

ČASOPIS ZA PRAVNU TEORIJU I PRAKSU

PРАВNA MISAO

Sarajevo 2009.

5 – 6

maj – juni

svibanj – lipanj

PRAVNA MISAO
ČASOPIS ZA PRAVNU TEORIJU I PRAKSU

Godina XL	Sarajevo, maj - juni svibanj - lipanj	Broj 5 - 6
------------------	--	-------------------

SADRŽAJ

ČLANCI

mr. sc. Mato Kulaš	Shvatanje suverenosti države u pravnoj teoriji Hansa Kelzena	5
doc. dr. Faruk Sinanović	Specifičnosti i nedostaci državnog uređenja Bosne i Hercegovine i regionalna država	23
mr. Senad Bajrić	Hipotekarno obezbjeđenje kreditnog potraživanja u bankarskom sektoru	45

POGLEDI I MIŠLJENJA

dr. Amela Čalo	Razvoj ideje suvereniteta od klasičnog do savremenog koncepta	65
prof. dr. Dragan Jovašević doc. dr. Ljubinko Mitrović	Nužna odbrana kao osnov isključenja postojanja krivičnog djela	81

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)	99
---	----

USTAVNOG SUDA FEDERACIJE BOSNE I HERCEGOVINE

(Pripremio Sead Bahtijarević, sudac Ustavnog suda Federacije Bosne i Hercegovine)	115
--	-----

**LEGAL THOUGHT
JOURNAL FOR LEGAL THEORY AND PRACTICE**

Year XL

Sarajevo, May - June

No. 5 - 6

CONTENTS

ARTICLES

- Mato Kulaš, M.A.** State Sovereignty in Hans Kelsen's
Legal Theory 5
- Professor Faruk Sinanović, Ph.D.** Specificities and Weaknesses of the
Constitutional Settlement of Bosnia and
Herzegovina and Regional State 23
- Senad Bajrić, M.A.** Mortgage Protection of
the Loan Claim in the Banking Sector 45

VIEWS AND OPINIONS

- Amela Čalo, Ph.D.** Idea of Sovereignty from Classical
to Contemporary Concept 65
- Professor Dragan Jovašević, Ph.D.** Necessity as a Negative
Professor Ljubinko Mitrović, Ph.D. Fault Requirement 81

CASE LAW

CONSTITUTIONAL COURT OF BOSNIA AND HERZEGOVINA

- (Prepared by Professor 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) 99

**CONSTITUTIONAL COURT OF THE FEDERATION OF
BOSNIA AND HERZEGOVINA**

- (Prepared by Sead Bahtijarević, Justice of the Constitutional Court of the
Federation of Bosnia and Herzegovina) 115

mr. sc. Mato Kulaš

SHVATANJE SUVERENOSTI DRŽAVE U PRAVNOJ TEORIJI HANSA KELZENA*

Uvodna razmatranja

Suverena volja koju moderni autori, u načelu pripisuju narodu, shvaća se kao volja koja je kadra da se izvršava u pogledu bilo koje stvari, bez ograničenja od strane bilo kog subjektivnog prava. Povijest bilježi uspon bezgraničnog, odnosno neograničenog suvereniteta.

U srednjem vijeku riječ “suveren” bila je u tekućoj uporabi, ali ne u njenom modernom značenju. Tada je ona značila “nadređeni”, što je, ujedno, etimološko značenje ove riječi. A bilo koji nadređeni u odnosu na sebi podređenog jest njegov “suveren”. Ono što se u srednjem vijeku osjećalo i izražavalo jeste da je svaki čovjek imao nekog nad sobom, bilo da se taj neko zvao senior, sizeren ili suveren. Na taj način društvo se ukazivalo kao ono što je Ogisten Tijeri nazvao “veliki lanac dužnosti”.

Početkom srednjeg vijeka kraljevi su bili skromno opremljeni sredstvima ostvarivanja pokornosti sebi i oni su zato morali da se savjetuju sa svojim moćnim vazalima, te da stvaraju prilike u kojima bi diskutirali s njima o stvarima od javnog interesa. Dvorana za prijeme u kojoj je kralj zasjedao s feudalnim gospodarima bila je dobro opremljena, što je sveukupno davalo veću težinu njegovim odlukama. Općepoznata činjenica je da su, u ovom periodu, vlastelini na svaki način nastojali da izbjegnu svoj dolazak, bojeći se gubljenja vlastite vlasti. Najgore od svega bilo je to što su znali da će se od njih, prije nego što im se dopusti povratak na imanje, tražiti nešto, najčešće financijska ili vojna pomoć.

Drugi su mogli da dobiju audijenciju pred kraljevim prijestolom kao mandatar neke skupine koja traži pravdu i vršenje vlasti. Prvo je to bila dobrostojeća buržoazija čije je prisustvo bilo ništa manje korisno kralju nego što je bilo njima, predstavnicima buržoazije, bilo da su zahtijevali njegovu zaštitu od arbitrarne

* Rad recenzirao: prof. dr. Mirko Pejanović

moći visokog plemstva ili su mu obećavali novčanu pomoć. Na taj način su ovi skupovi koji su imali trojak karakter zasjedanja suda, državnog vijeća i bojažljivih početaka zakonodavne skupštine, bili sredstva preko kojih su opće prilike u kraljevstvu polako prelazile sve više u ruke kralja. Kraljevski savjet i pravosudna tijela su ubrzano razvijali samostalni život, dok je skupština nazivno ostala Parlament u Engleskoj i Skupština Staleža u Francuskoj. Engleski povjesničar Polard, dajući kritički prikaz pojave ovih skupština, zaključio je da su one doprinijele usponu suverenosti. Apsurdno bi bilo pretpostaviti da su parlamenti nastali radi vršenja nadzora nad suverenitetom, jer suverenitet prije pojave parlamenta nije postojao: “Kruna nikada nije bila suverena po sebi, jer prije pojave parlamenta nema ni govora o suverenitetu. Suverenitet je ostvaren tek energijom krune u parlamentu.”¹

Dugotrajna slabost vladara, odnosno odsustvo monarhovog “suvereniteta”, najviše je bila vidljiva u domenu javnih financija. Državni rashodi u srednjem vijeku su bili smatrani kraljevim vlastitim rashodima, koje je on stekao zahvaljujući svom položaju. Stogodišnji rat je bio potreban da bi se konačno dobila punomoć za uvođenje redovitog poreza, što je omogućilo formiranje vojske i razvoj izvršnog aparata za izvršavanje kraljevske volje. Povijest suverenosti je povezana sa povišću administracije. Pošto je posvuda rasporedio svoje zvanične službenike, kraljeva vlast je stekla novu neposrednost.

Bodinova teza da centralna vlast treba da posjeduje neograničenu moć koju je Bodin iznio u svom djelu “De la Republique” bila je pokušaj da se povrati red i sigurnost u duboko podijeljeno društvo kakva je bila Francuska. Njegova osnovna tvrdnja bila je da takvoj moći mora da bude dato pravno priznanje. Ona mora da bude obdarena suverenitetom. Za Bodina je suverenitet bio “vrhovna moć nad građanima i subjektima, a prirodna po zakonu”² i, stoga, neograničena u svom prostiranju i trajanju. Bodin sugerira da je suveren bio iznad ljudi ili kako je tvrdio Maritain “odvojen od ljudi i transcendentalan, iznad njih”.³ Prema ovom tumačenju podčinjavanje suverenu predstavlja određenu karakteristiku građanskosti.

Iako su tijekom narednih decenija razni pisci doprinosili tome da se koncept i rječnik suverenosti pročiste, nije došlo do velikog pomaka sve do Levijatana 1651. godine.

Kao i u Bodinovom slučaju i Hobbs je pisao imajući građanski rat u pozadini. Svemoćni suveren je za Hobbsa bio jedina alternativa da se okonča s anarhijom. Upravo zato što su osobe autonomne i jednake u prirodnom stanju, one se

¹ A.F. Pollard, *The Evolution of Parliament*, London, 1920., p. 230.

² Jean Bodin, *The Six Books of a Commonwealth*, London: Impencis G. Bishop, 1606, p. 84.

³ Jacques Maritain, *Man and the State*, ed. Richard O’ Sullivan, London, 1954., p. 31.

nalaze u poziciji neprestane nesigurnosti. Jedino se eliminiranjem uvjeta autonomije i jednakosti može uspostaviti sigurnost. Ovdje Hobbs ne razmišlja samo o fizičkom preživljavanju, već i o zaštiti svojine. Da bi se postigao ovaj cilj, država mijenja uvjete pod kojima osobe sprovode svoje interese. Ona rekonstruira društvo kroz apsolutnu moć zapovijedi koju sprovodi suveren (pravni sustav) i kroz sposobnost da sprovede zakon (moć prinude). Suveren stoga ne može biti podvrgnut bilo kakvim kritikama ili ograničenjima. Ni jedna vlast izvan države ne može da sudi državi, čak ni religijska ili moralna svijest ili bilo koji kriterij pravde. Prirodno i običajno pravo nemaju svoju vlastitu moć, jedino su suverenova suglasnost ili zapovijed koje su osnažene silom, ono što obrazlaže ili prilagođava njen pravni status. Daleko od toga da moralnost ili konvencije postavljaju ograničenja vlastima suverene države. Država je ta koja obznanjuje svoj vlastiti moralni propis i svoju vlastitu religiju.

Uprkos neprestanim razrađivanjima i dotjerivanjima tijekom gotovo tri vijeka, teorija suverenosti ostala je sporna. U ovome nema ničeg iznenađujućeg, ako uzmemo u obzir da se suverenitet uglavnom shvatao kao da predstavlja atribut države, a da je sama država bila predmet mnogih i oštro suprotstavljenih tumačenja. Čvrstim vezivanjem suverenosti za državu i zanemarivanjem, u velikoj mjeri, odnosa s civilnim društvom, ove teorije su u osnovi postale, ništa drugo, do puka apstrakcija. Odvajanjem od povijesnog konteksta, ove formulacije su, iako su i same često predstavljale izravan odgovor na preovlađujuće političke i socioekonomske uvjete, stekle izgled nečeg nerealnog. One su težile da, kao date, prihvate pretpostavke o ljudskoj racionalnosti, značaju ugovornih obveza ili o podudaranju države, teritorije i društva, što je jedino jedna analiza čvrsto utemeljena u povijesti mogla da osvijetli, to jest, potvrdi.

Brojne kontroverze i stalna aktualnost proučavanja suverenosti države dovoljan su povod da u glavnim crtama izložimo kako je suverenost shvatao jedan od najvećih pravnih teoretičara - Hans Kelzen.

1. Kelzenovo shvatanje suverenosti kao svojstva državnog ili pravnog poretka

Hans Kelzen je smatrao da je osnovna zabluda o suštini države data u teoriji države i prava. Naime, činjenica da je država shvaćena kao prirodna realnost, bila je presudna za postavljanje novije teorije suverenosti, za shvatanje suverenosti kao jedne realne prirodne činjenice. Ako se, naprotiv, država spozna kao norma i kao takva identična s pravom, onda je po Kelzenu suverena država najviši poredak, tj. poredak koji je zamišljen kao neizvodljiv iz višeg poretka ili kao vrhovni

pretpostavljeni poredak. Ovdje nećemo rješavati pitanje da li se pod državom može podrazumijevati još nešto drugo osim pravnog pojma.⁴

Ako se suverenost spozna kao svojstvo države određene kao pravni poredak, pokušaj da se suverenost protumači kao pravni pojam, koji je učinjen upravo na pravnoj strani teorije države, može dobiti neki smisao.

Ličnost države jeste samo u uvećanoj mjeri ono što je svaka druga pravna ličnost, ali i svaka fizička ličnost: personifikacija pravnih normi. Ali, dok je država personifikacija totalnog pravnog poretka, druge pravne i takozvane fizičke ličnosti jesu personifikacije djelimičnih pravnih poredaka, tako općina općinskog poretka, dioničarsko društvo statuta itd. Posebno je fizička osoba personifikacija svih normi koje reguliraju ponašanje jednog čovjeka. Prema tim ličnostima, tj. djelimičnim pravnim poredcima koji su pomoću njih personificirani, pravni poredak se odnosi kao opće prema posebnom, i tako se može tvrditi da se te ličnosti izvode iz pravnog poretka, da se ličnosti od njega “pozajmljuju”. A upravo je državna pravna ličnost sam totalni poredak. Zato je, po Kelsenu, sustavno estetska greška da se državi, kao subjektu podčinjenom pravnom poretku, preda autoritet “najviše, vrhovne”, što nema ničeg višeg iznad sebe, što nije izvedeno ni iz kakvog višeg poretka, iako pomoćna sredstva o državnoj ličnosti nastaju samo putem fikcije: kao da bi i država kao subjekt prava i obveza bila izvedena iz pravnog poretka.

Pri dalekosežnoj analogiji koja postoji između pojmovne tehnike teologije i pojmovne tehnike jurisprudencije - obje su naravno normativne discipline. Kelzen prihvata pretpostavku da su pravo i država istovremeno nastali iz socijalnog života kao jedna nerazdvojna cjelina. Prva vlast koja je nastala, predstavljala je istovremeno i prvu normu, koja se sastojala u tome da takva vlast treba da postoji. I obrnuto, prva norma koja je nastala, predstavljala je sama po sebi jedan akt vlasti, jer oni koji su je stvorili, morali su, već u trenutku njenoga stvaranja djelovati kao vlast.

