

ČASOPIS ZA PRAVNU TEORIJU I PRAKSU

PРАВНА МІСАО

Sarajevo 2008.
9 – 10
septembar - oktobar
rujan – listopad

PРАВНА MISAO
ČASOPIS ZA PРАВNU TEORIJU I PRAKSU

Godina XXXIX	Sarajevo, septembar - oktobar rujan - listopad	Broj 9 - 10
--------------	---	-------------

SADRŽAJ

ČLANCI

Šejla Haračić	Upotreba živog štita u međunarodnom i domaćem krivičnom pravu i sudskoj praksi u BiH	5
prof. dr. Dragan Jovašević doc. dr. Ljubinko Mitrović	O pomilovanju uopšte, s posebnim osvrtom na pomilovanje u krivičnom pravu BiH	27

POGLEDI I MIŠLJENJA

mr. sc. Dragan Radenković	Tipovi građevinskih ugovora prema kriteriju cijene	47
---------------------------	--	----

OSVRTI I PRIKAZI

Hajrudin Mulalić	Počeci advokature u BiH.....	66
------------------	------------------------------	----

SUDSKA PRAKSA

USTAVNOG SUDA BOSNE I HERCEGOVINE

(Pripremio prof. dr. Miodrag N. Simović, potpredsjednik Ustavnog suda Bosne i Hercegovine i redovni profesor Pravnog fakulteta u Banja Luci)	74
--	----

USTAVNOG SUDA FEDERACIJE BOSNE I HERCEGOVINE

(Pripremio Sead Bahtijarević, sudac Ustavnog suda Federacije Bosne i Hercegovine)	82
---	----

LEGAL THOUGHT
JOURNAL FOR LEGAL THEORY AND PRACTICE

Year XXXIX

Sarajevo, september – october

No. 9 - 10

CONTENTS

ARTICLES

- Šejla Haračić Use of Human Shield in International and National
Penal Law of Bosnia and Herzegovina 5
- Dragan Jovašević, Ph.D.
Ljubinko Mitrović, A.P. Amnesty in General, with Particular Emphasis on
Amnesty in Penal Law of Bosnia and Herzegovina ... 27

VIEWS AND OPINIONS

- Dragan Radenković, M.A. Types of Construction Contracts
(according to the Price Value) 47

REVIEWS AND SURVEYS

- Hajrudin Mulalić Beginnings of the Advocacy in
Bosnia and Herzegovina 66

CASE LAW

CONSTITUTIONAL COURT OF BOSNIA AND HERZEGOVINA
(Prepared by Miodrag N. Simović, Ph.D., Vice Chair of the Constitutional Court of
Bosnia and Herzegovina and Full Professor of the Faculty of Law of Banja Luka) ... 74

CONSTITUTIONAL COURT OF THE FEDERATION OF
BOSNIA AND HERZEGOVINA
(Prepared by Sead Bahtujarević, Judge of the Constitutional Court of the
Federation of Bosnia and Herzegovina) 82

Šejla Haračić, dipl.iur.
Pravni fakultet Univerziteta u Zenici

UPOTREBA ŽIVOG ŠTITA U MEĐUNARODNOM I DOMAĆEM KRIVIČNOM PRAVU I SUDSKOJ PRAKSI U BOSNI I HERCEGOVINI*

I. UVOD

Historijski posmatrano, praksa upotrebe živih štitova je duga pa je možemo pratiti od kraja 19. stoljeća. Međutim, u to vrijeme nije postojala normativna zabrana ovakvih postupanja. Do Drugog svjetskog rata, upotreba živog štita smatrala se nepoželjnom, ali legalnom metodom ratovanja, jer se radije prihvatila potencijalna smrt stanovništva neprijatelja kao manje zlo od uništenja vlastitih objekata ili smrti pripadnika vlastitih trupa. Sistematski vršeni zločini u toku Drugog svjetskog rata ukazali su na potrebu da se na međunarodnom planu odlučno zabrani svaki postupak koji bi prouzročio nepotrebne patnje, što je bio fiat donošenja Ženevskih konvencija. Također, trebalo je osuditi lica koja su vršila takve zločine, pa zahvaljujući tome, značajno su razvoju međunarodnog krivičnog prava doprinijela suđenja međunarodnih sudova u Nirnbergu i Tokiju.

Ipak, druga polovina 20. stoljeća obilježena je brojnim sukobima u kojim je princip humanosti međunarodnog prava konstantno izigravan zdravom razumu nepojmljivim postupcima. Pored genocida, silovanja kao načina ratovanja, regrutovanja djece i mnogih drugih postupaka koji su daleko od nekadašnjeg "kodeksa časti", upotreba živog štita, kao metoda ratovanja, još uvijek se primjenjuje, ali ne više u vidu izolovanih slučajeva – sada je ta metoda rasprostranjena i usavršena. Danas se kao živi štit ne koriste samo ratni zarobljenici, niti odrasli (ugledni) muškarci, nego i žene i djeca. Danas se u živom štitu ne koristi samo "tuđe", nego i vlastito stanovništvo. Danas se oni koji koriste živi štit ne zadovoljavaju samo strahom lica koja su štit od neprijateljske vatre, nego ta ista lica podvrgavaju prinudnom radu, prisilnom premještanju, zatvaranju i mučenju. Danas se za formiranje živog štita ne primjenjuje samo sila, nego i podstrekavanje, ali i glorifikacija učešća u živom štitu, čime se nastoji izbjeći odgovornost za takve "dobrovoljne žive štitove".

Upravo zbog raznolikosti upotrebe živih štitova, ovo međunarodno krivično djelo zavređuje pažnju, kako pravne teorije, tako i pravne prakse, da bi se, kroz upoznavanje razvoja, pojma i obilježja tog djela postavili normativni i sudski osnovi za sprečavanje svake zloupotrebe pravnih praznina korištenjem živog štita na bilo koji način.

* Rad recenzirao: dr.sc. Zarije Seizović

II. POJAM

Upotreba živog štita prije svega jeste jedan o zabranjenih metoda ratovanja,¹ koji podrazumijeva namjernu upotrebu, od strane jedne od strana u sukobu, jednog ili više ljudskih bića, civila ili osoba hors de combat,² u blizini objekata dejstva³ u svrhu sprečavanja napada na te objekte, uz rizik smrti ili ranjavanja osoba koje se koriste u živom štitu. Moglo bi se reći da se radi o svojevrsnom korištenju talaca u vojno-strategijske svrhe,⁴ mada je moguće govoriti o ovom krivičnom djelu i kada ne možemo konstatovati da je izvršeno u okviru "ratovanja" (npr. u slučaju tero rističkog čina). Međutim, sam termin "živi štit" pravno-teorijski i vojni je termin, koji ne poznaju odredbe sadržane u međunarodnim instrumentima.

¹ "Kao dodatak zabrani korištenja određenih sredstava ratovanja (oružja), kao ratni zločini zabranjuju se i određene metode ratovanja. Mnoge od ovih zabrana vode porijeklo još od tradicije viteštva, odnosno, kodeksa fer postupanja, koje treba čak da poštuju i strane u sukobu. Takva pravila nisu zasnovana samo na (pukim) deklaracijama o časti i humanosti, nego imaju svrhu sprečavanja namjerne zloupotrebe pravila međunarodnog humanitarnog prava kojom bi se postigla (vojna, strateška) prednost (...)", Robert Cryer et al., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press, 2007., str. 256. Vidi npr. i: Antonio Kaseze, *Međunarodno krivično pravo*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2005., str. 62-65, gdje autor govori o pet vrsta ratnih zločina, a upotrebu živog štita ubraja u "zločine protiv neprijateljskih boraca ili civila koji su izvršeni zabranjenim metodama ratovanja".

² Osobe hors de combat su osobe koje jesu pripadnici oružanih snaga u sukobu, ali koje su iz nekih razloga onesposobljene za borbu. Član 41. stav 2. Dodatnog Protokola na Ženevske konvencije od 12. avgusta 1949. o zaštiti žrtava međunarodnih oružanih sukoba (Dodatni protokol I) navodi koje su to osobe hors de combat: a) osoba u vlasti protivničke strane, b) osoba koja je jasno pokazala namjeru da se preda, ili c) osoba u besvjesnom stanju ili na drugi način onesposobljena uslijed rana ili bolesti i koja, prema tome, nije u mogućnosti da se sama brani, pod uvjetom da se u takvom slučaju uzdržava od svakog neprijateljskog akta i da ne pokušava da pobjegne.

³ Ovdje cjelishodno upotrijebljen, ovaj vojni termin označava predmet stvarne ili potencijalne vojne akcije koja se izvodi protiv njega radi zauzimanja, slabljenja, neutralisanja, uništenja ili zaštite. To su: oružane snage, geografski i fortifikacijski objekti. Oni se po značaju dijele na strategijske, operativne i taktičke objekte. Vidi: *Vojni rečnik (operativno-taktički)*, Državni sekretarijat za narodnu odbranu, Beograd, 1967., str. 176. Za ostale vojne termine upotrijebljene ovom prilikom, vidi strane 73, 190, 197, 313 i 323.

⁴ Vidi, npr. H. Victor Condé, *A Handbook of Human Rights Terminology*, University of Nebraska Press, Lincoln and London, 2004., str. 114. Ovakav je stav i Međunarodnog tribunala za krivično gonjenje lica odgovornih za teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava na teritoriji bivše Jugoslavije nakon 1991. (u nastavku MKSJ), istaknut u presudi Pretresnog vijeća u predmetu Tužilac protiv Darija Kordića i Marija Čerkeza, broj IT-95-14/2-T, od 26. februara 2001. u paragrafu 204., na strani 56, gdje upućuje na član 2. stav 1. tačka h) Statuta MKSJ (uzimanje civila za taoce).

III. KRATAK HISTORIJSKI PREGLED UPOTREBE ŽIVOG ŠTITA

Praksa upotrebe živog štita u neprijateljstvima razvila se u toku 19. stoljeća,⁵ tačnije, u vrijeme Američkog građanskog rata u periodu 1861.-1865. Naime, u to su vrijeme vozovi bili česta meta napada gerilskih i partizanskih jedinica⁶ pa su oficiri koristili ugledno lokalno stanovništvo kao štiti takvim napadima. Tako je npr. 1862. godine u Alabami, komandant snaga Unije⁷ Rosseau, naredio da se sveštenici i ostala crkvena lica zatvore i da se svaki dan po jedno od njih koristi kao štiti vozu.

Njemačka strana je u toku Francusko-pruskog rata (1870-1871.) također koristila žive štitive. Lord Roberts, britanski komandant u Drugom južnoafričkom ratu (ili: Burskom, Anglo-burskom, Ratu za oslobođenje, trajao od 1899.-1902.), naredio je da se civili smjeste u vozove kako bi se spriječili napadi. U 20. stoljeću upotreba živog štita, iako zabranjena, česta je metoda ratovanja. Ovdje ćemo navesti samo one najpoznatije slučajeve upotrebe živih štitova. Njemačke su snage u toku Drugog svjetskog rata u mnogo navrata koristile (međunarodnim humanitarnim pravom) zaštićena lica kao živi štiti. Tako je npr. u predmetu Britanskog vojnog suda u Lunebergu, Njemačka, protiv Karla Studenta (Trial of Karl Student), utvrđeno da su ratni zarobljenici, koji su bili smješteni kao osoblje i pacijenti u bolnici, koja je bila vidljivo označena amblemom Crvenog krsta, korišteni 24. maja 1941, ili oko tog datuma, kao živi štiti od strane njemačkih trupa pod komandom generala Studenta, u području Galatosa, Krit, što je rezultiralo stradanjem najmanje šest zarobljenika u vatri otvorenoj od strane britanskih trupa.⁸ I u toku tzv. "Nirnberškog procesa"⁹ utvrđena je odgovornost za upotrebu živog štita. Tako je u predmetu Američkih vojnih tribunala u Nirnbergu, US v. von Leeb et al. (poz-nat i kao High Command Case, 1948.), sud zaključio da je korištenje ratnih zarob-

⁵ O ovome, kao i o upotrebi živih štitova za vrijeme Drugog svjetskog rata, opširnije vidi u: Military Law Review, Nuremberg and the Rule of Law - A Fifty-Year Verdict, A Collection of Works Assessing the Legacy of the War Crimes Trials of World War II, Headquarters Department of the Army, ISSN 0026-4040, Volume 149, Washington, D.C., 1995.

⁶ Vidi: Vojni rečnik, op.cit., str. 201.

⁷ Uniju su činile sjeverne države, dok su južne formirale Konfederaciju Američkih Država.

⁸ Izvještaji Komisije UN za ratne zločine o suđenjima ratnim zločincima, vol. IV, HMSO, London, 1948., str. 118 et seq., prema: Gerhard Werle, Florian Jessberger, Wulf Burchards et al., Principles of International Criminal Law, T.M.C. Acer Press, The Hague, 2005., str. 366. Vidi i: [http://www.ess.uwe.ac.uk/wcc/student.htm!](http://www.ess.uwe.ac.uk/wcc/student.htm)

⁹ "Nirnberški proces" ili "Nirnberško suđenje" podrazumijeva suđenja za ratne zločine izvršene za vrijeme Drugog svjetskog rata. Za suđenje članovima političke, vojne i ekonomske elite nacističke Njemačke nakon Drugog svjetskog rata nadležan je bio Međunarodni vojni tribunal, smješten u Nirnberškoj palati pravde, pred kojim se vodio postupak protiv 24 lica i 6 organizacija (tzv. Glavno nirnberško suđenje, Trial of the Major War Criminals), dok je protiv nižih zvaničnika završeno dvanaest suđenja pred tzv. Američkim vojnim tribunalima, takođe u Nirnbergu.

ljenika kao štit (vlastitim) trupama suprotno međunarodnom pravu.¹⁰ U toku Glavnog nimbberškog suđenja, utvrđena je praksa upotrebe živih štitova od strane njemačkih snaga u Belgiji.¹¹ Japanci su smještali logore ratnih zarobljenika na području Burme i Tajlanda uz strateški važne objekte, kao npr. mostove (poznat je slučaj sa logorom u Non Pladuku, kada je uslijed bombardovanja poginulo oko 95 zarobljenika, a preko 300 ih je ranjeno).

U vrijeme vlasti Komunističke partije Kampučije, poznatije pod nazivom Crveni Kmeri (Khmer Rouge) u Kambodži u periodu 1975.-1979., počinjeni su stravični zločini, između ostalih i korištenje živih štitova. Takođe, u toku sukoba koji su prethodili vlasti Khmer Rouga, u periodu 1970.-1975. vodio se građanski rat između, s jedne strane Khmer Rouga, DR Vijetnam (sjever) i Nacionalnog fronta za oslobođenje Južnog Vijetnama (NLF, Viet Cong) i, s druge strane, kambodžanske vlade, koja je bila podržavana od strane SAD i R Vijetnam (jug). Poznat je slučaj korištenja, po naredbi generala kambodžanske vlade, Sosthene Fernandez, Vijetnamaca u živom štitu, kako bi zaštitio svoje trupe od vatre Viet Conga, što je on nazivao "novim oblikom psihološkog oružja".¹²

Kontroverzan je slučaj upotrebe živih štitova u vrijeme Zaljevskog rata (1990.-1991.), kada je od strane Iraka u živim štitovima, pored američkih zarobljenika, korišteno i vlastito stanovništvo, ali je bilo i dobrovoljaca na obje strane (SAD su svoje državljane kažnjavale zbog ovakvih postupaka, ali ne zbog činjenice da su učestvovali u živom štitu, nego što su otputovali u Irak)¹³ koji su učesćem u živom štitu nastojali spriječiti neprijateljske napade. Primjer dobrovoljnih živih štitova je i onaj u vrijeme NATO bombardovanja (tada) SR Jugoslavije 1999.

¹⁰ Prema: Knut Dörmann, Louise Doswald-Beck and Robert Kolb, *Elements of War Crimes Under the Rome Statute of the International Criminal Tribunal: Sources and Commentary*, Cambridge University Press, 2003., str. 347.

¹¹ Transkript petnaestog dana suđenja, 4. februara 1946., svjedočenje svjedoka Van der Essena, str. 539, preuzeto sa: <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/proc/02-04-46.htm> (stranica zadnji put posjećena 21. juna 2008.).

¹² Prema: Sydney Schanberg, *Cambodia*, u: Roy Gutman, David Rieff and Anthony Dworkin (ed.), *Crimes of War 2.0: What the Public Should Know*, W. W. Norton and Company, New York, 1999. Za krivična djela počinjena u navedenom periodu nadležan je, u izvornom nazivu, Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia for the Prosecution of Crimes Committed During the Period of Democratic Kampuchea, što ćemo ovdje prevesti kao Specijalni sud za Kambodžu, osnovan Ugovorom između UN i Kambodže, u skladu sa Rezolucijom UN broj 57/228, od 27. februara 2003. Prvi postupak pred ovim sudom započeo je u februaru ove godine.

¹³ Iz izlaganja Katoličkog univerziteta u Luevenu, Belgija, na takmičenju Jean Pictet, 2004., pod naslovom „What is the Legal Status of Voluntary Human Shields?“, preuzeto sa: <http://www.wischik.com/marcus/essay/humanshields.html> (stranica zadnji put posjećena 21. juna 2008.).

godine, kada su mnogi dobrovoljci nastojali na taj način spriječiti napade NATO-a na mostove. Specifičan je i način korištenja živih štitova u izraelsko-palestinskom sukobu, gdje izraelske snage koriste metodu "ranog upozoravanja" (Early Warning Procedure, ili Neighbour Procedure). Ta metoda podrazumijeva da izraelske snage, u slučaju saznanja da je tražena osoba u nekoj kući, opkole kuću, ali koriste pomoć susjeda, Palestinca, koji ulazi u kuću i traži od lica da se preda. Susjed je dobrovoljac, koji može odbiti takvu suradnju, ali ako prihvati, ne može se braniti oružjem u slučaju ranjavanja.¹⁴ S druge strane, Hezbolah je smještao vojne štabove i magacine oružja u naseljena mjesta na sjeveru Libanona i u južnom dijelu Bejruta, protivno odredbama međunarodnog humanitarnog prava.¹⁵

MKSJ je raspravljao i utvrdio korištenje živih štitova u predmetima Tužilac protiv Zlatka Aleksovskog (broj IT-95-14/1-T), Tužilac protiv Darija Kordića i Marija Čerkeza, te Tužilac protiv Mladena Naletilića zv. "Tuta" i Vinka Martinovića zv. "Štela" (broj IT-98-34-T), dok su se u nekim predmetima, koji nisu pravosnažno okončani, izvodili dokazi o izvršenju ovog krivičnog djela, kao npr. u predmetu Tužilac protiv Slobodana Miloševića (broj IT-02-54), te Tužilac protiv Milana Milutinovića i dr. (broj IT-05-87), u kojem je krajem maja završen dokazni postupak (u ovom predmetu su lica optužena za ratne zločine izvršene na području Kosova u periodu januar-juni 1999.). U Ruandi su tokom 1994. na području Kigalija od strane (bivše) vlade u nekoliko navrata civili korišteni kao živi štitovi. U toku sukoba u Sijera Leoneu, Revolucionarni ujedinjeni front (RUF) odvodio je tokom svog povlačenja 1999. na stotine ljudi, a naročito djevojaka, koje su kasnije koristili za prinudni rad, učestvovanje u borbenim jedinicama, kao živi štit i takođe ih držali u seksualnom ropstvu.¹⁶ U toku 1999. RUF i AFRC (Armed Forces Revolutionary Council) su se udružili, nakon čega su na području Freetowna koristili žene i djecu kao žive štitove. U vezi s ovim, Specijalni sud za Sijera Leone

¹⁴ Jasno je da je svrha pomoći "susjeda" jedino zaštita izraelskih snaga, jer postoje drugi načini da se postigne cilj ovakve operacije (tj. hapšenja), kao npr. jednostavni upad u kuću bez prethodnog upozorenja. Opširnije o ovome vidi: Roland Otto, "Neighbours as Human Shields? The Israel Defense Forces' 'Early Warning Procedure' and International Humanitarian Law", u: *International Review of the Red Cross*, vol. 86, broj 856, ICRC, decembar 2004., str. 771-787.

¹⁵ Vidi, npr. Wesley Moore, "A War-Crimes Commission for the Hizbollah-Israel War?", u: *Middle East Policy*, Vol. XIII, broj 4, 2006, ISSN: 1061-1924, Blackwell Publishing Limited, Oxford, UK, str. 77-80. Za zločine izvršene u okviru ovih sukoba nadležan je Specijalni tribunal za Libanon (Special Tribunal for Lebanon), osnovan Ugovorom između UN i Libanona u skladu sa Rezolucijom Vijeća sigurnosti broj 1664 (2006), od 29. marta 2006.

¹⁶ Izvještaj Generalnog sekretara o uspostavljanju SSSL, UN Doc. S/2000/915, od 4. oktobra 2000., paragrafi 25.-26.

(u nastavku SSSL) je u "AFRC predmetu" Tužilac protiv Alexa Tamba Brime, Ibrahima Bazy Kamara i Santigie Borbor Kanua (broj SCSL-2004-16-A), utvrdio korištenje živog štita, dok je u "RUF predmetu" Tužilac protiv Issa Hassan Sesaay, Morris Kallona i Augustine Gbaoa (broj SCSL-2004-15-T) izvodio ove dokaze, obzirom da je ovaj predmet još uvijek u fazi izvođenja dokaza odbrane.

IV. RELEVANTNE ODREDBE KOJIMA SE ZABRANJUJE UPOTREBA ŽIVOG ŠTITA I PROBLEM KVALIFIKOVANJA¹⁷

Kako je i Pretresno vijeće u predmetu Tužilac protiv Darija Kordića i Marija Čerkeza¹⁸ zaključilo, upotreba živog štita predstavlja krivično djelo prema međunarodnom običajnom pravu, obzirom da je kao takvo predviđeno odredbama Ženevskih konvencija iz 1949. godine kao i Dodatnih protokola I. i II.¹⁹ iz 1977. godine,²⁰ koje su dio međunarodnog običajnog prava. Te odredbe, bilo da neposredno ili posredno propisuju zabranu upotrebe živog štita, jesu:

Član 19. stav 2. Ženevske konvencije za poboljšanje položaja ranjenika i bolesnika u oružanim snagama u ratu (Ženevska konvencija I): "Odgovorne vlasti će osigurati da navedene sanitetske stanice i (pokretne) sanitetske jedinice budu, u granicama mogućnosti, tako raspoređene, da napadi protiv objekata dejstva ne mogu ugroziti njihovu sigurnost." Na sličan način zaštitu sanitetskog osoblja propisuje i član 12. stav 4. Dodatnog protokola I.

Član 23. stav 1. Ženevske konvencije o postupanju sa ratnim zarobljenicima (Ženevska konvencija III): "Nijedan ratni zarobljenik ne smije ni u jednom trenutku biti poslan ili zadržan u područjima u kojima bi mogao biti izložen borbenim dejstvima u borbenoj zoni, niti se njegovo prisustvo smije upotrebljavati kako bi se od vojnih operacija zaštitile izvjesne tačke²¹ ili područja."

¹⁷ O zabrani upotrebe živih štitova u uporednom pravu, vidi: Jean-Marie Henckaerts and Lousie Doswald-Beck (ed.), *Customary International Law, Volume II: Practice*, ICRC, Cambridge, 2005., str. 2286-2298.

¹⁸ Vidi fusnotu 4!

¹⁹ Dodatni protokol II na Ženevske konvencije od 12. avgusta 1949. godine o zaštiti žrtava nemeđunarodnih oružanih sukoba.

²⁰ Čini se da su Ženevske konvencije prvi međunarodni instrumenti kojima je inkriminirana upotreba živog štita. Haške konvencije (1899. i 1907.) nisu niti posredno zabranjivale upotrebu živog štita (npr. posredstvom zabrane korištenja talaca).

²¹ U nedostatku boljeg prevoda, "points" prevodimo kao "tačke", a po svemu sudeći, ovaj termin označava određena vojno-strateška mjesta ili objekte.

Član 28. Ženevske konvencije o zaštiti civilnih osoba²² za vrijeme rata (Ženevska konvencija IV): "Prisustvo zaštićenih osoba ne smije se upotrebljavati kako bi se od vojnih operacija zaštitile izvjesne tačke ili područja." Ova odredba je proširena članom 51. stav 7. Dodatnog protokola I: "Ne smije se prisustvo ili kretanje civilnog stanovništva upotrebljavati kako bi se od vojnih operacija zaštitile izvjesne tačke ili područja, a naročito (ne) u pokušaju da se upotrebljavaju kao štit objektima dejstva od napada ili kao štit (pri izvođenju) vojnih operacija, bilo za postizanje (vojne) prednosti, bilo za sprečavanje (izvođenja) vojnih operacija. Strane u sukobu ne smiju usmjeravati kretanje civilnog stanovništva ili pojedinih civila tako da (to kretanje) bude štit objektima dejstva ili vojnim operacijama." Član 58. stav 1. tačka b) Dodatnog protokola I dopunjuje odredbu člana 57.: "Strane u sukobu su dužne u najvećoj mogućoj mjeri (...) izbjegavati smještanje vojnih objekata u ili blizu gusto naseljenih područja."

Nakon što smo dali pregled odredaba Ženevskih konvencija i Dodatnih protokola kojima se zabranjuje upotreba živog štita, potrebno je naglasiti da se one odnose na slučajeve "objavljenog rata ili svake druge oružane borbe"²³ do koje dođe između dvije ili više visokih strana ugovornica, čak i ako jedna od njih nije proglasila ratno stanje (kao i ...) u slučaju djelimične ili potpune okupacije teritorije visoke strane ugovornice, čak i ako nije bilo oružanog otpora takvoj okupaciji.²⁴ Dakle, odredbe konvencija primjenjuju se na situacije u teoriji poznate kao "međunarodni oružani sukobi".²⁵ Tako da se čini da bi, u slučajevima oružanih sukoba koji nemaju međunarodni karakter, ili u situacijama kada nije moguće ocijeniti o kakvom se oružanom sukobu radi(lo), bilo nemoguće krivično goniti osobe za koje se sumnja da su prekršile neku od gore navedenih zabrana. Međutim, prema zajedničkom članu 3. Ženevskih konvencija, i u slučaju sukoba koji nije međunarodni, strane u sukobu dužne su prema osobama koje ne učestvuju neposredno u borbenim dejstvima, uključujući tu i pripadnike oružanih snaga koji su predali oružje, kao i osobe hors de combat uslijed bolesti, ranjavanja, lišenja slobode ili iz bilo kojeg drugog razloga, postupati u svakoj prilici čovječno bez diskriminacije po

²² Iako se ponekad, u ovom kontekstu, koristi sintagma "građanska lica", pravilnije je govoriti o "civilnim licima", upravo zbog razlike između civila, kao kategorije koja je ovom Ženevskom konvencijom zaštićena, i ostalih zaštićenih kategorija i pripadnika oružanih snaga. "Građansko lice" odista ne možemo povezati sa, ili suprotstaviti ostalim kategorijama "sudionika" oružanih sukoba na koje se Ženevske konvencije i Dodatni protokoli odnose.

²³ Vojni rečnik, op.cit., strana 197.

²⁴ Član 2. stav 1. i stav 2. Ženevskih konvencija.

²⁵ Oružani sukob, ili oružana borba, uži je pojam od rata (Vojni rečnik, op.cit., strana 197!) i različit od pojma okupacije (idem, strana 186!). Međutim, općenito je u stručnim radovima koji se bave ovom tematikom prihvaćeno govoriti o međunarodnom, unutrašnjem i internacionaliziranom oružanom sukobu, pa će se tim pojmovima služiti i ovom prilikom.

nekom zabranjenom osnovu. U tom smislu, stranama u sukobu zabranjeno je: (1) izvršiti radnju protiv života i tjelesnog integriteta, a naročito su zabranjeni svi oblici ubistava, sakaćenja, svireposti i mučenja, (2) uzimanje talaca, (3) povrede ličnog dostojanstva, a naročito uvredljivi i ponižavajući postupci, te (4) izricanje i izvršavanje kazni bez prethodno provedenog postupka pred zakonom uspostavljenim sudom i uz sve sudske garancije priznate kao neophodne od strane civiliziranih naroda. Takođe, strane u sukobu dužne su prihvatiti i zbrinjavati ranjenike i bolesnike.²⁶ Iz ovakve odredbe (pod 1 i 2!) jasno je da bi se za krivično djelo upotrebe živog štita, onako kako je definirano ranije, primjenjivale date odredbe i u oružanim sukobima koji nisu međunarodni.

Međutim, propisi na osnovu kojih postupaju međunarodni krivični sudovi ne predviđaju zabranu upotrebe živog štita u svakom oružanom sukobu. Ovdje ćemo pomenuti samo one koji jesu, ili bi mogli biti "interesantni" domaćoj pravnoj praksi i teoriji, kada su u pitanju ona krivična djela koja nazivamo međunarodnim.

Tako Statut Međunarodnog krivičnog suda²⁷ (u nastavku Rimski statut, MKS) inkriminira upotrebu živog štita, ali samo u slučaju međunarodnog oružanog sukoba. Član 8. Rimskog statuta propisuje stvarnu nadležnost MKS za ratne zločine, koje definiše kao (1) teške povrede, (2) druge ozbiljne povrede zakona i običaja primjenjivih u međunarodnom oružanom sukobu, (3) prethodne ozbiljne povrede, kada se radi o kršenju zajedničkog člana 3. Ženevskih konvencija, (4) druge ozbiljne povrede zakona i običaja primjenjivih u oružanom sukobu koji nije međunarodnog karaktera. Upotreba živog štita svrstana je u "druge ozbiljne povrede zakona i običaja primjenjivih u međunarodnom oružanom sukobu", kao "korištenje prisustva civila ili drugih zaštićenih osoba u svrhu zaštite od vojnih operacija određenih tačaka, područja ili vojnih snaga".²⁸ Vidimo da Rimski statut izravno propisuje zabranu upotrebe živog štita samo u situacijama međunarodnog oružanog sukoba. S druge strane, propisuje se poštivanje zajedničkog člana 3. Ženevskih konvencija, o čijoj smo vezi sa zabranom upotrebe živog štita već govorili. Dakle, nije jasno, tumačeći odredbe Rimskog statuta, kako bi MKS postupio u slučaju upotrebe živog štita u situacijama oružanog sukoba koji nije međunarodni. Što se tiče prakse ovoga suda, ne postoji *res iudicata* u vezi sa ovim krivičnim djelom.

Statut MKSJ²⁹ ne zabranjuje izričito upotrebu živog štita, iako Pretresno vijeće u predmetu Tužilac protiv Darija Kordića i Marija Čerkeza upućuje na od-

²⁶ Član 3. stav 1. tačke a), b), c) i d) i član 3. stav 2. Ženevskih konvencija.

²⁷ Statute of the International Criminal Court, potpisan u Rimu, 17. jula 1998., a stupio na snagu 1. jula 2002. godine.

²⁸ Član 8. stav 2. tačka b) paragraf (xxiii) Rimskog statuta.

²⁹ Usvojen 25. maja 1993. Rezolucijom UN br. 827, sa izmjenama i dopunama Rezolucijama 1166, 1329, 1411, 1431, 1481, 1527, 1660.

redbe člana 2. (Teške povrede Ženevskih konvencija iz 1949.), i to one o zabrani prisiljavanja ratnog zarobljenika ili civila na služenje u snagama neprijateljske sile (član 2. tačka e) Statuta) i uzimanja civila za taoce (član 2. tačka h) Statuta).³⁰

KZ BiH također izravno ne zabranjuje upotrebu živog štita. Sud BiH, nadležan za krivična djela iz KZ BiH, kvalifikuje upotrebu živog štita kao "druga nečovječna djela slične prirode, učinjena u namjeri nanošenja velike patnje ili ozbiljne fizičke ili psihičke povrede ili narušenja zdravlja", kao jedno od "djela u osnovi zločina protiv čovječnosti" iz člana 172. stav 1. tačka k) KZ BiH.

Obzirom da je krivično gonjenje lica osumnjičenih, odnosno optuženih za izvršenje "ratnih zločina" za vrijeme rata u Bosni i Hercegovini isprva bilo "povjerenom" kantonalnim, a zatim, od marta 2003. godine, Sudu BiH, evidentne su razlike u kvalificiranju ovog zabranjenog metoda ratovanja u našem pravosuđu. To je opet, posljedica i primjene različitog zakonodavstva (kantonalni sudovi su primjenjivali KZ R BiH, koji je preuzeti KZ SFRJ, objavljen u "Službenom listu R BiH", broj 2/92 i 13/94), ali i utjecaja prakse MKSJ na procesuiranje ratnih zločina u BiH. Što se tiče KZ R BiH, upotreba živog štita nije bila direktno zabranjena. Međutim, postavlja se pitanje da li su se pred kantonalnim sudovima mogli primjenjivati Propisi o primjeni pravila međunarodnog ratnog prava u oružanim snagama SFRJ,³¹ obzirom da je Vojska Republike Srpske (VRS) ustvari bila potpuno zavisna od bivše Jugoslovenske narodne armije (JNA) i da su pripadnici VRS pri-

³⁰ Propisi statuta po kojima postupaju međunarodni krivični sudovi nisu relevantni za rješavanje krivične stvari pred sudovima u Bosni i Hercegovini. Međutim, kako ćemo vidjeti iz odluka Suda Bosne i Hercegovine (u nastavku Sud BiH), praksa MKSJ na neki je način model rješavanja u „predmetima ratnih zločina“ u domaćoj sudskoj praksi. "Predmeti ratnih zločina" kolokvijalni je i, reklo bi se, praktičan naziv za krivične postupke koji se vode protiv lica osumnjičenih, odnosno optuženih za izvršenje krivičnih djela iz glave XVII Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine (KZ BiH, "Službeni glasnik Bosne i Hercegovine" br. 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06), koja obuhvata krivična djela protiv čovječnosti i vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom. Tako taj naziv koriste i organi krivičnog gonjenja (vidi, naprimjer, web-stranicu Tužilaštva Bosne i Hercegovine: <http://www.tuzilastvobih.gov.ba/?opcija=sadržaj&kat=2&id=4&jezik=b>).

