivanja ovih ugovora konačno skinuto s dnevnog reda na taj način što je ono međunarodnim organizacijama definitivno priznato — i, kao takvo, međunarodnopravno regulisano. Do ovog zaokreta došlo je, u stvari, razvojem samih međunarodnih organizacija.⁴⁶

Pitanje sposobnosti sklapanja ugovora međunarodnih organizacija usko je vezano sa pitanjem pravnog subjektiviteta međunarodnih organizacija. Naime, do preokreta u teoriji i međunarodnoj praksi došlo je kada je Međunarodni sud u savjetodavnom mišljenju iz 1949. o naknadi štete u službi Ujedinjenih nacija ustanovio da je pedestal država, što je tada predstavljalo veliku većinu članova međunarodne zajednice imalo vlast, u skladu sa međunarodnim pravom, stvoriti cjelinu (Organizaciju Ujedinjenih nacija) s objektivnom međunarodnom osobnošću, a ne samo osobnošću priznatom od njih samih (p. 179).⁴⁷ Budući da se međunarodne organizacije ravnaju prema „načelu specijanosti“ tj. države koje su ih osnovale daju im odredene ovlasti čije su granice određene funkcijom zajedničkih interesa (p.78,

⁴⁵ Ibidem, str.35.

⁴⁶ Ibid, str. 37.

⁴⁷ Savjetodavno mišljenje Međunarodnog suda pravde iz 1949. o Naknadi štete u službi Ujedinjenih nacija, p.p 182-183)

para. 25).⁴⁸ Zato je i ugovorna sposobnost čak i same Organzacije Ujedinjenih nacija ograničenja od sposobnosti sklapanja ugovora bilo koje, pa i najmanje, njene države članice. Te granice mogu biti određene u ugovoru-ustavu organizacije. U nedostatku, ali i izvan takvih propisa, smatra se da svaka organizacija ima „implicirane ovlasti”, „bitne za vršenje njenih dužnosti”.⁴⁹

Izvan takvih, impliciranih ovlasti, i izvan njegovih funkcija, nijedna organizacija nema pravo sklapati ugovore bilo s državama ili s ostalim međunarodnim organizacijama u bilo kakvim drugim oblastima uzajamne suradnje. U svemu ostalom, ugovori kojih je stranka neka organizacija izjednačeni su sa međudržavnim ugovorima i jednako obavezuju njihove stranke. Dokaz tome je i Bečka konvencija iz 1986. o pravu ugovora između država i međunarodnih organizacija ili između međunarodnih organizacija. Osim nekoliko propisa, ona slijedi tekst Bečke konvencije iz 1969. To stoga nisu ugovori sui generis, kakvo je mišljenje bilo u znanosti prije Drugog svjetskog rata, kada su oni bili rijetkost.⁵⁰

4.3 Jurisdikcija

Međunarodne organizacije nemaju sopstveni teritorij i stanovništvo, iako je teritorijalni obim njihovog djelovanja jednak zbiru teritorija država članica, isključivu jurisdikciju imaju same države članice.⁵¹ Zadatak međunarodne organizacije je da omogući suradnju zmeđu država članica, da podstiče usvajanje rješenja o pitanjima za koja je nadležna, s tim što provođenje odluka na teritorijama država članica ostaje njihovim vladama, shodno ustavnim propisima svake zemlje. Od trenutka kada bi međunarodna organizacija dobila jurisdikciju nad teritorijama i stanovništvom država članica, ona bi prestala da bude međunarodna, a postala bi nadržavna organizacija ili bi se pretvorila u neki oblik konfederacije ili federacije.⁵² Ipak u sasvim ograničenom obimu, moguće je govoriti o teritorijalnoj i personalnoj jurisdikciji organizacija koje ne sadrže nadržavna obilježja. Teritorijalna jurisdikcija međunarodnih organizacija

⁴⁸ Savjetodavno mišljenje Međunarodnog suda pravde iz 1996 na zahtjev Svjetske zdravstvene organizacije

⁴⁹ Savjetodavno mišljenje Međunarodnog suda pravde iz 1949. o Naknadi štete u službi Ujedinjenih nacija, p.p 182-183)

⁵⁰ Op. Cit. Degan. str. 132-133.