“Državna vlast izvire iz prava i pravo iz države, dokle se ne dođe do jednoga početnoga trenutka, kada se državna vlast i pravo javljaju kao lice i naličje iste stvari.”⁵

Polazeći od ideje pravne države, Krabe⁶ je dosljedno slijedeći misao da je država podčinjena pravu, a pravo, prema tome podignuto iznad države, zastupao tezu da nije država suverena nego pravo. U kritici njemačke teorije prava, on ne

⁴ Tipični predstavnik dvostrukog pojmovnog određenja države (prirodnog i pravnog) jeste Jellinek, *System der subjektiven öffentl. Reche*, 2. Aufl., 1905.

⁵ Slobodan Jovanović, *O državi, osnovi jedne pravne teorije*, Beograd, 1922. godine, str. 107.

⁶ Vidi: *Die Lehre der Rechtssouveranitat*, 1906.

tvrdi da su suverenost države i suverenost prava suprotnost, već, naprotiv, tvrdi da su oba pojma identična.

U svom djelu “Moderna ideja države” Krabe se još više približava saznanju o identitetu prava i države. On ne tvrdi više da se država podređuje pravu, nego da “autoritet države nije ništa drugo nego autoritet prava”.⁷

Sasvim slično Krabeu, Šomlo iznosi stav da “suverenost nije svojstvo države nego pravne moći. Ko god da pravnu moć ima u rukama, to je pravna moć koja je suverena.”⁸ Samo da bi neka moć bila najviša, po Šomlou je nužno da je svoje zapovijedi kadra da sprovede u određenom krugu ljudi obično i uspješnije nego druge moći, te da mnogobrojne norme upravlja na one koji su joj podređeni i da pozitivnim reguliranjem obuhvati široku oblast društvenih odnosa. Ova moć također treba biti i trajne prirode. Prema tome, suverenost je za Šomloa ukupnost svojstava koja neku moć uzdižu do pravne moći, a pravo nije ništa drugo nego norma koja dolazi od takve jedne moći.

Na protivrječnosti o temeljnom odnosu države i prava, Kelzen⁹ se bavi odnosom suverenosti prema pravnom poretku. On smatra da je “neodrživo shvatanje da je suverenost, pošto nije goli fakat, nego pravni karakter - pravna posljedica postojanja države”.¹⁰ Naravno, “pravna posljedica” može biti samo posljedica koju pravni poredak veže za neko činjenično stanje. A to znači da se, da bi se suverenost konstituirala kao pravna posljedica postojanja države, pravni poredak mora pretpostaviti državi, da se država mora zamisliti kao činjenično stanje za koje pravo vezuje određenu posljedicu.

Sasvim neovisno od toga što je takvo shvatanje nespojivo sa svakim, ma kako mogućim pojmom suverenosti i što je neka pravna posljedica sa sadržinom suverenosti apsolutno nezamisliva, ta se konstrukcija mora spoznati kao puki izraz neprilike (da bi se izbjegao privid čisto faktičnog karaktera suverenosti), naročito onda kada ista teorija, koja se služi tom konstrukcijom, suverenost definira kao sposobnost države za isključivo (pravno) samoodređenje, a državu opet utvrđuje kao pretpostavku prava.

Ako je suverenost kao svojstvo pravni pojam, onda ona, pošto su pravni pojmovi jedino sam pojam prava i pojmovi koji su iz njega izvedeni, može, po Kelzenu, biti samo svojstvo pravnog pojma.

⁷ Krabe, Moderna ideja države, Hag, 1919. godine, str. 2.

⁸ Šomlo, Juristische Grundlehre, 1917. str. 280.

⁹ Hans Kelzen, Problem suverenosti i teorija međunarodnog prava, Prilog jednoj čistoj teoriji prava, Beograd, 2003. godine.

¹⁰ Isto kao pod 13, str. 53.

2. Kelzenovo shvatanje državnopravne i međunarodnopravne suverenosti

Svojstvo vrhovnosti koje je označeno kao suverenost, Kelzen razlikuje u dva pravca: prema unutra i prema vani, ili također na državnopravnu i međunarodnopravnu suverenost, ovisno o tome da li državna vlast dolazi u obzir prema onima koji su joj podčinjeni, ili prema drugim državama. Ako bi se time označavale jedino dvije relacije jednog te istog kvaliteta, protiv takvog razlikovanja ne bi se moglo ništa prigovoriti.

Problem za Kelzena se pojavljuje ako se pokuša tim dvama odnosima suverenog poretka dati različita značenja i da se na taj način konstituiraju dvije različite suverenosti. Tako se državna suverenost obilježava kao neograničenost državne vlasti, a međunarodnopravna, kao neovisnost od drugih sila, i kada se pretpostavlja da država može imati jedan suverenitet, a da istovremeno ne potvrđuje drugi.

Razlikovanje međunarodnopravne suverenosti od državnopravne je za Kelzena besmisleno. Nije suštinski drugačiji ni pokušaj da se utvrde različita "obilježja" suverenosti. Tako na primjer da se suverenost prema unutra obilježava kao vrhovnost, a prema vani kao neovisnost države ili državne vlasti. Suverenost se sastoji u jednom jedinom i nedjeljivom obilježju, te ne znači ništa drugo nego da je na taj način označeni državni ili pravni poredak najviši, pa je zato od svakog drugog neovisni poredak. Kelzen ukazuje samo na jednu pojašnjavajuću razliku koja se sastoji u tome da se "pravni poredak ne označava samo kao najviši nego kao i poredak koji se ne može izvesti ni iz kakvog višeg poretka".¹¹

Tendencija razlikovanja dvaju pravaca suverenosti potiče iz teze da je država biće koje je nadređeno ljudima što predstavljaju njene podanike, a drugim bićima - drugim državama - nije nadređeno, nego je s njima istog reda. Država nije neovisna iz razloga što je najviša, nego je ona, prema jednoj strani najviša, a prema drugoj strani - premda nije najviša, već samo istog reda - neovisna.

Po povijesnom razvoju suverenost se može definirati kao svojstvo države da u svojoj sferi bude najviša vlast, da vrši *summum imperium*. Time se izražava prvo neovisnost države od svake druge vlasti, svake druge više volje, a zatim, nadređenost države svim licima i korporacijama koje se nalaze na njenoj oblasti, podređenost svake druge volje državi¹²

Suverenost je po svojoj suštini superlativ, i to apsolutni. A o državi se, pod

¹¹ Hans Kelzen, *Problem suverenosti i teorija međunarodnog prava*, Beograd, 2003. godine, str. 55.

¹² Ebers, *Die Lehre vom Staatenbund*, 1910, str. 275.

pretpostavkom koordiniranih suštastava, može samo reći da je viša od drugih elemenata, ali da nije viša od elemenata koji se nalaze u istom sustavu. Da se elementi koji su koordinirani s državom moraju nalaziti u istom sustavu kao i oni koji su joj subordinirani, proizilazi iz nužnosti njihovog kompariranja.

Država se stavlja u odnos prema drugim državama kada se može spoznati kao istoga reda s njima. To je presudna pozitivna relacija koja se krije iza negativne karakteristike neovisnosti. Kada bi ova zaista bila čisto negativna, kad bi zaista s njom trebalo reći da druge države uopće ne pripadaju istom sustavu saznanja u kojem je država nadređena drugim elementima, onda bi bilo nepotrebno da se ta relacija neovisnosti spominje.

Ako je, međutim, neovisnost države od drugih država istoznačna s pravnom koordinacijom, onda je neizbježna pretpostavka o jednom autoritetu koji, nalazeći se ravnomjerno iznad svih država, razgraničavajući njihove sfere, ravnomjerno sebi podčinjava sve države i tako ih koordinira. Elementi se mogu označiti kao koordinirani samo s obzirom na neku zajedničku točku odnosa. Ta točka odnosa, taj zajednički autoritet, za Kelzena, jeste međunarodno pravo.

3. Kelzenovo isticanje formalnopravnog obilježja suverenosti

Prema Jelineku, “suverenost je sposobnost isključivog samoobvezivanja postavljanjem jednog pravnog poretka ili isključiva sposobnost pravnog samoodređivanja i samoobvezivanja”.¹³

Kelzen primjećuje da je Jelinek otkrio osnovnu zabludu u koju su pali svi oni koji su pokušali da iz suvereniteta izvedu bilo kakva konkretna, tj. sadržinski određena prava, ovlaštenja i funkcije državne vlasti. Pozitivna sadržina koju daje pojmu suverenosti u osnovi je identifikacija suverenosti s jednom državnim funkcijom, s takozvanom zakonodavnom vlašću. Sposobnost pravnog obvezivanja ili, još točnije, sposobnost da postavljanjem pravnog poretka sebe (a time i podanike) obveže, nije ništa drugo nego sposobnost propisivanja prava, zakonodavstva koje Jelinek kao jednu isključivu sposobnost identificira sa suverenošću. Neka se ne prigovori, recimo, da je isključivost te strane državne vlasti ona koja se ovdje označava kao suverenost, jer time, ne bi bilo dato ništa drugo nego karakter neovisnosti koji je Jelinek označio kao tek negativan. Pozitivnost trećeg obilježja sastoji se, očigledno, u naznačenoj materijalnoj funkciji samoobvezivanja postavljanjem pravnog poretka.

Kasnije će se, kod istraživanja povezanosti između suverenosti i suverenosti

¹³ Jelinek, Staatslehre, str. 481.

kompetencije, pokazati da se neki poredak u potpunosti može spoznati kao najviši, ne dalje izvodljiv, tj. kao suveren, a da nema tu mogućnost, da se posebno, i suverena država može zamisliti bez zakonodavne vlasti, tj. bez jednog posebnog organa koji je ovlašten da propisivanjem mijenja važeći državnopravni poredak.

Ako bi se s Jelinekom u atributima “vrhovnosti” i “neovisnosti” mogao spoznati negativni karakter, a u sposobnosti pravnog samoograničavanja pozitivna sadržina, onda bi se suverenitetu, svakako, morao pripisati čisto negativan i zato formalan karakter. U osnovi je, po Kelzenu, to samo jezička samovolja kada se svojstvo države da je najviši poredak drukčije opisuje negativnim sudom da iznad države nema nikakvog višeg poretka. Svaki pozitivan sud može se jezički negativno izraziti. Zbog toga je čitavo to razlikovanje između jedne pozitivne i jedne negativne sadržine suverenosti bez objektivnog značaja.

4. Kelzenovo shvatanje suverenosti kao neograničenosti i neograničljivosti

Država je, po Kelzenu, u svojoj najdubljoj suštini ograničavanje po sebi.

Neograničena i neograničljiva država bila bi poredak bez poretka, neograničena granica. Ni takozvana teorija samoobvezivanja nije kadra da opovrgne to shvatanje o suštini suverenosti kada joj odgovora: za državu je bitno da pravni poredak “postavi” i “posjeduje”.

Opovrgavanje, naprotiv, leži u saznanju: za državu je bitno da bude pravni poredak. Ako se država spozna kao vlast koja je egzistentna prije pravnog poretka, ako se pretpostavi da država postavlja, stvara pravni poredak, da država jamči pravo, odnosno ako se država zamisli kao pretpostavka pravnog poretka, onda se iz suštine države ne može izvesti dokaz da je postavljanje pravnog poretka za nju bitno, jer se ona kao takva već zamišlja prije postavljanja pravnog poretka.

Sasvim je nedopustivo da se iz pravnologičkog saznanja da država, po svojoj suštini, ne može biti neograničena i neograničljiva izvode bilo kakve političke konzekvence, npr. u pogledu liberalizma. To pokušava Jelinek kada u svojoj polemici protiv teorije o državnoj svemoći ukazuje na ličnosti koje su izravnate s državom i kada izlaže: “One imaju svoja vlastita prava koja posjeduju na otkazni rok, ne kao milost suverene države, ne kao njeni delegati nego imaju svoja prava na temelju svoga priznanja kao nositelja prava, kao ličnosti, a oduzimanje toga kvaliteta leži sasvim izvan oblasti realne moći države”.¹⁴ Međutim, Kelzen konstatira da “ne postoje ‘sopstvena’, osim iz pravnog poretka izvedena ili od države data

¹⁴ Jelinek, Staatslehre, str. 477.

prava ili obveze“.¹⁵

“Ličnosti izravname s državom” svoja prava (kao i svoje obveze) nemaju na temelju svoga priznanja kao nositelja prava, nego su one ličnosti samo ukoliko država ili pravni poredak statuiraju njihova prava ili obveze.

Saznanje da se svako subjektivno pravo može izvesti samo iz objektivnog prava, iz pravnog poretka označenog kao država, i da iz pravnog poretka, iz njegove suštine, ne proizlaze nikakve sadržinske granice, potpuno je spojivo s tezom da država ima samo ona suverena prava koja samoj sebi da.

5. Kelzen i suverenost kompetencije

Pod “suverenitetom kompetencije”¹⁶ podrazumijeva se sposobnost državne vlasti da sama odredi svoju kompetenciju, tj. svoj djelokrug. Pošto zakonodavna vlast, organ nadležan za propisivanje općih normi, dolazi u obzir za suverenost kompetencije, ovo znači sposobnost zakonodavnog organa da odredi granice propisivanja prava, da bilo koji subjekt na bilo koji način podčini zakonodavstvu, da odredi predmet reguliranja, tj. statuiraju nove pravne obveze ili ovlaštenja, ili ukine stara, da njihove granice proširi ili suzi.¹⁷

Primijenjena na državu, ne kao vlast nego kao pravni poredak, suverenost kompetencije znači mogućnost mijenjanja pravnog poretka (u općoj formi zakona), i to takvog mijenjanja koje involvira proširivanje ili sužavanje oblasti stvarnog važenja pravnog poretka. Ta mogućnost mijenjanja mora biti neograničena. Međutim, Kelzen tvrdi da ne znači svaka mogućnost mijenjanja suverenost kompetencije. Sposobnost kompetencije mora počivati na sopstvenoj volji države.