³¹ Ovi propisi bili su sadržani u Naredbi predsjedništva SFRJ o primjeni pravila međunarodnog ratnog prava u oružanim snagama Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije (objavljena u "Službenom vojnom listu", broj 7, od 28. aprila 1988.) i Uputstvu o primjeni pravila međunarodnog ratnog prava u oružanim snagama Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije (objavljeno u "Službenom vojnom listu", broj 10, od 10. juna 1988.), koje je propisao Savezni sekretar za narodnu odbranu. Ovi propisi zasnivali su se na pravilima međunarodnog ratnog prava sadržanim u svim pravnim izvorima koje je do tada SFRJ ratifikovala ili na drugi način prihvatila. Vidi: Propisi o primeni pravila međunarodnog ratnog prava u oružanim snagama SFRJ, (donio) Savezni sekretarijat za narodnu odbranu, Beograd, 1988.

mali plate iz Beograda.³² Njima se, u tački 220., direktno zabranjuje upotreba živog štita: "Ratni zarobljenici se ne smiju zadržavati ili upućivati na mjesto na kome bi bili izloženi vatri borbene zone, niti se smiju raspoređivati tako da svojim prisustvom štite bilo kakve vojne objekte ili mjesta od vojnih dejstava." U svakom slučaju, kantonalni su sudovi kvalifikovali upotrebu živog štita kao ratni zločin.³³

Da zaključimo: upotreba živog štita zabranjena je Ženevskim konvencijama i njihovim Dodatnim protokolima, čiji propisi jesu međunarodno običajno pravo. Međutim, međunarodni i nacionalni sudovi kvalifikuju ovu povredu Konvencija dvojako: kao ratni zločin ili zločin protiv čovječnosti. Oba ova međunarodna krivična djela imaju više oblika izvršenja. Kada govorimo o upotrebi živog štita kao ratnom zločinu, može biti izvršen i protiv civila, ali i protiv drugih zaštićenih lica u oružanom sukobu: ratnih zarobljenika, ranjenika, bolesnika, brodolomaca, sanitetskog ili vjerskog osoblja. S druge strane, kao zločin protiv čovječnosti, upotreba živog štita se kvalifikuje kao "drugo nečovječno djelo".³⁴ Razlika između ova dva međunarodna krivična djela jeste u njihovim *chapeau* elementima.³⁵ Može se pri-

³² Vidi, npr. presudu MKSJ, u predmetu Tužilac protiv Duška Tadića, broj IT-94-1, od 7. maja 1997., paragrafi 529.-595.

³³ Vidi predmete, npr. Kantonalnog suda (KS) u Sarajevu, Buza Vlatko (optužnica Kantonalnog tužilaštva (KT), broj KT-256/94-RZ, presuda KS, broj K-80/01, presuda Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine (VS FBiH), broj Kž-143/02), te Đedović Ibrahim (optužnica KT, broj Kt-182/97, presuda KS, broj K-162/97, te presuda VS FBiH, broj Kž-581/98-1).

³⁴ Druga nečovječna djela, kao "djelo/a u osnovi zločina" protiv čovječnosti, ustvari, inkriminacija je rezidualnog karaktera, jer obuhvata ona krivična djela koja su iste prirode kao ostali oblici zločina protiv čovječnosti, ali se ne mogu svrstati u te oblike. Da bi izvršeno djelo imalo karakter "drugog nečovječnog djela", mora biti učinjeno u namjeri nanošenja velike patnje ili ozbiljne fizičke ili psihičke povrede ili narušenja zdravlja (član 172. stav 1. tačka k) KZ BiH). Ovakva inkriminacija na prvi pogled nije u skladu sa karakterom krivičnog prava i načelom zakonitosti. Međutim, inkriminiranje eiusdem generis u ovom slučaju bilo je neophodno, kako bi se izbjegla svaka zloupotreba pravnih praznina. Uostalom, nečovječno i ponižavajuće postupanje zabranjeno je i međunarodnim dokumentima o ljudskim pravima: Međunarodnim paktom o građanskim i političkim pravima (član 7.), Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (član 3.), Američkom konvencijom o ljudskim pravima (član 5.), te Konvencijom protiv mučenja i drugih okrutnih, nečovječnih i ponižavajućih postupaka ili kazni (član 1.).

³⁵ *Chapeau* elementi (franc. *chapeau* – kapa, u ovom kontekstu – krovni, osnovni, opći) predstavljaju bitne elemente krivičnih djela kao što su (ovdje pomenuti) ratni zločini i zločini protiv čovječnosti, uz čije postojanje neko od oblika izvršenja, koji su ustvari sami za sebe krivična djela (npr. ubistvo ili sl.), konstituiraju novo, međunarodno krivično djelo. Za "oblike izvršenja" postoji više naziva kojima se pokušalo naći odgovarajući prevod za sintagmu "base crimes", pa bi neki od tih naziva bili "oblici djela", "osnovna djela", "djela u osnovi zločina" i sl. Što se tiče *chapeau* elemenata zločina protiv čovječnosti, ovdje ćemo

mijetiti da se u BiH, ali i na međunarodnom planu, pribjegava kvalificiranju upotrebe živog štita kao zločina protiv čovječnosti, jer više nije moguće jasno razgraničiti situacije međunarodnog oružanog sukoba i onog koji to nije, ali i samog oružanog sukoba (ili čak rata) od situacija koje to uopće nisu.³⁶

V. OBILJEŽJA (ELEMENTI) BIĆA KRIVIČNOG DJELA UPOTREBE ŽIVOG ŠTITA

Iz definicije koju smo ranije dali možemo, pored chapeau elemenata, izdvojiti posebne kumulativne elemente koji su potrebni da bi se zaista radilo o

reći samo da su to, pored radnje izvršenja: (1) postojanje napada, (2) napad mora biti usmjeren protiv (bilo kojeg) civilnog stanovništva, (3) napad mora biti rasprostranjen ili sistematski, (4) djelo izvršioca mora biti dio tog napada i (5) izvršilac mora biti svjestan šireg konteksta u kojem vrši krivična djela i činjenice da su njegova djela dio (opisanog) napada. Šire o pojmu, chapeau elementima i oblicima zločina protiv čovječnosti vidi: Zarije Seizović, "Pojam, bitni elementi i oblici zločina protiv čovječnosti prema Statutu i praksi Haškog tribunala", Pravna misao, broj 5-6, Sarajevo, 2006. S druge strane, chapeau elementi ratnih zločina, pored radnje izvršenja, jesu: (1) kršenje pravila međunarodnog prava (što ukazuje na blanketni karakter ovog krivičnog djela, a misli se prije svega na kršenje Ženevskih konvencija i Dodatnih protokola), (2) djelo treba da je izvršeno u vrijeme rata, oružanog sukoba ili okupacije, (3) nexus stanja rata ... i radnje izvršioca i (4) krivično djelo treba da je izvršeno prema nekoj od zaštićenih kategorija – civilnom stanovništvu, ratnim zarobljenicima, ranjenicima, bolesnicima, brodolomnicima, sanitetskom ili vjerskom osoblju. Jasno je da je osnovna razlika između ova dva međunarodna krivična djela u vremenu izvršenja; za zločine protiv čovječnosti uslov je da je djelo izvršeno u vrijeme napada, koji ne znači nužno i oružani sukob bilo koje vrste, a taj sukob je opet bitan element krivičnog djela ratnog zločina. Međutim, Statut MKSJ predviđa oružani sukob kao bitan element i za zločine protiv čovječnosti, ali taj sukob može biti bilo međunarodnog bilo unutrašnjeg karaktera (član 5. Statuta).

³⁶ Naročito se to odnosi na zaključke MKSJ u vezi sa karakterom oružanog sukoba u BiH. U presudi u predmetu Tužilac protiv Duška Tadića, Pretresno vijeće je zaključilo da u BiH sukob nije bio međunarodni (paragraf 588.), vodeći se odlukom MKS u predmetu Nikaragva protiv SAD, u kojem se rješavalo sasvim drugačije pitanje (u vezi s ovim, opširnije vidi: "Klasifikacija oružanih sukoba u bivšoj Jugoslaviji: Nikaragvanska posledica", u: Teodor Meron, Međunarodno pravo čovečnosti potiče iz davnina: eseji, Samizdat, Beograd, 2004., str. 293 et seq.). Međutim, u presudi u predmetu Tužilac protiv Tihomira Blaškića, broj IT-95-14-T, od 3. marta 2000., Pretresno vijeće pominje agresiju na BiH (paragraf 140. i fusnota 1206, na str. 184). Takođe, vojne intervencije NATO-a ili UN nisu dosad smatrane činom agresije, ili oružanog sukoba. U međunarodnom se pravu ovakve intervencije, naprotiv, nazivaju "intervencijama za očuvanje ili nametanje mira" i "humanitarnim intervencijama", mada su često posljedice njihova poduzimanja nesrazmjerno primarnom cilju.

krivičnom djelu upotrebe živog štita. Ti elementi detaljnije su razrađeni kroz sudsku praksu, naročito ad hoc tribunala novijeg datuma. To su:

1. upotreba prisustva ili kretanja ljudskih bića
2. blizina objekata dejstva
3. upotreba u cilju sprečavanja napada (vojnih dejstava) na te objekte
4. rizik smrti ili ranjavanja osoba koje se koriste u živom štitu.

Potrebno je te posebne elemente bliže odrediti i prikazati, kroz praksu ad hoc tribunala i sudova u BiH, koje to sve raznovrsne situacije u praksi ovi elementi mogu obuhvatati.

1. Upotreba prisustva ili kretanja ljudskih bića

Prvi element krivičnog djela upotrebe živog štita jeste upotreba prisustva ili kretanja ljudskih bića. Da bi se u potpunosti utvrdilo postojanje ovog elementa, potrebno je razmotriti "podelemente" koji su ovdje jasno uočljivi: upotreba, prisustvo ili kretanje, te objekat upotrebe – ljudska bića.

Upotreba podrazumijeva ustvari formiranje živog štita od strane izvršioca krivičnog djela. U praksi se redovno živi štit formira silom. Iako je svaki način formiranja živog štita sam po sebi svirep i nečovječan, nekada uz formiranje živog štita, izvršilac/izvršioci primjenjuju i druge oblike svirepog i ponižavajućeg postupanja, nastojeći na taj način što bliže žrtvi predstaviti izvjesnost njene sudbine – smrti. Primjer takvog ponašanja je pravosnažno okončan predmet Suda BiH, Damjanović Dragan (broj X-KR-05/15), u kojem je utvrđeno da su "zarobljenici... prvi put upotrijebljeni kao živi štit... na način da su međusobno povezani žicom i gurnuti između linija".³⁷ U toku izraelsko-palestinskog sukoba ostao je upamćen naročito svirep način izvršenja ovog krivičnog djela, kada su izraelski vojnici koristili oca i sina, civile, kao živi štit, prisiljavajući ih da stoje mirno tri sata, istovremeno pucajući na neprijatelje preko njihovih ramena.³⁸ Međutim, danas sila više nije jedini način formiranja živog štita, nego su to sofisticirani načini, kao što je podsticanje ili glorifikacija ovakvog postupanja, a takav je primjer upotreba živih štitova u toku američko-iračkih sukoba na obje strane. Tako je 1997. godine vlada Iraka objavila da će u slučaju napada SAD - a i Velike Britanije koristiti dobrovoljce u zgradi vlade i na drugim strateškim mjestima. Saddam Hussein je

³⁷ Prvostepena presuda od 15. decembra 2006., u dijelu koji nije izmijenjen drugostepenom presudom, str. 33.

³⁸ Andrew Laxon, "Signs of Atrocities at Jenin Refugee Camp Piling Up", New Zealand Herald, 6. maj 2002, prema: Jefferson D. Reynolds, Collateral Damage on the 21st Century Battlefield: Enemy Exploitation of the Law of Armed Conflict, and the Struggle for a Moral High Ground, The Air Force Law Review, Vol. 56, 2005., str. 76.

čak javno izrazio zahvalnost dobrovoljcima. Iračka novinska agencija je prenijela: "Vođa Saddam Hussein je zahvalio svim sinovima slavnog iračkog naroda koji su se uputili prema zgradi vlade, tvornicama i drugim značajnim objektima kako bi bili jak štit protiv agresije koja prijeti našoj napaćenoj zemlji..."³⁹ Pomenuli smo ranije neke druge primjere glorifikacije dobrovoljnog učešća u živom štitu. Jasno je da je onaj koji podstiče drugog na korištenje živog štita, kao i na izvršenje svakog drugog krivičnog djela, odgovoran kao da ga je sam izvršio. Međutim, u praksi još nije raspravljano pitanje odgovornosti lica koja podstiču na dobrovoljno učešće u živom štitu (ranije smo pomenuli razloge iz kojih su SAD kažnjavale svoje državljane koji su učestvovali u živim štitovima u Iraku), iako se npr. pred MKSJ vodi(o) krivični postupak za ratne zločine izvršene na području Kosova u vrijeme NATO bombardovanja, o čemu smo ranije govorili. Čini se iz transkripata suđenja u pomenutim predmetima Tužilac protiv Slobodana Miloševića i Tužilac protiv Milana Milutinovića i dr. da nije raspravljano podsticanje na učešće u živom štitu, nego samo prisilna upotreba živih štitova. Međutim, obzirom da je danas sve češće dobrovoljno učešće u živom štitu, uz javno ili prećutno odobravanje strane u čiju su korist formirani, bitno je na međunarodnom i nacionalnom planu regulisati i ovo pitanje, naročito ako se imaju u vidu smrtni ishodi po osobe koje se pod utjecajem propagande odvažaju na takav čin.

Prisustvo podrazumijeva zadržavanje lica određeno vrijeme na mjestu u blizini objekta dejstva u svrhu zaštite objekta. To zadržavanje može kraće ili duže trajati, zavisno od načina na koji se koristi. U praksi se uglavnom lica dovedu u blizinu objekta dejstva i njihovo se prisustvo koristi dok postoji potreba za to. To se odnosi naročito na situacije kada se lica koriste kao živi štit oružanim snagama na linijama fronta u toku neposrednih borbi. Međutim, postoje situacije kada izvršioци ovog krivičnog djela koriste stalno prisustvo civilnog stanovništva, ili blizinu mjesta u kojem su smješteni ratni zarobljenici i druge zaštićene kategorije (kampovi, bolnice i sl.), kako bi u ta mjesta smjestili objekte dejstva, kao što su sjedišta komande (npr. sjedište komande generala Blaškića bilo je smješteno u hotelu Vitez, kako je utvrđeno u predmetu MKSJ Tužilac protiv Tihomira Blaškića), ili skladišta municije i sl., o čemu će biti više riječi u dijelu koji se odnosi na drugi element ovog krivičnog djela.

Kretanje je pojam koji treba šire tumačiti, zato što u praksi može obuhvatati više situacija. U stavu 7. člana 51. Dodatnog protokola I, prvi je put upotrijebljen ovaj termin, "kako bi inkriminacija obuhvatila i slučajeve kada se civilno stanovništvo kreće svojevoljno. S druge strane, obuhvata i situacije kada se stanovništvo kreće u skladu sa instrukcijama kompetentnih vlasti, naročito okupacione sile, iako se odnosi i na premještanje ratnih zarobljenika (...) koje su naredile vlasti stra-

³⁹ Izvještaj Iračke novinske agencije, 20. novembar 1997., štampan od strane BBC News, 20. novembra 1997., prema: HRW, International Humanitarian Law Issues in a Potential War in Iraq, Human Rights Watch Briefing Paper, 20. februar 2003.

ne u sukobu."⁴⁰ Iako se član 51. odnosi na "zaštitu civilnog stanovništva", komentatori Dodatnih protokola zaključuju da bi se ova zabrana trebala odnositi i na ratne zarobljenike. Kretanje nije isto što i prisustvo – pod ovim pojmom treba podrazumijevati aktivno pomjeranje lica u kolonama u blizini objekata dejstva. Najčešće se radi o instruisanom kretanju, uz "pratnju" onih koji ustvari učestvuju u korištenju živih štitova, mada je moguće koristiti se i "svojevoljnim" kretanjem lica, kao što bi recimo bilo u slučaju kada se usmjeri kretanje kolona izbjeglica kroz strateški važna područja, ili kada se oružane snage kreću uporedo sa kolonom izbjeglica i na taj se način štite od napada druge strane.

Već smo naglasili da se pod "ljudskim bićima" koja se koriste u živom štitu trebaju podrazumijevati kategorije lica koje su navedene u propisima o upotrebi živog štita, tj. civilno stanovništvo, ratni zarobljenici, bolesnici, brodolomnici, sanitetsko ili vjersko osoblje, a što je jasno već iz chapeau elemenata krivičnih djela kojima upotreba živog štita može biti jedan od "oblika u osnovi". Međutim, neophodno je ovdje osvrnuti se na pitanje "pripadnosti" lica koja su korištena u štitu. Na prvi pogled se čini da bi nužan uslov postojanja ovoga djela bilo korištenje lica koji su pripadnici ili državljani "neprijatelja". Ali, kako smo već kroz kratki historijski pregled vidjeli, danas se sve više u živom štitu koriste i lica koja su pripadnici vlastitog stanovništva. Izvršiocu ovog krivičnog djela u ovom slučaju računaju s tim da će suprotna strana poštivati obavezu propisanu odredbama međunarodnog humanitarnog prava da izbjegava svaku štetu koja nije kolateralna, a naročito napade na civile i civilne objekte. U ovakvim situacijama, obično se vlastito stanovništvo koristi podsticanjem i propagandom (američko-irački sukobi!), ali i primjenom sile, naročito prisilnim zadržavanjem lica u naseljima izloženim neprijateljskim napadima. U novije se vrijeme sve više pribjegava smještanju objekata dejstva u naseljena područja, čime se krši član 51. i 58. Dodatnog protokola I. Takva je praksa smještanja municije u kuće primjenjivana od strane Hezbolaha u izraelsko-palestinskom sukobu. U okviru američko-iračkih sukoba primjetna je već dugotrajna praksa smještanja "sistema za protivavionske napade i pripadnu opremu u i oko civilnih objekata, uključujući tu i parkove, džamije, bolnice, hotele, poslovne zone, pa čak i groblja (...) u blizini fudbalskih stadiona te (...) u zonama u kojima su smještene tvornice koje nemaju vojni značaj. Ovo je na centralnom nivou dobro organizovana praksa, kojoj je svrha jasna: zaštititi iračke vojne objekte po bilo koju cijenu, čak i ako to znači izlaganje riziku nevinih civila i kulturnih i vjerskih dobara Iraka."⁴¹

⁴⁰ Yves Sandoz, Christophe Swinarski and Bruno Zimmermann (ed.), Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, International Committee of the Red Cross, Martinus Nijhoff Publishers, Geneva, 1987., str. 627.

⁴¹ DoD (Department of Defence, tj. Ministarstvo odbrane SAD, op.aut.), Open Briefing on Use of Human Shields in Iraq (26. februar 2003.), prema: Jefferson D. Reynolds, op.cit., str. 45.

2. Blizina objekata dejstva

Objekti dejstva definisani su članom 52. stav 2. Dodatnog protokola I, kao "oni objekti koji po svojim karakteristikama, mjestu, svrsi ili načinu korištenja imaju značaj za vojne operacije i čijim se potpunim ili djelimičnim uništenjem, zauzećem ili onesposobljenjem, pod okolnostima u datom momentu, postiže nesumnjiva vojna prednost." Jasno da se ovakvim definisanjem pod objektima dejstva podrazumijevaju, kako smo ranije naglasili oružane snage, geografski i fortifikacijski objekti.

Pod oružanim snagama treba podrazumijevati, u smislu objekta dejstva, pored pripadnika i pripadne uređaje i naprave (oružje i sl.), opremu i prevozna sredstva kojima se služe. "Oružane snage su objekti dejstva koji mogu biti meta napada na bilo kom mjestu, osim kada bi takav napad mogao rezultirati gubicima života civilnog stanovništva, ranjavanjem civila, ili štetama na civilnim objektima, koji bi bili nesrazmjerni direktnom i specifičnom vojnom cilju. U borbenim zonama su često civilni objekti zauzeti ili korišteni od strane oružanih snaga i tada takvi objekti mogu biti meta napada, ukoliko takav napad neće prouzročiti nesrazmjerne civilne gubitke. Naprimjer, ukoliko se borbe vode u gradu u kojem je svaka kuća branjena, ovi će objekti, za koje po članu 52. stav 3. Dodatnog protokola I. postoji pretpostavka o civilnoj namjeni, postati objekti dejstva, jer imaju značaj za vojnu operaciju. Međutim, i ova situacija podliježe zabrani napada kojim bi se prouzročili nesrazmjerni civilni gubici."⁴² Geografski objekti su kako objekti vojne prirode (sjedišta komande, štabovi, koji su obično civilni objekti privremeno iskorišteni u te svrhe i sl.), tako i područja od vojnog značaja. Fortifikacijski objekti jesu ustvari vojne utvrde ili odbrambeni objekti.

Međutim, da bi se moglo govoriti o objektima dejstva, ili kako se obično nazivaju "vojnim objektima", potrebno je utvrditi njihovu vojnu prirodu. "Vojna priroda objekta dejstva je nekada očigledna, ali najčešće će oni koji izdaju naređenje ili donose odluku o napadu (na te objekte) tako postupiti na osnovu informacija pristiglih od strane nadležnih vojnih službi. U većini slučajeva neće biti prilike da se provjeri tačnost takvih informacija, ali nužno je pobrinuti se da su informacije precizne i aktuelne i da su poduzete mjere predostrožnosti i ispoštovana ograničenja predviđena u članu 57. Dodatnog protokola I. Ako postoji bilo kakva sumnja u prethodno, potrebno je prikupiti dodatne informacije. Van borbenih zona, vojna priroda objekata mora biti jasno utvrđena."⁴³

Da bismo stvorili jasniju sliku o tome šta se sve podrazumijeva pod "blizinom objekta dejstva", navest ćemo nekoliko konkretnih slučajeva upotrebe živih štitova.

⁴² Yves Sandoz, Christophe Swinarski and Bruno Zimmermann (ed.), op.cit., str. 620-621.

⁴³ Idem, str. 620.

U navedenom predmetu Tužilac protiv Tihomira Blaškića, u paragrafu 711. presude Prvostepeno vijeće MKSJ je utvrdilo da se korištenje "zatočenih bosanskih muslimana za živi štit od strane HVO-a zasniva na tri zasebna događaja ili tipa djelovanja. Najprije su, 19. i 20. aprila 1993, bosanski muslimani zatvoreni u kinu u Vitezu navodno bili korišteni kao živi štit kako bi se zaustavilo granatiranje zapovjedništava OZHB-a (Operativna zona Herceg-Bosne, op.aut.) i Viteške brigade od strane ABiH. Zatim je navodno 20. aprila 1993. HVO postavio 250 muslimanskih muškaraca, žena i djece oko hotela Vitez (sjedište komande generala Blaškića u Vitezu) tokom otprilike tri sata kako bi se zaustavilo granatiranje te zone od strane ABiH.⁴⁴ Konačno, za HVO je bila uobičajena praksa da koristi kao živi štit zatočenike prisiljene da kopaju rovove na frontu. Zatočene osobe koje su na taj način dovedene u opasnu situaciju oko objekata (ili u objektima) koji su bili vojni ciljevi pretrpjele su, dakle, velike duševne ili tjelesne patnje ili teške povrede ljudskog dostojanstva."

Pretresno vijeće MKSJ je u predmetu Tužilac protiv Mladena Naletilića zv. "Tuta" i Vinka Martinovića zv. "Štela", u paragrafu 263. presude od 31. marta 2003. godine navelo: "U paragrafu 37. Optužnice Tužilac navodi da su od maja 1993. do januara 1994. godine zatočnici iz logora Heliodrom i drugih zatočeničkih centara odvođeni u baze KB-a (Kažnjička bojna, op.aut.) u Mostaru radi slanja na linije sukoba, gdje ih se prisiljavalo da izvršavaju razne pomoćne vojne zadatke. Tvrdi se da su Mladen Naletilić i Vinko Martinović bili svjesni opasnosti kojoj su zatočnici bili izloženi."

U istoj presudi, u paragrafu 298. Vijeće navodi: „U paragrafu 43. Optužnice Tužilac navodi da su 22. i 23. septembra 1993. tokom napada na Raštane pod zapovjedništvom Mladena Naletilića zarobljenici prisiljavani da hodaju uz vojnike tokom napada, tako da ih se koristilo kao živi štit. Tvrdi se da ih se prisiljavalo da ulaze i pretražuju one kuće za koje se sumnjalo da u njima neprijateljske snage imaju svoje položaje.“ Ovdje treba da podsjetimo na ranije pomenutu sličnu praksu upotrebe civila prilikom pretresa kuća u izraelsko-palestinskim sukobima.

U predmetima Suda BiH Damjanović Dragan, Paunović Dragoje (broj X-KR-05/16, presuda od 26. maja 2006.), te Ljubinac Radisav (broj X-KR-05/154, presuda od 8. marta 2007.) utvrđeno je korištenje živih štitova vojnicima na prvoj liniji. Tako je u predmetu Damjanović Dragan, na str. 34 presude, Vijeće utvrdilo: "Uobičajena procedura odvođenja u živi štit koju je optuženi primjenjivao je da Damjanović kaže da mu treba 20 do 30 ljudi i odvede ih vojnim kamionom prema linijama i svakom od vojnika preda dva ili tri čovjeka koji tu kopaju rovove, a kada ih koriste kao živi štit, vojnici ih na linijama postave ispred sebe kad napreduju prema neprijateljskim linijama. Zarobljenici idu prvi i ne smiju se saginjati, samo moraju naprijed koračati. Srbi (sic!) pri tome idu sklonjeni iza njih, a i Damjanović

⁴⁴ Uporedi sa: MKSJ, Tužilac protiv Darija Kordića i Marija Čerkeza, paragraf 784. presude Pretresnog vijeća.

je među tim srpskim (sic!) vojnicima." Takođe je u predmetu Paunović Dragoje utvrđeno da je optuženi "Dana 15.8.1992. (...) usmeno naredio vojnicima da kapapama vežu ruke na leđima i da vode u živi štit civile (...) te su ih tako vezane na koti Jačen, općina Rogatica isturali ispred vojnih snaga rogatičkog bataljona Vojске Srpske Republike BiH prema vojnim položajima Armije BiH, kojom je prilikom došlo do ranjavanja civila J.H. i T.M."⁴⁵

U ovoj presudi, na str. 34 utvrđena je upotreba civila kao živog štita za tenk: "Svjedok navodi da je prvi put odveden od strane optuženog u živi štit u naselje Ugorsko kad je tenk srpske vojske zalutao na teritoriju Armije BiH. Te prilike (sic!) optuženi je doveo njih sedmoricu do tenka, nakon čega je prema njima otvorena vatra od strane Armije BiH."

U ovom predmetu sud je smatrao da su vojnici koristili civile kao živi štit i "tako što je svaki vojnik uzimao po dvojicu zarobljenika, podijelili bi im štapove i naredili da idu ispred njih desetak metara. Imali su zadatak ići naprijed prema suparničkim linijama i ukoliko bi vidjeli vojnika sa suprotne strane morali bi baciti štap. Tog dana je bilo dosta ranjenih i poginula su dva zarobljenika."⁴⁶

Lica se mogu koristiti i kao živi štit u miniranim područjima, kada idu ispred snaga koje ih koriste u svrhu sprečavanja ranjavanja vlastitih pripadnika, što možemo zaključiti iz predmeta Suda BiH, Tanasković Nenad, broj X-KR-05/165.⁴⁷

Također, korištenjem živog štita mogu se sprečavati napadi i na druge značajne objekte, kao što su npr. tvornice, sjedišta vlade, infrastruktura i sl., u čijoj su blizini npr. u toku američko-iračkih sukoba bili smješteni dobrovoljni učesnici u živom štitu.

3. Cilj upotrebe

Bitan element krivičnog djela upotrebe živog štita jeste cilj - sprečavanje vojnih dejstava na objekte dejstva. Ono što je bitno za postojanje ovog krivičnog djela jeste postojanje specifične namjere kod onoga ko koristi živi štit da ga iskoristi u svrhu sprečavanja vojnih operacija. Ovakva namjera može biti rezultat uvjerenja strane koja koristi štit da će druga strana poštovati zabrane međunarodnog običajnog prava u vezi sa napadima na civile i civilne objekte i druge zaštićene kategorije lica. Međutim, često oni koji koriste žive štitove računaju na smrtnu posljedice i ranjavanja ljudi u štitu, a kako smo ranije vidjeli, ponekad je to korištenje zapravo mučenje, izvršeno na naročito surov način. Nije nužno da se zaista spriječi djelovanje druge strane, uostalom, u praksi obično postavljanje živog štita

⁴⁵ Str. 2 presude. Uporedi sa predmetom Ljubinac Radisav.

⁴⁶ Str. 37 presude. Radilo se o korištenju civila u izvidnici, a bacanje štapa bio je znak da se u rovovima nalaze pripadnici suprotne strane (str. 36).

⁴⁷ Vidi str. 50 presude od 24. avgusta 2007. godine.

ne sprečava vojne operacije, bilo zato što druga strana nije svjesna njihovog postojanja, bilo što smatra da su eventualne štete po lica koja su živi štit kolateralne prirode.⁴⁸ Cilj upotrebe živog štita može biti i šire postavljen, kako je utvrđeno npr. u predmetu MKSJ Tužilac protiv Tihomira Blaškića, u paragrafu 709: "Prema optužnici, bosanski civili Muslimani bili su korišteni kao živi štit kako bi se bosanska armija odvratila od otvaranja vatre na položaje HVO-a ili kako bi se muslimanske borbe (sic!) prisililo na predaju."

Postojanje specifične namjere sud će utvrditi na osnovu činjenice da su lica smještena u blizini objekata dejstva u vrijeme u kojem bi moglo doći do napada. Vrijeme u kojem bi moglo doći do napada može se različito tumačiti. U većini situacija to će biti kraće vrijeme neposrednih neprijateljstava na liniji fronta, ali u nekim situacijama, kao što je recimo slučaj sa američko-iračkim ili izraelsko-palestinskim sukobom, opasnost od napada traje duži vremenski period, pa se i sam način upotrebe živih štitova prilagođava neodređenosti trenutka napada. Odgovarajući način korištenja živih štitova u tim situacijama obično je smještanje objekata dejstva "među civile ili druge zaštićene kategorije", umjesto smještanja tih lica u blizini objekata dejstva.

Da bismo jasno odredili ovaj elemenat upotrebe živog štita, treba pojasniti i sam pojam "napada". Napad je, međutim, uži teorijski pojam koji označava "vojne operacije" (član 51. Dodatnog protokola I), a po komentatorima Ženevskih konvencija⁴⁹ "vojne operacije/dejstva" predstavljaju svaku akciju izvršenu od strane kopnenih, vazdušnih ili pomorskih snaga, bilo da je u pitanju bombardovanje ili bilo koja druga vrsta napada ili neposredna borbena dejstva. Također se odnosi i na akcije izvršene od strane grupa, kao što su dobrovoljačke jedinice ili pokreti otpora, a koje spadaju u kategoriju ratnih zarobljenika (kada su u vlasti neprijatelja), po članu 4. stav A., paragrafi 2., 3. i 6. Ženevske konvencije III."

4. Rizik smrti ili ranjavanja osoba koje se koriste u živom štitu

Kao i namjera da se živi štit upotrijebi u svrhu sprečavanja vojnih operacija, elemenat "rizika" izvodi se iz činjenice da je objekat dejstva u blizini i da je izvođenje vojnih operacija u toku ili predstoji. Postojanje navedenih okolnosti bit će dovoljno da se utvrdi postojanje rizika, što znači da nije nužno da zaista dođe do smrti ili ranjavanja lica koja se koriste u živom štitu, što bi bilo potrebno npr. za

⁴⁸ "HRW je primijetio da praksa operiranja Hezbolaha iz naseljenih područja ne opravdava napade izraelskih snaga na naseljena mjesta u Lebanonu bez izbora cilja.", Human Rights Watch, "Indiscriminate Bombardment", The Jerusalem Post, 20. avgust 2006., prema: Wesley Moore, op.cit., str. 79.

⁴⁹ Jean S. Pictet (ed.), The Geneva Conventions of 12 August 1949: Commentary, IV Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, International Committee of the Red Cross, Geneva, 1958., str. 209.

postojanje krivičnog djela okrutnog ili nehumanog postupanja kao jednog od "drugih nečovječnih djela" u osnovi zločina protiv čovječnosti, iako, istina, u praksi uglavnom ovaj rizik postane stvarnošću.