⁵¹ Izuzetak u ovom smislu može predstavljati Evropska unija, jer ona kao takva de facto ima sopstveni teritorij i stanovništvo, bez obzira na različite teorijske stavove o pravnoj prirodi Evropske unije kao organizacije-opširnije Misita, N.: Uvod u pravo Evropske unije, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, str. 231-236.

⁵² Op. cit Dimitrijević, Račić, str. 43.

može imati dva vida; jurisdikcija nad prostorom gdje se nalazi sjedište organizacije i jurisdikcija nad teritorijama van sjedišta. Jurisdikcija u odnosu na prostor gdje se nalazi sjedište organizacije jest pitanje koje poznaje svaka međunarodna organizacija. Time što su samoj organizaciji dati privilegiji i imuniteti, posebno oni koje se odnose na nepovredivost prostorija i arhiva, jasno je da ta, makar sasvim mala teritorija, iako se nalazi na teritoriji države domaćina, ima poseban režim. Međunarodnim organizacijama je neophodno obezbijediti mjesto, odnosno, dio teritorije države, na kome će moći nesmetano da rade. Radi objezbjedenja tog rada, potrebno je da same međunarodne organizacije vrše izvjesnu regulatornu, bar administrativnu funkciju. Polazeći od načelnih odredaba statuta o potrebi nezavisnog djelovanja organizacija i instrumenata kojima se regulišu privilegije i imuniteti, pojedinosti se obično nlaze u ugovorima o sjedištu organizacije. Ograničena prava teritorijalne jurisdikcije u odnosu na sjedište, međutoim, daju se i bez obzira na postojanje izričitih odredaba statuta.⁵³

Međunarodne organizacije nemaju sopstvene državljane. Zbog toga njihova personalna jurisdikcija ima posebno značenje.⁵⁴ Jedini krug lica u odnosu na koje se može postaviti pitanje jurisdikcije, jesu službenici administrativnih organa međunarodnih organizacija. Postavljanje službenika obično se vrši po osnovu ugovora između službenika i organizacije. Šef administracije zaključujući takav ugovor djeluje u ime organizacije kao pravnog lica. Pri tome, pitanja kao lični položaj, priroda ugovora i plata su kontraktualni elementi, dok su dijelovi koji se odnose na obavljanje međunarodne službe statutarni. Prvi krug pitanja može se mijenjati ugovorom, dok se drugi može mijenjati samo aktom nadležnog organa. U toku rada službenik međunarodne organizacije, iako ostaje državljani sopstvene države, podvrgnut je vlasti organizacije. „U izvesnom smislu, dakle, organizacija vrši nad njim ovlaštenja koja delom spadaju u kategoriju ‘personalne jurisdikcije’. Ova ovlašćenja organizacije iscrpljuju se, prvo, u disciplinskim merama, i drugo, prekidom radnog odnosa sa službenikom. Izvestan broj organizacija pribegava i sudskom postupku za rešavanje sporova u vezi sa službenicima“⁵⁵.

⁵³ V. Dimitrijević, O. Račić, Međunarodne organizacije, Beograd 1988, str. 43.

⁵⁴ Ponovo zbog različitih shvatanja pravne prirode Evropske unije, postoji izuzetak zbog tzv „građanstva unije“ što u pavilu nema kod kalsičnih međunarodnih organizacija. Ne može se npr. govoriti o građanstvu ili državljanstvu UN-a, iako se ova organizacija, kao univerzalna uvek uzima kao primjer svih pravno-teorijskih rasprava o pitanjima međunarodnih organizacija. O građanstvu Evropske unije vidjeti opširnije, N. Misista, isto djelo-u dijelu oustavnom okviru Evropske unije, str. 259.

⁵⁵ Ibid, str. 45.