Na pitanje da li je uopće moguće mijenjanje pravnog poretka, treba odgovoriti potvrdno samo onda kada su određeni uvjeti za to kako ga treba promijeniti. Ako nisu poznati uvjeti za to kako se neki poredak može promijeniti, on se uopće nikada ne može spoznati kao promijenjen. Neka norma upravo važi vremenski neograničeno kada izričito ne određuje uvjete kraja svog važenja.

Mogućnost nekog mijenjanja ili čak neograničenog mijenjanja, i to naročito

¹⁵ Hans Kelzen, *Problem suverenosti i teorija međunarodnog prava*, Beograd, 2003. godine, str. 60.

¹⁶ Henel, u *Studien zum deutschen Staatsrecht*, I. Bd., 1873, str. 149., kaže: "U toj pravnoj moći države nad svojom kompetencijom leži najviši uvjet samodovoljnosti, suština suvereniteta".

¹⁷ J. Đorđević, *Ustavno pravo*, str. 16. I. Jennings, op. cit., str. 147., ističe: "Parlament može preinačiti britanski ustav, produžiti sopstveni mandat, donijeti zakone sa povratnim dejstvom, ozakoniti nezakonitosti, rješavati individualne slučajeve, miješati se u ugovore i narediti oduzimanje imovine, dati diktatorska ovlaštenja vladi, raspustiti ujedinjeno kraljevstvo, uvesti komunizam, ili socijalizam, ili individualizam ili fašizam, bez ikakvih pravnih ograničenja".

propisivanjem jednog posebnog zakonodavnog organa, nije pojmovno nužno povezana s državnim pravnim poretkom. Država se može zamisliti bez posebnog zakonodavnog organa. U njoj se pravo izgrađuje običajima. U ovakvom slučaju, ne bi se moglo govoriti o suverenosti kompetencije, premda se zbog toga ne bi moglo sumnjati u suverenost takve države.

I one norme koje određuju položaj najviših državnih organa, a isto tako obujam pravnog poretka uopće, mogu važiti kao nepromjenjive, da li su to i faktički, to je drugo pitanje. Međutim, to ni na koji način ne bi doticalo pojam državnog ili pravnog poretka kao najvišeg, suverenog poretka.

Pogrešne su teze pojedinih autora koji iznose argumente protiv teorije o identitetu suverenosti i suverenosti kompetencije koju zastupa Henel kada tvrdi da ona znači poricanje međunarodnog prava koje, naravno, državi nameće obveze koje ona ne može jednostrano da raskine. U odnosu na zaključeni ugovor, država je nekompetentna, tj. vezana, nedostaje joj, dakle, suverenost kompetencije, iako njena suverenost i dalje postoji.

Nasuprot tome, treba primijetiti da međunarodnopravnim obvezivanjem, koje je naveo Jelinek, država u svojoj suverenosti kompetencije ni najmanje ne mora pretrpjeti štetu. Kao što država neku sopstvenu normu može promijeniti samo pod uvjetima koje je ona propisala, pa zbog toga ostaje vezana za njih, i time za zakon, sve dotle dok ne nastupe uvjeti koji, možda, leže sasvim izvan sfere njene moći, tako se ona može zamisliti vezanom i za ugovor čije je raskidanje spojeno sa suglasnošću druge države.

Njena suverenost kompetencije sastoji se baš u tome što promjena, osobito ukidanje norme koja je vezuje ovisi od uvjeta koje je propisala ona sama, koje je propisala njena sopstvena volja.

Kada se međunarodnopravno obvezivanje države svodi na volju koja je od nje neovisna, koja joj je nadređena, onda, pošto se državni poredak čini podređen međunarodnopravnom, ne može više biti riječi o suverenosti kompetencije države u naprijed navedenom formalnom smislu, ali samo stoga što državi nije više priznata nikakva suverenost. Zbog toga, međunarodno pravo, kao poredak koji je nadređen državnom, nije nespojivo s identifikacijom suverenosti i suverenosti kompetencije, nego sa suverenitetom države.

6. Vladarska vlast koja se ne može dalje izvoditi, vladarska vlast iz sopstvene moći i stoga po sopstvenom pravu

Jelinek je suvereni pravni poredak definirao formulacijom: „Suštinsko obilježje države jeste postojanje državne vlasti. A državna vlast jeste vladarska vlast koja se ne može dalje izvoditi, vladarska vlast iz sopstvene moći i stoga po sop-

stvenom pravu. Tamo gdje je neka politička zajednica kadra da iz izvorne moći i izvornim sredstvima prinude vrši vlast nad svojim članovima i svojom oblašću shodno poretku koji joj je svojstven, tu postoji država“.¹⁸

Pošto ta izlaganja pretendiraju da važe kao pravna, mora se primijetiti da država kao vlast nikada ne može dati pravni pojam države, supstrat teorije državnog prava, iz čega proizlazi da teza “iz sopstvene moći i stoga po sopstvenom pravu” nije ničim opravdan, pošto je tek potrebno dokazati da li se neka moć vrši s pravom ili ne. Najbitnije u tom pojmu je, po Kelzenu, što se sopstveno pravo karakterizira negativno u nedostatku dalje izvodljivosti. Vladarska vlast “po sopstvenom pravu” označava se i kao “ona koja se ne može izvoditi”, kao “izvorna”.

“Izvornost” koja se ovdje zahtijeva za državnu vlast ne može imati smisao da je država prima causa, izvođenje jedne vlasti iz druge ne može imati prirodno značenje kauzalnog proizvođenja. Izvođenje o kojem govorimo ne ukazuje na objašnjenje koje otkriva uzrok i posljedicu, nego na opravdanje, na odnos prema nekoj normi. Izvedena i stoga neizvorna vlast jeste takva koju viša vlast odobrava, prenosi, jeste u osnovi ovlaštenje ili pravo, jeste obveza ili kompetencija, jeste poredak koji počiva na nekom višem poretku. Izvedena je pojedinačna obveza iz neke opće norme, izvedeno je ovlaštenje zastupnika iz punomoći zastupanoga, izvedena je kompetencija državnog organa iz ustava. Izvedeno je uređenje općine iz uređenja države.

“Nije izvodljivo, dakle izvorno je u tom čisto normativnom smislu, koji se nalazi u pojmu izvođenja, ono što se ne može svesti na neki viši poredak, ono čije važenje i samo opet ne počiva na važenju neke više pravne norme, ono o čijem se važenju ne pretpostavlja nikakvo više važenje”¹⁹

Samo zbog toga što se moć ne može izvoditi, ona je izvorna.

Ako predstava o nekoj moći ili čak nekom pravu iz “sopstvenog prava” uopće može imati nekog smisla, a “sopstveno” pravo treba da znači nešto drugo nego pravo čiji je čovjek subjekt, ako treba da postoji neka razlika prema bilo kom subjektivnom pravu, onda to može biti samo to da pravo ili moć koja se ima po “sopstvenom pravu”, svoje važenje ne izvodi, kao subjektivno u običajnom smislu iz nekog nadređenog pravnog poretka, nego samo pretendira na najviše vrhovno važenje za koje se odbija opravdanje. Ukratko, moć po sopstvenom pravu ne može biti ništa drugo nego suvereni poredak.

Ako je kao jedino moguće spoznat logičko-normativni smisao pojma “izvo-

¹⁸ Jellinek, Staatshlere, str. 489. i 490.

¹⁹ Hans Kelzen, Problem suverenosti i teorija međunarodnog prava, Beograd, 2003. godine, str. 69.

đenja”, onda ne može biti nejasna teza da, kad neka politička zajednica svoj ustav dobije od neke druge moći, tu ne postoji država, već samo članica države, jer predstava da neka politička zajednica svoj ustav “dobija” od neke druge moći isto tako je identična s predstavom da se jedan ustav izvodi iz drugog, višeg, kao i predstava da jedan ustav počiva na zakonu moći, tj. na drugom višem ustavu.

Neka politička zajednica ne može svoj poredak u doslovnom fizičkom smislu “dobiti” od neke druge političke zajednice, kao što neki čovjek dobija neki predmet od drugog čovjeka. Ta teza jeste samo slika za logičko - normativni odnos nadređenosti i podređenosti dvaju ustava, koji je identičan s odnosom delegacije. Neka politička zajednica, koja sama donosi svoj ustav, dakle ne “dobija” ga od nekog drugog poredka, koja samu sebe određuje i nije određena nekim drugom pravom, jeste suverena politička zajednica - država.

7. Kelzenovo poimanje “sopstvenog” prava na prinudu kao suštinskog obilježja države koja nije pojmovno - nužno suverena

Pojam „sopstvenog prava“ ili “sopstvene volje”, koji je značajan za određene nesuverene države, uključuje, po Kelzenu, u sebe predstavu o uračunavanju, čija logička priroda i zakonitost nisu postale jasne vladajućem učenju. Na toj nejasnoći počivaju mnogobrojne zablude u koje se zapliće teorija o nesuverenoj državi.

Apsolutno presudno ne treba da bude “sopstveno pravo”, “sopstvena prava” imaju i općine. Važno je “sopstveno pravo vladanja”. Dakle pravo treba da bude kriterij države, pravo određene sadržine koje državi mora pripadati kao jedno subjektivno pravo.

Takva predstava o pravu, koje pripada državi kao subjektu, pretpostavlja, naravno, objektivni pravni poredak iz kojeg se pravo izvodi, koji pravo odobrava državi. Inače bi se moralo govoriti o činjenici, a ne o pravu vladanja. Pod vladanjem se podrazumijeva pravo da se slobodnim osobama zapovijedaju radnje, propuštanja i činidbe, te da se one primoraju na njihovo poštivanje.

Pravo da se slobodni ljudi primoraju na pokornost pripada samo državi i to pravo može državi biti dato samo pravnim poretkom. Ali, postavlja se pitanje zašto pravni poredak to pravo, kao i bilo koje drugo, ne može prenijeti i na druge subjekte, npr. na općine ili fizičke osobe. Takve osobe bi se onda mogle pojaviti kao organi pravnog poretka, ako se pravni poredak shvati kao volja za prinudu, kao prinudni poredak. Međutim, općina, ukoliko bi bila ovlaštena za prinudu, ona bi ipak radila u ime i po nalogu države, zastupajući je na osnovu njene delegacije.

Na samu državu je zamišljenu kao pravni subjekt potčinjen pravnom poret-

ku, njeno pravo prenio samo pravni poredak, a u osnovi je, samo pravni poredak onaj koji na općinu može da prenese njeno pravo. Ne prenosi vlasnik, recimo darom, pravo vlasništva na nekoj stvari nekoj drugoj osobi, nego pravni poredak povezuje s činjenicom darovanja pravno dejstvo prenošenja svojine. Dakle, pravni poredak u stvari “prenosi” pravo. A zašto bi sad upravo država imala pravo prinude kao “sopstveno”, a ne općina?

Samo zbog toga što se država identificira s jednim najvišim, posljednjim, ne dalje izvodljivim, tj. suverenim poretkom, država se pojavljuje kao personifikacija suverenog pravnog poretka. I ovdje se pokazuje da je u pojmu “sopstvenog” prava skriven pojam suverenosti.

Kako bi se nesuverenoj političkoj zajednici nad kojom se uzdiže suvereni poredak, moglo priznati “pravo prinude” kao sopstveno?

Kada govorimo o odnosu općine prema državi, to isto važi za odnos takozvane nesuverene države prema nadređenoj suverenoj. Jedina razlika, prema Kelzenu, između suverene države i općine - sopstveno pravo vladanja - počiva na tome što on uračunavanje toga prava od općine državi shvata isključivo na temelju normologičke podređenosti prve drugoj, a poredak nesuverene države pretpostavljaju kao najviši.

Ništa ne stoji na putu da se uračunavanje prava vladanja koje pripada nesuverenoj državi produži do onog poretka koji je nesuverenoj državi isto tako nadređen kao i nesuverena država općini. I taj poredak je zaista krajnja točka uračunavanja, njegova personifikacija se uistinu može zamisliti kao subjekt nekog sopstvenog prava vladanja, jer je on, i samo on, najviši suveren.

Pravno sve općine postoje samo zahvaljujući volji države. Država im općinskim poretkom daje pravnu egzistenciju, uređenje, nadležnost, prava i obveze, i ona sve to može preinačiti promjenom općinskog poretka. Ta karakteristika ne sadrži ništa drugo već samo normologički prikaz odnosa nekog nižeg, nesuverenog, prema nekom nadređenom poretku, suverenom i snadbjevenog suverenitetom kompetencije.

Kelzenovo pojmovno određenje nesuverene države, koje je u stvari pojmovno određenje suverene države, počiva na nesvjesnoj identifikaciji države sa suverenim pravni poretkom. Jedino to opravdava pretpostavku jednog prava koje se ne svodi na pravni poredak, jednog prava “koje počiva na samom sebi”.