Važno je odgovoriti na pitanje da li je potrebno da lica koja se koriste u živom štitu budu svjesna tog rizika. Iz mnogih načina upotrebe živih štitova u praksi koje smo dosad pominjali, proizlazi da lica ne moraju biti, a često i nisu svjesna da su korištena kao živi štit. Takve su situacije naročito one kada se u naseljena područja smještaju potencijalni objekti dejstva, kao što je slučaj sa ranije pomenutim izraelsko-palestinskim sukobom, u toku kojeg je Hezbolah smještao oružje u kuće bez znanja njihovih vlasnika.⁵⁰ S druge strane, tu je i pitanje dobrovoljnih živih štitova, u kojima "dobrovoljci" jesu svjesni rizika koji sa sobom nosi takvo postupanje, ali taj rizik kod njih ne izaziva strah, niti bilo kakve psihičke ili fizičke patnje. Međutim, elemenat rizika nije dovoljan sam za sebe, ukoliko se upotreba živog štita kvalifikuje kao "drugo nečovječno djelo" u osnovi zločina protiv čovječnosti. U tom slučaju su svijest lica koje se koristi kao živi štit o riziku, kao i strah od smrti ili ranjavanja nužni, jer se na taj način dokazuje nanošenje velike patnje ili ozbiljne fizičke ili psihičke povrede ili narušenja zdravlja, kao bitan element "drugih nečovječnih djela". Ovdje je bitno (ponovo) naglasiti da se pretpostavlja da sama svijest o riziku kod lica izaziva "velike patnje...", te da stoga ne mora doći do fizičkog trpljenja, u smislu realizacije tog rizika. Naravno, da bi se govorilo o živom štitu, lica moraju biti svjesna da taj rizik prijeto od strane prema kojoj se koriste kao živi štit. Ukoliko bi postojao npr. samo strah lica od nanošenja patnji od strane koja ih na neki način zadržava, ne bi se moglo raditi o upotrebi živog štita, nego eventualno o nekom drugom obliku nečovječnih djela. Tako je u predmetu Tužilac protiv Tihomira Blaškića Pretresno vijeće MKSJ u paragrafima 715.-716. zaključilo da se događaj od 20. aprila 1993. u hotelu Vitez ima smatrati formiranjem živog štita, dok za ostale (događaje) nije utvrdilo da se radi o živom štitu, jer "optužba nije dokazala van svake razumne sumnje da su ti zatočenici bili svjesni mogućnosti da bude izvršen napad protiv kojega bi oni služili kao zaštita". Slično je zaključeno i u predmetu Suda BiH, Tanasković Nenad, na str. 50 presude od 24. avgusta 2007. godine: "Također, Vijeće smatra da Tužilaštvo nije dokazalo da aktivnosti kojima su muškarci civili bili primorani da učestvuju na dan 31. maja 1992. ili oko tog datuma predstavljaju njihovo 'korištenje' od strane srpske vojske u smislu živog štita, pa Vijeće zaključuje da se inkriminacija za 'druga nečovječna djela' na osnovu provedenih dokaza ne može utvrditi. Iako je jasno da su civili bili primorani učestvovati u 'maršu' prema Orahovcima i da su na taj način lišeni slobode od strane optuženog i ostalih saučesnika, dokazi su pokazali da oni nisu

⁵⁰ "Niko od nas nije znao da koriste naše kuće za smještanje oružja.", rekao je jedan od stanovnika, "Bili smo iznenađeni kada smo ih našli. Kako su mogli držati oružje u kućama?", Associated Press, "In South Lebanon Village, Sunnis Express Disdain for Hizbollah," Ha'aretz, 26. avgust 2006., navedeno prema: Wesley Moore, op.cit., str. 79.

odvedeni u minirana područja, na njih nije pucano niti im je prijećeno od strane trupa koje pripadaju suparničkim, u odnosu na one pod čijom su kontrolom bili i, konačno, nisu bili u strahu za svoje živote od bilo kojih drugih trupa, osim od onih pod čijom su kontrolom bili."

Iako na prvi pogled jednostavno, biće upotrebe živog štita, bez obzira pod koji se oblik "ratnih zločina" ovo krivično djelo podvodilo, sadrži mnoge elemente i, nazovimo ih, podelemente, koje je potrebno, u nedostatku jasnije normativne uređenosti, u praksi detaljno razmotriti i pravilno utvrditi. Elementi krivičnih djela prema Rimskom statutu, kada je u pitanju ovo krivično djelo (član 8. stav 2. tačka b) paragraf (xxiii)), ne iscrpljuju sve moguće načine upotrebe živih štitova u današnje vrijeme, jer se ova odredba prije svega odnosi na međunarodni oružani sukob, kako smo ranije pomenuli. Član 51. stav 7. Dodatnog protokola I. šire inkriminira ovakvo ponašanje, ali ni ova odredba međunarodnog prava ne iscrpljuje svaki od mogućih oblika izvršenja ovog krivičnog djela. Nadalje, pomenute odredbe taksonomski navode moguće situacije korištenja živog štita, ne ostavljajući mogućnost šireg tumačenja. S druge strane, nacionalna zakonodavstva, a tu prije svega mislimo na krivična zakonodavstva u Bosni i Hercegovini, uopće ne predviđaju upotrebu živog štita kao posebno krivično djelo. U ovakvoj situaciji, sudovi, međunarodni i domaći, danas nastoje podvesti brojne elemente i njihove moguće pojavne oblike ovog krivičnog djela pod "druga nečovječna djela", kao inkriminaciju rezidualnog karaktera, kako bi se izbjegla zloupotreba pravnih praznina ili, u krajnjoj liniji, isključivosti u pravnim normama.

VI. ZAKLJUČAK

Pregledom odredbi međunarodnog i domaćeg prava kojima se zabranjuje upotreba živog štita, a potom prikazivanjem načine izvršenja ovog krivičnog djela kroz historiju, što se naročito odnosi na skorašnje, nazovimo ih, sukobe, mogu se prepoznati elementi bića ovog krivičnog djela. Međutim, zabrinjava činjenica da ovi elementi nisu, kao takvi, prepoznati u pomenutim normama, nego je njihova "identifikacija" izvršena od strane sudova, međunarodnih, ili domaćih. Takva identifikacija nije unificirana, što se da nazrijeti u dijelu koji se odnosi na elemente bića ovog krivičnog djela, pa je trebalo prepoznati koji su to elementi „zahtijevani“ pred svim (pominjanim) sudovima u čijoj je nadležnosti suđenje za ovakva krivična djela. Očita je, dakle, diskrepanca između nedovoljne normiranosti na jednoj i dugotrajne i raznolike prakse upotrebe živih štitova (u novije je vrijeme to jedna od "omiljenih" zabranjenih metoda ratovanja) i prepoznatljivih osnovnih njegovih elemenata, na drugoj strani.

Ukoliko imamo u vidu sudovanje i pravnu teoriju u Bosni i Hercegovini, ovo krivično djelo nije mnogo tematizirano (obrazloženja presuda krivičnih sudova, iako "određena i potpuna", nemaju za svrhu naučno istraživanje krivičnog djela

kao predmeta krivičnog postupka), što začuđuje, obzirom na brojna svjedočenja o izvršenju baš ovog krivičnog djela u toku posljednjeg rata. Štaviše, u domaćem krivičnom zakonodavstvu, kako smo već vidjeli, upotreba živog štita nije uopće predviđena kao samostalno krivično djelo, pa je i sama sudska praksa neujednačena (problem kvalificiranja!) i nedorečena, što može voditi zloupotrebi pravnih praznina. Na zakonodavcu je da riješi ovaj problem inkriminiranjem upotrebe živog štita *exempli causa*, uz jasno definiranje obilježja njegovog bića, čime bi se obuhvatili samo najčešći modusi izvršenja ovog krivičnog djela, ostavljajući mogućnost kažnjavanja i za druge, "nove" načine upotrebe živih štitova, vodeći računa o inherentnoj svireposti ovakvog metoda ratovanja (šta god ratovanje danas podrazumijevalo).

BIBLIOGRAFIJA

1. CONDÉ, H. Victor: *A Handbook of Human Rights Terminology*, University of Nebraska Press, Lincoln and London, 2004.;
2. CRYER, Robert, FRIMAN, Hakan, ROBINSON, Darryl and WILMHURST, Elisabeth: *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press, 2007.;
3. DÖRMANN, Knut, DOSWALD-BECK, Louise and KOLB, Robert: *Elements of War Crimes Under the Rome Statute of the International Criminal Tribunal: Sources and Commentary*, Cambridge University Press, 2003.;
4. GUTMAN, Roy, RIEFF, David and DWORKIN, Anthony (ed.): *Crimes of War 2.0: What the Public Should Know*, W. W. Norton and Company, New York, 1999.;
5. HENCKAERTS, Jean-Marie and DOSWALD-BECK, Lousie (ed.): *Customary International Law, Volume II: Practice*, ICRC, Cambridge, 2005.;
6. HRW, *International Humanitarian Law Issues in a Potential War in Iraq*, Human Rights Watch Briefing Paper, 20. februar 2003.;
7. KASEZE, Antonio: *Međunarodno krivično pravo*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2005.;
8. MERON, Teodor: *Međunarodno pravo čovečnosti potiče iz davnina: eseji*, Samizdat, Beograd, 2004.;
9. *MILITARY LAW REVIEW*, Nuremberg and the Rule of Law - A Fifty-Year Verdict, A Collection of Works Assessing the Legacy of the War Crimes Trials of World War II, Headquarters Department of the Army, ISSN 0026-4040, Volume 149, Washington, D.C., 1995.;

10. MOORE, Wesley: „A War-Crimes Commission for the Hizbollah-Israel War?“, Middle East Policy, Vol. XIII, broj 4, 2006, ISSN: 1061-1924, Blackwell Publishing Limited, Oxford, UK;
11. OTTO, Roland: „Neighbours as Human Shields? The Israel Defense Forces' 'Early Warning Procedure' and International Humanitarian Law“, International Review of the Red Cross, vol. 86, broj 856, ICRC, decembar 2004.;
12. PICTET, Jean S. (ed.): The Geneva Conventions of 12 August 1949: Commentary, IV Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, ICRC, Geneva, 1958.;
13. REYNOLDS, Jefferson D.: „Collateral Damage on the 21st Century Battlefield: Enemy Exploitation of the Law of Armed Conflict, and the Struggle for a Moral High Ground“, The Air Force Law Review, Vol. 56, 2005.;
14. SANDOZ, Yves, SWINARSKI, Christophe and ZIMMERMANN, Bruno (ed.): Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, International Committee of the Red Cross, Martinus Nijhoff Publishers, Geneva, 1987.;
15. SEIZOVIĆ, Zarije: „Pojam, bitni elementi i oblici zločina protiv čovječnosti prema Statutu i praksi Haškog tribunala“, Pravna misao, broj 5-6, Sarajevo, 2006.;
16. VOJNI REČNIK (operativno-taktički), Državni sekretarijat za narodnu odbranu, Beograd, 1967.;
17. WERLE, Gerhard, JESSBERGER, Florian, BURCHARDS, Wulf et al.: Principles of International Criminal Law, T.M.C. Acer Press, The Hague, 2005.

prof. dr. Dragan Jovašević
Pravni fakultet u Nišu
doc. dr. Ljubinko Mitrović
Visoka škola unutrašnjih poslova u Banja Luci

O POMILOVANJU UOPŠTE, S POSEBNIM OSVRATOM NA POMILOVANJE U KRIVIČNOM PRAVU BOSNE I HERCEGOVINE*

Rezime: Pomilovanje je pojedinačni akt milosti koji predstavlja osnov gašenja krivičnih sankcija. To je akt koji u vidu odluke donosi Predsjedništvo Bosne i Hercegovine (predsjednik Republike Srpske, odnosno predsjednik Federacije BiH), a kojim se poimenično određenim licima, učiniocima krivičnih djela daje potpuno ili djelimično oslobođenje od izvršenja kazne, zamjenjuje izrečena kazna blažom kaznom ili uslovnom osudom, briše osuda, ukida ili određuje kraće vrijeme trajanja svih ili određenih pravnih posljedica osude ili se ukidaju, ili se određuje kraće trajanje određenih mjera bezbjednosti. On je precizno uređen postojećim odredbama Zakona o pomilovanju u Bosni Hercegovini, Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine i krivičnih zakona Republike Srpske, Federacije BiH i Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine, čiju osnovu predstavljaju odredbe Ustava Bosne i Hercegovine i ustava entiteta.

Ključne riječi: pomilovanje, krivični zakoni, sadržina pomilovanja.

I. POJAM KRIVIČNE SANKCIJE I OSNOVI GAŠENJA KRIVIČNIH SANKCIJA

Krivične sankcije su zakonom predviđene mjere društvenog reagovanja koje sud u zakonom sprovedenom postupku izriče učiniocima krivičnih djela u cilju suzbijanja i sprečavanja kriminaliteta, a radi zaštite najvažnijih društvenih vrijednosti od svih oblika povrede ili ugrožavanja.⁵¹ Opšta je svrha propisivanja, izricanja i izvršenja krivičnih sankcija suzbijanje djela kojima se povređuju ili ugrožavaju vrijednosti zaštićene krivičnim zakonodavstvom. No, iako je opšte prihvaćeno načelo koje u potpunosti odgovara zahtjevu ostvarenja pravde i pravičnosti da se krivična sankcija izvršava (primjenjuje) prema svakom izvršiocu krivičnog djela, ipak u krivičnopravnoj teoriji, sudskoj praksi i zakonodavstvu

* Rad recenzirao: Zdravko Knežević

⁵¹ D. Jovašević, Krivično pravo, Opšti deo, Beograd, 2006. godine, str.194.

postoje određene okolnosti usljed čijeg postojanja ne dolazi do izricanja ili ne dolazi do izvršenja krivične sankcije prema izvršiocu krivičnog djela. Ove okolnosti zbog čijeg postojanja država gubi svoje pravo na kažnjavanje (pravo na izricanje i pravo na izvršenje krivične sankcije – *ius puniendi*) nazivaju se osnovi gašenja krivične sankcije. To su javnopravni instituti utvrđeni u opštem interesu, o čijem postojanju sud mora da vodi računa po službenoj dužnosti, bez obzira da li se sam izvršilac krivičnog djela na koga se odnose poziva na njih ili ne.

Te okolnosti koje dovode do isključenja prava države na primjenu krivične sankcije⁵² mogu biti različite. Za sve njih je zajedničko da nastupaju poslije izvršenog krivičnog djela. One poništavaju pravo države da u tom slučaju izrekne krivičnu sankciju, odnosno da izvrši krivičnu sankciju koja je izrečena pravosnažnom odlukom suda, ali one same ne utiču na postojanje krivičnog djela. Krivično djelo postoji. U određenim slučajevima postoji i krivica učinioca takvog djela, postoje dokazi koji ukazuju da je određeno lice upravo učestvovalo u ostvarenju posljedice tog krivičnog djela, ali nema izricanja, odnosno izvršenja krivične sankcije.

U krivičnom pravu Bosne i Hercegovine tri su opšta osnova gašenja krivičnih sankcija, a to su:

1. zastarjelost
2. amnestija
3. pomilovanje.

Po svom značaju, prirodi, sadržini i dejstvu koje imaju, posebno se izdvajaju instituti amnestije i pomilovanja. Naime, to su, ne samo krivičnopravni već i važni krivičnoprocesni, penološki i kriminalnopolitički instituti kojima se nastoje ostvariti i određeni, politički motivisani ciljevi.

II. POJAM POMILOVANJA

Pomilovanje (engl. *oblivion*, *pardon*, ital. *grazia*)⁵³ kao jedan od zakonskih načina da učinilac skrivljenog krivičnog djela izbjegne kažnjavanje u cjelini ili djelimično za izvršeno krivično djelo, predstavlja posebno značajan krivičnopravni, ali i kriminalnopolitički i penološki institut. Naime, on predstavlja izuzetak od pravila da svaki učinilac krivičnog djela mora da dođe pod udar krivičnopravne represije i da dobije zasluženu kaznu, što bi u pravilu odgovaralo

⁵² B. Čejović, *Krivično pravo*, Opšti deo, Beograd, 2002. godine, str. 587.

⁵³ N. Maljković, *Pojam i sadržina pomilovanja – postupak i učesnici*, *Sudska praksa*, Beograd, broj 6/1998. godine, str. 73-76.

apsolutnom zahtjevu pravde i principu pravičnosti.⁵⁴ Dakle, pomilovanje predstavlja opšti institut koji isključuje kažnjivost, i to kažnjivost u odnosu na svako izvršeno djelo i kažnjivost svakog njegovog učinioca.⁵⁵

Institut pomilovanja jeste akt milosti, oprosta, milosrđa i velikodušnosti suverena. U stvari, radi se o aktu milosti države koja je predstavljena u organu koji odlučuje o davanju pomilovanja u odnosu na učinioca krivičnog djela koji je sankcionisan ili tek treba da bude sankcionisan. Tako pomilovanje, po svom značaju, karakteru i primjeni djeluje jače i od same sudske presude⁵⁶ kojom je učiniocu krivičnog djela izrečena krivična sankcija pa čak i od samog zakona, degorirajući (ništeći) njegove odredbe o kažnjavanju učinioca djela u zakonu određenog kao krivično djelo. Obično se u osnovi primjene pomilovanja nalaze neki posebni razlozi⁵⁷ vezani za lice na koje se odnosi pomilovanje (iako se i ovaj akt daje obično povodom državnih ili nacionalnih paznika ili značajnih događaja iz nacionalne ili državne istorije).

Pomilovanje⁵⁸ se pojavljuje kao institut kojim se daje opraštanje od krivičnog gonjenja u potpunosti ili se daje opraštanje od kazne učiniocu krivičnog djela putem akta koji, u pravilu, donosi najviši organ vlasti u zemlji. Ono je opšti osnov gašenja svih krivičnih sankcija. Odnosi se na sva krivična djela kao i na sve učinioce krivičnih djela, bez obzira na to da li se gone po službenoj dužnosti ili po privatnoj tužbi. Primjenom ovog instituta, gašenje krivične sankcije može biti u

⁵⁴ Pomilovanje na sličan način određuje i Ž. Horvatić kada ga definiše kao akt državne milosti i oprosta kojim se ukidaju ili ublažavaju krivičnopravne sankcije koje se na temelju pravnosnažne sudske odluke imaju izvršiti ili je njihovo izvršenje (primjena) već u toku – Ž. Horvatić, Kazneno pravo, Opći dio, op.cit, str. 253.

⁵⁵ D. Jovašević, Amnestija i pomilovanje, Pravni informator, Beograd, broj 11/2000. godine, str. 3-6.

⁵⁶ U pravnoj teoriji se mogu naći i takva shvatanja prema kojima pomilovanje predstavlja samo “korektivno sredstvo” već donijetih sudskih odluka, a ne i sredstvo koje sprečava sud (abolicijom) da uopšte u sprovedenom krivičnom postupku donese odluku o izvršenom krivičnom djelu i krivici njegovog učinioca. Takvo rješenje zastupa i novi Zakon o pomilovanju Republike Hrvatske iz 2003. godine.

⁵⁷ Posebni lični razlozi koji su vezani za lice na koje se pomilovanje odnosi mogu da se odnose na: određenu vrstu krivičnih djela koja su učinjena pod “određenim” okolnostima ili na kaznu koja je izrečena ili na druge okolnosti koje su po nekom drugom kriterijumu zajedničke za više osuđenih lica koja su zajednički obuhvaćena pomilovanjem. Te okolnosti vezane za osobenosti lica na koje se pomilovanje odnosi moraju biti prikupljene i temeljito provjerene kako bi na osnovu njihovog postojanja i dejstva poglavar države stekao utisak da su ispunjeni uslovi za davanje akta milosti i oprosta – Ž. Horvatić, Kazneno pravo, Opći dio, op.cit, str.254.

⁵⁸ S. Žuženić, Institut pomilovanja u praktičnoj primjeni, Naša zakonitost, Zagreb, broj 7-8/1963. godine, str. 343-352.

cjelini ili djelimično, ali ni u kojem slučaju ne može biti uslovljeno. Institut pomilovanja je, dakle, ovlašćenje nadležnih državnih organa pod određenim zakonskim uslovima. Zato njegova primjena nije uslovljena pristankom lica na koje se odnosi. Lice protiv koga je pokrenut ili tek treba da se pokrene krivični postupak ne može odbiti primjenu abolicije, čak ni u slučaju kada bi imalo opravdani pravni interes da svoju nevinost dokaže u postupku, a ni osuđeno lice ne može odbiti primjenu insituta pomilovanja.

Pored snažnog dejstva instituta pomilovanja u oblasti materijalnog krivičnog prava, odnosno oblasti izvršnog krivičnog prava (penologije), on ima i krivičnoprocesnu ulogu, odnosno značaj. Na primjeru Republike Srbije ova, posebno značajna uloga jasno je vidljiva. Naime, upravo o pomilovanju u vidu abolicije govori Zakon o krivičnom postupku Republike Srbije kada ovaj institut pominje zajedno sa drugim procesnim smetnjama kao razlog za odbačaj krivične prijave, odnosno za obustavu krivičnog postupka ako je postupak već pokrenut, odnosno za donošenje sudske presude kojom se odbija optužni prijedlog ili optužnica ovlašćenog tužioca ako je do primjene pomilovanja došlo u toku trajanja glavnog pretresa kao faze glavnog krivičnog postupka. Ali pomilovanje ima još jednu važnu krivičnoprocesnu ulogu. Naime, ako se radi o pomilovanju koje je dato poslije pravosnažno donesene sudske odluke o izrečenoj krivičnoj sankciji za više krivičnih djela koja su izvršena u sticaju, a samo pomilovanje se odnosi samo na neka krivična djela i sankcije za njih, u tom slučaju se izrečena jedinstvena kazna u tom dijelu presude ne može izvršiti, pa se mora preinačiti u posebnom krivičnom postupku, i to primjenom posebnog vanrednog pravnog lijeka – prijedloga za ponavljanje krivičnog postupka.

U svakom slučaju, pomilovanje se pojavljuje kao sredstvo kojim se otklanjaju eventualne greške i sudske zablude ili se pak ublažava strogost osuda iz ranijih vremena koje se kao takve pokazuju zbog promjene u ocjeni stepena i intenziteta njihove težine, opasnosti i ispoljene zločinačke volje, ili sredstvo kojim se nagrađuje, honorise dobro vladanje, ponašanje i rezultati u popravljanju i prevaspitavanju (resocijalizaciji) osuđenog lica u toku izdržavanja kazne u zavodskoj ustanovi.⁵⁹

Već smo istakli da se pomilovanje pojavljuje kao jedan od opštih osnova kojim se gasi pravo države na kažnjavanje učinioca krivičnog djela. Time se, u stvari, gasi samo pravo (ovlašćenje) države, ali se ne dira u postojanje krivičnog djela niti u prava trećih lica koja se zasnivaju na osudi. Krivično djelo kao takvo postoji, ali bez kazne koja je trebalo da bude izrečena, odnosno da bude izvršena. Pomilovanje se pojavljuje na taj način kao institut javnopravne prirode. On je ustanovljen u opštem, javnom interesu, u interesu društva kao cjeline, a ne u

⁵⁹ A. Nikšić, Da li se amnestijom i pomilovanjem menjaju sudske odluke, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, Beograd, broj 3-4/1981. godine, str. 391-398.

interesu učinioca krivičnog djela, kako bi to na prvi pogled izgledalo.⁶⁰ Na taj način pomilovanje se pojavljuje kao veoma značajan i kriminalnopolitički institut kojim se kao aktom milosrđa država dobrovoljno, u ime "viših ciljeva", odriče prava na kažnjavanje učinioca krivičnog djela.

Pored zakonskog određivanja pojma pomilovanja, u krivičnopravnoj literaturi se mogu naći različita pojmovna određivanja ovog instituta.⁶¹ U formalnopravnom smislu akt pomilovanja je pojedinačni pravni akt – odluka o pomilovanju – kojim se mijenja dejstvo drugog, na pravu zasnovanog pojedinačnog pravnog akta, odnosno na taj način se isključuje ili se transformiše njegovo izvršenje ili se u slučaju abolicije njime sprečava u potpunosti donošenje bilo kakvog pojedinačnog pravnog akta koji se odnosi na krivičnu sankciju ili na njoj upodobljenu krivičnopravnu mjeru (npr. pravnu posljedicu osude) iako postoje sve pravne pretpostavke za donošenje ovakvog pojedinačnog akta. U tom smislu, institut pomilovanja ima neku vrstu korektivne funkcije u pravnom sistemu.

Iako aktom o pomilovanju nije ugrožen, ne ništi se niti se derogira formalni integritet sudske odluke, ipak se ugrožava, ništi ili pak transformiše njen funkcionalni integritet, njeno pravno dejstvo, i to upravo ono dejstvo koje se odnosi na krivičnu sankciju. Zato se kao tačno pojavljuje tvrđenje da se aktom pomilovanja mijenja sudska odluka, ali se time ipak ne dira u njenu pravnu snagu, pravnu moć, u njenu zakonitost, u njeno tvrđenje da je određeno lice učinilo određeno krivično djelo.⁶²

U svakom slučaju, pomilovanje je institut koji ima vanredno snažno pravno dejstvo. Njegovo dejstvo je takvog značaja da je u izvjesnom smislu jače i od sudske odluke (presude), pa čak i od dejstva samog zakona, budući da ništi i derogira njegove odredbe o kažnjavanju učinioca krivičnog djela i primjeni pravila o kažnjavanju.⁶³ Ovdje se upravo i radi o jednom pojedinačnom pravnom aktu, i to aktu koji se odnosi na krivičnu sankciju ili eventualno neku drugu krivičnopravnu mjeru koja formalno, istina, ne predstavlja sankciju, ali praktično, sadržinski, vrši funkciju sankcije ili pojačava njeno dejstvo za određeno vrijeme (u smislu pravnih posljedica osude kojima se za određeno vrijeme može osuđenom licu zabraniti vršenje određenih prava, odnosno sticanje određenih prava ili odobrenja).

⁶⁰ M. Trifunović, Ustavnopravni i političkopravni aspekti instituta pomilovanja, Revija za kriminologiju i krivično pravo, Beograd, broj 2/1973. godine, str. 251-258.

⁶¹ D. Jovašević, Pojam, sadržina i pravna priroda pomilovanja, Sudska praksa, Beograd, broj 9-10/2000. godine, str. 68-72.

⁶² F. Bačić, Krivično pravo, op.cit, str. 509.

⁶³ Iz ove karakteristike pomilovanja proizilazi i njegova najznačajnija kritika – da ovaj akt negira trojnu podjelu vlasti koja je karakteristična za savremena društva - na zakonodavnu, sudsku i izvršnu vlast, gdje se izvršna vlast, doduše najvišeg nivoa, miješa u sudsku vlast.

Pomilovanje je akt koji se odnosi na pojedina, tačno određena, poimenično pobrojana lica (jedno ili više lica). To je stoga lični, personalni, individualni akt, a ne normativni akt (odnosno zakon), koji stvara situacije za neodređeni broj lica unaprijed.⁶⁴

U formalnom smislu, s obzirom na organ koji ga donosi i formu samoga akta, pomilovanje se javlja kao upravni akt, u pravilu odluka, odnosno rješenje. Ali po sadržini takav upravni akt javnopravnog karaktera koji inače donosi najviše političko izvršno tijelo na osnovu svojih diskrecionih ovlaštenja. Pomilovanje je pravni akt kojim se u izvjesnom smislu odlučuje o krivičnoj sankciji, odnosno kojim se praktično odlučuje o dejstvu, ulozi i funkciji drugog, ranije već donešenog, pravosnažnog i izvršnog ili još nedonesenog, ali sa postojanjem uslova za njegovo donošenje, sudskog akta, i to sudskog akta u potpunosti u jedinstvu formalnih i materijalnih elemenata.⁶⁵

Aktom pomilovanja se "in concreto" odlučuje o sudbini neposredne primjene krivičnog zakona na jedan konkretan slučaj izvršenja krivičnog djela od strane određenog, konkretnog, lica ili konkretnih lica. Stoga se upravo ovim aktom, na određeni način, u određenoj mjeri, u konkretnom slučaju ništi i derogira sam zakon koji bi morao biti primijenjen ili je već primijenjen. To znači da se u konkretnom slučaju (ali samo tom slučaju) isključuje primjena zakona. Stoga se nerijetko u literaturi mogu pronaći i takva tvrđenja da je norma sadržana u rješenju (aktu) o pomilovanju samo "specijalna zakonska norma kojom se derogira opštija zakonska norma" po principu *lex specialis derogat legi generali*.

Po svom gramatičkom, ali i istorijsko-genetičkom značenju, pomilovanje treba da predstavlja akt milosrđa, akt milosti, milosrđa države koje je predstavljeno u državnom organu koji upravo i odlučuje o pomilovanju u odnosu na učinioca krivičnog djela koji je već sankcionisan ili bi tek trebao da bude sankcionisan, odnosno prema kome je bilo moguće primijeniti neku drugu krivičnopravnu mjeru koja formalno ne predstavlja krivičnu sankciju.⁶⁶ Tako se milosrđe, milost države pojavljuje kao idejna i legitimirajuća osnova instituta pomilovanja. Na ovaj način, on uvodi u pravni sistem "vanpravne elemente". Njime se koriguje i ispravlja i samo pravo, doduše u određenim, zakonom ispunjenim uslovima i pretpostavkama. Tako se putem "vanpravnog" mijenja pravno, čime se praktično na posredan način i vrši korekcija prava. Njemački teoretičar Jering je tako pomilovanje sa svojom sadržinom u vidu milosrđa smatrao kao "sigurnosni ventil prava".

⁶⁴ J. Tahović, *Krivično pravo, Opšti deo*, Beograd, 1961. godine, str. 379.

⁶⁵ A. Kurtović, *Pomilovanje u kaznenom pravosuđu*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, broj 2/03. godine, str. 479-511.

⁶⁶ S. Pihler, *Prilog raspravi o pomilovanju*, *Pravni život*, Beograd, broj 6-7/1987. godine, str. 688.

Krivično pravo Bosne i Hercegovine⁶⁷ čine četiri zakonska teksta. To su:

1. Krivični zakon Bosne i Hercegovine – KZ BiH⁶⁸
2. Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine – KZ F BiH⁶⁹
3. Krivični zakon Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine – KZ BD BiH⁷⁰
4. Krivični zakon Republike Srpske – KZ RS.⁷¹

Prema zakonskim rješenjima, i to u članu 119. KZ BiH, članu 123. KZ F BiH, članu 123. KZ BD BiH i članu 117. KZ RS, pomilovanje je opšti osnov koji isključuje pravo države na primjenu krivične sankcije. Daje se u formi odluke individualno određenom licu ili licima. Tako, Predsjedništvo Bosne i Hercegovine daje pomilovanje za krivična djela koja su propisana Krivičnim zakonom Bosne i Hercegovine, a predsjednik Federacije Bosne i Hercegovine i predsjednik Republike Srpske daju pomilovanje za krivična djela koja su propisana krivičnim zakonodavstvima Federacije Bosne i Hercegovine i Republike Srpske.

Sadržina pomilovanja se prema ovim zakonima ogleda u sljedećem:

- a) potpunom ili djelimičnom oslobađanju od izvršenja izrečene kazne
- b) zamjeni izrečene kazne blažom kaznom ili uslovnom osudom
- c) brisanju osude
- d) ukidanju ili određivanju kraćeg trajanja izrečene mjere bezbjednosti
- e) ukidanju ili određivanju kraćeg vremena trajanja određene pravne posljedice osude.

U svakom slučaju, davanjem pomilovanja se ne dira u prava trećih lica koja se zasnivaju na osudi.

Svakako treba istaći da se pomilovanje prema Zakonu o pomilovanju Bosne i Hercegovine ne može dati za krivična djela genocida, ratnih zločina i zločina protiv čovječnosti. S druge strane, prema Krivičnom zakonu Republike Srpske, licima koja su osuđena na kaznu dugotrajnog zatvora pomilovanje se ne može dati prije izdržanih tri petine izrečene kazne dugotrajnog zatvora.

⁶⁷ B.Petrović, D. Jovašević, Krivično (kazнено) pravo Bosne i Hercegovine, Opći dio, Sarajevo, 2005. godine, str.387-389.

⁶⁸ “Službeni glasnik Bosne i Hercegovine”, broj: 3/03, 32/03, 37/03, 54/04 i 61/04.

⁶⁹ “Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine”, broj 36/03, 37/03, 21/04 i 69/04.

⁷⁰ “Službeni glasnik Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine”, broj 10/03 i 45/04.

⁷¹ “Službeni glasnik Republike Srpske”, broj 49/03 i 108/04.

Postupak za pomilovanje pokreće se po molbi zakonom ovlašćenog lica, odnosno njegovih srodnika, zakonskih zastupnika ili drugih ovlašćenih lica, pri čemu se pomilovanje ne može dati bez potpuno sprovedene zakonske procedure. Molba za pomilovanje ne zadržava izvršenje krivičnopravne sankcije, a može se podnijeti samo nakon pravosnažnosti presude. Molba za pomilovanje se predaje nadležnom ministarstvu pravde, koje sastavlja poseban izvještaj o molbi za pomilovanje, a zatim molbu zajedno sa izvještajem dostavlja organu nadležnom za donošenje odluke o pomilovanju (Predsjedništvu BiH ili entitetskim predsjednicima). Nakon donošenja odluke o pomilovanju, o odluci se na adekvatan način obavještava javnost (odluka o pomilovanju objavljuje se u odgovarajućem službenom glasniku).