5. Zaključak

Međunarodne organizacije danas imaju izuzetno značajnu ulogu u kreiranju i održavanju međunarodnih odnosa. Historijski posmatrano, shvatanja pravnog subjektiviteta međunarodnih organizacija je evaluiralo pod utjecajem razvijenih samih međunarodnih organizacija i društvenih okolnosti.

Sasvim je izvjesno da u sadašnjem vremenu međunarodne organizacije uživaju određeni pravni subjektivitet. Njihova pravna sposobnost ne može se komparirati sa pravnim subjektivitetom suverenih država, ma koliko organizacija u pitanju bila univerzalna. Činjenice govore u prilog tezi da međunarodne organizacije imaju pravni subjektivitet koji se manifestira na više različitim načina, zavisno do toga da li se njihova juridička sposobnost posmatra sa aspekta nacionalnog prava države u kojoj se nalazi sjedište organizacije ili iz ugla međunarodnog prava. Uvažavajući sve navedene činjenice, Međunarodni sud pravde u Hagu u nekoliko svojih predmeta potvrdio je da međunarodne organizacije mogu biti posmatrane kao subjekti međunarodnog prava.

Pravni subjektivitet međunarodnih organizacija najprije se manifestira i kroz piznavanje privilegija i imuniteta, kako same međunarodne organizacije, tako i njenih službenika. Drugi vid iskazivanja pravne sposobnosti međunarodnih organizacija ogleda se u ograničenoj mogućnosti sklapanja ugovora međunarodnog prava između međunarodnih organizacija i država te između međunarodnih organizacija međusobno. U prilog tome govori i Bečka konvenicija iz 1986. o pravu ugovora između država i međunarodnih organizacija ili između međunarodnih organizacija, koja je usaglašena sa Bečkom konvencijom o pravu ugovora iz 1969. godine.

Međunarodne organizacije u određenom stepenu posjeduju i teritorijalnu i personalnu jurisdikciju, različitu od jurisdikcije država, što također predstavlja jedan od posebnih vidova subjektiviteta međunarodnih organizacija.

Iz svega navedenog može se zaključiti da međunarodne organizacije jesu subjekti međunarodnog prava te značajni faktori uspostave i održavanja međunarodnih odnosa.

Literatura:

1. A. Cassese, *International Law*, I izdanje, 2001. godine.
2. Avramov S, Kreća M: *Međunarodno javno pravo*, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd 2006. godine.
3. C. F. Amerasighe, *Principles of Institutional Law of International Organizations*, Cambridge University Press 2005. godine.
4. I. Brwnlie, *Principles of Public International Law*, 6. Izdanje, 2003. godine.
5. M. Kreća: *Međunarodno javno pravo*, Javno preduzeće „Službeni glasnik“, Beograd, Beograd, 2008. godine.
6. M. N. Shaw, *International Law*, Cambridge University Press, sixth edition, 2008. godine.
7. N. Misita, Osnovi prava Evropske unije, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2008. godine.
8. V. Dimitrijević, O. Račić, *Međunarodne organizacije*, Beograd 1988. godine.
9. V. Dimitrijević, O. Račić, V. Đerić, T. Papić, V. Petrović, S. Obradović, *Osnovi međunarodnog javnog prava*, Beogradski Centar za ljudska prava, Beograd 2007. godine.
10. V. D. Degan, *Međunarodno pravo*, Rijeka 2000. godine.
11. V. Ibler: *Rječnik međunarodnog javnog prava*, Informator, Zagreb 1987. godine.

Internet izvori:

12. http://www.bgcentar.org.yu/documents/Konvencija_o_privilegijama_i_imunitetima.htm, od 01.02.2010.
13. http://eur-lex.europa.eu/en/treaties/dat/12002E/pdf/12002E_EN.pdf, od 18.01.2010
14. <http://www.icj-cij.org/docket/files/4/1837.pdf> od 02.12.2009.
15. http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/5_1_1975.pdf od 03.20.2010.
16. <http://www.un.org/en/documents/charter/chapter16.shtml>, od 02.02.2010.