Nije to nikakvo subjektivno, nego samo objektivno pravo koje se ovdje pojavljuje u uobičajenoj personifikaciji. Kelzen primjećuje da se to pokazuje i u nastojanju da se pravni karakter vladanja naglasi što snažnije, toliko snažno da čak dolazi do konstrukcije nekog “prava na pravo.”²⁰ To se najjasnije pokazuje onda

kada se istraži sadržina onog “prava” koje sačinjava suštinu države. Vladati znači zapovijedati i iznuditi poštovanje tih zapovijedi. Državno vladanje jeste prinudna vlast. Pravo je prinudni poredak.²¹

8. Oblasna suverenost kao suštinsko obilježje države

Bez bližeg upuštanja u učenje o elementima države uopće, Kelzen iznosi neke principijelne napomene o položaju koji, sa stanovišta normativnog pravnog razmatranja, pripada činiocu koji je označen kao “oblast” i koji predstavlja jedan od tri elementa države. Kao prirodno - naučno shvaćen dio zemljine površine, oblast može biti samo elemenat jednog realnog predmeta koji je dostupan samo prirodno - naučnom razmatranju, što baš država, država teorije državnog prava, nije.

Lako je pokazati da je, inače, sasvim nepravna predstava o državnoj oblasti kao prostoru u kojem se faktički odigravaju procesi vladanja označeni kao država - potpuno neodrživa. Ne samo zbog toga što već naoružani normativnim pojmom državne oblasti pristupamo “prirodno - naučnom” ili sociološkom istraživanju tih procesa vladanja, već zapravo pretpostavljamo ono što tvrdimo da ćemo odrediti. Koje bi razmatranje usmjereno samo na činjeničnost moglo nekome da pokaže granice države? Pa ni zbog toga što nisu samo “državni” procesi vladanja oni koji se odigravaju u tom prostoru.

“Za normativno razmatranje, kojem se država pokazuje kao jedan važeći poredak, kao sustav normi, oblast nije ništa drugo nego sastavni dio njene sadržine normi”.²² Kao bilo kad, norma važi i bilo gdje. Pošto norme, a posebno pravne norme, imaju za sadržinu ljudsko ponašanje, a ljudsko ponašanje se odvija u vremenu i prostoru, vrijeme i prostor su opće sadržine pravnih normi.

“Oblast” kao određen, pouzdano razgraničen prostorni dio zemljine površine, nije nužan, već samo pravilan uvjet važenja državnog poretka. “Pravilan” u dvostrukom smislu, i to na način, da za određenu oblast nipošto ne pretendira da važi čitav državni poredak bez izuzetka, tj. svaka pojedina norma na jednak način. Razumije se, izvjesne norme državnog poretka ne pretpostavljaju se kao važeće samo za državnu oblast. Primjeri važenja državnog poretka izvan uže državne oblasti je brod na otvorenom moru, državljanin u inozemstvu itd.

Po prosječnoj predstavi pravnika, država je jedna vrsta duševno - tjelesne

²⁰ Hans Kelzen, Problem suverenosti i teorija međunarodnog prava, Beograd, 2003. godine, str. 78.

²¹ Prinuda se ovdje shvata samo kao sadržina norme. Pravo je norma koja određuje uvjete pod kojima prinuda treba da se izvrši.

²² Hans Kelzen, Problem suverenosti i teorija međunarodnog prava, Beograd, 2003. godine, str. 80.

realnosti koja ispunjava određeni prostor. Nasuprot tome, dvostruka je proturječnost nejasnoća kada se elemenat države označen kao državna oblast smatra površinom, dijelom zemljine površine, i kada se svestrana ograničenost te oblasti smatra suštinskom. Dosljedno bi se kao elemenat države, pored vlasti i naroda, morao prihvatiti trodimenzionalan prostor koji pouzdano razgraničenje nalazi samo u horizontali, a ne u vertikali.

Također je veoma bitno pitanje da li se odnos između oblasti i države smije poistovjetiti s pravom svojine, na način da državi kao pravnom subjektu određena oblast pripada kao stvar, da država vlada oblašću. Međutim, evidentno je da se oblast, ako je dio pojma države, ne može odvojiti od države i kao stvar s vlastitom objektivnošću staviti naspram države kao ličnosti, kao nositelja volje. Ovdje u cijelosti prestaje analogija sa svojinom. Oblast je, dakle, prema klasičnom shvatanju sama država u svojoj prostornoj pojavi.

Činjenica da država u svojoj oblasti vlada, isključivo je izraz njene suverenosti. Na jednoj te istoj teritoriji, samo država može razviti svoju vlast. To se, naravno, ne može razumjeti u smislu faktičnosti. Naime, faktično, veoma često dvije države razvijaju svoju vlast na jednoj istoj oblasti.

Po svom sopstvenom smislu, državni poredak važi isključivo, ne samo prostorno, nego i vremenski, budući da istovremeno ne mogu biti dva državna poretka jedan pored drugoga, a i u tom smislu što jedne stvari može regulirati jedan, a druge stvari drugi državni poredak. To proizlazi iz nužnog jedinstva sustava koji predstavljaju norme državnog pravnog poretka. Zbog toga je zabluda da se isključivost državne vladavine smatra posljedicom elementa oblasti.

Važenje državnog poretka je isključivo samo ako se on pretpostavi kao najviši, ne dalje izvodljiv, kao suveren.

Tvrđnja da u okviru jedne iste oblasti može postojati samo jedna država, pretpostavlja suverenost kao suštinsko obilježje države.

Isključivost državnog poretka kao izraz njegove suverenosti ne znači samo da u okviru jedne, pouzdano razgraničene teritorije, vlada jedino država koja personificira taj poredak, nego i da je uopće samo taj poredak pretpostavljen kao važeći. Ako se pretpostavi više država koje su u svom teritorijalnom važenju međusobno razgraničene, onda je misaono nužan jedan poredak koji poduzima to uzajamno razgraničavanje, pa se zbog toga mora zamisliti da je iznad poredaka pojedinačnih država međunarodno pravo.

Tada na državnoj oblasti ne vlada ili ne postoji više jedino zajednica označena kao država, nego i zajednica konstituirana međunarodnim pravom.

10. Umjesto zaključka

Kelzenovo pravno - pojmovno shvatanje suverenosti i sinonimi suverenosti: neovisnost, jednakost i jednoglasnost

Kelzen je, pojednostavljeno rečeno, suverenost shvatio jednoznačno - kao pravni pojam i izvedenice pravnog pojma. Tipični predstavnik dvostrukog pojmovnog određenja države (prirodnog i pravnog) jeste Jellinek. Kelzen državu shvata kao normu i kao takvu je smatra identičnom s pravom. Država je, po Kelzenu, najviši poredak, tj. poredak koji je zamišljen kao neizvodljiv iz višeg poretka ili vrhovni pretpostavljeni poredak. Značaj Kelzenove filozofsko-pravne oštroumnosti onajviše se ogleda u tretiranju državnopravne i međunarodnopravne suverenosti. Kelzen odlučno odbacuje shvatanje državne suverenosti kao puke pravne posljedice postojanja države i pojam suverenosti izvodi na "čist pravno - pojmovni teren". Na tom tragu je i razlikovanje državno-pravne (unutarnje) i međunarodnopravne (vanjske) suverenosti, koje je za Kelzena besmisleno, jer bi se povlačenjem razlike između državnopravne i međunarodnopravne suverenosti praktično konstituirala dva različita pojma suverenosti, odnosno dvije različite suverenosti.

Suverenost se po Kelzenu sastoji u jednom i jedinom nedjeljivom obilježju (pojmu), te ne znači ništa drugo nego da je na taj način označeni državni poredak najviši i stoga od svakog drugog poredka neovisni poredak.

U duhu Kelzenovog jednoznačnog, ako ne i totalnog juridičkog shvatanja pojma suverenosti, mi i pojmove neovisnosti, jednakosti i jednoglasnosti koji su suvremena teorijsko - pravna sui generis nadopuna Kelzenovog razumijevanja suverenosti, shvatamo, jednostavno, kao sinonime suverenosti.

Neovisnost danas predstavlja posebni aspekt vrhovne vlasti jedne države koja se sastoji u isključenju vlasti bilo koje druge države. Tvrdnja da je država vrhovna vlast, tj. suverena unutar određenog područja, logično podrazumijeva da je ona neovisna i da nema vlasti iznad nje. Kao posljedica toga, svaka je država slobodna da vodi svoje unutarnje i vanjske poslove prema svojoj slobodnoj odluci, ukoliko nije ograničena ugovorom, zajedničkim ili nužnim međunarodnim pravom. Svaka država ima pravo da donese vlastiti ustav, da donosi zakone kakve želi, bez obzira na njihovo djelovanje na njene građane i da izabere bilo koji sustav administracije. Slobodna je da ima bilo koju vrstu vojne organizacije itd.

Budući da je neovisnost, u odsutnosti suprotnih ugovornih obveza, nužni kvalitet svih država, tako je dužnost poštivanja neovisnosti nužno pravilo međunarodnog prava.

Jednakost, također, nije ništa drugo već sinonim za suverenost, koji ukazuje na jedan poseban aspekt suverenosti. Ako sve države imaju vrhovnu vlast unutar svog područja, nijedna se ne može podvrgnuti bilo kojoj drugoj u vršenju ove

vlasti.

Nijedna država nema prava, u odsustvu suprotnih ugovornih obveza, da naloži bilo kojoj državi kakve zakone treba da donese i promijeni, ili da ih sama promijeni na teritoriju posljednje. Budući da su suverene, države ne mogu imati nikakvu zakonodavnu ili izvršnu vlast iznad sebe koja bi djelovala izravno na njihovom području. Međunarodno pravo jest pravo između koordiniranih, a ne podređenih zajednica. Države su podređene međunarodnom pravu, a ne jedna drugoj. To znači da su one jednake.²³

Iz načela jednakosti proizlazi jedno temeljno načelo međunarodnog prava, koje je odgovorno za decentralizaciju zakonodavstva i u određenoj mjeri za izvršne funkcije. Ono znači da su, s obzirom na zakonodavnu funkciju, sve države jednake, bez obzira na njihovu veličinu, stanovništvo i snagu. Na svakoj međunarodnoj konferenciji, koja stvara novo pravo za međunarodnu zajednicu, glas Paname vrijedi jednako kao i glas Sjedinjenih Država, a glas obje države potreban je da bi novi međunarodni propisi obvezivali i jednu i drugu državu. U suprotnom, velika i moćna država mogla bi upotrijebiti svoju stvarnu nadmoćnost u predstavljanju da nametne pravne obveze slaboj i maloj državi bez njene suglasnosti. Moćna bi država time učinila svoju vlast vrhovnom unutar teritorija male države, uništavajući njenu suverenost. U svim okolnostima pravilo jednoglasnosti daje svakoj državi koja sudjeluje u pregovorima pravo da odluči sama da li želi da bude vezana odlukom.

Kada god je potreban pristanak svih država sudionica da bi se dala pravna valjanost odluci, svaka država ima pravo veta na odluku jednako kad glasa protiv odluke ili da uskrati svoj pristanak.

Veto, dakle, suprotno strogom pravilu jednoglasnosti, ima djelovanje ne samo da oslobađa države koje se ne usuglase od svake pravne obveze na osnovu odluke, već i da sasvim zaustavi zakonodavni ili izvršni postupak.

Dok je pravilo jednoglasnosti logična posljedica suverenosti, ovo se ne može tvrditi za veto. Pravilo jednoglasnosti tvrdi: bez mojega pristanka vaša me odluka ne obvezuje. Veto tvrdi: bez mojega pristanka nema odluke uopće. Veto, drugim riječima, suočava države sudionice pregovorima s alternativom ili da se suglase s kolektivnom odlukom na koju pristaju svi ili da nema nikakve odluke. S obzirom na ovu dvostruku funkciju, jednako destruktivnu i stvaralačku, veto je više nego puka manifestacija suverenosti.

Međutim, bez obzira na različite kontroverze koje prate čisti dogmatski

²³ Članak 2. Povelje Ujedinjenih nacija kaže: "Organizacija se temelji na načelu suverene jednakosti svih svojih članova".

pravni pristup, proučavanju suverenosti ostaje na kraju da se na primjeru mirovnih ugovora da odgovor na Kelzenovo shvatanje međunarodnopravne suverenosti države i u tom kontekstu neograničenosti državne suverenosti. Naime, mirovni ugovori često nameću teška ograničenja pobijeđenoj državi s obzirom na veličinu i kvalitetu vojne organizacije, naoružanje, reparacije, ekonomsku politiku i općenito vođenje vanjske politike.

Njemačka, Austrija, Mađarska i Bugarska su ostale suverene države, usprkos jednostranoj pravnoj obvezi kojom su ih opteretili mirovni ugovori 1919. godine. Isti mirovni ugovori istakli su stanovite pobjedničke države, kao Čehoslovačku, Poljsku, Rusiju i Rumunjsku radi preuzimanja obveza, s obzirom na postupak prema određenim rasnim i religioznim manjinama među njihovim vlastitim podanicima.

Rumunjska, zajedno s Bugarskom, Crnom Gorom i Srbijom, podvrgnuta je takvim međunarodnim obvezama na temelju ugovora kojim je 1878. godine priznata kao suverena država. Često su se države, koje su se morale povinovati pravnim obvezama od kojih su druge države bile oslobođene, pozivale na načelo suverenosti i jednakosti da bi opravdale svoj zahtjev da se uklone ovi pravni tereti. Slijedeći Kelzenovo shvatanje suverenosti, proizlazi da poražena država nije zbog toga lišena suverenosti. Država je za Kelzenu u svojoj najdubljijoj suštini ograničavanje po sebi i stoga međunarodnopravne obveze ne "krnje" suverenost države. Država neku svoju normu može promijeniti pod istim uvjetima pod kojim je i donijela istu. U ovakvim slučajevima izlazak je uvijek u reviziji ugovora, a ne u problematiziranju suverenosti.