Iz ovih zakonskih rješenja proizilaze tri osnovne karakteristike pomilovanja u kaznenom zakonodavstvu Bosne i Hercegovine. To su:

1. pomilovanje je pojedinačni akt političko-izvršnog organa, odnosno Predsjedništva BiH, odnosno Predsjednika RS ili Predsjednika Federacije BiH
2. pomilovanje se odnosi na poimenično određeno lice
3. sadržina pomilovanja, o čemu je već bilo riječi.

III. ISTORIJSKI RAZVOJ INSTITUTA POMILOVANJA

Pomilovanje spada u veoma stare institute krivičnog prava. Oduvijek je imalo izuzetan i dalekosežan značaj, i u prvom redu je njegova primjena zavisila od dobre volje ili milosti suverena.⁷² U pravnoj teoriji se pak smatra da ovaj institut vuče porijeklo iz hrišćanske ideje milosrđa ("oprašajte – pa će i vama biti oprašteno"), ali je od najstarijih vremena on smatran izrazom velikodušnosti vladara.⁷³

Još u rimskom pravu javlja se institut pomilovanja pod različitim imenima kao što su: *abolitio*, *indulgentia*, *restitutio in integrum*. U doba Rimske republike ovaj institut pod nazivom "*restitutio damnatorum*" uglavnom je primjenjivan prema licima koja su zbog izvršenog krivičnog djela bila protjerivana iz zemlje. Ovu vrstu pomilovanja su davale posebne, izabrane komisije sastavljene od rimskih građana. U doba rimskog carstva pomilovanje su davali carevi, i to u vidu posebnog akta koji se zvao "*abolitio publica*".

U doba srednjevjekovnog krivičnog prava pomilovanje je takođe institut koji je bio široko primjenjivan od strane kralja (suverena). Ovo je njegovo pravo proizilazilo iz ovlašćenja na osnovu koga je kralj izricao pravdu. Pošto je određene

⁷² Više: D. Jovašević, *Amnestija i pomilovanje*, Beograd, 2001. godine, str. 35-38.

⁷³ P. Novoselac, *Opći dio kaznenog prava*, op.cit, str. 452.

funkcije vršenja prava i pravde kralj prenio na sudske organe, upravo primjenom instituta pomilovanja kralj je pokušao ograničiti ovo sudsko djelovanje, pa čak i mijenjati sudske odluke.

U pogledu primjene instituta pomilovanja u periodu srednjeg vijeka ilustrativne su nam odredbe najznačajnijeg krivičnog spomenika toga vremena, Dušanovog zakonika, koji je donesen 1349. i 1354. godine. Dušanov zakonik je poznavao dva osnovna ništenja državnog prava kažnjavanja. To su azil i pomilovanje. Tako je car kao čuvar zakona, kao "sveti car", imao važno pravo da ublažava surovost zakona, odnosno da se odriče svog prava na kažnjavanje u pojedinim slučajevima. Zadatak cara je bio da učini dobro. Stoga je caru i pripadalo pravo na pomilovanje u najširem obimu.

Krivično zakonodavstvo Dušanovog vremena poznavalo je dva oblika pomilovanja. To su pomilovanje u užem smislu i abolicija. Ono je predviđeno u Vlastarevoj Sintagmi. Prema odredbama iz ove Sintagme nijedna smrtna presuda nije smjela da se izvrši ranije od 30 dana. Ovaj rok je upravo i ostavljen da se sačeka od cara pomilovanje ili konfirmacija presude. Abolicija ili odricanje prava na istragu u korist krivca od strane vladaoca najviše se primjenjivala u vizantijskom pravu za krivce u crkvenom azilu. Svaki od ovih krivaca dobijao je "milosnu knjigu" i nije mogao da bude suđen od svjetovnih vlasti, te je imao samo da izdrži duhovnu kaznu za svoj grijeh.

Zbog ogromne mogućnosti zloupotrebe prilikom primjene pomilovanja uopšte i u pogledu obima i širine njegove primjene, nauka krivičnog prava 18. vijeka poznaje mnoge protivnike primjene ovog instituta. Tako je Imanuel Kant smatrao da je institut pomilovanja najosjetljivije od svih prava koja suverenu pripadaju, pa ga je trebalo usko primjenjivati i strogo u određenim slučajevima.

Čezare Bekarija je bio određeniji u svojim kritikama primjene ovog instituta. Boreći se protiv samovolje i arbitrnosti krivičnog prava svoga vremena, Bekarija se zalagao za striktno i strogo uvažavanje principa izvjesnosti kazne i kažnjavanja; za izvršeno krivično djelo kazna je najefikasnija krivičnopravna mjera reagovanja društva, učinilac krivičnog djela je impersonalizovano biće, te stoga učiniocima istih krivičnih djela treba izreći jednake kazne. Stoga je Bekarija smatrao da milost vladara, iako je moguća, mora izvirati iz zakona, a ne iz pojedinačne odluke. Zakon je izvor i početak svega u krivičnom pravu.

Pod uticajem ovakvih prosvjetiteljskih ideja, nakratko je došlo i do ukidanja primjene pomilovanja francuskim revolucionarnim Krivičnim zakonikom iz 1791. godine (ali je pomilovanje ponovo vraćeno 1810. godine novim Napoleonom Krivičnim zakonikom). Njemački filozof Jering je smatrao da je pomilovanje sigurnosni ventil prava, dok je Gustav Radbruch smatrao da je ovaj institut simbol stava da na svijetu postoje vrijednosti koje se napajaju iz dubljih izvora i uzdižu do većih visina nego što to čini samo pravo.

U bivšoj Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca (a potom i Kraljevini Jugoslaviji) prije Drugog svjetskog rata, pravo na pomilovanje je pripadalo kralju. Kralj je imao pravo pomilovanja krivaca, on je mogao dosuđenu kaznu oprostiti, smanjiti ili ublažiti. Poslije rata, u prvim poslijeratnim godinama, jedinstvenim propisima su uređivani instituti amnestije i pomilovanja. Tako je prvi Zakon o davanju amnestije i pomilovanja donesen 02. novembra 1946. godine. Prema odredbama ovog Zakona, postupak za pomilovanje se pokretao po službenoj dužnosti ili po molbi osuđenog lica, njegovog bračnog druga ili njegovih bližih srodnika. Postupak za davanje abolicije se pokretao samo po službenoj dužnosti. Molba za pomilovanje se upućivala Saveznom izvršnom vijeću, odnosno republičkim izvršnim vijećima, preko suda koji je u prvom stepenu izrekao presudu.

Prema odredbama Opšteg krivičnog zakona koji je u međuvremenu donesen, u članu 94. je bilo predviđeno da se pomilovanje može sastojati u potpunom ili djelimičnom oslobođenju od izvršenja pravosnažno izrečene kazne ili zamjenom izrečene kazne blažom kaznom u korist jednog ili više lica obuhvaćenih aktom o pomilovanju. Dakle, ovim propisima pomilovanjem nije bilo moguće oslobođenje od pravnih posljedica osude niti od izrečenih mjera bezbjednosti.

Krivičnim zakonikom FNRJ iz 1951. godine, u članu 85. uređena je materija pomilovanja. Pored ranijih mogućnosti davanja pomilovanja, sadržina ovog instituta je proširena i na slučajeve oslobođenja od krivičnog gonjenja (abolicija) i ukidanje pravnih posljedica osude.

Zakon o pomilovanju SFRJ donesen je 1964. godine. Prema odredbama ovog Zakona, o pomilovanju je odlučivao predsjednik Republike, odnosno predsjedništvo SFRJ. I republičkim zakonima o pomilovanju određena je procedura i postupanje sudova i republičkih sekretarijata za pravosuđe i opštu upravu u predmetima pomilovanja. Kriterijum za razgraničenje nadležnosti između federacije i republika (u to vrijeme još uvijek je postojalo jedinstveno krivično zakonodavstvo) jeste težina izrečene kazne. U predmetima osuđenih lica u kojima je izrečena kazna strogog zatvora od pet godina ili u dužem trajanju ili smrtna kazna odlučivao je organ federacije, a ispod pet godina strogog zatvora ili kada je izrečena kazna zatvora, odnosno novčana kazna, nadležan je bio organ u republici.

Kada je istorijski razvoj instituta pomilovanja u Bosni i Hercegovini u pitanju, onda treba istaći da je prvi Zakon o pomilovanju u Bosni i Hercegovini donesen 9. septembra 2004. godine.⁷⁴ Samo nekoliko mjeseci kasnije, tačnije 26. novembra 2004. godine Visoki predstavnik za Bosnu i Hercegovinu je donio Odluku kojom se donosi Zakon o stavljanju van snage Zakona o pomilovanju.⁷⁵ Razlog za ovaj postupak Visokog predstavnika nalazimo u konstataciji iz Odluke Visokog predstavnika prema kojoj "se Zakonom o pomilovanju ne predviđa jasan postupak

⁷⁴ Ovaj Zakon je objavljen u Službenom glasniku BiH, broj 42/04.

⁷⁵ "Službeni glasnik BiH", broj 54/04.

po kojem se daje pomilovanje i da bi zbog toga moglo doći do niza proizvoljno datih pomilovanja". Svakako treba istaći i Odluku kojom se privremeno obustavlja ovlast za davanje pomilovanja za krivičnopravne sankcije koju je Visoki predstavnik za Bosnu i Hercegovinu donio 6. septembra 2005. godine.⁷⁶ Ovom Odlukom privremeno su oduzeta ovlašćenja za davanje pomilovanja svim organima izvršne vlasti u Bosni i Hercegovini, i to za krivična djela i krivičnopravne sankcije izrečene od strane bilo kog suda u Bosni i Hercegovini ili za sankcije koje se izvršavaju u Bosni i Hercegovini. Ova Odluka je bila privremenog karaktera, odnosno ona je važila sve do stupanja na snagu Zakona o pomilovanju Bosne i Hercegovine⁷⁷ i donošenja odgovarajućih izmjena krivičnih zakona entiteta i Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine.

IV. ZA I PROTIV PRIMJENE INSTITUTA POMILOVANJA

Pomilovanje je davnašnji institut krivičnog prava koji ima široku primjenu. Upravo zato što se ovdje radi o diskrecionom ovlašćenju, u pravilu, najviših organa vlasti (suverena – šefa države), dakle o aktu političke prirode kojim se praktično izražava prema učiniocu krivičnog djela blaži stav u odnosu na zakonska rješenja, to se pomilovanje pojavljuje i kao specifična vrsta društvenog reagovanja na kriminalitet. Zbog svog ogromnog značaja za utvrđivanje kaznene politike, pomilovanje, kao opšti institut gašenja krivične sankcije, odnosno kao opšti institut gašenja prava država na kažnjavanje (*ius puniendi*), očigledno je u teoriji krivičnog prava pobuđivalo veliku pažnju i interesovanje. U teoriji krivičnog prava su se tako iskristalisala dva dijametralno suprotna shvatanja – za ili protiv primjene ovog instituta.

Najčešće se protiv primjene pomilovanja uopšte ističu sljedeći prigovori :

1. širokom primjenom ovog instituta može doći do nejednakog pravnog tretiranja osuđenih lica (čak i učinilaca istog krivičnog djela) po raznim kriterijumima, što može odvesti do arbitrnosti, zloupotreba, pa i samovolje nadležnih državnih organa

2. moguće je da u postupku davanja ovog izuzetno važnog instituta ovlašćeni organi učine niz zloupotreba i prekoračenja ovlašćenja

3. pomilovanje uopšte, negativno, pa čak i štetno utiče na kaznenu politiku sudova

4. na ovaj način u krivično pravo se uvode neki vanpravni, a najčešće politički momenti

⁷⁶ "Službeni glasnik BiH", broj 65/05.

⁷⁷ "Službeni glasnik BiH", broj 93/05.

5. na ovaj način krši se princip zakonitosti krivičnog djela i kazne,

6. na ovaj način slabi se generalnopreventivna funkcija ostvarenja svrhe krivičnih sankcija, čime se slabi i garantivna (zaštitna) funkcija krivičnog prava uopšte i sl.

Ipak, pored svih ovih prigovora treba reći da je pomilovanje danas široko primjenjivan institut borbe protiv kriminaliteta sa značajnim uspjesima. U literaturi se kao razlozi za postojanje i primjenu ovog osnova gašenja prava države na kažnjavanje najčešće ističu sljedeći razlozi:

1. Pomilovanje predstavlja akt političke mudrosti koji omogućuje da dođu do izražaja u konkretnom slučaju izvršenja konkretnog krivičnog djela od strane konkretnog učinioca i određeni momenti vanpravnog karaktera, najčešće politički motivisani, što može dovesti do mijenjanja kursa represije uopšte ili u pogledu nekih krivičnih djela ili u pogledu nekih učinilaca ovih djela. To je i opravdano, posebno kada se ima u vidu društveni (socijalni) karakter krivičnog prava kao realne društvene pojave koja je podložna stalnim promjenama, dok je krivično pravo statično, teško se pristupa izmjenama krivičnog zakona, a i tada su te izmjene spore zbog zakonodavne procedure.

2. Pomilovanje se javlja kao "sredstvo za uspostavljanje ravnoteže između čovječnosti i pravde".⁷⁸

3. I pored svih garancija za zaštitu sloboda i prava učinioca krivičnog djela i višestepenosti krivičnog postupka, te javnosti sprovedenog postupka uz učešće više različitih državnih organa, ipak su moguće različite situacije u kojima se usljed sudske zablude, pogreške ili lažnog iskaza nekog od učesnika u postupku (ličnih izvora dokaza) dešava donošenje nezakonitih sudskih odluka, pa čak i kažnjavanje nevinih lica teškim kaznama. U takvim slučajevima, ako su iscrpljene sve mogućnosti ispravljanja grešaka putem redovnih ili vanrednih pravnih lijekova, osuđenom licu se nepravda može otkloniti jedino primjenom pomilovanja (ili amnestije).

4. Prilikom određivanja pojedinih krivičnih djela i krivičnih sankcija za njihove učinioce zakonodavac je imao u vidu stepen opšte težine i opasnosti. Pri tome je moguće da se pod opisom krivičnog djela u zakonskom tekstu nađu i takve djelatnosti koje u svojim konkretnim ispoljavanjima nisu više opasne ili pokazuju mali, gotovo neznatan stepen opasnosti. Stoga se u ovakvim slučajevima sva nepravična rješenja koja bi uslijedila primjenom važećih zakonskih propisa mogu otkloniti primjenom instituta pomilovanja.

5. Promijenjene društvene, ekonomske, a posebno političke prilike mogu biti opravdani razlog za primjenu instituta pomilovanja, posebno ako se ima u vidu činjenica da se pomilovanje odlukom nadležnog organa daje uglavnom povodom

⁷⁸ J. Stefanović, Pravna priroda akta o pomilovanju i mogućnost administrativnog spora čiji je on objekt, Arhiv, Beograd, broj 4/1925. godine, str. 279.

nekoj značajnog praznika iz državne ili nacionalne historije, što sve može da ima pozitivan efekat, čime se mijenja odnos društva prema učiniocu krivičnog djela. S promjenom društveno-ekonomskih ili političkih prilika tako se može izrečena kazna pokazati kao previše stroga pa time i nepravična, pa je opravdano njeno ukidanje ili ublažavanje upravo primjenom pomilovanja.

6. Primjena instituta pomilovanja se takođe opravdava njegovim pozitivnim uticajem na rad, ponašanje i vladanje osuđenog lica u zavodskoj ustanovi u toku izdržavanja izrečene kazne. Znajući da će svojim aktivnim učešćem u procesu svoga prevaspitanja i resocijalizacije moći izdejsstvovati ukidanje ili ublažavanje izrečene kazne, osuđeno lice ima izuzetno snažan podstrek, čime povećava šanse da se u potpunosti ili djelimično oslobodi daljeg izdržavanja kazne.

7. Pomilovanje kao i mnogi drugi instituti krivičnog prava ukazuje na izuzetno humanistički i demokratski karakter krivičnog prava uopšte i na human, čovječan odnos društva - države prema osuđenim licima.

V. PРАВNA PRIRODA INSTITUTA POMILOVANJA

U krivičnopravnoj literaturi kao jedno od najspornijih pitanja u vezi sa institutom pomilovanja javlja se pitanje utvrđivanja pravne prirode ovog instituta, odnosno akta kojim se daje pomilovanje.

U formalnopravnom smislu, akt o davanju pomilovanja je pojedinačni pravni akt (rješenje,⁷⁹ odluka ili ukaz), kojim se mijenja pravno dejstvo drugog, na zakonu zasnovanog i pod zakonskim uslovima donesenog, pojedinačnog pravnog akta (sudske odluke), odnosno isključuje se ili transformiše (kod abolicije) pravo države na krivično gonjenje, čime se potpuno sprečava donošenje pojedinačnog pravnog akta kojim se izriče krivična sankcija učiniocu krivičnog djela. Na taj način se pomilovanje pojavljuje kao neka vrsta korektivne funkcije u pravnom sistemu. Iako samim aktom o pomilovanju nije ugrožen niti poništen formalni integritet sudske odluke, ipak se ništi ili ugrožava djelimično njen funkcionalni integritet, njeno pravno dejstvo koje se odnosi na primjenu krivične sankcije na konkretnog učinioca, konkretnog krivičnog djela.⁸⁰

Imajući prednje navode u vidu, može se reći da akt o pomilovanju mijenja ili ništi sudsku odluku. Tako se on stavlja iznad same sudske odluke, pa čak i iznad zakona koji precizno određuje postupanje suda u postupku utvrđivanja krivice učinioca krivičnog djela i izricanju kazne za takvo djelo. Aktom o pomilovanju se praktično mijenjaju ili nište zakonske odredbe o odmjeravanju kazne u konkret-

⁷⁹ B. Čejović, Krivično pravo, Opšti deo, op.cit, str. 601.

⁸⁰ F.Bačić, Krivično pravo, Opći dio, op.cit, str. 509.

nom slučaju, čime se on na posredan način stavlja iznad samog krivičnog zakona.

Za akt o pomilovanju se u krivičnopravnoj literaturi kaže da je to pojedinačni pravni akt jer mijenja sudsku odluku pa i sam zakon, ali u pojedinačnom slučaju, on ima dejstvo na konkretnog, individualno određenog učinioca konkretnog krivičnog djela. Tako se akt o pomilovanju pojavljuje kao lični, individualni akt, a ne normativni akt koji stvara situacije za neodređeni broj lica.⁸¹

Aktom o pomilovanju se in concreto odlučuje o sudbini neposredne, automatske primjene zakona. Stoga se on uvijek odnosi na konkretni slučaj, pa čak derogira i sam zakon, odnosno isključuje mogućnost njegove konkretne primjene u onom dijelu koji se odnosi na konkretnu pravnu posljedicu osude (krivičnu sankciju, rehabilitaciju, pravnu posljedicu osude u užem smislu). Zato se čak može i tvrditi da je akt o pomilovanju u formalnom smislu upravni akt, a u materijalnom smislu zakon, te da je norma sadržana u rješenju ili odluci o pomilovanju u funkciji specijalne zakonske norme kojom se derogira opštija pravna norma sadržana u krivičnom zakonu.⁸²

Isti autor dalje navodi da je pomilovanje samo ispravka prava mimo uobičajenih i opšteprihvaćenih principa važećih u pozitivnom pravu, ispravka prava ne zato što ono nije valjano i ispravno primijenjeno, već zato što se njegova konkretna primjena protivi nekom drugom sistemu normi ili pak što je pogrešno primijenjeno i sa stanovišta važećih normi pozitivnog prava, ali nema više redovnih ili vanrednih pravnih sredstava da se takva greška ispravi. Upravo zbog ovakve svoje prirode i karaktera, pomilovanje može da bude generator promjena u pravu, da anticipira buduće pravo ili nagovještaj njegovih promjena ili promjena u primjeni.

Najčešće se u krivičnopravnoj literaturi pitanje o pravnoj prirodi akta o pomilovanju svodi na utvrđivanje da li je to upravni, sudski, zakonodavni ili politički akt.

Prema jednom shvatanju, akt o pomilovanju je upravni (administrativni) akt. Njega donosi najviši organ upravne ili izvršno-političke vlasti - predsjednik Republike (Predsjedništvo), u formi rješenja, odluke ili ukaza. Takav akt ima samo dispozitiv bez obrazloženja. On je rezultat diskrecione vlasti, diskrecione odluke nadležnog organa koji svoju odluku ni u jednom slučaju nije dužan da obrazloži. Praktično, samo donošenje ovog akta je zasnovano na cjelishodnosti, principu slobodne procjene od strane njegovog donosioca. No, u svakom slučaju, ova diskreciona ocjena se odnosi na konkretan, pojedinačni slučaj i daje se isključivo u javnom interesu, što pomilovanje i čini javnopravnim institutom, a ne institutom u korist ili u interesu pojedinca - osuđenog lica.

U tom smislu se pomilovanje definiše kao sredstvo za uspostavljanje ravno-

⁸¹ J. Tahović, *Krivično pravo*, Opšti deo, op.cit, str. 379.

⁸² S. Pihler, *Prilog raspravi o pomilovanju*, op.cit, str. 688.

teže između čovječnosti i pravde. No, premda akt o pomilovanju ima za rezultat sprečavanje normalnog toka pravosuđa, premda on nije izdat kao svaki drugi administrativni akt *intra legem* (unutar zakona) ili *secundum legem*, već *contra legem*, on ostaje po svojoj pravnoj prirodi administrativni akt, jer ne dodiruje pravno pitanje krivice već jedino izvršenje kazne time što ovu ukida, smanjuje ili je ublažava.⁸³

Prema drugom shvatanju, akt o pomilovanju je po svojoj pravnoj prirodi zakonodavni akt – doduše, *lex specialis* koji se odnosi na pojedinačni, konkretno određeni slučaj izvršenja konkretnog krivičnog djela od strane konkretnog učinioca. Smatra se, prema ovom shvatanju, da se zakon potpuno ili djelimično može izmijeniti, ukinuti ili derogirati samo drugim zakonom, u ovom slučaju specijalnom zakonskom normom koja po principu *lex specialis derogat legi generali* ukida ili ublažava krivičnu sankciju izrečenu od strane suda primjenom opšteg zakonskog propisa.

No, iako je prednje tvrđenje u svojoj suštini u velikoj mjeri ispravno u pogledu dejstva akta o pomilovanju, ipak se ne može reći da je to zakonodavni akt, jer ga u prvom redu ne donosi zakonodavni organ (skupština) već drugi - najviši upravni ili političko-izvršni organ vlasti. Na taj način se pomilovanjem ne dira i ne mijenja postojeći pravni sistem, pozitivnopravni sistem u domenu krivičnog prava ostaje neizmijenjen, samo se mijenja njegovo dejstvo u odnosu na konkretan slučaj.

U krivičnopravnoj literaturi se takođe mogu naći i takva shvatanja prema kojima je akt o pomilovanju sudski akt. Međutim, ovdje se svakako može reći da on nije sudski akt jer ga ne donosi organ suda, iako se njime, istina, mijenja sudska odluka. Sudska odluka se pomilovanjem ne mijenja u pogledu formalnog dejstva, odluka suda ostaje i dalje na snazi, samo se mijenja njeno pravno dejstvo, njeno prouzrokovanje posljedice u konkretnom slučaju. Nadalje, aktom o pomilovanju se ne dira u dispozitivni dio sudske odluke. Presuda ostaje osuđujuća, ostaje odluka o izvršenom krivičnom djelu i dokazima za isto, ostaje odluka o krivici učinioca tog djela, samo se mijenja dio sudske odluke u pogledu izrečene kazne ili druge vrste krivične sankcije. Faktički se sudska odluka aktom o pomilovanju mijenja i koriguje, ali se time ipak ne dira u samu sudsku presudu, niti u prava trećih lica zasnovanih na osudi.

I konačno, u pogledu određivanja pravne prirode akta o pomilovanju, u literaturi se mogu naći i takva shvatanja da je to politički akt, dakle akt političke prirode. Pravo na davanje pomilovanja pripada najvišim političkim organima - predsjedniku Republike, odnosno Predsjedništvu. To je akt milosti ili milosrđa države prema učiniocu krivičnog djela, pa takav akt više predstavlja akt političke volje suverena, posebno ako se daje povodom nekog značajnog državnog ili

⁸³ J. Stefanović, *Pravna priroda akta o pomilovanju...*, op.cit, str. 277-278.

nacionalnog ili vjerskog praznika, nego akt upravne ili administrativnopravne prirode. Predsjednik Republike Srpske, odnosno Federacije BiH (Predsjedništvo BiH) slobodno, po svojoj diskrecionoj ocjeni, bez ikakvog obrazloženja odlučuje da li će i u kom obimu (kojoj sadržini) određenom osuđenom licu dati pomilovanje ili odbiti davanje ove izuzetne, zakonske mogućnosti. To je konačan akt, protiv njega nije moguće voditi upravni spor (pokrenuti upravnosudski postupak). I na kraju, pomilovanje se, u pravilu, ne daje iz pravnih razloga već upravo iz političkih, socijalnih i drugih vanpravnih razloga.

Pravno shvatanje o pomilovanju predstavlja neskriveno priznanje da se pod upitnik stavlja cjelokupno pravo, napetost u samoj ideji prava kao i mogućnost konflikta između ideja prava i drugih ideja kao što je etička i religijska.⁸⁴ U teoriji krivičnog prava nailazimo i na različita druga razmišljanja o pravnoj prirodi instituta pomilovanja. Tako se pomilovanje smatra i kao odricanje od prava na kaznu od strane nosioca upravne vlasti. To je osnov ništenja prava na kaznu i mjere bezbjednosti.⁸⁵ Pomilovanje je naročiti institut koji se koristi u svrhu vanredne i izuzetne korekture presuda i kao institut srodan pravnim lijekovima. To je jednostrano, od pristanka pomilovanog učinioca delikta nezavisno i protiv njegove volje djelujuće, odricanje države od prava na kaznu.⁸⁶ U širem smislu pomilovanje⁸⁷ je neopozivo odricanje države od prava da zbog krivičnog djela goni ili izvrši već pravosnažno izrečenu kaznu, tako da ovde postoji opraštanje putem vladaočeve milosti.

VI. SADRŽINA POMILOVANJA U KRIVIČNOM ZAKONODAVSTVU BOSNE I HERCEGOVINE

Kao osnov gašenja krivičnih sankcija, pored amnestije, institut pomilovanja je veoma precizno uređen postojećim odredbama krivičnih zakona i Zakonom o pomilovanju u Bosni i Hercegovini.⁸⁸

Sadržina pomilovanja se ogleda u sljedećem:

1. potpunom ili djelimičnom oslobađanju od izvršenja izrečene kazne
2. zamjeni izrečene kazne blažom kaznom ili uslovnom osudom (ovo

⁸⁴ G. Radbruh, *Filozofija prava*, Beograd, 1980. godine, str. 224.

⁸⁸ T. Živanović, *Osnovni problemi krivičnog prava*, Beograd, 1930. godine, str. 196.

⁸⁶ M. Dolenc, *Sistem celokupnog krivičnog prava Kraljevine Jugoslavije*, Beograd, 1935. godine, str. 150.

⁸⁷ M. Aćimović, *Krivično pravo*, Opšti deo, Subotica, 1937. godine, str. 172.

⁸⁸ Zakon Bosne i Hercegovine o pomilovanju objavljen je u Službenom glasniku Bosne i Hercegovine, broj 93/05.

drugo po Krivičnom zakonu Republike Srpske i Zakonu o pomilovanju Bosne i Hercegovine)

3. brisanju osude
4. ukidanju ili određivanju kraćeg trajanja izrečene mjere bezbjednosti
5. ukidanju određene pravne posljedice osude ili određivanju kraćeg vremena trajanja određene pravne posljedice osude.

1. Pomilovanjem se osuđeno lice može potpuno osloboditi od izvršenja izrečene kazne. Oslobođenje od kazne odnosi se na onu kaznu koja je izrečena u sudskoj odluci, pod uslovom da je takva odluka pravnosnažna i da kazna nije u potpunosti izvršena. Ono može da obuhvati sve vrste kazni koje su predviđene u krivičnom zakonodavstvu. Ako se osuđeno lice primjenom pomilovanja oslobađa od izvršenja glavne kazne, pomilovanje se, po pravilu, odnosi i na izrečenu sporednu kaznu. Poslije datog pomilovanja izrečena kazna se ne može uopšte više izvršiti, a ako je njeno izvršenje u toku, izvršenje kazne se obustavlja. Ako se osuđeno lice nalazi na izdržavanju kazne zatvora, u slučaju potpunog oslobođenja od kazne odmah se pušta na slobodu. Ako se osuđeno lice nalazi na uslovnom otpustu sa izdržavanja kazne zatvora, momentom davanja pomilovanja uslovni otpust se ukida i osuđeno lice se oslobađa daljeg izdržavanja izrečene kazne u potpunosti.

2. Institutom pomilovanja osuđeno lice se može djelimično osloboditi od izvršenja izrečene kazne. Pomilovanje se u ovom slučaju može odnositi na oslobođenje od izvršenja neke od više izrečenih kazni (kada su kazne kumulativno izrečene), ili na oslobođenje od izvršenja jednog dijela izrečene kazne, i to ostatka neizdržanog dijela kazne, što se u praksi najčešće i dešava. Prvi slučaj je moguć ako je učiniocu krivičnog djela pored glavne kazne izrečena i sporedna kazna, pa se takvo lice primjenom pomilovanja oslobađa od izvršenja samo jedne od više izrečenih kazni. Drugi slučaj postoji ako se smanjuje vrijeme trajanja pravosnažno izrečene kazne zatvora. To je poseban oblik i način ublažavanja kazne, pri čemu ne važe opšta pravila o ublažavanju kazne određena krivičnim zakonom. Ipak, ni na ovaj način pomilovanjem se ne može odrediti vrsta i mjera kazne koja uopšte nije predviđena u našem krivičnom pravu.

3. Pravosnažno izrečena kazna se primjenom pomilovanja može zamijeniti blažom vrstom kazne. I ova je zamjena kazni moguća samo u okviru vrsta kazni predviđenih u krivičnim zakonima. Prilikom zamjene izrečene kazne blažom kaznom, aktom, odnosno odlukom o pomilovanju određuje se jedna od kazni predviđenih zakonom i u okviru njenog minimuma, odnosno maksimuma.

4. Pomilovanjem se izrečena kazna može zamijeniti uslovnom osudom (ovako rješenje propisano je Zakonom o pomilovanju Bosne i Hercegovine i Krivičnim zakonom Republike Srpske). Zamjena kazne uslovnom osudom vrši se u skladu sa pravilima iz krivičnog zakona koja inače važe za izricanje uslovne

osude.

5. Pomilovanje dalje može da se odnosi i na brisanje osude. To znači da se ovako dato pomilovanje može odnositi i na: a) osude koje se uopšte po slovu zakona ne mogu brisati, b) lica čije se osude uopšte ne mogu brisati i c) osudu prije isteka određenih rokova (vremena) koje zakon traži za nastupanje njenih dejstava. Kada je kazna izrečena pravosnažnom presudom pomilovanjem zamijenjena blažom kaznom ili uslovnom osudom, pri odlučivanju o brisanju osude, osudu na kaznu u smislu zakona predstavlja upravo kazna iz akta o pomilovanju. Davanjem pomilovanja sve osude evidentirane u kaznenoj evidenciji se brišu, a osude koje eventualno još nisu evidentirane, neće se ni evidentirati.

6. Pomilovanjem se može ukinuti ili odrediti kraće vrijeme trajanja mjere bezbjednosti zabrane vršenja poziva, djelatnosti ili dužnosti (izuzetak je Brčko Distrikt Bosne i Hercegovine u kome se pomilovanjem može ukinuti ili odrediti kraće vrijeme trajanja mjere bezbjednosti zabrane upravljanja motornim vozilom učiniocima koji su vozači po zanimanju). Mjera bezbjednosti zabrane vršenja poziva, djelatnosti ili dužnosti inače se može izreći u trajanju koje ne može biti kraće od jedne ni duže od deset godina računajući od dana pravosnažnosti odluke. Ova mjera bezbjednosti pomilovanjem se može potpuno ukinuti, a u slučaju da se pomilovanjem skraćuje vrijeme trajanja izrečene mjere, ona se ne može odrediti na način da traje kraće od zakonom predviđenog minimuma ove mjere bezbjednosti (jedna godina).

7. Pomilovanje može da obuhvati i pravne posljedice osude, i to one koje se sastoje u prestanku ili gubitku određenih prava ili zabrani sticanja određenih prava. Tako se na ovaj način može ukinuti jedna ili više pravnih posljedica osude, ali se u aktu o pomilovanju mora izričito naznačiti na koju se ili na koje se pravne posljedice pomilovanje odnosi. Za razliku od amnestije, pomilovanjem se neka pravna posljedica može ne samo ukinuti, već se može i odrediti njeno kraće trajanje. To je moguće kod onih pravnih posljedica osude koje po svojoj prirodi traju određeno vrijeme (dakle, koje se sastoje u zabrani sticanja određenih prava).