SPECIFIČNOSTI I NEDOSTACI DRŽAVNOG UREĐENJA BOSNE I HERCEGOVINE I REGIONALNA DRŽAVA*

Uvod

Organizacija državne vlasti centralno je pravno i političko pitanje postojanja, funkcionisanja, ali i opstanka svake države.

Organizacija državne vlasti podrazumijeva ustavno utvrđene ili stvarne odnose između zakonodavnih, izvršnih, upravnih i sudskih tijela, kako na nivou države kao cjeline, tako i na nivou lokalnih jedinica. Radi se o horizontalnom odnosu državnih tijela na istom nivou obavljanja državnih funkcija odnosno obavljanja vlasti.¹

Međutim, pored horizontalnog odnosa organa državne vlasti, za uspješno funkcionisanje i efikasnost državne vlasti veoma je bitan, ako ne i odlučujući, vertikalni odnos organa državne vlasti, jer se svaki nivo horizontalne organizacije sastoji od raznovrsnih državnih organa koji su vertikalno hijerarhijski uvezani u strukturu, od najnižeg nivoa, pa do centralnih državnih organa vlasti; od opštinskih institucija vlasti pa do najviših državnih.

Prostiranje i vršenje državne vlasti na cijeloj državnoj teritoriji, kako u horizontalnom, tako i u vertikalnom odnosu, jeste njeno osnovno obilježje. Na koji način će se vršiti državna vlast na cijeloj državnoj teritoriji i kakav će biti stvarni odnos državnih organa vlasti, zavisi od oblika državnog uređenja, tj. zavisi od toga da li se radi o unitarnoj ili složenoj državi, centralizovanoj ili decentralizovanoj državi. S druge strane, oblik državnog uređenja jedne državne zajednice zavisi od toga da li u njoj postoji jedna ili više državnih organizacija, odnosno da li je ta država podijeljena na unutrašnje dijelove koji ne posjeduju ili koji posjeduju svojstva države. Znači, način na koji su uređeni odnosi između centralnih i necentralnih organa vlasti naziva se državnim uređenjem. Odnos centralnih i necen-

* Rad recenzirao: prof.dr. Zdravko Grebo

¹ Radi pojašnjenja treba istaknuti da postoje različiti nivoi horizontalne organizacije vlasti koji se uglavnom mogu svesti na lokalni nivo; na opštine i gradove, na regionalni nivo; na različite oblike regionalne organizacije ili teritorijalne autonomije, na nivo federalnih jedinica; kantone i entitete i na nivo države kao cjeline.

tralnih organa vlasti određuje i položaj građana i njihovih asocijacija u procesu donošenja i izvršenja odluka.

Imajući u vidu međusobnu zavisnost između načina vršenja državne vlasti, s jedne strane, i oblika državnog uređenja s druge strane, može se govoriti o prostoj ili jednostavnoj državi na jednoj strani, ili pak o složenoj državi - federaciji i regionalnoj državi kao posebnom obliku složene države, na drugoj strani.² Iz ovoga se može nedvojbeno zaključiti da danas u svijetu postoje samo tri osnovna oblika državnog uređenja; unitarna ili prosta država, federalna ili složena država, te regionalna država kao poseban oblik složene države.

Imajući u vidu odnos između oblika državnog uređenja i organizacije državne vlasti, smatram da je neophodno u sadašnjem pravnom i političkom razvoju Bosne i Hercegovine posebnu pažnju posvetiti pitanju preobražaja oblika državnog uređenja Bosne i Hercegovine, naročito imajući u vidu činjenicu da je državno uređenje i organizacija državne vlasti u Bosni i Hercegovini proizvod međunarodnog javnog prava, a ne domaćeg - unutrašnjeg ustavnopravnog poretka.

U državno uređenje Bosne i Hercegovine i organizaciju državne vlasti uveden je etnički suverenitet, kao, do sada, nepoznat oblik suverenosti naroda, odnosno suverenosti države i njene vlasti. U tako uvedenom etničkom suverenitetu, ostao je nedorečen, što je potpuno normalno, oblik državnog uređenja i oblik organizacije državne vlasti, s obzirom da etnički suverenitet predstavlja jedan svojevrsan međunarodni eksperiment oko državnog uređenja i organizacije državne vlasti.

Isto tako, tema se čini posebno opravdanom i interesantnom zbog toga što oblik državnog uređenja Bosne i Hercegovine ne pripada ni jednom do sada, u teoriji i ustavnopravnoj praksi, poznatom modelu državnog uređenja. Postavlja se pitanje o kakvom je obliku državnog uređenja riječ, ako taj oblik sadrži elemente drugih oblika državnog uređenja koji su mu inkompatibilni; može li takav oblik državnog uređenja obezbijediti normalno funkcionisanje države, s jedne strane, i ravnopravnost građana i naroda s druge strane; da li su određena rješenja u državnom uređenju Bosne i Hercegovine prevladana; šta takva rješenja nude Bosni i Hercegovini u njenom razvoju ka modernoj demokratskoj državi kada se ima u vidu da su savremene demokratske države takva unutrašnja rješenja već odavno izbacile iz svog ustavnog uređenja?

Osim toga, takođe se postavlja pitanje kako odrediti oblik državnog uređenja Bosne i Hercegovine kojeg čine potpuno različito uređeni unutrašnji organizacioni dijelovi - entiteti, te može li on opstati i normalno funkcionisati?

² Ovakva podjela zasnovana je na činjenici da se realna unija i konfederacija ne mogu smatrati složenim oblicima države, jer se u tim slučajevima radi samo o savezu država.

Zbog toga i jeste u sadašnjoj fazi pravnog i političkog razvoja Bosne i Hercegovine temeljno pitanje, pitanje preobražaja oblika državnog uređenja koje će samo po sebi odrediti organizaciju državne vlasti na svim nivoima.

Iz tih razloga smatram da je sada pravo vrijeme da se pravno kritički osvrne na državno uređenje Bosne i Hercegovine kao složene države i, ujedno s pravnog aspekta, razjasni pojam regionalne države kao posebnog oblika složene države, jer je očigledno da je regionalna država jedan od mogućih oblika državnog uređenja Bosne i Hercegovine.

1. Državno uređenje Bosne i Hercegovine

Kod određivanja oblika državnog uređenja u Bosni i Hercegovini treba poći od činjenice da je u nauci javnog prava, kako u Bosni i Hercegovini, tako i izvan njenih granica, opšteprihvaćen stav da je državno uređenje u Bosni i Hercegovini po mnogo čemu specifično, pa čak i unikatno, u odnosu na oblike državnog uređenja u drugim državama. Te konstatacije nameću nužnost posebne pravnoteorijske i ustavnopravne analize oblika državnog uređenja u Bosni i Hercegovini u cilju utvrđivanja tih nedostataka i specifičnosti, a zatim i određivanja o kakvom se obliku državnog uređenja radi u Bosni i Hercegovini.

Zašto je to potrebno? Prije svega, zbog činjenice da oblik državnog uređenja Bosne i Hercegovine u sebi sadrži najviše elemenata složene države - federacije, ali takođe sadrži i određene elemente realne unije i konfederacije, kao već prevaziđenih pa i iščezlih oblika državnog uređenja. Polazeći od činjenice da oblik državnog uređenja određuje: s jedne strane, odnose između centralnih i necentralnih organa vlasti; i, s druge strane, položaj građana i njihovih asocijacija, potrebno je pravno ukazati da li takav oblik državnog uređenja Bosne i Hercegovine omogućava efikasno funkcionisanje državne vlasti, odnosno, da li stvara, ili, i stvara i odražava određena rješenja u kompletnom sistemu koja mogu dovoditi i do diskriminacije među narodima i građanima po raznim osnovama u ostvarivanju i zaštiti njihovih osnovnih ljudskih prava i sloboda.

Stoga se, imajući u vidu značaj oblika državnog uređenja, postavlja pitanje na koji način se uopšte, ali i konkretno, u svakom sistemu, određuje oblik državnog uređenja, odnosno, koji je to pravni, pa i politički, akt koji uređuje ta pitanja? Odgovor je samo jedan. Ustav, i to pisani ustav,³ zbog toga što je "shvatanje da je

³ Gotovo sva moderna i savremena društva, s izuzetkom Engleske koja je u specifičnim povijesnim okolnostima zadržala pretežno običajni ustav, imaju pisane ustave kao temelje svojih političkih i pravnih sistema. Dr. Nikola Visković, *Država i pravo*, Birotehnika CDO Zagreb, Zagreb 1995. godina, str. 167.

pisani ustav stvoren od posebne skupštine i po posebnom postupku nužan element demokratskog političkog sistema i sve do danas je neupitan postulat liberalnih i socijalnih demokratija”. U ustavu se “kao najvišem opštem normativnom aktu propisuju temeljna politička i socijalna prava i slobode čovjeka i građanina, postavljaju se neke osnovne norme o ekonomskom sistemu (vlasništvo, novac, tržište, planiranje), te nadasve se postavljaju norme o ustanovljavanju (konstituiranju) državne organizacije, tj. norme o ustrojstvu i djelovanju zakonodavnih, izvršno - političkih, sudskih i upravnih organa, norme o obliku vladavine, norme o državnom uređenju, norme o političkom sistemu i norme o odnosima među državnim organima, s većom ili manjom mjerom diobe vlasti, s većom ili manjom centralizacijom ili decentralizacijom”.⁴

Ustavom Bosne i Hercegovine, Bosna i Hercegovina je uređena kao složena država sastavljena od dva potpuno različita, po unutrašnjem uređenju i suprotna entiteta; Federacije Bosne i Hercegovine i Republike Srpske.⁵

Složeno državno uređenje Bosne i Hercegovine ne bi predstavljalo nikakvu posebnost da je kao takvo konstituisano unutrašnjim pravnim poretkom, odnosno da je proizašlo iz volje njenih naroda i građana kao rezultat njihovih ciljeva i potreba. Ali, upravo je obrnuto. Zato se opravdano postavlja pitanje zašto je državno uređenje u Bosni i Hercegovini takvo kakvo jest? Odgovor na ovo pitanje zahtijeva prethodno razjašnjenje, odnosno postavlja dodatna pitanja; na koji način je donesen Ustav Bosne i Hercegovine i koga je donio? U odgovoru na ovo pitanje istaknut će se slijedeće: prvo, Ustav Bosne i Hercegovine nazvan “Dejtonski ustav” je, kao Aneks 4., sastavni dio Opšteg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i

⁴ Dr. Nikola Visković, *Država i pravo*, str. 167.

⁵ a) Analizom njihovih ustava može se zaključiti da se radi o jednom prostom (unitarnom) entitetu - Republici Srpskoj i o jednom složenom, sa federalnim oblikom državnog uređenja - Federaciji Bosne i Hercegovine. Ta činjenica, već u osnovi, određuje složeno državno uređenje Bosne i Hercegovine. Dr. Snežana S. Savić, *Konstitutivnost naroda u Bosni i Hercegovini*, Pravni fakultet Banja Luka. Banja Luka 2000. godina, str. 23. i 24.

b) Ovdje treba napomenuti da se neće posebno analizirati ustavni položaj unutrašnjeg uređenja entiteta, bez obzira na njihovu različitu unutrašnju organizaciju, njihov položaj prema obliku državnog uređenja identičan je u odnosu na državno uređenje Bosne i Hercegovine, jer će iz analiziranja oblika državnog uređenja Bosne i Hercegovine proizaći o kakvom se obliku organizovanja radi kada su u pitanju njeni entiteti.

c) Ovdje će se samo napomenuti da složenost državnog uređenja Bosne i Hercegovine dodatno usložnjava i postojanje Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine kao posebnog unutrašnjeg dijela državnog uređenja Bosne i Hercegovine koji nije ustavna kategorija, ali koji ima zaokružen sistem vlasti: zakonodavnu, izvršnu i sudsku sa daleko povoljnijim finansijskim položajem u odnosu na entitete i kantone u Federaciji, s obzirom na obavezu entiteta da ga finansiraju u slučaju nedostatka sredstava za njegovo postojanje i funkcionisanje.

Hercegovini;⁶ drugo, u donošenju Ustava Bosne i Hercegovine direktno je učestvovala šira međunarodna zajednica i dvije susjedne države, Savezna Republika Jugoslavija i Republika Hrvatska,⁷ koje su imale dominantniji položaj u odnosu na Bosnu i Hercegovinu,⁸ i koje su, zahvaljujući takvom pregovaračkom položaju, Bosni i Hercegovini nametnule posebno, neprirodno rješenje, različito od ustavnih rješenja državnog uređenja u svojim zemljama, s kojim državna vlast u Bosni i Hercegovini zaista ne može biti ni funkcionalna ni efikasna; i treće, državno uređenje Bosne i Hercegovine sadrži u sebi kontradiktorna rješenja,⁹ koja čine upitnim

⁶ Dejtonskim mirovnim sporazumom okončan je rat na prostorima Bosne i Hercegovine, a bivša SR Bosna i Hercegovina, kao federalna jedinica bivše SFRJ, ustanovljena je kao nezavisna i samostalna državna zajednica sa specifičnom državnom strukturom u odnosu na ranije međunarodno priznatu Bosnu i Hercegovinu. Upravo zbog ovoga se može reći da Dejtonski mirovni sporazum, kako to uostalom govori i njegov naziv, spada u kategoriju međunarodnih sporazuma i to sporazuma kojima se okončava rat (mirovni sporazum). Prema formi (obliku), koja je kod svakog pravnog akta određena nadležnošću za njegovo donošenje, postupkom (procedurom) donošenja i samom materijalizacijom akta, Dejtonski mirovni sporazum spada u akte međunarodnog prava, odnosno u međunarodne sporazume (konvencije), i to u specifičnu vrstu ovih akata - mirovne sporazume, tj. sporazume kojima se okončava rat. To je vidljivo, kako s obzirom na subjekte koji su ga zaključili (i garante), tako i s obzirom na postupak u kome je postignut. Dr. Snežana S. Savić, *Konstitutivnost naroda u Bosni i Hercegovini*, str. 15. 16. i 17.

⁷ Potpisnice Dejtonskog mirovnog sporazuma su Bosna i Hercegovina, kao i njeni entiteti: Federacija Bosne i Hercegovine i Republika Srpska - u pogledu Aneksa IV - Ustav Bosne i Hercegovine, Republika Hrvatska i Savezna Republika Jugoslavija, a svjedoci (garanti) Evropska Unija, Republika Francuska, Savezna Republika Njemačka, Ruska Federacija, Ujedinjeno Kraljevstvo Velike Britanije i Sjeverne Irske i Sjedinjene Američke Države. Dr. Snežana S. Savić, *Konstitutivnost naroda u Bosni i Hercegovini*, str. 17.

⁸ U donošenju njenog ustava Bosna i Hercegovina je, u najboljem slučaju, bila samo jedna od strana, i to, van sumnje, sa naglašeno reduciranim uticajem pri odabiranju pojedinih ustavnih rješenja. Stoga Dejtonski ustav ima naglašena obilježja međunarodnog pravnog akta - ugovora između država, što ga udaljava od obilježja ustava kao pravnog akta jedne države i što je neminovno moralo biti na štetu njegovih normativnih karakteristika. Upravo su zbog toga mnogi društveni odnosi i pitanja (koji su, inače obavezan element ustava svake države) ostali bez ustavne definicije (ili sa nejasnom ili nedorečenom ustavnom definicijom). Prof. dr. Neđo Milićević, *Bosna i Hercegovina poslije Dejtona - nepodnošljivo skupa država*, Revija slobodne misli broj 4, Sarajevo, Decembar 1996. godina, str. 3-8.

⁹ Ako će Bosna i Hercegovina biti unija, tj. realna unija, ta tvorevina neće imati suverenitet, odnosno neće biti država, a suverenitet će imati države koje je čine, a samo će se u međunarodnom pravu ta unija, u ime država koje predstavlja pojavljivati kao jedan subjekt. Moguće je da realna unija ima i određene konfederalne elemente, ali sve dok ti elementi ne dostignu svojstva federativnosti, suština ostaje ista - ta tvorevina nema suvereniteta i ne smatra se državom. To će biti tvorevina ni na nebu ni na zemlji, sa stanovišta međunarodnog prava - država, tj. postojaće zajednički ali nesuvereni organi, sa stanovišta ustavnog prava - dvije države, svaka država imat će svoj najviši suvereni organ, skupštinu, sa punom zakonodavnom vlašću stvaranja pravnog poretka. Sa stanovišta unutrašnjeg razgraničenja te države će postojati tako da niti mogu normalno skupa egzistirati, niti se mogu odijeliti jedna od druge. Tako će i vuk biti sit i ovce na broju, Bosna i Hercegovina i neće biti država i "biće država". Prof. dr. Ibrahim Festić, *Rat, mir i pravo u Bosni i Hercegovini*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu - Centar za naučno istraživački rad, izdavačku djelatnost i pravne klinike Sarajevo, Sarajevo 2004. godina, str. 48. i 49.

postojanje demokratskih institucija i mehanizama podobnih za zaštitu osnovnih ljudskih prava i sloboda.¹⁰

Zato se za državno uređenje Bosne i Hercegovine može reći da, po teorijskim i ustavnopravnim karakteristikama, ne pripada, u čistom obliku, ni jednom od do sada poznatih oblika državnog uređenja, nego da je to uređenje jedna loša kombinacija elemenata drugih oblika državnog uređenja,¹¹ koji se međusobno isključuju i koji su kočnica uspostave efikasne i funkcionalne savremene demokratske države.

O obliku državnog uređenja Bosne i Hercegovine u pravnoj doktrini uopšte, a i u ustavnoj nauci, postoje vrlo različita mišljenja. Svakako da tu ima i mišljenja koja su ispolitizirana i kojima je cilj dodatno usložnjavanje unutrašnje ustavne, pa i cijele društvene situacije u Bosni i Hercegovini, koja će se kao nepotrebna, zaobići iz pravno-kritičke analize u ovom radu.

¹⁰ a) U "Dejtonskom sporazumu" postoji nelogičnost uvedena kroz sistem ljudskih prava: na jednoj strani "Dejtonskim sporazumom" ukinut je narodni (državlanski) suverenitet građana Bosne i Hercegovine koji bi građani trebali imati na cijeloj teritoriji Bosne i Hercegovine. Građanski ili narodni, odnosno državlanski suverenitet je u modernim demokratskim državama osnova konstituisanja organa državne vlasti (posebno predstavničkih). Na drugoj strani, Dejtonskim sporazumom se insistira na primjeni palete ljudskih prava i sloboda koja su regulisana u međunarodnim instrumentima o zaštiti ljudskih prava. "Dejtonskim sporazumom" se insistira na primjeni međunarodnih standarda ljudskih prava, predviđenih međunarodnim instrumentima, a istovremeno se u tom istom "sporazumu" tolerišu rješenja odnosno instituti koji počivaju na rasizmu i drugim oblicima diskriminacije među ljudima. S obzirom na delegatski način formiranja i funkcionisanja centralnih organa državne vlasti Bosne i Hercegovine prema "Dejtonskom ustavu", postavlja se pitanje ko će garantovani u tim aneksima odnosno instrumentima pobrojana prava i slobode, jer to centralni državni organi "dejtonske" države BiH neće biti u stanju zbog imanentne blokade u njihovom funkcionisanju. Riječ je, npr. o obezbjeđenju slobode kretanja, povratku izbjeglica svojim kućama, povratku nasilno oduzete pokretne i nepokretne imovine i dr. Nedžad Duvnjak, *Ogledi o Dejtonskoj Bosni i Hercegovini*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2004. godina, str. 14.

b) U višenacionalnoj zajednici narodi ostvaruju svoja suverena prava u državi kao cjelini, a ne samo na jednom dijelu teritorije države, jer višenacionalna država je po svom biću - višenacionalna, a ne većinsko i manjinsko nacionalna. Višenacionalna država isključuje postojanje bilo kakvih nacionalnih teritorija u državnompravnim smislu, cijela teritorija je slobodna za građane i narode i potpada samo pod jedinstven državni suverenitet. Prof. dr. Ibrahim Festić, "Rat, mir i pravo u Bosni i Hercegovini", str. 55.

¹¹ Ono što predstavlja ukupno bogatstvo i raznolikost državnog uređenja koje je do sada stvorila politička istorija Evrope, sjedinjeno je u isto vrijeme i na istom mjestu u Bosni i Hercegovini - i unitarna država - Republika Srpska, i federativna država - Federacija Bosne i Hercegovine, i realna unija između Federacije Bosne i Hercegovine i Republike Srpske. Prof. dr. Ibrahim Festić, *Rat, mir i pravo u Bosni i Hercegovini*, str. 51.

Kao što je rečeno, mišljenja o obliku državnog uređenja u Bosni i Hercegovini su podijeljena, i idu od određivanja Bosne i Hercegovine kao realne unije,¹² zatim federacije,¹³ i na kraju kao posebnog oblika složene države čije je unutrašnje državno uređenje međunarodna zajednica tako ustavno kreirala nastojeći da “iz stanja stvorenog silom u Bosni i Hercegovini, koje se u međunarodnoj javnosti

¹² a) Bosna i Hercegovina je realna unija dvije države: Federacije Bosne i Hercegovine i Republike Srpske jer se “Ustavom formalno i suštinski prekida kontinuitet sa ranijim sistemom, odnosno uređenjem Bosne i Hercegovine i priznaje njena teritorijalna podjela na dvije države; Republiku Srpsku i Federaciju Bosne i Hercegovine, kao i organi vlasti prethodno ustanovljeni u ove dvije države. Iako Ustavom nije određen oblik državne zajednice Bosne i Hercegovine, iz analize pojedinih odredaba Ustava, neosporno je da se radi o složenoj državi - sui generis - Uniji sastavljenoj od dvije države; Republike Srpske i Federacije Bosne i Hercegovine ili još konkretnije radi se o realnoj uniji u kojoj preovlađuju elementi konfederacije nad elementima koji su svojstveni federalnim državama zbog čega se ovaj oblik državne zajednice označava i kao posebna vrsta konfederacije. Dr. Petar Kunić, Republika Srpska država sa ograničenim suverenitetom, Atlantik bb Banja Luka, Banja Luka 1997. godina, str. 2.

b) Bosna i Hercegovina je jedna od najspecifičnijih i najneobičnijih unija. Ona nije država, a i jeste država; ona nije u cjelini suverena, a jeste međunarodni subjekt; ona nema svoju vojsku, svoju policiju i sve ono što obilježava elemente države. Ona ima derivativnu, delegiranu i ograničenu egzekutivu i mahom se odnosi na vanjske poslove i samo djelimično na unutrašnje. Takva egzekutiva ne vrši nikakvu neposrednu vlast nad građanima. Sve se prenosi na države članice i one prenose vlast na građane. Bosna i Hercegovina se normativno imenuje državom, ali ona to stvarno nije, barem ne u cjelini. Sastavljena je od dvije države (entiteta) različite strukture: Republike Srpske kao unitarne države i Federacije Bosne i Hercegovine kao složene države. Zar zaista može biti zajednica (u koju ulazi npr. jedna federacija) koja bi se nazvala unitarnom ili federalnom državom? Jasno je da tako nešto ne može biti. Može federacija ući samo u labaviji oblik, a to je konfederacija ili unija. Po svim obilježjima Bosna i Hercegovina je realna unija. Dr. Rajko Kuzmanović, Ustavno pravo, Centar za publikacije, Pravni fakultet Banja Luka, Banja Luka 2000. godina, str. 438. i 439.

¹³ a) “U okviru priznatog međunarodnopravnog kontinuiteta Bosne i Hercegovine Ustavom je izvršena modifikacija unutrašnje državne strukture. Od unitarne države uspostavljena je složena država. Njeni entiteti su kreirani Ustavom Bosne i Hercegovine. Oni su nastali devolucijom. Nova ustavna struktura nije nastala udruživanjem entiteta, nego su entiteti Ustavom priznati kao dijelovi federativnog uređenja države. Konkretnije rečeno nisu entiteti prenosili svoja ovlaštenja na državu, nego je Ustavom BiH izvršena distribucija nadležnosti između institucija Bosne i Hercegovine i entiteta”. Kasim Trnka, Ustavno pravo, Pravni fakultet Univerziteta u Bihaću i Studentska štamparija Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2000. godina, str. 316.

b) Kao oblik složene države federacija je nastala pretežno u novom vijeku. Njeno oblikovanje u novu državnu zajednicu odvijalo se na dva načina: stupanjem suverenih država u novi državni oblik ili unutrašnjim raslojavanjem dotad jedinstvene proste države na dvije ili više članica koje su dalje ostale u njenom sastavu, ali su uspostavile i svoje organe u nekadašnjem dvostranom odnosu centralnih i lokalnih organa. Dr. Fuad Muhić, Teorija države i prava, Fakultet kriminalističkih nauka Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 1997. godina, str. 95.

naziva etničkim ratom”, izlaz traži u federaciji, konfederaciji, pa i u realnoj uniji,¹⁴ jer je “prema Dejtonu Bosna i Hercegovina stvorena kao složena državna zajednica izrazito komplikovane državne strukture u kojoj njena dva entiteta imaju vrlo visok stepen obilježja države. BiH van sumnje ima određena obilježja federacije, ali s aspekta funkcionisanja državne vlasti takođe i veliki broj obilježja konfederacije, saveza država, jer, ono što je sigurno je to da će ovo biti skoro nepodnošljivo skupa država, a vjerovatno isto tako nepodnošljivo birokratizovana i neefikasna državna vlast”,¹⁵ odnosno “Ustavom Bosne i Hercegovine od 14. decembra 1995. godine utemeljen je vjerovatno najsloženiji oblik državnog uređenja koji je do danas poznat u svijetu. Bosna i Hercegovina određena je Ustavom kao država koja zadržava međunarodnopravni subjektivitet i članstvo u OUN, ali se ona više ne naziva ‘republikom’ i njezino je unutrašnje ustrojstvo promijenjeno u skladu s odredbama Ustava. Država Bosna i Hercegovina sastoji se od dva entiteta: Federacije Bosne i Hercegovine i Republike Srpske. Ustavno je uspostavljena odlukom tri konstitutivna naroda, Hrvata, Bošnjaka i Srba. Entiteti nisu određeni kao države, niti su posebno definirani u Ustavu. Oni imaju pravo sklapati međunarodne ugovore (uz saglasnost Parlamentarne skupštine) i uspostavljati posebne uporedne odnose sa susjednim državama (u skladu sa suverenitetom i teritorijalnim integritetom Bosne i Hercegovine). Entiteti raspolazu svojim oružanim snagama, ali ne smiju prijetiti drugima, bez pristanka vlade drugog entiteta ući s vojskom na njegovo područje, niti ugrožavati suverenitet i teritorijalno jedinstvo Bosne i Hercegovine. Entiteti, kao i kantoni koji ih sačinjavaju, imaju svoje ustave, koji moraju biti u saglasnosti s odredbama ustava širih zajednica”.¹⁶ Iako se iz ovakve formulacije utemeljenja državnog uređenja Bosne i Hercegovine dolazi do skoro istovjetnog zaključka da su entiteti Bosne i Hercegovine kreirani Ustavom i da su nastali devolucijom, prema navedenim autorima to nije tako, jer “je pravnu prirodu tog oblika državnog uređenja gotovo nemoguće odrediti primjenom već objašnjenih kriterija razlikovanja federacije i konfederacije, ali i uporediti s kojim drugim oblikom udruživanja država”. “Pregled mišljenja obuhvata raspon od onih koji ovom Ustavu odriču ustavne značajke i nazivaju ga ‘ustavnom iluzijom’, do onih koji ga

¹⁴ Prof. dr. Ibrahim Festić, Ljudska prava i suverenitet Bosne i Hercegovine, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu broj XLV/2002, Sarajevo 2002. godine str. 173. - 179.