LITERATURA

1. Bačić F., Krivično pravo, Opći dio, Zagreb, 1978.
2. Bavcon Lj., Šelih A., Kazensko pravo, Splošnij del, Ljubljana, 1978.
3. Carić A., Priručnik za vježbe iz kaznenog prava, Split, 1998.
4. Cvitanović L., Svrha kažnjavanja u suvremenom kaznenom pravu, Zagreb, 1999.
5. Čejović B., Krivično pravo, Opšti deo, Beograd, 2002.
6. Dolenc M., Sistem celokupnog krivičnog prava Kraljevine Jugoslavije, Beograd, 1935.
7. Đorđević M., Đorđević Đ., Krivično pravo, Beograd, 2005.
8. Đurđić V., Jovašević D., Praktikum za krivično pravo, Knjiga prva, Opšti deo, Beograd, 2003.
9. Filipčić K., Jakulin V., Karakaš A., Korošec D., Praktikum za materijalno kazensko pravo, Ljubljana, 1999.
10. Frank S., Teorija kaznenog prava po Krivičnom zakoniku iz 1951. godine, Opći dio, Zagreb, 1955.
11. Garačić A., Kazneni zakon u sudskoj praksi, Zagreb, 2001.
12. Horvatić Ž., Cvitanović L., Politika suzbijanja kriminaliteta, Zagreb, 1999.
13. Horvatić Ž., Novoselac P., Kazneno pravo, Opći dio, Zagreb, 2001.
14. Horvatić Ž., Krivično pravo, Opći dio, Zagreb, 2003.
15. Grupa autora, Komentar Krivičnog zakona SR Jugoslavije, Beograd, 1995.
16. Jovašević D., Zbirka propisa o pomilovanju sa komentarom, Beograd, 1999.
17. Jovašević D., Amnestija i pomilovanje, Beograd, 2001.
18. Jovašević D., Komentar Krivičnog zakona SR Jugoslavije, Beograd, 2002.
19. Jovašević D., Krivični zakonik Republike Srbije sa komentarom, Beograd, 2006.
20. Jovašević D., Krivično pravo, Opšti deo, Beograd, 2006.
21. Jovašević D., Leksikon krivičnog prava, Beograd, 2006.
22. Jovašević D., Zakon o izvršenju krivičnih sankcija sa komentarom, Beograd, 2006.
23. Kambovski V., Krivičen zakonik so krotok komentar i objasnuvenja, Skoplje, 2002.
24. Kramarić I., Kazneni zakon – sudska praksa, Zagreb, 1998.
25. Kurtović A., Pomilovanje, Zagreb, 2003.

26. Kurtović A., Tomašević G., Osnove kaznenog prava i postupka, Split, 2004.
27. Lazarević Lj., Vučković B., Vučković V., Komentar Krivičnog zakonika Crne Gore, Cetinje, 2004.
28. Lazarević Lj., Komentar Krivičnog zakonika Republike Srbije, Beograd, 2006.
29. Marjanovik G., Makedonsko krivično pravo, Opšti del, Skoplje, 1998.
30. Novoselac P., Opći dio kaznenog prava, Zagreb, 2004.
31. Pavišić B., Veić P., Komentar Kaznenog zakona Republike Hrvatske, Zagreb, 1999.
32. Perović M., Pravne posledice osude i rehabilitacija, Nikšić, 1990.
33. Perović M., Krivično pravo, Opšti deo, Nikšić, 1998.
34. Petrović B., Jovašević D., Krivično (kazneno) pravo Bosne i Hercegovine, Opći dio, Sarajevo, 2005.
35. Petrović B., Jovašević D., Izvršno krivično (kazneno) pravo, Sarajevo, 2006.
36. Proeski V., Krivičen zakonik, Objasnivanja, komentari i sudska prakcija, Skoplje, 1998.
37. Radovanović M., Krivično pravo, Opšti deo, Beograd, 1975.
38. Skuratov J.I., Medvedev V.M., Komentarii k Ugolovnomu kodeksu Rossijskoj federaciji, Moskva, 1996.
39. Srzentić N., Stajić ., Lazarević Lj., Krivično pravo SFRJ, Opšti deo, Beograd, 1994.
40. Stojanović Z., Krivično pravo, Opšti deo, Beograd, 2000.
41. Tahović J., Krivično pravo, Opšti deo, Beograd, 1961.
42. Tahović J., Komentar Krivičnog zakonika, Beograd, 1962.
43. Veić P., Gluščić S., Osnove kaznenog prava, Zagreb, 2004.
44. Zlatarić B., Krivični zakonik u praktičnoj primjeni, Zagreb, 1955-1958.
45. Živanović T., Osnovni problemi krivičnog prava, Beograd, 1930.
46. Živanović T., Osnovi krivičnog prava, Opšti deo, Knjiga I i II, Beograd, 1935-1937.

mr. sc. Dragan Radenković

1. TIPOVI GRAĐEVINSKIH UGOVORA PREMA KRITERIJU CIJENE*

Najdiskutabilnija stvar u svakom građevinskom ugovoru i, svakako, najveći izvor mogućih nesporazuma predstavlja cijena građenja odnosno način plaćanja ugovorene cijene.⁸⁹ Analiza svakog tipa ugovora sa aspekta cijene jasno pokazuje podjelu rizika između ugovornih strana. U najvećem broju slučajeva rizik za cijenu izgradnje pada na Izvođača.

Tipovi ugovora s aspekta cijene mogu se svrstati u vrlo široku lepezu koja se kreće od fiksne cijene (fixed price, lump sum), na jednoj strani, preko širokog spektra "cost plus" metoda (stvarna cijena izgradnje plus fiksna dobit ili dobit izražena u procentu od stvarne cijene i sl.), do slučajeva gdje je Izvođač samo dužan ispostaviti račun Naručiocu, a ovaj je u obavezi da ga plati. U stvarnom životu postoji mnogo metoda određivanja cijene (takođe i mnogo metoda kojima se utvrđuje način plaćanja), te postoji mnogo razloga da se izabere jedan ili drugi način utvrđivanja cijene.

Naručilac se može odlučiti za fiksnu cijenu ili "cost plus" metod, ili za nešto treće u kombinaciji sa bilo kojom vrstom ugovora klasifikovanih prema svom

* Rad recenzirao: dr. Abedin Bikić

⁸⁹ Klasifikacija ugovora prema cijeni je rezultat poznate prakse i nema osobitu teoretsku podlogu. U teoriji se ugovori prema cijeni dijele na samo dvije vrste: paušalne (lump sum) ili ugovore sa jediničnom cijenom (unit price). Vidjeti: član 635 Zakona o obligacionim odnosima (Sl. List SFRJ 29/78, 39/85); komentar dr. Stojan Cigoa: "Komentar obligacijskih razmerij", Knjiga III, strana 1842, Uradni list SRS, Ljubljana 1985; "Obligacioni ugovori - priručnik za praktičnu primjenu" M. Srdić, D. Tatić, B. Zdravković, Privredni Pregled, Beograd 1982. Isto je i sa novim "Predlog Obligacijskega Zakonika", "Poročevalac Državnega Zbora Republike Slovenije" br. 41, od 19. Maja, 2001, strana 67, Član 654, naslovljen kao "Cena Del". Osim ova dva osnovna tipa ugovora, klasifikovana prema cijeni, pravna teorija takođe poznaje "metod naknade troškova" ("cost reimbursable method"), ali u praksi takav metod pripada tzv. grupi "trškovi plus" ("cost plus") ugovora. Više o "cost reimbursable" tipu ugovora vidjeti: "UNICITRAL Legal Guide on Drawing Up International Contracts for the Construction of Industrial Works", UN, New York 1988, strana 76. Sve u svemu praksa je mnogo bogatija od zakonskih i teoretskih postavki odnosno klasifikacija.

obimu (generalni Izvođač, "ključ u bravu", PM/CM) i praksa pokazuje da je to vrlo je lako primjenljivo. U praksi je najuobičajeniji metod kombinovanja generalnog izvođača i fiksne cijene. To je, kako najstariji, tako i, na prvi pogled, najjednostavniji metod (trouble-free method).

1.2.1.1. UGOVORI S FIKSNOM CIJENOM (FIXED PRICE CONTRACT)

Ugovori sa fiksnom cijenom se drugačije zovu i "tvrdi ugovori" ("hard money contracts"). Oni se javljaju u dvije varijante: kao ugovori s ukupno ugovorenom sumom - paušalnom cijenom ("lump sum contracts"), i kao ugovori sa fiksnim jediničnim cijenama za pozicije iz predračuna ("unit price contracts").⁹⁰

Treća varijanta je kombinovanje ove dvije metode (lump sum + unite price contract) kada se za dio radova može pretpostaviti količina radova koju treba izvesti, dok je drugi dio radova nepoznat i obično je izražen u mjernim jedinicama (1m, 1m², 1m³).

Bez obzira koja se varijanta koristila, praksa je pokazala da tzv. "fiksni" ugovori predstavljaju one koji izazivaju najviše nesporazuma i sporova i samim tim najviše klejmova. Ali iz prethodne konstatacije (tvrdnje) ne može se izvući zaključak da su fiksni ugovori uvijek i direktno povezani s klejmovima. Klejmovi proizilaze iz ogromnog rizika koji na sebe preuzima Izvođač. Izvođač sigurno ne štedi svoje snage i sigurno koristi sve svoje mogućnosti da projekat završi sa ekstra dobiti, zatim s projektovanom dobiti, ili zatim bar s određenom dobiti ili na kraju bar sa stvarnom cijenom koštanja pa makar i bez dobiti.⁹¹

Fiksni ugovori sa stajališta Naručioaca daju istom osjećaj sigurnosti odnosno osjećaj da je ima punu pravnu i faktičku zastitu. Ali kako to obično biva jednostavnost zavarava. Ovaj tip ugovora zahtijeva visoku ili tzv. "napuhanu cijenu" koju Izvođač mora uvesti zbog pokrića svojih potencijalnih rizika i radi ostvarivanja dobiti (profita). S druge strane Izvođačeva ponuda mora biti niska da bi bila konkurentna. Rezultat ove dvije suprotstavljene realnosti odnosno dva suprotna zahtijeva jeste da će jedna od ugovornih strana sigurno pretrpjeti gubitak.

Slijedeći primjer će to jasno pokazati. Ako konačna cijena određenog građevinskog projekta na kraju radova bude niža od ugovorene fiksne cijene, Izvođač ubire ekstra profit a Naručiocu ostaje da žali za datim (izgubljenim) novcem. Ali,

⁹⁰ Vidjeti: "Predlog Obligacijskega Zakonika", "Poročevalac Državnega Zbora Republike Slovenije" No. 41, 19 Maj, 2001, strana 67, član 654, naslovljen kao "Cena Del" i dr Stojan Cigoj: "Komentar obligacijskih razmerij", knjiga III, strana 1842, Uradni list SRS, Ljubljana 1985.

⁹¹ U našoj terminologiji uobičajen je izraz: "raditi sa pozitivnom nulom".

ako je pak konačna cijena viša od ugovorene, Izvođač gubi dobit, a u težim slučajevima odlazi u stečaj (bankrot), odnosno može prestati postojati kao pravno lice.

Stoga se logično postavlja pitanje zašto su ugovori sa fiksnom cijenom toliko česti i univerzalni?⁹² Odgovor je jednostavan: politika! U javnom sektoru (a zna se da su javne institucije najveći Naručioци u svakoj zemlji), posebno na lokalnom nivou, ugovori sa fiksnom cijenom služe Naručioциu kao štит od mogućih javnih prigovora o favorizovanju određenih Izvođača ili od optužbi o rasipanju para poreskih obveznika. Zbog takvih poličkih razloga javni Naručioци ne žele dati nikakvu šansu "inovacijama" u ugovornim aranžmanima, a mnogi o tome uopšte i ne žele da razmišljaju ("...to je način, to je tradicija i gotovo..."). Naručioциma iz javnog sektora je bitno da mogu planirati rashode (raspodjela budžeta) odnosno da mogu planirati zatvaranje finansijke konstrukcije. Javni Naručioци imaju određena pravna ograničenja ili podliježu nekim pravnim regulama (odobrenje budžeta, uzimanje kredita od banke, sjednice skupštinskih organa i tijela) i treba im fiksni iznos sa kojim mogu baratati.

1.2.1. Paušalni Ugovori (Lump Sum Contracts)

Ugovor koji predviđa paušalnu cijenu atraktivan je za Naručioца, a može biti veoma atraktivan i za Izvođača, bez obzira na potencijalni rizik.

Kod ovog ugovora bitno je da je cijena određena globalno kao jedinstvena fiksna cijena i da stvarno izvedene količine radova ne igraju nikakvu ulogu. To naravno ne znači da se unaprijed ne određuju količine radova (iskopa, nasipa, betona, čeličnih konstrukcija). Izvođač mora imati generalnu sliku da bi odredio veličinu posla. U stvari obje strane imaju opšte planove koji određuju obim radova (recimo gradi se hala dužine 100m, širine 50m i visine 20m). Ali ako se samo znaju opšti gabariti objekta i ako određeni detalji količina radova nisu poznati, sigurno je da će i cijena koju Izvođač nudi biti visoka iz razloga sopstvene zaštite.

Potencijalna prednost koju Izvođač vidi u ovom ugovoru je mogućnost dobre zarade. Ugovor se lako knjigovodstveno vodi i ne traži puno dokazivanja (papirologije), odnosno veliki administrativni aparat i rad. Izvođač pri planiranju, odnosno ostvarenju plana rada ima čist račun koliko će zaraditi svaki mjesec.

Kako smo rekli jednostavnost zavarava tako da ovaj tip ugovora ima svoje ozbiljne mane. Prva je rizik od pogrešne procjene količina naročito ako su u pitanju

⁹² Mnogi smatraju da je to pitanje tradicije jer se metod fiksne cijene godinama upotrebljava i zahtijeva određeno poštovanje. Budući da ugovore iniciraju Naručioци, a imajući u vidu da kod ugovora sa fiksnom cijenom rizik uglavnom snose Izvođači, Naručioци imaju jak osjećaj da je samo to ispravan put. Vidjeti "Položaj izvođača radova na licitacijama i pri izvršenju ugovora o građenju" Opšte udruženje građevinarstva i IGM Jugoslavije, ZIT, Beograd, 1987.

veliki iskopi. Rizik može biti u nepoznatom sastavu tla ili neuobičajenim hidrološkim uslovima na gradilištu. Druga velika mana je Izvođačev nepovoljan pravni odnosno ugovorni status, jer je prihvatanjem rizika fiksne cijene eliminisao mogućnost žalbe po osnovu pogrešne procijene količina radova.

Za Naručioca paušalna cijena de facto, znači fiksnu cijenu. Kad kažemo "fiksna cijena" riječ "de facto" je upotrijebljena zbog preuzimanja rizika količina od strane Izvođača, jer paušalna cijena može biti podložna i kliznoj skali ili drugim zaštitnim klauzulama koje se mogu upisati u ugovor.⁹³ Dakle, svaki "fiksni" ugovor može imati potencijalnu zaštitu od inflacije (klizna skala), zatim klauzulu koja štiti od prevelikih varijacija u količinama ("...cijene će biti ponovo razmatrane ako dođe do promjene +/- 15% u predviđenim količinama..."). Znači, "fiksni" ugovor i nije tako "fiksni" kako izgleda na prvi pogled. Dalja prednost ovog ugovora je da paušalna cijena omogućava Naručiocu da planira budžet, odnosno da precizno utvrdi investicionu sumu, dinamiku njenog prikupljanja i trošenja. To je pogodno za podonošenje na odobravanje raznim društvenim i državnim organima i tijelima, bankama ili drugim investitorima koji će učestvovati u finansiranju projekta.

Mane ovog ugovora Naručilac vidi u mogućnosti da je možda na sopstvenu štetu osigurao visoku dobit Izvođaču, odnosno da je svoj projekat platio preskupo. Druga neprijatnost je u mogućnosti spora u slučaju da Izvođač postavlja zahtjeve u pogledu dodatnih odnosno naknadnih radova (klejmovi) za koje smatra da nisu obuhvaćeni osnovnim ugovorom odnosno originalnim obimom posla. Ovo je skoro uvijek više sigurnost da će se desiti nego mogućnost da se desi.

Dakle, najveća mana paušalnih ugovora je, u neodređenom položaju obiju ugovornih strana, što vodi sukobu zbog različitih interesa. Konflikt je ugrađen u ugovor jer Naručilac za svoj novac pokušava da dobije najviše što može, a Izvođač da uradi što manje za tu istu ugovorenu paušalnu cijenu.

1.2.2. Ugovori s jediničnim cijenama (Unit Price Contract)

Ovaj tip ugovora se pojavljuje uglavnom kada nije moguće unaprijed i tačno predvidjeti količine radova. To se obično dešava pri radovima koji zahtijevaju velike količine istovrsnih radova (masovni iskopi, postavljanje cjevovoda, i sl.) gdje se cijene određuju po jedinici mjere (m, m², m³).⁹⁴

⁹³ Vidjeti: Dušan Rađenović "Realizacija ugovorene cene građenja - Klizna skala", Informator, br. 2713/80, Zagreb, 1980; M. Tešanović "Klauzula revizije ugovorne cene - Klizna skala" Beograd, 1982.

⁹⁴ Uglavnom se radi o masovnim iskopima, recimo površinski kopovi uglja (Ugovor RO GIK "Hidrogradnja" - "Zenički rudnici mrkog uglja", o izvođenju radova na površinskom kopu uglja "Moščanica", 1986), ili na površinskim kopovima bakra (Bor) ili drugih površinskih kopova (Kosovska Mitrovica, Kolubara, Omarska, itd.).

Prednosti ovakvog tipa ugovora za Izvođača su prije svega u eliminaciji rizika od količina i lakom proračunu cijena. Izvođač tu ima i široko polje mogućnosti balansiranja cijena u smislu uključenja (ili isključenja) određenih troškova u jediničnu cijenu.⁹⁵ Izvođač takođe ima mogućnost promjene ugovorenih jediničnih cijena u zavisnosti od prvobitne procjene količina u odnosu na stvarno izvedene količine radova (+/- 10%, +/- 15%).⁹⁶

Osnovna opasnost za Izvođača predstavlja mogućnost da ugovorne jedinične cijene ne odražavaju njegove stvarne, a kasnije neophodne troškove (jer se u početku radi o procijeni). Tu se misli na dodatne zahtjeve Naručioca koji mogu biti sitni ali zahtijevaju, recimo, visoke troškove u smislu angažovanja specijalnih sredstava i opreme, ili skupih radnika određenih specijalnosti.⁹⁷ Ovo isto se javlja i kod uvođenja potpuno novih i za Izvođača neočekivanih stavki radova. Poseban problem su mogući nesporazumi oko metoda mjerenja odnosno izračunavanja (snimanja) količine izvršenih radova.⁹⁸ Za Izvođača je glavna mana ovog ugovora njegov pasivan status nakon što je ugovor potpisan.⁹⁹

Prednost ovog ugovora za Naručioca je u mogućnosti lakog podešavanja odnosno određivanja konačne cijene. Tako on uvijek može odustati od određenih pozicija radova (vršiti ugradnju manjih količina armatura, smanjiti betonske radove i sl.). Samim tim troškovi projekta odnosno njihova visina su pod njegovom kontrolom.

⁹⁵ Kao primjer možemo navesti troškove radničkog naselja na gradilištu koji mogu a ne moraju biti uključeni u jedinične cijene. RO GIK "Hidrogradnja" je za potrebe HE "Mostar" koristila radničko naselje sa obližnje HE "Salakovac" (8 km). i time smanjila jediničnu cijenu.

⁹⁶ Vidjeti uzansu 22 Posebnih Uzansi o građenju (Sl. List SFRJ br. 18/77); Biro Zoltan: "Cena kao bitni elemenat ugovora o građenju", Pravni život, 1977, III; Popović Ljiljana: "Cena i izmena cene kod ugovora o građenju", Privredno Pravni Priručnik 12/78.

⁹⁷ Kao primjer iz prakse možemo navesti naknadni zahtijev Naručioca za odvoženjem zemlje, kada je izvođač već uklonio svoju transportnu mehanizaciju sa gradilišta (Projekt "Vrba" 1986), ili zahtijev za naknadnim farbanjem čelične konstrukcije, što je zahtijevalo dolazak posebne ekipe sa drugog gradilišta (HPS "Haditha" Iraq, 1985).

⁹⁸ Vidjeti: Radenković Dragan - Statement of Claim za Bekhme Dam Projekt, Separate Statement of Claim No 19: Mjerenje utroška tečnog betona ("Measurement of Shotcrete") and Separate Statement No. 24: Preklapanje armiranih čeličnih mreža ("Overlapping for wirenetting").

⁹⁹ Na projektu izgradnje rumunskog autoputa (Autostrada Tarnsilvanija), napravljen je ugovor (2005) sa kamenolomom Margita o isporuci oko 5 miliona tona tona kamenog agregata. Jedini način izmjene ugovorene jedinične cijene je u slučaju povećanja eksploatacionih taksi od strane rumunskih vlasti i ništa više (Član 6 Ugovora o eksploataciji kamenog agregata između Bechtel Co. i kamenoloma Margita).

Nepogodnost ovog tipa ugovora za Naručioca ogleda se u njegovom nesigurnom pravnom statusu. Bez obzira na ugovor, on može biti meta određenih zahtijeva (klejmova) Izvođača u slučaju pogrešne procjene količina, te svakako u slučaju dodatnih ili naknadnih radova u odnosu na originalni obim posla.

1.3. NAKNADA TRŠKOVA PLUS... (COST PLUS CONTRACTS)

Cost Plus¹⁰⁰ ili “troškovi sa...” je međunarodno poznat, priznat i razvijen tip ugovora gdje se ovaj način utvrđivanja cijene koristi onda kada nije precizno utvrđen obim radova koje treba izvesti. Glavna karakteristika Cost Plus ugovora je da Izvođač finansira stvarne troškove izvođenja radova a Naručilac mu te troškove plaća u punom iznosu (reimbursement), s tim da Izvođač na kraju pokrije sve svoje stvarne troškove (cost) i ostvari određenu dobit (plus).

Ovaj tip ugovor ima niz podvarijanti koje je razvila praksa, a te varijante zavise od toga šta će sve Naručilac platiti pored efektivnih troškova rada (material, radna snaga, itd.), odnosno šta će se sve i u kom obimu smatrati efektivnim troškovima (recimo: koliki obim režijskog osoblja na gradilištu će biti priznat i sl.). Isto tako koji će indirektni troškovi biti priznati kao stvarni troškovi Izvođača (rad direkcije preduzeća, i sl.).

Najbolji način je da predstavimo sve poznate varijante cost plus ugovora i na taj način izvršimo analizu sličnosti i razlika među njima.

1.3.1. Naknada troškova plus procenat (Cost Plus Percentage of Cost)

Kao što ime kaže, prema ovom ugovoru Naručilac će Izvođaču platiti sve troškove i dodati odgovarajući procenat (%) na visinu troškova, što onda predstavlja dobit Izvođača (plus). Nakon prvih iskustava, ovakvi ugovori su zabranjeni u mnogim zemljama, pogotovo u javnom sektoru. To je potpuno razumljivo jer je Izvođač u situaciji da nema nikakvog razloga da štedi. Naprotiv, čak mu je u interesu da što više poveća troškove izgradnje jer je procenat koji je njegov profit (dobit), samim tim veći.¹⁰¹

¹⁰⁰ U poznatoj ex-jugoslovenskoj praksi ovakav tip ugovora nije primjenjen ni na jednom domaćem projektu. U teoriji ga pominu dr. Branko Vukmir “Ugovori o izvođenju investicionih radova - Međunarodni” 1; 2; (Zagreb, 1980,) i Čedomir Čolić “Međunarodni uslovi ugovora o građenju” (Organizacija i razvoj poslovanja, br. 2/81, Beograd)

¹⁰¹ Glyn P. Jones: “A New Approach to the International Civil Engineering Contracts” London, 1979.

Ali u zapadnoj praksi on postoji i primjenjuje se i to (što je sasvim logično) u hitnim slučajevima, kao što su rasčišćavanje ruševina poslije zemljotresa, kada nema ni projekata ni specifikacija, a situacija zahtijeva da rad bude obavljen što prije.

Druga primjena ovog tipa ugovora javlja se u situacijama kada Naručilac i Izvođač imaju dugogodišnje i harmonične veze, odnosno uzajamno povjerenje i poštovanje, jer tada svaka ugovorna strana zna da će se druga ugovorna strana ponašati fer, korektno i pošteno.

Osnovna mana ovog ugovora je što Naručilac nema nikakvu kontrolu nad cijenom projekta, odnosno ulazi u posao sa vrlo nesigurnom procjenom vrijednosti posla.

1.3.2. Troškovi plus fiksna dobit (Cost Plus Fixed Fee)

Ovaj ugovorni aranžman sličan je prethodnom, s tim što je naknada (dobit) Izvođaču fiksirana. Ovdje je rizik Naručioca nešto manji jer Izvođač nema interesa da uvećava troškove projekta pošto radi za fiksnu zaradu. Ali sa druge strane Izvođač takođe nema interesa da bude brz i efikasan jer zna visinu svoje dobiti, kao i to da mu je ona osigurana (a troškovi će i onako biti plaćeni).

Ono što Naručilac jedino i sigurno zna je, upravo, kolika je naknada Izvođaču (fixed fee), ali ne i koliko će stvarno radovi koštati. Naravno, to stvara dubioze i osnove za klejmove pogotovo kod izmjena predviđenog obima radova. Neki ugovori ovog tipa predviđaju da će se fiksna dobit promijeniti ako se pokažu velike razlike (+/-) u obimu izvedenih radova.

I ovaj tip ugovora primjenjuje se u sličnim situacijama kao i prethodni, tj. kod elementarnih nepogoda i katastrofa i takođe, u uhodanim dugogodišnjim odnosima između poznatih partnera.

1.3.3. Troškovi plus fiksna dobit plus nagrada (Cost Plus Fixed Fee with a Bonus Clause (Award Fee))

Ovim tipom ugovora Naručilac se obavezuje da nadoknadi sve stvarne troškove radova (cost), saglasan je da plati fiksnu dobit Izvođaču (fixed fee) i ustanovljava kriterije na bazi kojih Izvođač može dodatno biti nagrađen za svoj rad (Bonus Clause, odnosno Award Fee).

Kriteriji za bonus (nagradu) upisani su u ugovor što bi trebalo da spriječi svaki nesporazum ili dubiozu pri tumačenju kako će nagrada biti plaćena i u kojem iznosu. Takođe se uobičajeno podrazumijeva da Naručilac samostalno prosuđuje radne rezultate Izvođača i isplaćuje nagradu na osnovu ugovora i kriterija za nagradu iz tog ugovora.

Stoga Izvođač, potpisujući ovakav ugovor, mora biti svjestan da će biti izložen određenom subjektivizmu Naručioca. Na primjer Naručilac može otežati prijem radova prije isteka ugovorenog roka a zatim tvrditi da radovi nisu završeni prije ugovorenog roka. To može biti ne-fer igra jer ipak je u pitanju novac. Ali ako je Naručilac fer igrač i ako su radovi izvedeni kvalitetno i brzo te je izvršeno kompletiranje radova ili dijela izvedenih radova prije roka, onda bi to bila dovoljna osnova za dobijanje nagrade.

Metod Cost Plus uz nagradu nije u širokoj upotrebi ali kad se upotrebljava problemi se pokazuju minimalnim. Ovi ugovori primjenjuju se u slučajevima kada je potrebna velika brzina u izgradnji i gdje Naručilac želi da što više motivira Izvođača.¹⁰²

Potencijalni uzroci nesporazuma su nedovoljno organizovana služba za praćenje izvođenja radova (loša administracija) i problem oko dokumentovanja da bi se utvrdila visina bonusa (nagrade) koji treba platiti.

1.3.4. Troškovi plus motivaciona nagrada (Cost Plus Incentive Fee)

Ovo je malo komplikovaniji način da se podstakne i nagradi Izvođačeva inicijativa odnosno da se postigne brz rad i ušteda u troškovima. U ovom slučaju svaka ugovorna strana vrši svoju procjenu koštanja objekta koji Izvođač treba da izvede. Na osnovu te dvije procjene usaglašava se zajednička procjena vjerovatnog koštanja objekta, a na osnovu takve procjene se onda dređuje srednja, maksimalna i minimalna nagrada Izvođaču koja dakle zavisi od ukupne vrijednosti objekta.

U tipičnom slučaju Izvođačeva se nagrada smanjuje ako je premašio predviđeni budžet projekta, a raste ako je smanjio procjenjene troškove. Izvođač može dodatno biti i posebno nagrađen za snižavanje troškova. Jedino pravilo je da se dogovoreni minimum naknade Izvođaču mora isplatiti u svakom slučaju, bez obzira kolika je na kraju stvarna cijena.

U idealnom slučaju, Naručilac bi trebao s veseljem platiti Izvođaču maksimalnu nagradu, jer to znači da je ukupna cijena objekta manja od njegove procijenjene cijene.

¹⁰² Amerikanci su ovakve ugovore koristili naročito u Vijetnamu i u drugim kriznim područjima (sada u Iraku) gdje su se vojno angažovali. Ovakvi ugovori se takođe koriste kod urgencija diplomatskog tipa za završetak nekih radova ili objekata u drugoj zemlji. Vidjeti: Gerwick C. Ben, Woolery John: "Building and Engineering Marketing for Major Projects Services", New York, USA, 1982.

Prednost ovakvog načina ugovaranja cijena je što podstiče Izvođača na maksimalnu štednju i racionalnost, kao i to što Naručilac ima parametre za ukupnu konačnu cijenu. Stoga je ovaj metod potencijalno veoma pogodan za obje ugovorne strane.

Iako izgleda da inicijativa obje ugovorne strane igra veliku ulogu i da je ovo odličan ugovorni aranžman, ova vrsta ugovora ne može biti primijenjena u mnogo slučajeva, pogotovo ne kod velikih projekata. Kad se radi o velikim projektima, procjena ukupne cijene donosi se na osnovu početnih analiza te preliminarnih crteža, projekata i specifikacija. Tek kasnije započinje puni rad na detaljima i sagledavanje ukupnog obima posla.

Pošto je projektovanje i izrada tehničke dokumentacije u rukama Naručio- ca, povećanje procijenjene cijene nosi manju dobit Izvođaču, što logično izaziva Izvođačev zahtjev da ne bude kažnjen (smanjenjem nagrade) zbog razloga koje uzrokuje Naručilac.

Zato ovaj metod teoretski izgleda odlično, ali se u praksi može pretvoriti u noćni košmar za obje ugovorne strane.¹⁰³

1.3.5. Drugi "troškovi plus" (Cost Plus) ugovori

U praksi se pojavljuje još nekoliko Cost Plus ugovora, kao što su "Cost Plus fixed Fee with Profit sharing Clause" (troškovi sa fiksnom dobiti i podjelom profita); zatim "Cost Plus Fixed Fee with Sliding Scale of Fees" (troškovi sa fiksnom dobiti i kliznom skalom); zatim "Cost Plus Fixed Fee Converted to Lump Sum" (troškovi sa fiksnom dobiti pretvorenom u paušalnu sumu). Imena ovih cost plus ugovora govore o varijacijama u nagrađivanju Izvođača.

1.3.6. Uobičajeni nedostaci Cost Plus ugovora

Svaki ugovor po sistemu Cost plus pretpostavlja pažljivo definisanje obima radova. Glavni problem kod ugovora Cost Plus je definisanje određenih troškova ili elemenata cijene koji se teško mogu direktno odrediti. Kao podlogu za ovu tvrdnju možemo navesti primjere iz prakse:

- Recimo, kome pripadaju uštede koje Izvođač ostvari kupovinom materijala unaprijed iz sopstvenih fondova? Izvođač može od veletrgovca dobiti zna-

¹⁰³ Ovaj metod nije do sada bio u široj upotrebi jer ovakav pristup poslu zahtijeva visokoprofesionalnu organizaciju i permanentno praćenje svih vrsta troškova na gradilištu. Objе ugovorne strane moraju imati dovolno veliku i kvalifikovanu organizaciju za dnevno praćenje napredovanja projekta. Vidjeti Geeds Spence: "Building & Public Works, Administration, Estimating & Costing", London, 1978.

čajan popust, odnosno ostvariti uštedu koju nije morao ostvariti. Ako to uradi, treba li prijaviti takve uštede Naručiocu i zahtijevati dio uštede?

- Drugo je pitanje troškova osiguranja koje iskusan Izvođač može smanjiti mimo uobičajenog, imajući u vidu svoju praksu ili poseban popust kod osiguravajućih firmi zbog ranijih neiskorišćenih osiguranja. S druge strane, šta ako su troškovi osiguranja veći od uobičajenih, na šta Izvođač nije računao?
- Treće je pitanje broja administracije na gradilištu koja indirektno utiče na cijenu koštanja radova (služba komercijale, nadzor itd.). Koji je to optimalni broj tzv. "neproduktivnih" radnika?
- Četvrto je pitanje uštede na opremi koja je otpisana (amortizovana) a može se još koristiti (na drugom gradilištu) ili čak prodati. Kome pripada takav ekstra prihod? Slično je i s viškom materijala koji se može upotrebiti na drugom mjestu ili prodati. Kome pripada takav prihod?
- Ako se na gradilištu nalaze neki materijali (od prijašnje izgradnje) ili neka oprema, odnosno mehanizacija koja pripada Naručiocu, može li ih Izvođač koristiti? Ako može, treba li platiti za to i naravno koliko?
- Kako se plaćaju potrebne popravke (remonti) opreme, ko plaća izgublenu ili ukradenu opremu i da li za takve slučajeve treba poseban dodatni ugovor, itd?