¹⁵ Neđo Milićević, Pravni okvir za diskriminaciju, Dayton - nastavak u Bosni i Hercegovini, Pravni centar - Fond otvoreno društvo i Međunarodni Helsinški Parlament Građana, Hag, Januar 1997. godina, str. 9.

¹⁶ Smiljko Sokol Branko Smerdel, Ustavno pravo, Informator Zagreb, Zagreb 1998. godina, str. 297.

određuju novim pojmom ‘asimetrične konfederacije’, ‘segmentirane države’ ili pak ‘unije samostalnih političkih entiteta sa zajedničkom središnjom vlašću’. Izlaz se nalazi u pribjegavanju određenja takve države kao federacije sui generis”.¹⁷

Možda je najrealnija ocjena državnog uređenja Bosne i Hercegovine ona koja konstatuje da je “Dejtonsko - pariskim mirovnim sporazumom konstituisana Bosna i Hercegovina kao višestruko specifična i složena država, koju ni po obliku (modelu), ni po sadržini ustavnih rješenja o obliku te države, nije želio ni jedan konstitutivni narod, bolje rečeno, nacionalna politička rukovodstva koja su stvarala političku klimu i uticala na javno mnjenje. Činjenica je da Bosnu i Hercegovinu nije moguće svrstati ni u jedan od do sada poznatih oblika proste ili složene države”, jer su “karakteristika pravnog sistema Bosne i Hercegovine, kao i pravnih sistema entiteta u njenom sastavu (Republika Srpska i Federacija Bosne i Hercegovine) i određene nedovršenosti države. Sam izraz “entitet” često se tumači od svih strana (Bošnjaka, Hrvata i Srba) na način kako to njima odgovara u određenoj situaciji i pored činjenice da je nadležnost entiteta definisana Dejtonskim mirovnim sporazumom”.¹⁸

Ipak, imajući u vidu sve navedene tvrdnje koje idu u prilog i jednima i drugima i trećima, najviše činjenica govori da se u Bosni i Hercegovini radi o federativnom državnom uređenju iz razloga koji će dalje biti navedeni. Bez obzira što entiteti imaju kompletnu strukturu unutrašnjeg suvereniteta (vlast, teritoriju i stanovništvo) iz Ustava BiH proizilazi da entiteti nisu države niti se taj izraz za njih igdje spominje. Oni nemaju državne granice već samo administrativne linije razgraničenja, pa se, uz ostale odredbe Ustava Bosne i Hercegovine, jasno da zaključiti da entiteti Bosne i Hercegovine nisu ranije postojali niti su bili priznati kao države tako da i nisu mogli kao suverene države stvoriti novu državnu zajednicu - Bosnu i Hercegovinu.¹⁹ Osim toga, odlika svake države je njena suverenost koju ostvaruje narod na cijeloj teritoriji svoje države. Kako su narodi Bosne i Hercegovine Bošnjaci, Srbi, Hrvati i ostali njeni građani suvereni na cijeloj teritoriji države Bosne i Hercegovine,²⁰ jasno proizilazi da njeni entiteti nisu države, već samo subjekti njenog federativnog uređenja.

¹⁷ Smiljko Sokol Branko Smerdel, Ustavno pravo, str. 299.

¹⁸ Dr. Tihomir Gligorić, Zajedničke institucije Bosne i Hercegovine (od norme do stvarnosti), Narodna biblioteka Doboj, Doboj 2002. godina, str. 28. i 29.

¹⁹ O ovome detaljnije vidi dr. Petar Kunić, Republika Srpska država sa ograničenim suverenitetom, str. 3. i dalje.

²⁰ Ustavni sud Bosne i Hercegovine, Djelimična odluka broj U 5/98, Službeni glasnik Bosne i Hercegovine broj 23/00, Sarajevo 2000. godine.

Da se ne radi o realnoj uniji²¹ jasno pokazuje organizacija državne vlasti, jer “za razliku od državnog saveza, savezna je država država u kojoj suverena državna vlast raspoređuje ukupnost vršućih funkcija tako da ih ograničava na jedan kvantum funkcija koje ona obavlja, a ostatak, bez kontrole normi i načina izvršenja, sve dok su iste u ustavnim okvirima, prepušta vlasti nesuverenih država - članica, putem ustavnih ovlaštenja”, s obzirom da je “u saveznoj državi centralna državna vlast suverena i iz te svoje suverenosti dio vlasti prepušta nesuverenim državama - članicama savezne države, koju one vrše u zakonodavnoj i izvršnoj funkciji bez kontrole centralne vlasti”.²² Upravo iz navedenih konstatacija proizilazi da Bosna i Hercegovina nije savez država nego savezna država sa zaokruženom organizacijom državne vlasti i organima zakonodavne, izvršne i sudske vlasti, kao i svaka druga savezna država. Pitanje funkcionalnosti i efikasnosti državnih organa je drugo pitanje, o čemu će se raspravljati u drugim analizama.

Ono što je neprirodno biću države Bosne i Hercegovine jeste postojanje institucije posebnih i paralelnih odnosa entiteta sa susjednim državama koji, po samom nazivu i većinskom nacionalnom sastavu entiteta, preferiraju odnose Federacije Bosne i Hercegovine s Republikom Hrvatskom i Republike Srpske sa Srbijom,²³ što sigurno nije u interesu, s jedne strane najviše entitetski podijeljenom bošnjačkom narodu, i s druge strane, takođe, podijeljenom hrvatskom i srpskom naro-

²¹ Realna unija je specijalni oblik saveza država. Ona je onaj model saveza država koji nastaje pravnim udruživanjem dviju ili više država radi vlastite odbrane tako da jedna te ista osoba vrši državnu vlast; tako da udružene zemlje mogu proširiti savez i na druge državne funkcije. Realna unija je “kao strogo određena forma saveza država” moguća samo za države koje su imale organiziranu državnu strukturu u prošlosti ili su u sadašnjosti bile ustavne države, odnosno realnu uniju mogu formirati samo nezavisne, suverene države; svaka je druga mogućnost stvar čiste špekulativne prirode. Dr. Dragomir Džoić, *Federalističke teorije i hrvatska država*, Barbat Zagreb, Zagreb 1998. godina, str. 12. i 13.

²² Dr. Dragomir Džoić, *Federalističke teorije i hrvatska država*, str. 13.

²³ a) Ranije sa Saveznom Republikom Jugoslavijom a zatim sa državnim zajednicom Srbije i Crne Gore i to sve do proglašenja nezavisnosti i samostalnosti Republike Crne Gore.

b) Sporazumima o posebnim (paralelnim) odnosima sa susjednim državama - SRJ i Hrvatskom - Bosna i Hercegovina postaje uslovljena država, tj. država koja može funkcionirati (uopće) ako sklopi te sporazume i (onoliko) u mjeri u kojoj je to tim sporazumima “stipulirano”. Stoga nije daleko od pameti ni zaključak da se kroz ove odnose između BiH i njenih susjeda uvode svojevrtni vazalni odnosi, ma koliko to bio anahronizam u sadašnjosti. Entiteti se tako pojavljuju kao nehistorijske, nefunkcionalne i nepravedne tvorevine, oni su rezultat rata na području Bosne i Hercegovine i imaju sada smisao samo radi postojanja paralelnih odnosa sa dvjema susjednim državama - Jugoslavijom i Hrvatskom, putem čega ove dvije države zadovoljavaju svoje hegemonističke interese u odnosu na BiH, što je i bio razlog rata prema (u ovoj) državi. Time se može objasniti i podjela teritorije (fifti - fifti), kao i nepostojanje funkcija države Bosne i Hercegovine putem kojih bi ostvarivala svoj suverenitet. Nedžad Duvnjak, *Ogledi o Dejtonskoj Bosni i Hercegovini*, str. 66. i 67. i dalje.

du, kao i drugim narodima i građanima u Bosni i Hercegovini.²⁴ Institucija posebnih i paralelnih odnosa direktno utiče na suverenitet Bosne i Hercegovine svrstavajući njene entitete pod okrilje susjednih država prema gore navedenim kriterijima, bez obzira što BH entiteti te odnose mogu zaključivati i njima uređivati tačno određena pitanja koja su utvrđena Ustavom Bosne i Hercegovine i na čije sporazume saglasnost da Parlamentarna skupština Bosne i Hercegovine, i bez obzira što u svim saveznom državama unutrašnje članice mogu direktno sklapati određene ugovorne odnose s drugim suverenim državama, jer se ovdje radi o neprirodnom svrstavanju i ujedno razvrstavanju naroda i građana Bosne i Hercegovine.

Reforme koje su potpuno provedene u oblasti carina i poreza, uspostavi vojske Bosne i Hercegovine, kao i reforme na uspostavi jedinstvenije policije na nivou Bosne i Hercegovine, zaokružiti će, uz već ranije uspostavljenu sudsku vlast na nivou države, kompletnu zakonodavnu, izvršnu, upravnu i sudsku vlast, pokazuju da se u Bosni i Hercegovini radi o federativnom državnom uređenju.

Osim toga, u prilog federativnog uređenja Bosne i Hercegovine, bez obzira na neka nova ustavna rješenja, govori i supremacija države nad entitetima. Ta supremacija se ogleda u mjestu i ulozi Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, a samim tim i njegovih pravnih akata kojima će “reći šta je ustavno, a šta nije, i time ekstremne političke opcije pretvorene u zakone, dovesti na mjeru općih interesa utvrđenih u Ustavu kako pojedine etničke grupe, tako i pojedinih građanskih opcija artikuliranih u programima i odlukama političkih stranaka i njihove izborne većine u skupštinama, koja ih pretvara u zakone”. “U Ustavu je propisana obaveza Ustavnog suda Bosne i Hercegovine da svoje odluke donosi u skladu sa Ustavom. Ustavni sud je jedini nadležan da donese odluku o sporu dva entiteta u nekom pitanju koje proizilazi iz Ustava Bosne i Hercegovine, zatim u sporu između Bosne i Hercegovine ili jednog ili oba entiteta te između institucija Bosne i Hercegovine. Posebno je potencirana nadležnost Ustavnog suda da odlučuje da li su ustavne odluke entiteta da uspostavi paralelne odnose sa susjednom državom, kao i o tome da li je bilo koja odredba ustava ili zakona entiteta u skladu s Ustavom Bosne i Hercegovine.”²⁵

²⁴ To je najbolje uočilo državno vođstvo Republike Hrvatske koje je odustalo od takvih odnosa sa entitetima, koje sve odnose zaključuje sa državom Bosnom i Hercegovinom, zbog toga što na taj način samo produbljuje podjelu ionako već teritorijalno podijeljenog hrvatskog naroda, i što se time, bez obzira na Dejtonski mirovni sporazum, direktno miješa u suverenost druge države. Isti je slučaj i sa ostalim konstitutivnim narodima, ali i Oostalima, kada su u pitanju takvi odnosi sa bilo koje entitetske strane.

²⁵ a) Prof. dr. Omer Ibrahimagić, *Supremacija Bosne i Hercegovine nad entitetima*, Vijeće Kongresa bošnjačkih intelektualaca Sarajevo, Sarajevo 1999. godina, str. 31. i 32.

Bez obzira na postojanje određenih elemenata koji nisu federativnog karaktera, iz ustavnih odredbi jasno se vidi da se u Bosni i Hercegovini, u okviru njenog državnog uređenja, ne radi o realnoj uniji niti o konfederaciji, iako postoje neki elementi tih oblika državnog uređenja, kao što i u svakom drugom obliku postoje elementi drugih oblika državnog uređenja s manjim ili većim pravnim domašajem, jer bi u tom slučaju navedene i druge nenavedene nadležnosti Bosne i Hercegovine bile u isključivoj nadležnosti njenih entiteta.