Sve navedeno je moguće da se desi i zato kod ovakvih tipova ugovora treba sve to predvidjeti kako se kasnije ne bi izrodili sporovi odnosno klejmovi.

Iako Izvođač na prvi pogled ima osjećaj da kod ovog tipa ugovora nema velikih rizika (svi troškovi plaćeni...), oni itekako postoje. Iako Naručilac plaća sve troškove (cost), problem se javlja kod toga šta se sve smatra troškom. Izvođač može imati mnogo troškova koji mogu, ali ne moraju biti definisani kao cost (troškovi).

Evo primjera: ko plaća za potencijalne greške u radu (koje se moraju ispraviti) ili ko plaća troškove nesreća na radu ili drugih gubitaka mogu ući u troškove objekta. Po tom pitanju Naručilac i Izvođač imaju vrlo često potpuno oprečna mišljenja.¹⁰⁴

Šta raditi da bi se izbjegli rizici, a samim tim i klejmovi? Najbolje je da se u slučaju predviđanja nekog rizika isti posebno osigura. Može se zatražiti od

¹⁰⁴ Pretpostavimo tipičnu građevinsku nezgodu: pad karana, odnosno lom kranske konstrukcije. Dok će osiguranje platiti cijenu kрана (punu ili djelimičnu), ostaje otvoreno pitanje ko će platiti zakašnjenje od sedmicu ili dvije do postavljanja novog kрана? Naručilac neće ni da čuje za nesreću (imate osiguranje..) a Izvođač je smatra legitimnim ekstra troškom. Primjer je sa gradilišta Bočac, 1981.

Naručioca da se osigura potencijalni rizik i da takav trošak (premija osiguranja) bude dio troškova (cost). Ako Naručilac to odbije, onda za Izvođača postoje dvije mogućnosti: ili izvršiti osiguranje na sopstveni trošak i time smanjiti dobit (profit) ili postići dogovor sa Naručiocem da se u slučaju ostvarenja potencijalnog rizika to prizna kao dio stvarnih troškova.

1.4. UGOVORI S PROCIJENJENOM VRIJEDNOŠĆU (TARGET ESTIMATE CONTRACTS)

Ovo je grupa ugovora¹⁰⁵ koja se bazira na procjenama koštanja ukupnog projekta i može se nazvati metodom određivanja "cijene kojoj se teži". Ovi ugovori veoma liče na neke iz kategorije Cost Plus (kao što su "Cost Plus sa kliznom skalom" ili "Cost Plus sa motivacionom nagradom". Međutim, razlika postoji, kao što će se vidjeti iz analize dva slijedeća tipa target estimate ugovora.

1.4.1. Procijenjena vrijednost s gornjim limitom (Fixed Price Incentive Contracts)

Kod ovog tipa ugovora Izvođač preuzima obavezu da će određeni projekat završiti u okviru "procjenjene" cijene. Pošto se radi o "procjeni" ugovorne strane definiraju donji i gornji limit utvrđene procjene. Ako Izvođač završi projekat u okviru procjenjene vrijednosti njegov profit zavisi od toga koliko su stvarni troškovi bliže donjoj ili gornjoj granici iz procijene. Ako je bliži donjoj granici njegov profit je veći, a ako je bliži ili dosegne gornji limit, profit takođe postoji, ali je manji.

Ali ako Izvođač probije gornji limit onda ide u čisti gubitak, jer bez obzira na stvarne troškove, projekat mora završiti u okviru gornjeg limita ugovorene cijene.

Iz ovoga se vidi razlika od cost plus ugovora, jer je kod cost plus ugovora utvrđen minimalni i maksimalni profit Izvođača. Kod target estimate ugovora utvrđena je najniža i najviša cijena ukupnog projekta, a ne profita. Teoretski to znači da Izvođačev profit uopšte nije limitiran ako on uspije da dovoljno smanji ukupnu cijenu projekta jer pored maksimalnog ugovorenog profita pripadaju mu i sve uštede. Ali ipak, to je samo teorija.

Sam Naručilac je zaštićen time što unaprijed zna najvišu moguću cijenu koju će (možda) platiti. Primjena ovakvog ugovora moguća je tamo gdje Naručilac ima detaljne planove, projekte i specifikacije, te odgovarajući tim za nadzor nad

¹⁰⁵ Target Estimate Contracts su nepoznati u našoj domaćoj praksi a prikazani su u knjizi R. Irv-a i M. Roy-a: "Handbook of Constructin Law and Claims" poglavlje "Contract as a marketng tool", Willingboro, USA, 1982.

izvođenjem radova kako bi spriječio potencijalne manevre Izvođača da na račun kvaliteta ili količina smanji cijenu i poveća profit. Što je dokumentacija potpunija, to je manja mogućnost za "inovacije" od strane Izvođača.

Dakle, ovaj tip ugovora treba u praktičnoj primjeni vrlo pažljivo pratiti, nadzirati i administrativno voditi, te ako Naručilac nema takve mogućnosti, osigurani su mu (pa čak i neizbježni) nesporazumi i samim tim klejmovi.

1.4.2. Djelomično garantovana cijena (Guaranteed Upset Price)

Ovaj ugovor znači da je cijena projekta samo djelomično garantovana od strane Izvođača. Ovo je nešto manje komplikovana varijacija prethodnog ugovora. Prema ovom ugovoru podjela rizika, odnosno procjene cijene, odnosi se samo na neke okolnosti koje mogu izmijeniti cijenu ili se odnosi samo na određeni dio radova.

Cijena radova je tačno utvrđena za sve definisane pozicije rada, a za "sumnjive" pozicije i dijelove radova utvrđuje se "procijenjena" vrijednost i formula podjele rizika.

Kod ovog ugovora pretpostavka je da će kod "dubioznih" pozicija iskusan Izvođač naći odgovarajuće rješenje odnosno da će svojim sugestijama i inovacijama uštedjeti novac Naručiocu, a sebi povećati profit.

1.5. KOMBINOVANI UGOVORI (COMBINED CONTRACTS)

1.5.1. Ugovor u kome su kombinovane paušalna i jedinične cijene (Lump Sum + Unites Price Contracts)

Vrlo često se u istom ugovoru kombinuju i paušalne i jedinične cijene. Naime, u svakom projektu postoje količine radova koje se mogu tačno odrediti, ali i pozicije radova gdje se tačne količine radova ne znaju ili ne mogu tačno predvidjeti. Ovakvi ugovori nisu rijetki pri ugovaranju objekata po sistemu "ključ u bravu".

Prednosti ovakvog ugovora za Izvođača su čist račun, eliminacija rizika od količina i mogućnost balansiranja cijena.

Ali kao i uvijek rizici postoje. Izvođač može napraviti pogrešan proračun troškova ili slijediti liniju manjeg otpora pa dati recimo samo aproksimativnu

vrijednost nekih pozicija¹⁰⁶ i naći se u vrlo nepovoljnom pravnom položaju. Zato je rješenje za ovakve slučajeve izrada lista cijena svih vrsta pozicija što, naravno, zahtijeva dodatne napore i vrijeme Izvođačevog osoblja, ali sigurno, smanjuje budući rizik.

1.5.2. Ostale vrste kombinovanih ugovora

Osnovno pravilo kombinovanih ugovora je da se jedan dio radova plaća po jednom metodu, a drugi dio radova po drugom metodu. Najčešći tipovi kombinovanih ugovora su ugovori koji pretežno imaju ugovorene jedinične cijene.

Kako smo već rekli, često se građevinski radovi plaćaju po jediničnim cijenama, a oprema po paušalnoj (fiksnoj) cijeni.¹⁰⁷ Ili recimo, građevinski radovi se plaćaju po sistemu cost plus, a montaža opreme po paušalnoj cijeni. Nije rijetko da određene cijene unosi sam Naručilac u ugovor i da one su rezervisane za tzv. "imenovane podizvođače" i nemaju veze sa utvrđivanjem i plaćanjem cijene Izvođaču.¹⁰⁸ Kod "imenovanih" podizvođača Glavni Izvođač samo procesuirá podizvođačevu mjesečnu fakturu za plaćanje.

Kod izgradnje industrijskih objekata, takođe se nailazi na interesantne oblike plaćanja cijena za neke usluge. Tako, recimo, plaćanja za ustupljenu tehnologiju ("know-how"), tehničku pomoć ili isporuku neke opreme mogu zavisi od dostignutog obima proizvodnje, ili dobiti koju ostvari određeni (novi) pogon u određenom vremenu. Postoji i varijanta plaćanja radova u potpunosti ili djelomično, proizvodima novoizgrađenog postrojenja ili fabrike.

Pošto govorimo o kombinovanim ugovorima, ovdje je pravo mjesto da spomenemo da se kod ugovora koji su utvrđeni po sistemu jediničnih cijena često nailazi i na pomoćni metod utvrđivanja vrijednosti radova prema vremenu rada radnika (sat rada) i mašina (sat rada), te cijenom materijala.¹⁰⁹ Ovo služi za male

¹⁰⁶ Recimo, Izvođač obično računa sa prosječnom cijenom betona iako je jasno da su fini, nadzemni betoni daleko skuplji od onih koji se ugrađuju u temelje. Naknadno povećanje količina nadzemnih radova (skupih betona) može dovesti Izvođača u čisti gubitak.

¹⁰⁷ Kao primjer možemo navesti ugradnju hidomehaničke opreme kod skoro svih novijih hidrocentrala u slivu Neretve i Drine ("Salakovac", "Mostar", "Višegrad"), koja je uvijek plaćana po fiksno ugovorenim cijenama.

¹⁰⁸ Dragiša Čolić: "Ugovor o podizvođenju" Organizacija i razvoj poslovanja, br 2/81., Beograd, 1981.

¹⁰⁹ Tako obaveza izvođača može biti da u predračun (bill of quantity) unese i listu sa cijenama za sat rada radnika određene kategorije, odnosno određene mehanizacije (tzv. hourly rates). Pravilo je da se ovakav način određivanja cijene primjenjuje samo za naknadne radove malog obima (jer ne sadrže indirektné troškove izvođača) i u tom smislu ovo je "rezervni metod" određivanja cijene. Za više vidjeti: C. Haswell, D. Silva "Civil Engineering Contracts - Practice and Procedure", Butterworths Scientific, USA, 1982.

radove koji nisu obuhvaćeni jediničnim cijenama. Do sporova dolazi kada Naručilac zahtijeva da se ovako izvedu i neki radovi za koje se može odrediti jedinična cijena jer se ovim metodom ne pokrivaju troškovi režije, kao ni dobit Izvođača, što je inače uobičajeni dio jedinične cijene.

1.5.3. Ugovor po danu (The Day Rate Contract)

Za razliku od metoda utvrđivanja cijene po satu rada (hourly rates), kao rezervnog metoda određivanja cijene kod nekih ugovora, u praksi se pojavljuju i građevinski ugovori po danu (day rate). U tom smislu, ugovori "po danu" su nezavisni ugovori, a ne pomoćni metod. U inostranstvu ovaj tip ugovora uglavnom koriste osiguravajuća društva za poslove raščišćavanja, recimo, nekih radova ili objekata poslije požara.

Za fiksnu cijenu po danu Izvođač obezbjeđuje radnike i sve što je potrebno radniku: opremu i oruđe. Materijal generalno obezbjeđuje Naručilac, ali se i to može prebaciti na Izvođača.

Ovi ugovori se takođe koriste za obavljanje radova koji zavise od vremena, odnosno nevremena.¹¹⁰ Najveći problem Izvođača su izgubljeni dani ako zbog nevremena nije mogao da radi jer nije u obavezi Naručioca da mu prizna te dane. Naručilac plaća samo za dane kada se radilo.

1.5.4. Prisilni (prinudni) nalog za rad (Force Account)

Potpuno je jasno da Naručilac ima pravo i moć da naloži izvođenje dodatnih ili naknadnih radova. Ako iz bilo kog razloga ugovorne strane nisu u stanju da se dogovore o cijeni tih naknadnih radova, tada Naručilac ima pravo da izda tzv. "prinudni" nalog za rad (zvani "force account") kako ne bi došlo do kašnjenja radova. Izvođač je obavezan da otpočne rad i za takav rad on mora uspostaviti poseban obračun. Troškovi takvog rada su predmet dnevnog obračuna. Na kraju radnog dana, Izvođač sumira broj radnika i opreme koja je radila na tom posebnom zadatku a Naručilac ovjerava tačnost navoda. Naručilac po ovom metodu (force account) plaća samo stvarne troškove rada radnika (onoliko koliko je Izvođač platio radniku, plus opremu po cijeni koštanja), a kasnije dodaje procenat (%) za indirektno troškove (overhead) i dobit Izvođača (profit).

Znači, Naručilac plaća sve aktuelne troškove rada, opreme, materijala, pod-

¹¹⁰ Kao primjer možemo navesti, recimo, polaganje cjevovoda ili kablova preko rijeka, kanala ili moreuza.

izvođača i na to dodaje procenat (koji je predmet dogovora) za indirektno troškove i dobit. Na ovaj način Naručilac uklanja svaki rizik za Izvođača. Izvođač može nastaviti (otpočeti) s radom momentalno kada dobije "prinudni" nalog znajući da će svaki, pa i najmanji trošak, biti plaćen, te da će ostvariti pristojnu dobit. Ali ovo je veoma skup metod rada i treba biti korišten samo u kritičnim situacijama, kada Naručilac nema vremena da čeka na Izvođačevu pismenu ponudu, kada nema vremena za analizu cijena iz ponude ili za pregovore oko finansijske strane ponude.

1.5.5. Ugovor o rentiranju (The Rent Contract)

Na samom kraju ovog spektra ugovora aranžiranih po načinu ugovaranja cijene nalazi se situacija kada Naručilac sklapa ugovor s Izvođačem prema kojem iznajmljuje radnu snagu Izvođača po utvrđenim cijenama. Ovakav ugovorni aranžman vrlo je blizak pravom iznajmljivanju (lizingu) kao trgovačkom poslu. Pored "posuđivanja" radnika Naručilac može i nabavljati materijal preko Izvođača.

Naručilac ovaj metod koristi kada je u poziciji da preuzima kompletnu kontrolu i vođenje posla putem sopstvene stručne službe. S druge strane, Naručilac ovakvim aranžmanima snosi i punu odgovornost i rizik za pravilno izvođenje radova i za cijenu projekta. Naručilac u ovaj rizik ulazi jer vjeruje da će putem sopstvenih kapaciteta, kvalifikovanog tehničkog osoblja i metoda rukovođenja proći jeftinije.

1.6. UGOVORI S VRIJEDNOŠĆU "NULA" ("ZERO VALUE" CONTRACTS)

Ovaj tip ugovora razvijen je u USA u posljednjih nekoliko godina (oko 2000-ite godine) kao odgovor na potrebe visoke tehnološke industrije (izgradnja mreže bežične telefonije i zračnog (bežičnog) prenosa podataka te izgradnje kablovske optičke mreže). Telefonske i kablovske kompanije imale su potrebu da izgrade mrežu telefonskih tornjeva za zračni prenos glasa, slika i podataka, te mrežu optičkih kablova za brzi prenos kompjuterskih podataka, TV programa i poslovnih podataka uopšte.

Kako bi izgradili stotine i hiljade tornjeva za komunikacijske antene i položile stotine hiljada kilometara optičkih kablova (do svake pojedine kuće ili stana ili poslovne zgrade) Naručioци su bili prinuđeni da upošljavaju stotine i stotine malih, srednjih i velikih građevinskih firmi, jer ni jedna pojedinačno, ma kako bila velika, nije mogla odovoritи takvom zadatku (pokritи teritoriju USA).

Izgradnja jednog komunikacijskog tornja ima tri faze: iznajmljivanje ili kupovina lokacije za toranj (site acquisition), projektovanje tornja (engineering) i

na kraju sama izgradnja (construction). Za svaku lokaciju se traže najmanje tri različita (alternativna) mjesta, za slučaj da se prvo ili drugo izabrano mjesto ne može kupiti/unajmiti, te se za svaku lokaciju moraju obezbjediti građevinske saglasnosti (zoninng) i dozvole (permitting), te konačno sklopiti ugovor o iznajmljivanju/kupovini lokacije, ako je u pitanju imovina trećeg lica (krov zgrade, vodeni torenj ili zemlja na kojoj će biti izgrađen samostojeći toranj). Jednom kada je to gotovo, projektanti moraju izraditi crteže (projekte) koji odgovaraju specifičnoj lokaciji (prilaz, stepenište, smještaj energetskeg dijela, smještaj opreme te crteže nosača s antennama. Kablovske kompanije koje trebaju dosta pod-stanica za svoju optičku mrežu koriste sličan metod akvizicije lokacija.

Naravno, Naručioци žele najniže moguće cijene. Zato za svaku od ove tri navedene faze rada Naručilac bi trebao pozvati najmanje tri ponuđača. Kako bi izbjegli bolan i vremenski podugačak proces prikupljanja ponuda, analize ponuda, pregovore, izbor izvođača, te odobrenje i potpisivanje ugovora za svaku pojedinačnu lokaciju, Naručioци su došli s idejom dodjele ugovora s vrijednošću "nula" ("zero value" contract concept). Ovaj koncept podrazumjeva da Naručilac izabire i stvara grupu izvođača ("pool of contractors") dodjeljujući svim kvalifikovanim izvođačima potpuno isti ugovor s vrijednošću "nula".

Imajući na raspolaganju grupu izvođača vezanih ugovorom, Naručilac može da bira za svaku individualnu lokaciju izvođača koji u tom momentu ima slobodne kapacitete. Ako su prve tri kompanije sa spiska već zauzete dodijeljenim poslovima, Naručilac se obraća četvrtoj, petoj, desetoj firmi sa spiska da podnese odgovarajuću ponudu.

Kao primjer iz prakse mogu navesti AT&T Wireless projekt, gdje je teritorija USA podijeljena u sedam regiona, a za svaki region Naručilac je (uz pomoć Bechtel-a u ulozi PM) izabrao (predkvalifikovao) najmanje 40-50 firmi za izbor lokacija, 50-60 projektantskih firmi i između 60-100 izvođačkih kompanija. Svaka od ovih kompanija potpisala je ugovore specifične za svoj obim rada/usluga, ali su svi ugovori bez raličke sadržavali slijedeću klauzulu:¹¹¹

"Ovaj ugovor je dodijeljen s vrijednošću 'nula'. Stvarna vrijednost ugovora bit će utvrđena na osnovu vrijednosti rada odnosno izvršenih zadataka za svaki pojedini specifični radni paket, koji će biti uvršten u ugovor u skladu s članovima ugovora koji govore o izmjenama ugovora. Ovaj ugovor ne daje nikakvu garanciju visine vrijednosti ili količine obima poslova koji će biti uvršteni u ugovor u skladu klauzulom o izmjenama ugovora, Izvođač je saglasan, razumije i prihvata da ovaj ugovor nije ekskluzivan i da Naručilac prema

¹¹¹ Prema mom računu, više od hiljadu kompanija iz sve tri kategorije poslova (SA, A&E and Construction) je potpisalo ugovore sa ovom klauzulom koju je "izmislio" Behtelov odjel za ugovore iz centrale firme u Ffrederiku, MD.

sopstvenoj ocjeni može izabrati da naruči iste ili slične usluge od drugih Izvođača. Izvođač nema obavezu prema Naručiocu niti Naručilac ima obavezu prema Izvođaču sve dok, i kad, individualni nalog za izmjenu ne bude izdat Izvođaču od strane Naručioca u skladu sa odredbama ovog ugovora”.¹¹²

Osnovno pravno pitanje je: gdje je ovdje cijena kao jedan od bitnih elemenata svakog ugovora (“consideration”)? Bez cijene ugovor ne može postojati!? Ova pravna zamka je premoštena zahtjevom da svaki Izvođač podnese cijene za različite modele lokacija. Naime, Naručilac je izradio pet osnovnih modela tornjeva (model na krovu, model na posebnoj tornji, itd.) i napravio listu usluga. Izvođač je za svaku takvu poziciju ponudio "službenu" cijenu, te se takva lista cijena unosila u ugovor. Naravno ni jedan model ne može odgovarati stvarnom stanju na terenu, te su cijene radova i usluga uvijek "krojene" prema individualnoj lokaciji, a cijene modela su samo služile kao osnov (i neka vrsta kontrole stvarno podnesenih cijena za individualnu lokaciju) da se zadovolji zakonski uslov za postojanjem cijene u ugovoru.

Ovakav pristup i procedura strahovito su skratili proces podnošenja ponuda i otpočinjanja radova. Kada se prihvati ponuda i samim tim Izvođačeva aktuelna cijena, obim posla i odgovarajuća cijena su inkorporirani u ugovor putem Naloga za izmjenu (change order) koji se odnosi na određenu lokaciju. Znači, ugovorena klauzula o izmjenama i nalog za izmjenu izdat na osnovu te klauzule bili su pravni način da se postignu željeni rezultati. Nalog za izmjenu je funkcionisao kao nalog za otpočinjanje radova odmah (work authorization) jer je definisao lokaciju, obim posla/usluge i cijenu. Naravno, ni ovaj metod nije bez svojih slabosti. Različiti izvođači imaju različite pristupe poslu, različite nivoe organizovanosti, različita pravila firme, itd. Zato je najveći izazov bio obrazovanje izvođača na način da svi prihvate iste standarde rada, iste tehničke normative i sl. Prednost ovakvog načina rada je bila upotreba lokalnih izvođača koji imaju veze s lokalnim vlastima koji imaju slobodne kapacitete i stručnu radnu snagu, sposobnu da izvrši odnosno završi posao i u vrijeme kada usluga treba da bude izvršena.

1.7. ZAVRŠNA RAZMATRANJA

¹¹² Originalni tekst klauzule glasi: “This Contract is awarded with a “Zero” value. Actual value of this Contract will be established based on Work, or TASK components of the specific Work package, incorporated into the Contract in accordance with the Changes provisions of the Contract. This Contract is not a guaranty of value or quantity of Work to be incorporated into the Contract in accordance with the Changes provisions of the Contract. CONTRACTOR agrees and understands that this Contract is not exclusive and OWNER may at its sole election choose to obtain same or similar services from the other CONTRACTORS. CONTRACTOR has no obligation to OWNER, and OWNER has no obligation to CONTRACTOR unless and until individual Change is issued by OWNER to CONTRACTOR in accordance with the terms of this Contract.”

Ako pođemo od činjenice da je ugovor stvar slobodnog dogovora i volje stranaka, te ako se ima u vidu činjenica da je dopušteno sve što se ugovorne strane dogovore (a nije izričito suprotno zakonu odnosno važećim pravnim propisima), onda dolazimo do logičnog zaključka da ugovorne strane, koristeći svoju slobodu, mogu mnoge ugovorne odnose različito definisati, iako ugovor nosi naziv (titulu) određenog tipa ugovora. Iz toga izvodimo slijedeći zaključak: naziv odnosno naslov ugovora nije previše bitan, jer ime ugovora samo po sebi ne znači mnogo. Kao što smo pomenuli, najvažnija stvar u ugovoru je upotreba jasnog jezika i preciznog definisanja prava i obaveza, jasna podjela rizika između ugovornih strana.

Analiza tipova ugovora kategoriziranih po kriteriju cijene pokazuje da se "cost plus" i "target estimate" ugovori najviše koriste u privatnom sektoru. S druge strane, kako smo to već napomenuli, ugovore s fiksnom cijenom najviše koriste Naručioци iz javnog sektora koji nemaju nikakvih posebnih želja za "inovacijama".

Privatno lice kao Naručilac, ponaša se u pravilu vrlo poslovno, jer želi da radovi otpočinu i budu završeni što prije, tako da je za njih bitna samo ideja, želja da se gradi i posjedovanje novca. Planovi, projekti i specifikacije prave se u toku izvođenju radova imajući na umu konačno postavljeni cilj. Najveća mana ovakvih ugovornih aranžmana je što Naručilac ima samo blijedu sliku kolika će biti konačna cijena ostvarenja njegove zamisli.

Da ne bi smo bili nepravedni prema javnom sektoru, treba reći da se ugovori koji nisu fiksni mogu primijeniti i primjenjuju se u specijalnim slučajevima kakvi su, na primjer, izgradnja avio-baza, bitni odbrambeni projekti (Izrael, Irak), svemirski projekti (NASA) i drugi slični specijalni projekti, jer kod njih postoji niz nepoznanica koje u toku izvođenja radova mogu iskrsnuti.

Praveći ugovor, pretpostavlja se da bi Naručilac trebao biti upoznat s problematikom građenja i svjestan da objektivna i pravedna podjela rizika koristi svim stranama.

Nažalost, praksa pokazuje da su stručni i obrazovani Naručioци u velikoj manjini. Stoga, uglavnom susrećemo Naručioce (kako smo rekli najviše iz javnog sektora) koji su pristalice "strogog" (hard money), "formalnog" odnosno "klasičnog" ugovora s fiksnom cijenom¹¹³. Stoga je vrijeme za kritički osvrt na ovaj najpopularniji tip ugovora, koji i te kako ima svojih loših strana.

* Fiksni ("hard money" ili "lump sum") ugovor obeshrabruje ozbiljnog i odgovornog Izvođača da odgovori na zahtijev za ponudu. Jedini način da se

¹¹³ Pod "strogim ugovorom" (hard money contract) podrazumjevamo ugovor prema kojem je Izvođač obavezan da izvede "sve" radove za unaprijed određenu - fiksnu (ili "paušalnu") cijenu u okviru strogo utvrđenog roka. Vidjeti: "Položaj izvođača radova na licitacijama i pri izvršenju ugovora o građenju" Opšte udruženje građevinarstva i industrije građevinskog materijala Jugoslavije (ZIT, Beograd 1987).

zaštiti od ugovora s fiksnom cijenom Izvođač vidi u visokoj cijeni koja bi bila u stanju da pokrije potencijalni rizik. To s druge strane nosi opasnost za Izvođača da će njegova ponuda biti previsoka, te da neće biti konkurentan. Najbolji odgovor na takav ponuđeni ugovor je odbijanje davanja ponude, ali takav se metod rijetko koristi jer skoro svi Izvođači žele i trebaju posao, te zato obično "stisnu petlju" i kreću u posao s uvjerenjem da se preuzeti rizik neće desiti baš njima, ili ako se desi, da članovi ugovora koji ga obavezuju neće biti upotrijebljeni protiv njega.

- * Fiksni ugovori, u pravilu, obiluju dvosmislenim jezikom ili zaštitnim klauzulama (exculpatory clauses) pomoću kojih se Naručilac nada izbjegavanju rizika, a što na kraju gotovo uvijek rezultira konfliktom. Kada takvo sporno pitanje dođe na sud, staro je pravilo da se dvosmislen ugovor tumači protiv onoga ko ga je sastavio (tzv.: "contra proferentum" pravilo), a to je uglavnom Naručilac.¹¹⁴
- * Fiksni ugovori privlače pažnju Izvođača koji traže bilo kakav posao. Izvođači, "gladni" posla, prihvatit će sve uslove iz ugovora u nadi, odnosno očekujući, da će "doći na svoje" putem klejmova, odnosno sporova. Ovo je puno puta potvrđena istina, izražena pogotovo u sektoru javnih Naručilaca,¹¹⁵ gdje je sveto pravilo najniža cijena i gdje ozbiljni i odgovorni Izvođači često ispadaju iz igre. Ovaj fenomen, poznat pod nazivom pravilo "najniže cijene" ("rock bottom" ili "bedrock prices"), skoro uvijek završava s negativnim posljedicama za obje ugovorne strane.¹¹⁶

Naime, javni Naručioци (opština, kanton, grad, državno ministarstvo) su na oku javnosti i pod posebnim pritiskom jer troše budžet. Dodjela posla skupljem Izvođaču odmah izaziva sumnje u regularnost i javne napise u novinama ili TV – u, o favorizovanju ili korupciji, a najteže je dokazivati da je netko bolji od onoga koji nudi najnižu cijenu. Rezultati toga su "strogi" ugovori koji se smatraju najboljom zaštitom od Izvođača, i koji svaki predvidivi rizik prebacuju na stranu Izvođača.

¹¹⁴ Vidjeti: Antonijević dr Zoran: "Privredno pravo", Beograd 1978, Vilnus dr Jelena: "Opšti uslovi formularnih ugovora" (Savremena Administracija, Beograd, 1976); dr Stojan Cigoj "Komentar obligacijskih razmerij", Uradni list SRS, Ljubljana 1985.

¹¹⁵ Pojam javni Naručilac potiče iz zapadne terminologije a označava pravnu osobu koja se finansira iz javnih prihoda države (budžeta) i po tome se razlikuje od privatnog pravnog lica ili osobe.

¹¹⁶ Primjer primjene pravila "najniže cijene" i posljedica takve odluke je rušenje mosta na Koriji u kanjonu rijeke Miljacke, koji se srušio sam od sebe zbog manjka armature, koja je isključena iz količina da bi se dobila sto niža cijena.

Hajrudin Mulalić

POČECI ADVOKATURE U BOSNI I HERCEGOVINI

Kao rezultat Berlinskog kongresa bila je odluka o okupaciji i administraciji Bosne i Hercegovine od strane Austro – Ugarske Monarhije (čl. XXV. Berlinskog ugovora). Iako su, prema ovom sporazumu, Austro – Ugarska i Turska trebale da se dogovore o detaljima okupacije i administracije, to se nije dogodilo, pa je ostalo da se okupacija tumači prema normama međunarodnog običajnog prava. Bez obzira što, prema odredbama međunarodnog običajnog prava, okupaciona vlast nema pravo da u okupiranu zemlju uvodi svoj pravni sistem, Austro – Ugarska Monarhija je od samog početka nastojala da domaće zakonodavstvo (šerijatsko pravo) zamjenjuje svojim propisima, bilo direktnom praktičnom primjenom svojih zakona ili donošenjem specijalnih zakona za Bosnu i Hercegovinu, u duhu evropske provenijencije.

U vrijeme okupacije iz 1878. godine u Evropi, a također i u Austro – Ugarskoj Monarhiji, advokatura je bila razvijena u pravosudnoj praksi i kao samostalna institucija pravnog poretka. S druge strane, Bosna i Hercegovina sve do Okupacije nije poznavala advokaturu ni u kojem obliku, pa ni institucionalno.

Činom okupacije, okupaciona vlast je sa sobom dovela i činovništvo i sudije evropske provenijencije pa ovi, i da su htjeli da praktikuju domaće (osmansko) zakonodavstvo, to nisu mogli, s obzirom na svoje pravničko obrazovanje (apsolutno nepoznavanje šerijatskog prava).

Vodeći administrativnu vlast na okupiranom teritoriju iste godine kada je Bosna i Hercegovina okupirana, okupaciona vlast je osnovala Zemaljsku vladu koja je 29. oktobra 1878. godine donijela i svoj Statut. Članovima 10. i 12. navedenog statuta formirano je, pri Zemaljskoj vladi, odjeljenje za pravosuđe, u čiju nadležnost je spadalo oformljenje sudova pa su tako osnovani kotarski sudovi, sudski dvor (okružni sudovi) i vrhovni sud. Pri ovim sudovima bila su posebna odjeljenja šerijatskih sudova. Uvedena je dvostепенost sudovanja (šerijatsko pravo nije poznavalo dvostепенost sudskog odlučivanja). Sudovi su primjenjivali procesno austrijsko pravo sve do donošenja Građanskog parničnog postupka za Bosnu i Hercegovinu, koji je Zakon imao Prožakovu osnovu. Iste godine, to jest 24. aprila 1873, donesen je i Zakon o advokaturi pod imenom Advokatski red (Advocaten Ordnung). Ovaj Zakon je od posebnog značaja za bosansko – hercegovačku advokaturu jer je prvo legislativno situiranje advokature u Bosni i Hercegovini. Značaj ovog Zakona ne umanjuje ni činjenica što je advokatura,

prema njemu, još daleko od samostalnosti i autonomnosti, te što joj ovim Zakonom nije priznato pravo na institucionalno organizovanje. Naime, ovaj zakon određuje egzistiranje profesionalne djelatnosti advokata kao pojedinca inkorporovanih u pravosudni sistem. Prema ovom Zakonu, advokati postaju zanimanje javnog poretka, kojem je svrha da pojedincima i organizacijama pomaže u ostvarenju njihovih prava. Ovim Zakonom je utemeljen sistem jedinstvene advokature tako što advokat pruža kompletnu pravno – intelektualnu uslugu (u mnogim državama i sada nije na snazi ovaj sistem). U smislu ovog Zakona, Zajedničko ministarstvo finansija imenuje advokate nakon što sasluša Vrhovni sud i Vladu (par. 1. i 2.). Zajedničko ministarstvo određuje sjedište advokatske kancelarije (advokat nema pravo da izabere sjedište svoje kancelarije), kao i broj advokata u po jednim mjestima (načelo clausus numerus). Za imenovanje advokata, zahtijevalo se da kandidat ima zemaljsku pripadnost, austrijsko ili mađarsko državljanstvo, samosvijest, pouzdanost, te položen advokatski ispit na teritoriju Austro – Ugarske Monarhije. Advokatski ispit se polagao pred nadležnim ispitnim povjerenstvom pri Vrhovnom sudu u Sarajevu. Ispitno povjerenstvo se sastojalo od predsjednika (to je bio predsjednik Vrhovnog suda ili njegov zamjenik), te od po dva člana savjetnika Vrhovnog suda i Zemaljske vlade. Da bi neko mogao pristupiti polaganju advokatskog ispita, morao je biti svršeni pravnik s položenim rigorozom (doktorat prava), te da je proveo najmanje tri godine na praksi kod advokata, suda ili finansijske prokureture, od čega dvije godine na sudu. Program advokatskog ispita je Zakonom decidno određen. U prelaznim odredbama (par. 51.) učinjen je jedan izuzetak tako što je Vrhovni sud ovlastio da može dozvoliti polaganje advokatskog ispita i licima bez zakonom traženog obrazovanja, koja su prije Okupacije vršila sudsku ili zastupničku praksu. Ova odredba je donesena iz političkih razloga, kao ustupak domaćem stanovništvu. Ovo pravo su iskoristila svega dva lica: Jusuf – beg Filipović i Akif ef. Biserović. Molba Akifa ef. Biserovića, za polaganje advokatskog ispita, zavedena je kod Zemaljske vlade pod brojem 6625/83, dok za Jusuf – bega Filipovića za sada nema podataka o njegovoj molbi. Nakon što advokat bude imenovan, morao je u roku od tri mjeseca položiti zakletvu koja je glasila: "Zaklinjem se (zavjetujem se) Bogu svemogućemu da ću vjeran biti Nj. Veličanstvu ćesaru i kralju Franji Josipu I. i da ću svoju odvjetničku dužnost naprama Zakonu i zakonskim odredbama ispunjavati vjerno, tačno i zdušno, tako mi Bog pomogao". Ovaj Zakon je utvrdio instituciju advokatskog imuniteta, čime su udareni temelji advokatske slobode mišljenja i govora u vršenju advokatske profesije. U ovom zakonu je normirana advokatska tajna.

Osnovno pravo advokata, prema ovom Zakonu, je pravo na zastupanje stranke u granicama ovlaštenja. Advokatske poslove advokat može vršiti i izvan sjedišta svoje kancelarije. Advokat je dužan, kao advokatsku tajnu, čuvati sve ono što mu je stranka povjerila, te bez izričitog odobrenja stranke ne može komunicirati sa suprotnom strankom.

Zakon ima odredbe i o advokatskim pripravnicima (odvjetnički kandidati) za koje se traže ista svojstva kao i za advokate, te završen pravni fakultet i položen rigoroz. Upis advokatskih pripravnika vrši Vrhovni sud.

U disciplinskim stvarima advokati nemaju samoupravu, jer disciplinsku vlast nad advokatima imaju sudovi. Prema paragrafu 33. Zakona sudovi "nadziru" advokate i advokatske pripravnike. Ovaj nadzor je dvojak. Procesni zakoni normiraju disciplinske mjere za narušavanje rada suda u zasjedanju što vrše raspravni sudovi, dok ostalu disciplinsku vlast nad advokatima i advokatskim pripravnicima vrši posebno disciplinsko (karnostno) povjerenstvo koje se sastoji od predsjednika Zemaljske vlade i Vrhovnog suda. Zakon decidno normira proceduru disciplinskog postupka.

Dana 24. aprila 1883. godine donesen je Zakon o advokaturi, a već je 12. maja iste godine raspisan u sarajevskom listu konkurs za imenovanje advokata u BiH, dok je 17. aprila 1883. godine otpisom br. 1960/III određeno da će se imenovati u Sarajevu 4 advokata, a u Banja Luci, Mostaru, Bihaću, Travniku i D. Tuzli po dva advokata. Lice koje je konkurisalo trebalo je da navede u kojem mjestu želi vršiti advokatsku praksu i koje jezike govori "u slovu i pismu". 5. septembra 1883. godine Zajedničko ministarstvo je imenovalo dva advokata u Sarajevu (dr. Antun Zarevich iz Fjume i Jakova Whrmanna iz Čakova), dva advokata u Banja Luci (Albert Klofutar iz Zagreba i dr. Adolf Čalagović iz Virovitice) i jedan advokat u Bihaću (dr. Ignjat Reisinger iz Pečuha). 2. septembra 1883. godine Sarajevo dobiva još jednog advokata u ličnosti dr. Berholda Krasa, a dr. Carević napušta advokaturu. U 1884. godini imenovana su dva advokata, dr. Karlo Fagarascher iz Kronštata sa sjedištem kancelarije u Mostaru i Johan Mihalik iz Budimpešte sa sjedištem kancelarije u D. Tuzli. U periodu od 1884. do 1889. god. brojno stanje advokata u BiH se povećalo za pet advokata, i to: Albert Krasni sa sjedištem kancelarije u Bihaću, dr. Sigmunt Weiss sa sjedištem kancelarije u D. Tuzli, Alvis Jahl i Akif ef. Biserović sa sjedištem kancelarija u Travniku (Biserović je kasnije premjestio kancelariju u Sarajevo), Jusuf-beg Filipović sa sjedištem kancelarije u Sarajevu, te dr. Josef Fischer sa sjedištem kancelarije u Mostaru (dr. Fischer kasnije je premjestio kancelariju u Sarajevo).

Prvi advokati iz domicilnog stanovništva bili su Jusuf-beg Filipović i Akif ef. Biserović. Akif ef. Biserović je imenovan za advokata u 1887. god., dok nema tačnih podataka o godini imenovanja Jusuf-bega Filipovića za advokata, ali je sigurno da je to bilo prije 1889. god. jer se u listi branilaca (Verthweidiger Liste) Vrhovnog suda od 5. januara 1889. god. pod brojem Z1 52 navodi njegovo ime kao ovlaštenog branioca. Na toj listi se kao branilac nalazi i advokatski pripravnik Nikola Stiglin, koji je bio na praksi kod advokata Filipovića.

Zakon o advokaturi iz 1883. god., iako nije bio ni približno u skladu sa evropskim dostignućima položaja advokature u pravnom sistemu države, ipak je od posebne važnosti ne samo što je bio prvi legislativni korak u BiH o advokaturi

već i istinski osnov za kasnije savremenije situiranje advokature u legislativi BiH. Ovaj Zakon je bio na snazi šesnaest godina i poslije svih porođajnih muka i rađanja evropeizovane advokature 1. februara 1909. god., kratko vrijeme poslije Aneksije, proglašen je novi Zakon o advokaturi pod istim nazivom (Advocaten Ordnung). Ovim Zakonom se advokatura institucionalizuje, ali se ne oslobađa tutorstva države. Zajedničko ministarstvo još uvijek imenuje advokate, ali ovaj put na prijedlog Advokatske komore, te određuje sjedište advokatske kancelarije. Za sticanje advokature, pored uslova iz prethodnog Zakona, tražila se je petogodišnja pripravnička praksa, od čega najmanje jedna godina poslije položenog advokatskog ispita i najmanje tri godine kod "ovozemnog" advokata. Obaveze prakse su oslobođeni savjetnici suda i "erarnog fiškala". Advokatski ispit se i dalje polaže pred povjerenstvom Vrhovnog suda, koje je brojalo četiri člana i predsjednika. Za razliku od ranijeg Zakona, u povjerenstvu su bila i dva advokata, koje je birala Skupština advokatske komore. Zakonom je propisan način polaganja advokatskog ispita i obim gradiva, a obuhvatao je građansko, krivično, upravno i ginansijsko pravo. Ispit se je polagao pismeno i usmeno, s tim što je pismeni ispit, pored usmenog dijela, imao krivično i građansko pravo. Lise koje po treći pu ne položi ispit, gubi pravo na polaganje ovoga ispita. Advokat je tri mjeseca po imenovanju dužan da se prijavi Advokatskoj komori radi upisa u Imenik advokata, koji se vodi pri Advokatskoj komori, dok je Advokatska komora dužna da preko Vrhovnog suda obavijesti Zemaljsku vladu o upisu advokata u Advokatski imenik. Konačno, advokat je dužan da položi advokatsku zakletvu, čiji je tekst bio sličan onome iz ranijeg Zakona.

Svakako da i u ovom Zakonu postoje odredbe o advokatskim pripravnicima (odvjetnički kandidati), s tim što odluku o upisu advokatskog pripravnika u Imenik advokatskih pripravnika donosi odbor Advokatske komore.

U Zakonu su decidno navedena dužnosti i prava advokata. Najvažnije pravo advokata je da u sudskim i izvansudskim, javnim i privatnim kontaktima, stranke savjetuje i zastupa ih pred svim vlastima i korporacijama, s tim što ova prava mogu biti ograničena posebnim propisima (lecs specialis). Dužnost je advokata da advokatske usluge obavlja pošteno, savjesno i marljivo. Takođe je pravo advokata da ističe sve ono što je od koristi za njegovu stranku ukoliko to nije suprotno zakonu i savjesti. Advokatski imunitet je utvrđen ovim Zakonom i procesnim zakonima. Advokati imaju slobodu prihvatanja i davanja advokatskih usluga, a mogu odbiti davanje tih usluga. S druge strane, advokat mora odbiti davanje advokatskih usluga ako je po tom predmetu ranije kontaktirao sa suprotnom strankom ili ako je ranije po tom predmetu radio kao sudija ili tužilac (državni odvjetnik). Ali ako jedan advokat odbije zastupanje stranke, Odbor Advokatske komore, uz obezbjeđenje honorara, ima pravo da joj odredi advokata koji je dužan da se prihvati zastupanja. Stranci kojoj je priznato siromašno svojstvo Odbor advokatske komore dužan je da odredi advokata koji je takođe dužan da se prihvati zastupanja. Advokat je ovlašten da stranci otkaže punomoć iz bilo kojih razloga, ali je dužan da

štiti njen interes 30 dana po otkazu punomoći. S druge strane, stranka je uvijek ovlaštena da bez obrazloženja otkáže punomoć advokatu.

Obaveza je advokata da se u pismenoj i usmenoj raspravi kloni nepotrebnog razlaganja i raspravljanja, te svakog ličnog napada i vrijeđanja. Sve podneske, upućene bilo kome, advokat je dužan da signira.

Priznajući profesionalnost advokata, Zakon utvrđuje i njegovo pravo na naknadu za učinjenu advokatsku uslugu, saglasno ugovorenom iznosu. Visinu honorara stranka i advokat utvrđuju ugovorom o zastupanju. Advokat i stranka mogu ugovoriti da advokat kao honorar dobije adekvatan dio predmeta koji je dio raspravljanja. Ovakav ugovor je strogo formalne naravi. Ukoliko stranka i advokat nisu zaključili ostalo o visini advokatskog honorara, onda se honorar utvrđuje u smislu odredaba Građanskog zakona (pogodba o radu za platu). Honorar advokata za poslove koji su uobičajeni propisani su tarifom, ali tarifa nije smetnja da stranka i advokat ugovore drugačiji honorar. Kada Komora određuje advokata stranci ili kada to čini sud, advokat takođe ima pravo na honorar. No, kada advokat zastupa lice kojem je priznato siromašno pravo, nema pravo na naplatu honorara, ali se ima pravo obeštetiti iz eventualno dosuđene stvari.

Kako smo već naveli, ovim Zakonom je po prvi put institucionalizovana advokatura, tako što je utvrđeno obligaciono udruživanje advokata u Advokatsku komoru, koja je i legislativno postala ograničeno samoupravna. Advokatsku komoru čine svi advokati upisani u Imenik advokata, koji se vodi u advokatskoj komori. Istina, ovo je samo početak, prvi koraci advokatske autonomnosti i nezavisnosti jer je još ovim Zakonom izvjestan broj nadziranja i odlučivanja ostalo pri Vrhovnom sudu i administrativnim organima države. Advokatska komora tako ne vrši upis u Imenik advokata na osnovu svoje odluke, već na osnovu imenovanja advokata od strane Zajedničkog ministarstva finansija. Disciplinski postupak u drugom stepenu vrši Vrhovni sud, ali sada u Disciplinskom senatu (vijeću) imaju dvojica advokata koje bira Skupština Advokatske komore. Nadzor nad Advokatskom komorom vrši Zemaljska vlada koja je čak nadležna da ukine samoupravnu odluku Advokatske komore, te da derogira i odluke Skupštine i izbora na toj Skupštini. Zemaljska vlada ima ovlaštenje da raspusti Komorski odbor, te da upravu advokaturom da povjereniku. U slučaju raspuštanja Komorskog odbora, nova skuština Advokatske komore se mora održati u roku od tri mjeseca i izabrati novi upravni odbor. Advokatska komora donosi sama poslovnik o radu svojih organa, ali za njihovo stupanje na pravnu snagu nužna je saglasnost Zemaljske vlade. O svome radu Advokatska komora je dužna da do konca februara mjeseca svake godine podnese izvještaj Zemaljskoj vladi. Zemaljska vlada je drugostepena instanca za rješavanje pritužbi na odluke organa Advokatske komore.

Advokatska komora ima dva organa, Skupštinu i Komorski odbor sa predsjednikom komore. Predsjednik i članovi Komorskog odbora biraju se na tri godine iz redova advokata članova Komore. U Skupštini se glasa "glasovnicama",

a njima se može glasati i u odsutnosti, s tim da "glasovnice" stignu prije održavanja Skupštine. Rezultate izbora Komora je dužna da prijavi Zemaljskoj vladi i Vrhovnom sudu. Plenarna skupština utvrđuje broj komorskih odbornika i njihovih zamjenika.

Ovlaštenja Skupštine su: da bira predsjednika Advokatske komore i članove odbora, ispitne povjerenike za polaganje advokatskih ispita koji pripadaju advokaturi, te članove i zamjenike Disciplinskog senata pri Vrhovnom sudu iz redova advokata, da utvrđuje budžet i završni račun Komore, da na traženje Zemaljske vlade daje prijedloge i mišljenja na zakonske nacрте, da daje prijedloge za promjenu sjedišta Advokatske komore, odnosno za osnivanje više komora i da donosi odluke o davanju pomoći svojim članovima.

Poslovi Komorskog odbora su: vođenje advokatske liste i liste advokatskih pripravnika, odlučuje o upisu advokatskih pripravnika, izvršava zaključke Skupštine, obavlja sve administrativne i finansijske poslove Komore, vodi komunikaciju sa vlastima i trećim licima, daje mišljenje o primjerenosti advokatskih honorara, posreduje u nesuglasima između svojih članova u vezi sa staleškim pitanjima, bira članove Disciplinskog vijeća i Disciplinskog tužioca (Komorski odvjetnik), utvrđuje poslovnik Disciplinskog vijeća, postavlja privremenog zamjenika advokatima zbog odsutnosti te postavlja likvidatora advokatske kancelarije.

U Zakonu su decidno propisani disciplinski postupak i vrste i visine disciplinskih kazni, kao što su utvrđeni i elementi bića disciplinskog djela.

Kako je ovim Zakonom po prvi put utvrđeno obavezno organizovanje advokata u Advokatsku komoru, to je sasvim logično da je zakon odredio i način konstituisanja i prvih komorskih organa. Prema propisu paragrafa 91 Zakona, predsjednik Vrhovnog suda trebao je sazvati sve advokate u Sarajevo radi konstituisanja Komore "čim Zakon stupi na snagu", što je ovaj i učinio. Zakon je utvrdio i obavezu prvog Komorskog odbora da u listu advokata upiše sve advokate i advokatske pripravnike koji su imenovani prije osnivanja Komore, bez ikakvih daljnjih ispitivanja.

Osnivanje Advokatske komore u BiH je zateklo 26 advokata koji su upisani u Imenik advokata: dr. Jozo Sunarić, Kosta Milić I Josip Bajor iz Banja Luke, Milan Katičić i Jakov Zaloscer iz Bihaća, Dušan Manigodić iz Bijeljine, dr. Milan Ristić iz Brčkog, Aurel Dudrna iz Dervente, dr. Dominik Mazzi, Dušan Vasiljević i dr. Ljubomir Peleš iz Mostara, Ivan Ostojić iz Bosanskog Novog, dr. Josip Fischer, dr. Manojlo Knežević, dr. Nikola Mandić, dr. Halid-beg Hrasnica, Danilo Dimović, dr. Mavro Rothkopf, dr. Salom Danijel, dr. Mane Sinfer i Akif ef. Biserović iz sarajeva, Petar Musial i dr. Hugo Sternfeld iz Travnika te iz Tuzle dr. Ivo Pilar, Milan Maksimović i dr. Viktor Jankiewicz.

Za prvog predsjedina Komore izabran je dr. Josip Fischer, advokat iz Sarajeva. U Komorski odbor izabrani su: dr. Mavro Rothkopf, advokat iz Sarajeva,

Petar Misial, advokat iz Travnika, dr. Dominik Mazzi, advokat iz Mostara, dr. Nikola Mandić, advokat iz Sarajeva, dr. Jozo Sunarić, advokat iz banja Luke, dr. Viktor Jankiewicz, advokat iz Tuzle, dr. Halid-beg Hrasnica, advokat iz Sarajeva i Danilo Dimić, advokat iz Sarajeva. Za zamjenike Komorskog odbora izabrani su: Akif ef. Biserović, dr. Emanuel Singer i dr. Ljubomir Peleš. Za članove Ispitnog povjerenstva izabrani su: dr. Mavro Rothkopf, dr. Ivo Pilar, dr. Emanuel Singer i Danilo Dimić. U Disciplinsko vijeće izabrani su: dr. Halid-beg Hrasnica i Petar Musial, a za njihove zamjenike dr. Mavro Rothkopf, dr. Nikola Mandić, dr. Viktor Jankiewicz i dr. Dominik Mazzi. U Disciplinski senat pri Vrhovnom sudu izabrani su: dr. Mavro Rothkopf, dr. Dominik Mazzi, dr. Nikola Mandić i Dušan Vasiljević, a za njihove zamjenike Akif ef. Biserović i Josip Bajor. Za komorskog odvjetnika (disciplinski tužioc) izabran je Danilo Dimić, a za njegovog zamjenika dr. Emanuel Singer.

Odmah i letimičnim uvidom u spisak izabranih funkcionera komore može se zaključiti da su pojedini advokati birani na više funkcija. Razlog je u relativno malom broju advokata. S druge strane, kod izbora se gledalo i na racionalnost, tako da su najangažovaniji bili advokati iz sjedišta Komore. Kada se imaju u vidu tadašnje komunikacijske veze i vezano s tim poteškoće prilikom putovanja, tj. dolaska na sjednice, onda je sasvim razumljivo što je najveći dio funkcija bio pokriven advokatima iz sjedišta Komore.

Prva redovna skupština Advokatske komore sarajevo bila je 1913.god., godinu dana pred Prvi svjetski rat. U ovoj izbornoj godini broj advokata se povećao na 35, a 12 bosanskohercegovačkih gradova imalo je advokaturu. Na ovoj Skupštini je za predsjednika Komore izabran dr. Mavro (Moritz) Rothkopf, a za članove Komorskog odbora izabrani su: dr. Josip Fischer, Petar Musial, dr. Dominik Mazzi, dr. Nikola Mandić, dr. Viktor Jankiewicz, dr. Halid-beg Hrasnica, Danilo Dimić, Akif ef. Biserović i dr. Ivo Pilar, dok su za njihove zamjenike izabrani: dr. Emanuel Singer, dr. Ljubomir Peleš i dr. Jozo Sunarić. Za Ispitno povjerenstvo izabrani su: dr. Emanuel Singer, Danilo Dimić i dr. Hugo Sternfeld. Za članove Ispitnog senata izabrani su: dr. Mavro Rothkopf, dr. Nikola Mandić, dr. Dominik Mazzi, dr. Halid-beg Hrasnica i Dušan Vasiljević, a za njihove zamjenike Josip Bajor i dr. Milan Srškić. U Disciplinsko vijeće su izabrani: dr. Josip Fischer i Petar Musial, a za njihove zamjenike Akif ef. Biserović, Danilo Dimić, dr. Ivo Pilar, dr. Viktor Jankiewicz, dr. Dominik Mazzi, dr. Nikola Mandić, dr. Halil-beg Hrasnica i dr. Ljubomir Peleš. Za komorskog odvjetnika je izabran dr. Jozo Sunarić, a za njegovog zamjenika dr. Emanuel Singer.

Godina 1914. je značajna po tome što se u ovoj godini naglo povećao broj advokata. Ovdje je nužno napomenuti i činjenicu da u ovoj godini ima veliki broj advokata i iz domaćeg stanovništva. Naime, poslije okupacije domaće stanovništvo se je počelo školovati na univerzitetima evropske provenijencije. Iako su u ranijim godinama advokati bili uglavnom stranci, već sada su od 55 advokata 32 domaći. Svakako da je u sarajevu najveći broj (18 advokata), pa u banja Luci (6

advokata i 10 pripravnika), u Tuzli (5 advokata i 7 pripravnika). Koliko su se advokati starali da advokaturu obnavljaju domaćim kadrovima najbolje govori činjenica da je broj advokatskih pripravnika bio veći od broja advokata. Naime, skoro svi advokati su imali bar jednog pripravnika, a mnogi i dva i tri.

Ratne 1916. održana je treća izborna skupština (ako se računa i konstituirajuća) i posljednja iz vremena austro-ugarske uprave Bosnom i Hercegovinom. Na ovoj Skupštini za predsjednika Komore je izabran dr. Dominik Mazzi, advokat iz Mostara. Interesantno je navesti da je dr. Mazzi prvi predsjednik Komore čije sjedište kancelarije nije u sarajevu, a u čitavoj istoriji advokature Bosne i Hercegovine samo je još jedan predsjednik Komore bio izvan Sarajeva (Fadil Imamović).

Za članove Komorskog odbora izabrani su: Akif ef. Biserović, dr. Josip Fischer, dr. Jozo Sunarić, Petar Musial, dr. Halid-beg Hrasnica, Danilo Dimić, dr. Mavro Rothkopf i Božidar Božić, a za njihove zamjenike: dr. Hugo Sternfeld, Jakob Zaloscer, Otto Horwitez i dr. Bahrija Kadić. Za članove Ispitnog povjerenstva izabrani su: dr. Jozo Sunarić, dr. Josip Fischer, dr. Mavro Singer, dr. Halid-beg Hrasnica, dok su njihovi zamjenici dr. Hugo Sternfeld i dr. Milan Makanac. U Disciplinski senat izabrani su: dr. Mavro Rothkopf, dr. Mane Singer, dr. Viktor Jankiewiez i Petar Musial, a za njihove zamjenike dr. Ivo Pilar i dr. Milan Ristić. U Disciplinsko vijeće izabrani su: dr. Josip Fischer, dr. Mavro Rothkopf, a za njihove zamjenike: Akif ef. Biserović, Danilo Dimić, dr. Halid-beg Hrasnica, dr. Jozo Sunarić, Petar Musial i dr. Božidar Božić. Za komorskog odvjetnika izabran je dr. Jozo Sunarić, a za njegovog zamjenika dr. Otto Horwitz.

U vrijeme austro-ugarske uprave u Bosni i Hercegovini advokati su uživali veliki ugled i u narodu i uopšte u društvenom životu zemlje. Posebno su advokati u ovom periodu bili angažovani u politici, tako da su bili i poslanici u Bosanskom saboru, a jedan, dr. Nikola Mandić, i njegov predsjednik. Poslanici u Saboru su bili: dr. Mavro Rothkopf, dr. Dominik Mazzi, Viktor Jankiewiez, dr. Halid-beg Hrasnica i dr. Milan Srškić. Koliko je advokatski poziv bio cijenjen, najbolje govori činjenica da je predsjednik Komore bio virilni član Sabora. Advokati su bili angažovani u skoro svim društvenim zbivanjima toga vremena, kako u društvenim kulturno-prosvjetnim društvima, tako i u svim društvenim pokretima toga vremena.

Advokatura je nastala u vrijeme austro-ugarske okupacije, prvo kao profesija pojedinaca, a potom i kao institucija. Slomom Austro-Ugarske i stvaranjem države Južnih Slavena advokatura nastavlja svoj razvojni put, tako da se je u cijelosti uklopila u advokaturu evropskih zemalja.

SUDSKA PRAKSA USTAVNOG SUDA BOSNE I HERCEGOVINE

Pripremio: prof. dr. Miodrag N. Simović,
potpredsjednik Ustavnog suda Bosne i Hercegovine i
redovni profesor Pravnog fakulteta u Banja Luci

PRAVO NA PRAVIČNO SUĐENJE

U predmetnom slučaju se radi o postupku u kojem treba da se utvrdi da li je ništavan ugovor o zamjeni nekretnina zaključen za vrijeme rata. Dakle, radi se o sporu u kojem treba da se utvrde građanska prava i obaveze, s obzirom da je ishod postupka odlučujući za povraćaj apelantove imovine, koja predstavlja njegovo građansko pravo. U konkretnom slučaju, pitanje valjanosti ugovora o zamjeni nekretnina moguće je riješiti jedino u parničnom postupku shodno pravilima Zakona o parničnom postupku. Imajući u vidu navedeno, Ustavni sud smatra da je član 6. stav 1. Evropske konvencije primjenljiv u ovom slučaju.

Iz obrazloženja:

Ustavni sud zapaža da su redovni sudovi ocijenili da tužena nije uticala, niti je mogla da utiče na apelantovu volju s ciljem da zaključi ugovor, a posebno to nije mogla da učini jer je apelant boravio u Njemačkoj, što ukazuje da predmetni ugovor nije zaključen pod uticajem sile i prevare, a niti pod pritiskom ratnih okolnosti koje bi bitno ograničavale slobodu odlučivanja i samu apelantovu volju da se takav ugovor zaključi, te da zaključeni ugovor nije zelenaški, jer su ugovarači prije zamjene bili upoznati s predmetom zamjene. Dalje, redovni sudovi su ocijenili da nisu ispunjeni uslovi za poništenje ugovora iz člana 61. ZOO-a, shodno kojima «samo ugovorene strane mogu da se pozovu na ništavnost ugovora», kao ni uslovi iz člana 141. stav 1. ZOO-a, te da je bez osnova apelantovo pozivanje na član 21a. Uredbe sa zakonskog snagom o izmjenama i dopunama Zakona o prometu nepokretnosti i u vezi s tim na odredbe čl. 60., 61., 103. i 110. ZOO-a.

Imajući u vidu navedene činjenice konkretnog slučaja, Ustavni sud smatra da su navodi apelacije da je apelant sporni ugovor o zamjeni nekretnina s tuženom zaključio «protivno njegovoj volji i dobrovoljnosti», a zbog postojanja vanrednih okolnosti, te da se ova transakcija ne bi dogodila pod normalnim okolnostima, potpuno neosnovani. Nesporno je da je apelant izvršio zamjenu svojih nekretnina u Zenici za nekretnine tužene u Slavskom Brodu za vrijeme ratnih sukoba na prostorima bivše zajedničke države. Međutim, u redovnom sudskom postupku je utvrđeno da je u vrijeme kada je zaključen ugovor apelant boravio kao izbjeglica u SR Njemačkoj, te da tužena nije mogla niti je uticala na apelantovu volju da s njom zaključi ugovor o zamjeni nekretnina. Na kraju, nesporno je da je apelant prije nego što je zaključio sporni ugovor o zamjeni nekretnina bio upoznat sa predmetom zamjene, te da je dva mjeseca nakon što je zaključio ugovor obišao

nekretnine u Slavonskom Brodu koje je dobio zamjenom za nekretnine tužene u Zenici i izvršio sprovođenje ugovora o zamjeni nekretnina u zemljišnim knjigama.

S obzirom na navedene činjenice predmetnog slučaja, Ustavni sud ne nalazi da su redovni sudovi u osporenim presudama proizvoljno primijenili materijalno pravo na način koji bi kršio apelantova ustavna prava. Naime, Ustavni sud konstatuje da je apelantu u predmetnom slučaju pružena mogućnost da iznese i brani svoje zahtjeve pred nadležnim sudovima tokom cjelokupnog sudskog postupka, i to na tri redovne sudske instance pune jurisdikcije. Sudovi su prikupili dovoljno dokaza s ciljem da utvrde činjenično stanje, a apelant nije osporio ni jednu procesnu radnju u postupku donošenja odluka. Dalje, sudovi su u odlučivanju uzeli u obzir sve apelantove navode i tvrdnje, pa i navode o pogrešnoj primjeni prava i o tome dali potpune i logične razloge. Ustavni sud smatra da su redovni sudovi dovoljno jasno obrazložili svoje odluke u smislu člana II/3e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. Evropske konvencije i da ne postoje indicije da su redovni sudovi na proizvoljan način primijenili materijalno pravo.

U odnosu na apelantove navode da je Vrhovni sud postupio različito u identičnim situacijama (presude Vrhovnog suda broj Rev-182/05 od 28. februara 2006. godine i broj Rev-683/05 od 23. februara 2006. godine), Ustavni sud konstatuje da je iz presuda Vrhovnog suda vidljivo da je Vrhovni sud u navedenim odlukama zauzeo drugačiji pravni stav, tako što je utvrdio da su ništavni ugovori o prodaji nekretnina koji su zaključeni tokom ratnih dejstava u Bosni i Hercegovini. Međutim, u navedenim presudama činjenična i pravna pitanja su naizgled slična, ali se ne radi o identičnim situacijama. Naime, u slučaju koji je okončan Presudom broj Rev-683/05 od 23. februara 2006. godine, kupoprodaja stana se dogodila u ratnim prilikama u vrijeme kada se prodavač zatekao u stanu u Visokom, dok se vodila politika etničkog čišćenja u Bosni i Hercegovini. U slučaju koji je okončan Presudom broj Rev-182/05 od 28. februara 2006. godine, iz utvrđenja ove presude proizilazi da je prodavač zbog ratnih okolnosti zaključio ugovor o kupoprodaji stana nakon što je na njegov stambeni objekat postavljena eksplozivna naprava, pa je kao pripadnik manjinske nacionalnosti odlučio da proda stan i napusti Zenicu. Na kraju, Ustavni sud konstatuje da je neosnovano apelantovo pozivanje na Odluku Ustavnog suda broj U 15/99 («Službeni glasnik Bosne i Hercegovine» broj 13/01), jer se navedeni slučaj odnosio na drugačiju činjeničnu situaciju od situacije u ovoj predmetnoj stvari.

Na osnovu svega izloženog, Ustavni sud zaključuje da u konkretnom predmetu nije došlo do povrede člana II/3e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. Evropske konvencije.

(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine,
broj AP 1661/06 od 5. aprila 2007. godine)
**PRAVO NA PRAVIČNO SUĐENJE I PRAVO
NA SLOBODU IZRAŽAVANJA**

Iz apelacije i osporenih presuda nesumnjivo proizilazi da je apelant u konkretnoj pravnoj stvari bio u ulozi tužioca koji je tražio zaštitu od navodne klevete, što znači da tužbeni zahtjev nije bio upravljen protiv apelanta radi nekog njegovog izražavanja. Kako član 10. Evropske konvencije štiti slobodu izražavanja, a stav 2. ovog člana reguliše u kojim slučajevima ta sloboda može biti ograničena, Ustavni sud smatra da apelant nije bio «žrtva» kršenja člana 10. Evropske konvencije. U konkretnom slučaju, predmetni postupak nije se ticao apelantovog prava na slobodu izražavanja, pa apelantovi navodi u vezi s povredom člana II/3h) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 10. Evropske konvencije moraju da se odbace kao *ratione materiae* inkompatibilni sa Ustavom Bosne i Hercegovine.

Iz obrazloženja:

Iz stanja u spisu nesumnjivo proizilazi da je u konkretnom slučaju apelant imao mogućnost da iznese i brani svoje argumente pred nadležnim sudovima tokom cijelog postupka. Apelantu je bilo omogućeno da iznese sve dokaze s ciljem da se utvrdi činjenično stanje odlučno za donošenje presude, imao je mogućnost da poziva i sasluša svjedoke, a apelantov punomoćnik je prisustvovao suđenju, te imao priliku da daje komentare i mišljenje na izjave svjedoka. Ustavni sud zapaža da su u prvostepenom postupku sprovedeni i drugi odgovarajući dokazi na osnovu kojih je sud utvrdio da pojedini navodi spornog članka ne predstavljaju izražavanje koje može da se smatra klevetom, te je sud stekao uvjerenje da je tužena dosljedno i korektno prenijela te informacije, odnosno podatke iz FOBS-ovih dokumenata koji se odnose na apelanta, uz navođenje izvora službe koja je osnovana i funkcionisala na osnovu zakona. Sud je zaključio da su autori članka očigledno bili dobronamjerni prilikom pisanja i objavljivanja spornog članka. Kantonalni sud je na ovako utvrđeno činjenično stanje primijenio relevantne zakonske odredbe, a sudska odluka navodi sve potrebne razloge na kojima je zasnovana koje je kao pravilne prihvatio i Vrhovni sud.

Ustavni sud zaključuje da u konkretnom slučaju način na koji su Vrhovni sud i Kantonalni sud tumačili pozitivno-pravne propise ne može da se smatra proizvoljnim i ne predstavlja kršenje apelantovih ustavnih prava. U obje osporene odluke su navedeni svi potrebni razlozi i data detaljna obrazloženja. Takođe, ne postoje drugi elementi koji bi ukazivali da je postupak bio nepravičan, a apelant nije osporio nijednu procesnu radnju u postupku donošenja osporenih odluka.

Ustavni sud ističe da član 6. stav 1. Evropske konvencije ne predviđa da redovni sud ispituje sve argumente koje su strane izložile u toku postupka, nego samo argumente koje sud smatra relevantnim. Sud mora da uzme u obzir argumente strana u postupku, ali oni ne moraju svi da budu izneseni u obrazloženju presude (vidi Ustavni sud, odluke broj U 62/01 od 5. aprila 2002. godine i broj AP

352/04 od 23. marta 2005. godine). U konkretnom slučaju, Ustavni sud smatra da su sudovi dali jasne i precizne razloge svojih stavova u obrazloženjima osporenih presuda, te da je sud za svaki dokaz koji je prihvatio, kao i onaj koji nije prihvatio, dao logično i uvjerljivo obrazloženje koje ni u jednom dijelu ne izgleda proizvoljno ili neprihvatljivo samo po sebi.

U obrazloženju drugostepene presude je između ostalog navedeno da je sud zaključio da ne stoje prigovori u pogledu dokumenata na osnovu kojih je prvotuzena objavila sporni tekst, jer organ koji ga je donio je jasno označen, tekst je u potpunosti jasan kao i FOBS-ov žig, te potpis zamjenika direktora. Zatamnjen je samo početni dio i to prvih nekoliko rečenica zbog strogo povjerljive informacije – službene tajne. U konkretnom slučaju postoji upravo primjer izuzetka od odgovornosti za klevetu, jer je iznošenje, odnosno prenošenje izražavanja bilo razumno kao i način, oblik i vrijeme iznošenja, priroda i stepen prouzrokovane štete, te posebna činjenica da izražavanje predstavlja objektivnu i tačnu informaciju o izražavanju drugih lica.

Dakle, očigledno je da je drugostepeni sud prilikom donošenja osporene presude cijenio činjenice koje su od odlučnog značaja među kojima i činjenicu da ni prvostepeni sud nije utvrdio postojanje klevete kao elemenat odgovornosti, te da je o tim činjenicama dao svoju ocjenu koja je identična ocjeni prvostepenog suda.

Na osnovu svega navedenog, Ustavni sud zaključuje da nema kršenja apelantovog prava na pravično suđenje iz člana II/3e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. Evropske konvencije.

Ustavni sud zapaža da se apelant pozvao na povredu prava na nediskriminaciju, a koja se ogleda u proizvoljnom postupanju sudova kod utvrđivanja činjeničnog stanja i primjene materijalnog prava. Ustavni sud podsjeća na činjenicu da član 14. Evropske konvencije obezbjeđuje zaštitu od diskriminacije u pitanjima koja se ubrajaju u okvir drugih članova Evropske konvencije, te da diskriminacija postoji ako rezultuje različitim tretmanom pojedinaca u sličnim pozicijama i ako taj tretman nema objektivnog ili razumnog opravdanja. Da bi bio opravdan, tretman mora da teži zakonitom cilju, te mora da postoji razuman odnos proporcionalnosti između sredstava koja su korišćena i cilja koji treba da se ostvari (vidi Evropski sud za ljudska prava, Marckx protiv Belgije, presuda od 13. juna 1979, serija A, broj 31, st. 32 i 33).

Ustavni sud konstatuje da su u obrazloženju osporenih odluka sudovi dali jasne i nedvosmislene razloge zbog čega apelantovi navodi nisu mogli da dovedu do drugačijeg rješenja konkretne pravne stvari. Dalje, do kršenja prava na nediskriminaciju dolazi ukoliko postoji različit tretman jednakih predmeta bez objektivnog i razložnog obrazloženja, ili ako nedostaje proporcionalnost između željenog cilja i upotrijebljenih sredstava. Budući da u konkretnom slučaju nema ništa što ukazuje da je apelant u identičnoj situaciji drugačije tretiran u odnosu na

druga lica, odnosno da se radi o diskriminaciji na bilo kakvoj osnovi, te da sem paušalnog navoda o diskriminaciji apelant nije naveo nikakve druge navode, činjenice ili dokaze u prilog svojoj tvrdnji o kršenju ovog prava, Ustavni sud zaključuje da apelantovi navodi o kršenju prava iz člana II/4 Ustava Bosne i Hercegovine i člana 14. Evropske konvencije moraju da se odbiju kao neosnovani.

U pogledu apelantovih žalbenih navoda koji se odnose na povredu prava na opštu zabranu diskriminacije iz člana 1. Protokola broj 12. uz Evropsku konvenciju, Ustavni sud podsjeća da je navedenim članom propisano: "Uživanje svih prava određenih zakonom obezbijediće se bez diskriminacije na bilo kojoj osnovi kao što su pol, rasa, boja kože, jezik, vjera, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, pripadnost nacionalnoj manjini, imovina, rođenje ili drugi status", te da "nikoga ne smiju da diskriminišu javni organi na bilo kojoj osnovi, kako je i navedeno u stavu 1". Iz navedenog proizilazi da odredbe ovog protokola garantuju uživanje svih prava koja su predviđena zakonom bez diskriminacije, te između ostalog preciziraju da javni organi nikoga ne mogu da diskriminišu prema bilo kojoj osnovi, dakle osnovni princip nediskriminacije je proširen i na domaće zakone, a ne samo na prava koja su garantovana Evropskom konvencijom.

Budući da se apelant samo generalno pozvao na povredu ovog prava, te da nije posebno obrazložio u čemu se ogleda povreda ovog prava, a iz analize osporenih odluka ne proizilazi da je apelant diskriminisan u pogledu primjene ZZK-a, ovi navodi apelacije takođe moraju da se odbiju kao neosnovani.

Apelant se, takođe, žali i na povredu prava iz člana 17. Evropske konvencije. Ustavni sud podsjeća da je članom 17. Evropske konvencije propisano: "Ništa se u ovoj konvenciji ne može da se tumači tako da podrazumijeva pravo bilo koje države, grupe ili lica da se upuste u neko djelovanje ili izvrše neki akt koji je usmjeren na poništavanje bilo kog od navedenih prava i sloboda ili njihovo ograničavanje u većoj mjeri od one koja je predviđena Konvencijom". Iz navedenog proizilazi da ova odredba Evropske konvencije ne zasniva posebno individualno pravo nego predviđa pravilo tumačenja čiji je cilj zaštita ideje, kao i cilja same Evropske konvencije (vidi Ustavni sud, Odluka U 62/01 od 5. aprila 2002. godine objavljena u "Službenom glasniku Bosne i Hercegovine" broj 24/02). Stoga i ovi navodi apelacije moraju da se odbiju kao neosnovani.

(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine,
broj AP 90/06 od 6. jula 2007. godine)

PRAVO NA PRAVIČNO SUĐENJE I PRAVO NA DOM

Shodno praksi Evropskog suda za ljudska prava, pojam "dom" obuhvata kako iznajmljen dom, tako i dom u privatnoj svojini. U skladu s ovim tumačenjem,

Ustavni sud je proširio domen člana 8. Evropske konvencije na stanove u kojima se stanuje na osnovu stanarskog prava.

Iz obrazloženja:

Vidi presude Evropskog suda za ljudska prava, Gillow protiv Velike Britanije od 24. novembra 1986. godine, serija A, br. 109, stav 46 f, Kroon protiv Holandije, presuda od 27. oktobra 1994. godine, serija A, br. 297-S, stav 31. i Odluku Ustavnog suda broj U 8/99 od 11. maja 1999. godine, objavljenu u "Službenom glasniku Bosne i Hercegovine" broj 24/99.

Ustavni sud konstatuje da je Vrhovni sud osporenu revizionu odluku donio na osnovu ovlaštenja iz člana 250. stav 1. Zakona o parničnom postupku, kojim je propisano da će, ako revizioni sud utvrdi da je materijalno pravo pogrešno primijenjeno, presudom usvojiti reviziju i preinačiti osporenu presudu. Dalje, s obzirom da apelant ističe da se revizioni sud upustio u raspravljanje po nedozvoljenoj reviziji, Ustavni sud smatra da u postupanju Vrhovnog suda ne postoji nikakva proizvoljnost. Ovo stoga što je Sud sasvim jasno i nedvosmisleno naveo da postupa po izuzetku u smislu člana 237. stav 3. Zakona o parničnom postupku, na koji je tužena ukazala u izjavljenoj reviziji, nalazeći da je odlučivanje po reviziji od značaja za primjenu prava u drugim slučajevima. Ustavni sud primjećuje da je uporište za takvo postupanje suda sadržano upravo u članu 237. stav 3. Zakona o parničnom postupku, shodno kom Vrhovni sud može da dopusti reviziju u svim predmetima, ako ocijeni da bi odlučivanje po reviziji bilo od značaja za primjenu prava u drugim slučajevima. Sud je u obrazloženju presude dao razloge za svoje postupke, nalazeći da u konkretnom predmetu taj značaj proizilazi iz tumačenja nižestepenih sudova vezanog za apelantov status kao bespravnog korisnika predmetnog stana. Stoga, Ustavni sud zaključuje da je Vrhovni sud postupio u skladu s važećim propisom, budući da se radi o diskrecionom pravu suda da odlučuje da li je odlučivanje od značaja za primjenu prava u drugim slučajevima.

Vežano za apelantove navode da je pogrešan stav Vrhovnog suda u pogledu poništenih rješenja iz upravnog postupka, Ustavni sud podsjeća da iz dokumentacije koja je predočena Ustavnom sudu proizilazi da apelant iz predmetnog stana nije iseljen na osnovu rješenja koje je doneseno u obnovljenom postupku u vezi sa statusom stana, već je iseljen na osnovu rješenja upravnog organa, kojim je utvrđeno da apelant koristi predmetni stan na osnovu akta nadležnog organa o privremenoj dodjeli stana na korišćenje, te je utvrđeno da apelantu prestaje pravo privremenog korišćenja predmetnog stana. S obzirom na navedeno, nesporno proizilazi da je apelant iz predmetnog stana iseljen na osnovu Zakona o prestanku primjene, te da je članom 2. tog zakona propisano da svi upravni akti kojima je dodijeljen stan na privremeno korišćenje ostaju na snazi dok se ne ponište u skladu sa ovim zakonom. Dakle, apelant je shodno utvrđenju upravnih organa, sve do 2002. godine na predmetnom stanu imao status privremenog, a ne bespravnog korisnika, te je Vrhovni sud na osnovu toga i zaključio da na apelanta ne može da se

primijeni član 30. ZSO. Okolnosti vezane za rješenje o statusu stana, doneseno u ponovljenom postupku, apelant je mogao da ističe u upravnom postupku koji je pravosnažno okončan 2002. godine odbijanjem apelantove žalbe, što nije predmet ove apelacije.

Što se tiče apelantovih navoda da mu nije data mogućnost da se izjasni o stavu Vrhovnog suda povodom revizije, Ustavni sud podsjeća da je apelant u smislu člana 245. stav 2. Zakona o parničnom postupku imao mogućnost dati odgovor na reviziju tužene koju, shodno stanju spisa, nije koristio. S druge strane, Vrhovni sud je u obrazloženju osporene presude dao jasne i precizne razloge iz kojih je odlučio da preinači presude nižestepenih sudova, pa Ustavni sud zaključuje da su prilikom vođenja predmetnog postupka ispoštovani svi elementi prava na pravično suđenje.

Imajući u vidu izneseno, Ustavni sud zaključuje da, u konkretnom slučaju, nema kršenja prava na pravično suđenje iz člana II/3e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. Evropske konvencije.

Ustavni sud podsjeća da je svrha člana 8. Evropske konvencije, da zaštiti pojedinaca od arbitrarnog miješanja vlasti u njegova prava garantovana ovim članom (vidi Evropski sud za ljudska prava, Kroon protiv Holandije, presuda od 27. oktobra 1994. godine, serija A, br. 297-S). S ciljem da se utvrdi da li se u konkretnom slučaju radi o povredi člana 8. Evropske konvencije, prevashodno mora da se utvrdi da li sporni stan predstavlja apelantov "dom" u smislu značenja stava 1. člana 8. Evropske konvencije i da li osporena odluka predstavlja "miješanje" javnih vlasti u poštovanje apelantovog "doma".

S ciljem da se utvrdi da li je miješanje bilo opravdano, Ustavni sud prevashodno treba da utvrdi da li je ono izvršeno "u skladu sa zakonom", koji pojam u skladu sa Evropskom konvencijom sublimira nekoliko elemenata u smislu da: a) miješanje mora da bude osnovano na domaćem ili međunarodnom zakonu, b) zakon o kom je riječ mora da bude primjereno pristupačan tako da pojedinac bude upućen na okolnosti zakona koje mogu da se primijene na dati predmet i c) zakon, takođe, mora da bude formulisan sa odgovarajućom tačnošću i jasnošću da bi se pojedincu omogućilo da prema njemu prilagodi svoje postupke (vidi Evropski sud za ljudska prava, Sunday Times protiv Ujedinjenog Kraljevstva, presuda od 26. aprila 1979. godine, serija A-30, stav 49).

U konkretnom slučaju, Ustavni sud smatra da predmetni stan može da se smatra apelantovim "domom" u smislu člana 8. stav 1. Evropske konvencije s obzirom na to da je u njemu stanovao sve do 2002. godine na osnovu rješenja nadležnog upravnog organa o dodjeli stana na privremeno korišćenje. S obzirom na navedeno, Ustavni sud dalje treba da utvrdi da li je miješanje u apelantov dom izvršeno «u skladu sa zakonom», odnosno u skladu sa članom 8. stav 2. Evropske konvencije. U vezi s tim, Ustavni sud podsjeća da je osporenim presudom, primjenom člana 30. ZSO, odbijen apelantov tužbeni zahtjev kojim je tražio da se utvrdi

da je prije 6. decembra 2000. godine stekao svojstvo nosioca stanarskog prava na predmetnom stanu, budući da apelant, shodno zaključku Vrhovnog suda, nije bio bespravni korisnik predmetnog stana. Ovo stoga što je apelant predmetni stan koristio od 1993. godine kao privremeni korisnik na osnovu rješenja nadležnog upravnog organa, te što je rješenjem istog organa od 1. aprila 2002. godine, koje je doneseno na osnovu Zakona o prestanku primjene, utvrđeno da je isteklo važenje rješenja o privremenoj dodjeli stana, te da je prestalo apelantovo pravo na privremeno korišćenje predmetnog stana bez prava na alternativni smještaj.

Dakle, miješanje u apelantov dom je osnovano na zakonu, jer je njegova tužba kojom je tražio da se utvrdi da je stekao status nosioca stanarskog prava na predmetnom stanu odbijena na osnovu odredbi člana 30. ZSO, budući da apelant nije bio bespravni korisnik predmetnog stana. Ustavni sud podsjeća da je ZSO donesen prije više od dvadeset godina, da se odredba člana 30. ovog zakona nije mijenjala, da je predmetni zakon objavljen u službenim glasilima, da su odredbe člana 30. tog zakona dovoljno jasne i precizne u smislu nemogućnosti davaoca stana na korišćenje da protekom roka od tri, odnosno dodatnih pet godina od dana useljenja bespravnog korisnika, zahtijeva iseljenje pred nadležnim organom uprave, odnosno sudom. Stoga, Ustavni sud nalazi da je predmetni zakon bio "primjereno pristupačan", te je apelant bio «upućen na okolnosti zakona koje mogu da se primijene na dati predmet» u smislu da se član 30. ZSO primjenjuje isključivo na bespravne korisnike, a ne i na lica koja u stanovima stanuju na osnovu rješenja nadležnog organa, odnosno lica koja imaju pravni osnov za useljenje u stan.

Dalje, Ustavni sud smatra da član 30. ZSO ispunjava i uslov "proporcionalnosti", jer s jedne strane omogućava licima koja duže od osam godina kao bespravni korisnici koriste stanove u društvenoj svojini da steknu stanarsko pravo, a s druge strane daje dovoljno vremena vlasnicima stanova da pred nadležnim organima uprave, odnosno sudom, pokrenu postupak iseljenja bespravnih korisnika i na taj način zaštite interese davaoca stana na korišćenje, odnosno interesa šire zajednice kako bi predmetni stanovi bili dodijeljeni licima koja po važećim propisima imaju pravo na dodjelu stana.

Imajući u vidu izneseno, Ustavni sud smatra da u ovom slučaju nije došlo do povrede apelantovog prava na dom iz člana II/3f) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 8. Evropske konvencije.

(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine,
broj AP 340/06 od 5. aprila 2007. godine).

SUDSKA PRAKSA USTAVNOG SUDA FEDERACIJE BOSNE I HERCEGOVINE

Pripremio: Sead Bahtijarević,
sudac Ustavnog suda Federacije Bosne i Hercegovine

ZAŠTITA PRAVA NA LOKALNU SAMOUPRAVU U SVEZI SA ZAKONOM O IZMJENI I DOPUNI ZAKONA O PRIPADNOSTI JAVNIH PRIHODA HERCEGOVAČKO-NERETVANSKOG KANTONA

1. Utvrđuje se da je Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o pripadnosti javnih prihoda Hercegovačko–neretvanskog kantona ("Narodne novine HNK", broj: 3/08) povrijeđeno pravo grada Mostara i općine na lokalnu samoupravu.
2. Sukladno članku IV.C.12.b) Ustava Federacije Bosne i Hercegovine i članku 37. stavak 5. Poslovnika Ustavnog suda Federacije Bosne i Hercegovine ("Službene novine Federacije BiH", broj: 39/04), daje se kao prijelazno rješenje mogućnost Skupštini Hercegovačko–neretvanskog kantona da u roku od dva (2) mjeseca od dana objavljivanja ove presude u "Službenim novinama Federacije BiH", i u "Narodnim novinama Hercegovačko-neretvanskog kantona" usuglasi odredbe Zakona iz točke 1. ove presude s člankom 4. točka 6. Europske povelje o lokalnoj samoupravi ("Službeni list R BiH", broj: 31/94), postupajući pri tome sukladno članku 56. stavak 2. Zakona o načelima lokalne samouprave u Federaciji Bosne i Hercegovine ("Službene novine Federacije BiH", broj: 49/06), do kada se ovaj zakon može primjenjivati.

Iz obrazloženja:

Gradonačelnik Grada Mostara podnio je Ustavnom sudu Federacije Bosne i Hercegovine zahtjev za utvrđivanje ustavnosti i zakonitosti Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o pripadnosti javnih prihoda Hercegovačko-neretvanskog kantona i ("Narodne novine Hercegovačko-neretvanskog kantona", broj: 3/08).¹¹⁷

Načelnik Općine Čapljina podnio je Ustavnom sudu Federacije Bosne i Hercegovine Zahtjev za zaštitu prava na lokalnu samoupravu, ukazujući na povredu članka 1. i 2. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o pripadnosti javnih prihoda Hercegovačko-neretvanskog kantona i ("Narodne novine Hercegovačko-neretvanskog kantona", broj: 3/08).¹¹⁸

¹¹⁷ Podneskom od 16.5.2008. godine odustao je od zahtjeva za utvrđivanje ustavnosti navedenog zakona.

¹¹⁸ Rješenjem Ustavni sud Federacije spojili su postupci o zahtjevima podnositelja, te je po istim donijeta odluka pod brojem U-11/08.

U zahtjevima je, između ostalog, navedeno da je Skupština Hercegovačko-neretvanskog kantona dana 10.3.2008. godine donijela navedeni Zakon kojim se procenat u dijelu prihoda koji pripadaju jedinicama lokalne samouprave (porez na plaću i radnu snagu), od 50% smanjuje na 28,5%.

Navedene izmjene Zakona su donesene bez konzultacije s jedinicama lokalne samouprave, zanemarujući članak 20. Ustava Hercegovačko-neretvanskog kantona, kao i članak 56. Zakona o načelima lokalne samouprave u Federaciji Bosne i Hercegovine, te članak 4. točka 6. Europske povelje o lokalnoj samoupravi, čime je na direktan način ugroženo pravo na lokalnu samoupravu kako Grada Mostara, tako i Općine Čapljina, kao jedinica lokalne samouprave.

U odgovoru na zahtjev, sukladno sa člankom 16. Zakona o postupku pred Ustavnim sudom Federacije Bosne i Hercegovine ("Službene novine Federacije BiH", broj: 6/95 i 37/03), Vlada Hercegovačko-neretvanskog kantona istakla je da je u smislu odredaba članka 39. Ustava Hercegovačko-neretvanskog kantona, Skupština kantona ovlaštena donositi zakone i ostale propise za izvršenje djelokruga kantona. Shodno tim ovlastima, Skupština je donijela navedeni zakon, koji u stvari predstavlja usklađivanje kantonalnog s federalnim zakonom, kojim je u članku 10. stavak 2. točka b) propisano: "Kantonima, pored udjela u raspodjeli prihoda iz članka 6. ovoga Zakona, pripadaju i drugi javni prihodi, kako slijedi: - b) 71,5% od poreza na plaću uplaćenog u svakom kantonu". Dakle, iz navedenog nedvosmisleno proizilazi da je Skupština Hercegovačko-neretvanskog kantona, kao i svi ostali kantoni u Federaciji Bosne i Hercegovine imala obvezu usklađivanja kantonalnog s federalnim Zakonom. Takođe, osporava točnost navoda podnositelja zahtjeva da nisu blagovremeno obaviješteni i konzultirani o predstojećim izmjenama zakona. Ističe da je Ministarstvo financija Hercegovačko-neretvanskog kantona na zahtjev Federalnog ministarstva financija/Federalnog ministarstva finansija obavijestilo dana 7.11.2007. godine, da će se na prostoru ovog kantona porez na plaću i radnu snagu dijeliti jedinicama lokalne samouprave sukladno procentima utvrđenim u članku 10. stavak 2. točka b) Zakona o pripadnosti javnih prihoda u Federaciji Bosne i Hercegovine u svezi s čim je Vlada Hercegovačko-neretvanskog kantona donijela odluku, koja je objavljena u "Narodnim novinama Hercegovačko-neretvanskog kantona", broj: 10/07. Osim toga, Vlada Hercegovačko-neretvanskog kantona je dana 6.3.2008. godine zatražila pismenim putem mišljenje jedinica lokalne samouprave na utvrđeni prijedlog Zakona.

Nakon održane javne rasprave, Ustavni sud Federacije, krećući se u okvirima postavljenog zahtjeva, odlučio je kao u izreci presude iz slijedećih razloga:

Ustavom Federacije Bosne i Hercegovine određeno je da međunarodni ugovori i drugi sporazumi koji su na snazi u Bosni i Hercegovini i Federaciji Bosne i Hercegovine, te opća pravila međunarodnog prava, čine dio zakonodavstva Federacije Bosne i Hercegovine (članak VII.3. Ustava Federacije Bosne i Hercegovine). Stoga, Europska povelja o lokalnoj samoupravi, kao akt međunarodnog

prava ratificirana 1994. godine, kada je i stupila na pravnu snagu, čini dio zakonodavstva Federacije Bosne i Hercegovine. U članku 4. točka 6. Povelje izričito je predviđeno "da će lokalne vlasti biti konzultirane u najvećoj mogućoj mjeri, pravodobno i na odgovarajući način u procesu planiranja i donošenja odluka o svim stvarima koje ih se izravno tiču".

Slična odredba je sadržana i u Zakonu o načelima lokalne samouprave Federacije Bosne i Hercegovine u članku 56. kojim je propisano da su: "Federalne, odnosno kantonalne vlasti dužne u najvećoj mogućoj mjeri konzultirati jedinice lokalne samouprave u postupku donošenja propisa koji ih se izravno tiču". Nadalje je propisano da se konzultacije vrše putem Općina i gradova.

Polazeći od citirane odredbe Europske povelje o lokalnoj samoupravi, Ustavni sud Federacije, na temelju provedenog postupka utvrdio je da je Hercegovачko – neretvanski kanton, donošenjem osporenog zakona kojim je utvrđeni procenat poreza na plaću i radnu snagu, koji pripada jedinicama lokalne samouprave, smanjen sa ranijih 50% na 28,5% povrijedio pravo na lokalnu samoupravu, jer nije lokalne vlasti konzultirao u najvećoj mogućoj mjeri, pravodobno i na odgovarajući način o stvarima koje ih se izravno tiču.

Pri tome Ustavni sud Federacije je imao u vidu odredbu članka 13. stavak 2. a) Zakona o pripadnosti javnih prihoda u Federaciji Bosne i Hercegovine ("Službene novine Federacije", broj: 22/06), kojom je propisan najmanji mogući procenat (28,5%), koji pripada jedinicama lokalne samouprave od poreza na plaću uplaćenog u svakoj jedinici lokalne samouprave.

Imajući u vidu navedeno, Ustavni sud Federacije utvrdio je da u konkretnom slučaju, prilikom donošenja osporenog zakona, kantonalne vlasti nisu pravodobno i na odgovarajući način konzultirale jedinice lokalne samouprave (grad i općine) na svom području, iako su bile dužne tako postupiti, s obzirom da se osporenim zakonom uređuju ona pitanja i oni odnosi za čije reguliranje grad i općine kao jedinice lokalne samouprave imaju značajan interes.

Ustavni sud Federacije sukladno članku IV.C.12.b) Ustava Federacije Bosne i Hercegovine je dao prijelazno rješenje, da Skupština Hercegovачko-neretvanskog kantona u roku od dva (2) mjeseca od dana objavljivanja ove presude u "Službenim novinama Federacije BiH" i "Narodnim novinama Hercegovачko-neretvanskog kantona", usuglasi osporeni zakon sa navedenim načelima Europske povelje o lokalnoj samoupravi, pri čemu se treba pridržavati pravila utvrđenih u članku 56. Zakona o načelima lokalne samouprave u Federaciji Bosne i Hercegovine. Do tada se Zakon na koji se odnosi ova presuda može primjenjivati.

/Presuda Ustavnog suda Federacije Bosne i Hercegovine br. U-11/08 od 14.7.2008. godine objavljena je u "Službenim novinama Federacije BiH" br. 49/08/

SUDSKA PRAKSA USTAVNOG SUDA FEDERACIJE BOSNE I

HERCEGOVINE

ZAŠTITA PRAVA NA LOKALNU SAMOUPRAVU U SVEZI SA ZAKONOM O IZMJENAMA I DOPUNAMA ZAKONA O VRAĆANJU, DODJELI I PRODAJI STANOVA

1. Utvrđuje se da je člankom 2. stavak 2. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o vraćanju, dodjeli i prodaji stanova („Službene novine Federacije BiH“, broj: 2/08) povrijeđeno pravo općina na lokalnu samoupravu.
2. Prestaje da važi članak 2. stavak 2. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o vraćanju, dodjeli i prodaji stanova.

Iz obrazloženja:

Načelnici općina Grada Sarajeva podnijeli su Ustavnom sudu Federacije Bosne i Hercegovine zahtjeve za zaštitu prava na lokalnu samoupravu i zahtjev za ocjenu ustavnosti Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o vraćanju, dodjeli i prodaji stanova.

Podnositelji zahtjeva ističu da je odredbom članka 2. stavak 2. Zakona kojim se mijenja članak 8. Zakona o vraćanju, dodjeli i prodaji stanova ("Službene novine Federacije BiH", broj: 28/05) povrijeđeno pravo na lokalnu samoupravu i nametnuta obveza općinama suprotno odredbama čl. 10., 11., 33., 34., 35., 36., 37. i 38. Zakona o načelima lokalne samouprave u Federaciji Bosne i Hercegovine ("Službene novine Federacije BiH", broj: 49/06). Predložili su da Ustavni sud Federacije utvrdi da je Federacija Bosne i Hercegovine donošenjem Zakona povrijedila pravo općina na lokalnu samoupravu, te da je sporna odredba članka 2. stavak 2. navedenog Zakona neustavna.

Ustavni sud Federacije pozvao je Domu naroda i Zastupničkom domu Parlamenta Federacije Bosne i Hercegovine, kao donositelje zakona, da dostave odgovora. Odgovori nisu dostavljeni.

Na javnoj raspravi;

Opunomoćenici općina su ponovili navode iz zahtjeva, te naglasili da je podnesen izvjestan broj zahtjeva za dodjelu zamjenskog stana, ali da nemaju precizne podatke o kojem broju zahtjeva bi se radilo. Općine ne bi mogle izvršiti nametnute obveze, a posebice su istakli da im nisu prenesena sredstva da izvrše ovako nametnutu zakonsku obvezu.

Predstavnik Zastupničkog doma Parlamenta Federacije Bosne i Hercegovine je izjavio da prilikom donošenja ovog zakona ovaj dom nije raspolagao analizom o broju stanova koji su predmet ovog zakona, niti se tom prilikom raspravljalo o financijskim sredstvima potrebnim za sprovođenje zakona kao i da predstavnici općina nisu uopće bili konsultirani prilikom pripreme i usvajanja

zakonskog teksta.

Nakon održane javne rasprave, Ustavni sud Federacije odlučio je kao u izreci presude iz sljedećih razloga:

Prilikom razmatranja konkretnog predmeta, Ustavni sud Federacije je pošao od odredbe članka VI.2. (1) Ustava Federacije Bosne i Hercegovine kojim je utvrđeno da se lokalna samouprava ostvaruje u općinama kao i od članka 4. Europske povelje o lokalnoj samoupravi kojim je utvrđen djelokrug lokalne samouprave. Jedan od principa navedenog članka je suradnja između lokalne i centralne - regionalne vlasti koji se ostvaruje kroz konsultiranje i prilagođavanje provođenja lokalnim uvjetima.

Osim navedenog, Ustavni sud Federacije je prilikom razmatranja ovog predmeta, posebnu pažnju posvetio čl. 10. i 11. Zakona o načelima lokalne samouprave u Federaciji Bosne i Hercegovine kao i čl. 33. do 38. istog Zakona. Ovim odredbama su detaljno utvrđene procedure za prijenos poslova s federalnih i kantonalnih vlasti na jedinice lokalne samouprave, a sve to uzimajući u obzir princip supsidijarnosti i sposobnosti lokalnih vlasti i njihove administracije da te poslove efikasno obavljaju. Prilikom prijena ovih poslova s federalnih i kantonalnih vlasti, neophodno je prethodno, kroz proces konzultacija, uključiti jedinice lokalne samouprave, prvenstveno u pogledu osiguranja potrebnih sredstava za efikasno provođenje zakonskih obveza.

Pored ovoga, člankom 56. navedenog zakona propisano je da je zakonodavac dužan pribaviti mišljenje od Saveza općina i gradova o svim pitanjima koja se direktno tiču jedinica lokalne samouprave. U konkretnom slučaju, a što je na održanoj javnoj raspravi istakao predstavnik Zastupničkog doma Parlamenta Federacije, zakonodavac nije pribavio navedeno mišljenje, iako se promjenama zakona može utjecati na financijske obveze jedinica lokalne samouprave.

Prema mišljenju Ustavnog suda Federacije, predlagatelj Zakona je propustio prethodno obaviti konzultacije s jedinicama lokalne samouprave sukladno navedenim obvezama, i taj propust nije ispravljen tijekom cjelokupne parlamentarne procedure.

Osim ovog, proceduralnog propusta, dovodeći tekst članka 2. stavak 2. Zakona izmjenama i dopunama Zakona o vraćanju, dodjeli i prodaji stanova u kontekst navedenih ograničenja u pogledu ostvarivanja prava na lokalnu samoupravu, Ustavni sud Federacije je uzeo u obzir samu suštinu osporenog članka, koji općinama, odnosno jedinicama lokalne samouprave, pored davanja administrativnih ovlasti da provode proceduru za dodjelu zamjenskih stanova nositelja stanarskih prava u privatnom vlasništvu nameće i obvezu dodjele zamjenskog stana na teritoriji iste općine na kojoj se stan i nalazio i to iste kvadrature plus, minus 10 % u roku od šest mjeseci od dana prijema zahtjeva za dodjelu zamjenskog stana, s tim da nisu utvrđeni načini financiranja ovih obveza nametnutih jedinicama lokalne samouprave.

Uzimajući u obzir navedene proceduralne, ali i suštinske propuste prilikom usvajanja osporene odredbe, odnosno nametanje obveza jedinicama lokalne samouprave, a da prethodno nisu utvrđeni izvori financiranja ovih obveza nego je teret financiranja prenesen isključivo na jedinice lokalne samouprave, a bez prethodno obavljenih konzultacija, Ustavni sud Federacije je odlučio da osporena odredba članka 2. stavak 2. Zakona krši pravo na lokalnu samoupravu i da osporena odredba prestaje da važi danom objave presude u “Službenim novinama Federacije BiH”.

Istovremeno, Ustavni sud Federacije podsjeća da odredba članka IV.C.10.(3), daje aktivnu legitimaciju podnositeljima zahtjeva jedino u pogledu zaštite prava na lokalnu samoupravu, ali ne i u pogledu mogućnosti podnošenja zahtjeva za ocjenu ustavnosti.

Naime, zahtjev za ocjenu ustavnosti Prijedloga zakona koji je usvojio jedan od domova ili Zakon koji su usvojila oba doma u smislu članka IV.C.10.(2) a) mogu podnijeti Ustavnom sudu Federacije samo predsjednik Federacije, potpredsjednik Federacije, premijer, zamjenik premijera ili jedna trećina članova bilo kog doma Parlamenta Federacije Bosne i Hercegovine. Stoga ovaj sud nije uzeo u obzir istaknute prigovore predstavnika općina na javnoj raspravi o neustavnosti osporene odredbe zakona.

/Presuda Ustavnog suda Federacije Bosne i Hercegovine br. U-5/08 od 24.6.2008. godine objavljena je u „Službenim novinama Federacije BiH“ br. 49/08/