I na kraju, ono što svaku federaciju nedvosmisleno odvaja od konfederacije i unije, jeste postojanje ustava kao najvišeg pravnog i političkog akta jedne zemlje. Naime “u federaciji je njen osnovni konstitutivni akt ustav, akt internopravnog karaktera. Njega i donosi i mijenja najviši organ federacije, njen parlament, u kome se nalaze i predstavnici federalnih jedinica; najčešće se traži i saglasnost federalnih jedinica, ali nije neophodna njihova jednoglasnost, već je dovoljno da se saglasi određena većina njih. Samim tim, do izmjene ustava može da dođe i protiv volje pojedinih federalnih jedinica, koje ne raspolažu ni pravom nulifikacije, niti pravom secesije,²⁶ pa na temelju toga “organizacija i funkcionisanje čitavog federalnog uređenja počivaju na osnovama koje postavlja ovaj ustav. Samim tim, svi ostali opšti akti koji se donose u federalno uređenoj državi moraju da budu u skladu s federalnim ustavom. I to kako opšti akti koje donosi federacija, tako i opšti akti koje donose federalne jedinice”, dok “osnovni konstitutivni akt jedne konfederacije predstavlja konfederalni pakt - ugovor kojim članice konfederacije obrazuju konfederaciju. Ovaj pakt ima sva svojstva međunarodnih ugovora, tako da je za njegovu izmjenu neophodna saglasnost svih članica, odnosno njihova jednoglasnost. Iz ovoga slijedi da članice raspolažu pravom nulifikacije, tj. pravom neprihvatanja odluka organa konfederacije s kojima se ne slažu, i pravom secesije, tj. pravom istupanja iz konfederacije ako im i kada im dalje članstvo u njoj ne odgovara. Praktično, bez potrebe da idu u ova krajnja rješenja, članice svojim vetom mogu da onemoguće donošenje odluka koje ne žele”.²⁷

b) Po principu supremacije Ustava, Bosna i Hercegovina se ne razlikuje od drugih federativno uređenih država. Međutim, u primjeni ovog demokratskog načela bez kojeg se ne može govoriti o vladavini prava i pravnoj državi javljaju se mnoge teškoće. One proizilaze, prvenstveno, iz činjenice da institucionalni i pravni sistem još nije dograđen. Nije razvijen mehanizam izvršavanja odluka institucija BiH, uključujući i izvršavanje odluka Ustavnog suda BiH. Takođe se javljaju različite interpretacije podjele nadležnosti između institucija BiH i entiteta. Kasim Trnka, Ustavno pravo, str. 319.

²⁶ Dr. Miodrag Jovičić, Savremeni federalizam, Savremena administracija Beograd, Beograd 1973. godina, str. 21.

²⁷ Dr. Miodrag Jovičić, Savremeni federalizam, str. 21.

Iznijete tvrdnje koje govore u korist federalnog državnog uređenja sadrži i Ustav Bosne i Hercegovine.²⁸

Imajući u vidu argumente i za i protiv federacije, smatram da se državno uređenje Bosne i Hercegovine može podvesti pod federalizam, jer je “Ustav Bosne i Hercegovine kreirao federativne odnose i institucije koji, uglavnom, odgovaraju teorijskom modelu”, koji se ogleda u slijedećem:

prvo, “dva subjekta federacije - građani i federalne jedinice su predstavljena u Parlamentarnoj skupštini Bosne i Hercegovine. U Predstavničkom domu su predstavljeni građani, a u Domu naroda federalne jedinice u kombinaciji s predstavljanjem tri konstitutivna naroda”;

drugo, “Ustav Bosne i Hercegovine je konstitutivni akt. Njime je izvršena distribucija nadležnosti između države i entiteta i određen status entiteta. Bosna i Hercegovina je nosilac suvereniteta i u međunarodnim i u unutrašnjim odnosima”;

treće, „na nivou države i entiteta postoji odvojena struktura državnih organa“;

četvrto, „postoji supremacija Ustava Bosne i Hercegovine nad zakonima Bosne i Hercegovine, ustavima i zakonima entiteta. Time se osigurava jedinstvo pravnog sistema u zemlji. Kontrolu i zaštitu ustavnosti vrši Ustavni sud Bosne i Hercegovine“;

peto, „država Bosna i Hercegovina je međunarodnopravni subjekt u punom kapacitetu. Entiteti mogu, u okviru svojih nadležnosti, zaključivati međunarodne ugovore uz saglasnost Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine“; i

šesto, „postoji državljanstvo Bosne i Hercegovine. Državljanstvo entiteta nema značaja u međunarodnim odnosima“.

To znači da je “prema ovim i drugim elementima, ustavni sistem Bosne i Hercegovine respektovao osnovne principe federativno uređene države, u kojem postoji supremacija države u odnosu na entitete, u kojem je ostvaren visok stepen

²⁸ Naime, članom XI Ustava, predviđeno je da se ovaj Ustav može mijenjati odlukom Parlamentarne skupštine, uključujući dvotrećinsku većinu prisutnih poslanika koji glasaju u Predstavničkom domu. Istina, mora se priznati, da Ustavom Bosne i Hercegovine, što je inače slučaj u svim konfederacijama, nije dopuštena mogućnost da bilo koji od dva entiteta može istupiti iz Bosne i Hercegovine, naprotiv, čak je izričito predviđeno da sporazumi o specijalnim paralelnim vezama koje entiteti mogu sklapati sa susjednim državama ne smiju narušavati teritorijalni integritet i suverenitet Bosne i Hercegovine. Dr. Snežana S. Savić, Konsitutivnost naroda u Bosni i Hercegovini, str. 39. i 40.

autonomije entiteta i u kojem entiteti participiraju u ostvarivanju nadležnosti države“;²⁹ kojeg u dogledno vrijeme još treba prilagođavati stvarnim i realnim potrebama naroda i građana Bosne i Hercegovine, zbog toga što unitarno uređenje vjerovatno ne bi predstavljalo pogodno rješenje za višenacionalnu državu, bez obzira na stepen decentralizacije uveden u njoj.

2. Regionalna država - poseban oblik složene države

Regionalna država je novi oblik državnog uređenja koji se prvo javlja krajem prve polovine dvadesetog vijeka,³⁰ a zatim, tri decenije kasnije, dobija i svoju potvrdu u drugoj državi koja uvodi regionalni oblik državnog uređenja.³¹ Nastanak regionalne države vezuje se za historijske, etničke, jezičke, geografske, ekonomske, tradicionalne i druge faktore koji zahtijevaju da se pojedinim područjima u okviru jedinstvene države prizna poseban status jači od statusa jedinica lokalne samouprave najvišeg stepena, ali ipak slabiji od statusa federalne jedinice u saveznoj državi.

Zapravo, regionalna država je oblik državnog uređenja, međuoblik, između unitarno uređene države i federacije, s obzirom da je “za regionalnu državu s pravom rečeno da spaja izvjesne dobre strane i unitarne i federalno uređene države, a da u isto vrijeme otklanja pojedine slabosti i jednog i drugog oblika državnog

²⁹ a) Kasim Trnka, Ustavno pravo, str. 321. i 322.

b) Respektujući navedeno mišljenje i sve navedene elemente koji su, teorijski nesporno, temeljno obilježje svake federativno uređene države, ne treba zaboraviti da Bosna i Hercegovina još ni izdaleka nije ostvarila, kako unutrašnji, tako i vanjski - međunarodnopravni suverenitet, imajući u vidu činjenice da, država Bosna i Hercegovina još nema zaokruženu izvršnu vlast (policija i neke druge institucije), kao i ulogu koju ima Visoki predstavnik u Bosni i Hercegovini, što Bosnu i Hercegovinu, praktično stavlja pod protektorat međunarodne zajednice.

³⁰ Prva regionalna država obrazovana je najpre u Italiji Ustavom od 1948. godine. Veoma lako je postignuta saglasnost o neminovnosti ukidanja dotadašnjeg unitarnog, centralističkog uređenja, ali su se koplja lomila između pristalica ideje o uvođenju federalizma i onih koji su se zadovoljavali regionalizacijom zemlje, sa davanjem najšire autonomije regionima. Preovladale su ove druge ideje, Italija je Ustavom (u članu 5.) proglašena “jedinstvenom i nedjeljivom”, ali uz obavezu Republike da “priznaje i unapređuje lokalne autonomije; uvodi u službe koje zavise od države najširu administrativnu decentralizaciju; usklađuje načela i metode svoga zakonodavstva sa potrebama autonomije i decentralizacije. Miodrag Jovičić, Regionalna država, Vajat Beograd, Beograd 1996. godina, str. 15. i 31.

³¹ Španija je od 1978. uvela oblik državnog uređenja koje je mnogo više poslužilo kao model prave regionalne države. Miodrag Jovičić, Regionalna država, str. 30. i 31.

uređenja. Najkraće rečeno, regionalna država više od federacije obezbjeđuje ‘jedinstvo različitosti’, ali, s druge strane, izbjegava pretjeranu koncentraciju vlasti, inače svojstvenu unitarnoj državi. Ona vodi računa o posebnostima pojedinih dijelova zemlje i daje im pravo na sopstveno organizovanje, ali ne dopuštajući mogućnost ugrožavanja državnog jedinstva. Regionalna država se zasniva na ideji autonomije i s njom povezane demokratije, obezbjeđujući učešće građana i u upravljanju samima sobom i u vršenju vlasti”.³²

Kičmu regionalne države sačinjava: poseban ustavni status i organizacija regiona;³³ učešće regiona u organizaciji i funkcionisanju centralnih organa vlasti; i odnosi dva nivoa vlasti. Ova obilježja regionalne države zahtijevaju da se, prije svega, podvuče razlika između regiona i federalne jedinice s jedne strane, i regiona i jedinice lokalne samouprave najvišeg stepena, s druge strane. Te razlike se ogledaju u sva tri navedena elementa.

Kada je u pitanju ustavni status i organizacija regiona, odmah treba uočiti da, bez obzira što su ustavna kategorija i što uživaju daleko veću autonomiju od jedinica lokalne samouprave, regioni nemaju elemente državnosti koji su osnovna odlika federalnih jedinica, a samim tim ne raspolažu ni ustavotvornom vlašću niti samostalnošću koju imaju federalne jedinice. Međutim, djelimično kao i federalne jedinice, regioni imaju svoje izborne organe - regionalnu skupštinu i izvršne organe - regionalnu vladu i predsjednika regiona, što ih, za razliku od jedinica lokalne samouprave najvišeg stepena, približava federalnim jedinicama. Ali, položaj regionalnih organa je drugačiji u odnosu na položaj organa federalnih jedinica koji su potpuno samostalni organi u okviru prava i dužnosti utvrđenih ustavom federalne jedinice čiji ustav mora biti u saglasnosti sa saveznim ustavom, zbog toga što položaj regionalnih organa zavisi i od toga što u regionu postoje i organi centralne vlade s posebnim ovlaštenjima u odnosu na rad i akte regionalnih organa.³⁴

Da li će u regionalnoj državi regioni imati više elemenata unitarnog ili elemenata federalnog uređenja zavisi od obima njihove nadležnosti utvrđene usta-

³² Miodrag Jovičić, *Regionalna država*, str. 15. i 16.

³³ Regioni su ustavom uvedeni kao autonomne jedinice sa sopstvenom vlašću i funkcijama, a prema načelima utvrđenim u ustavu. Time su oni postali ustavna kategorija. Miodrag Jovičić, *Regionalna država*, str. 31.

³⁴ U Italiji, “na području regiona Vlada imenuje svoga povjerenika (komesara) koji kontroliše obavljanje funkcija države i usklađuje ih sa funkcijama samog regiona. Povjerenik daje saglasnost na zakone, usvojene u regionalnom savjetu”, a u Španiji “Zakonodavna skupština autonomne zajednice bira predsjednika autonomne zajednice, a imenuje ga kralj. On rukovodi savjetom vlade, predstavlja zajednicu i, ujedno, predstavlja državu u zajednici”. Miodrag Jovičić, *Regionalna država*, str. 34. i 41.

vom. Ustavom regionima mogu biti dodijeljene izvjesne nadležnosti slične onima kojima raspolažu federalne jedinice u federacijama s racionalno izvršenom raspodjelom nadležnosti. Imajući u vidu vrste organa koje imaju, regioni uvijek raspolažu normativnim ovlaštenjima koja mogu biti šira ili uža,³⁵ nadležnostima u

³⁵ a) Specifičnosti pojedinih područja Italije bile su uzrok uvođenju originalnog regionalizma koji se sastoji u postojanju dvije vrste regiona. Jednu grupu (njih 15) sačinjavaju regioni s redovnim statusom, a drugu (njih 5) regioni koji uživaju poseban status. Pravom na donošenje regionalnih statuta raspolažu samo regioni s redovnim statusom. Iz toga bi se, na prvi pogled, moglo zaključiti da je njihovo pravo samoorganizovanja veće u odnosu na regione s posebnim statusom. Međutim, njihovi statuti moraju se strogo kretati u okvirima ustava i zakona, a proglašava ih svojim zakonom Parlament, što praktično znači da je usvajanje statua od strane regionalnog savjeta samo utvrđivanje prijedloga odgovarajućeg zakona. Za razliku, statute regiona s posebnim statusom utvrđuje neposredno Parlament donošenjem ustavnog zakona (dakle, zakona s jačom pravnom snagom od običnih zakona), pri čemu sadržina tih statuta nije vezana ustavnim odredbama o regionalnoj autonomiji. Razlike između dvije grupe regiona dolaze do izražaja i u njihovim nadležnostima. Nadležnosti regiona s redovnim statusom utvrđene su ustavom i to tako što su, prvo, pobrojane materije u kojima region može, “u granicama ustavnih načela utvrđenih zakonima”, donijeti propise (regionalne zakone), i drugo, što regioni mogu donositi propise za izvršenje zakona Republike onda kad su tim zakonom na to ovlašteni. To znači da regioni u svakom slučaju mogu svoja normativna ovlaštenja koristiti tek pošto budu donijeti odgovarajući državni zakoni. Drugim riječima, njihove nadležnosti nisu originerne (kao u slučaju države) nego derivativne. Inače, nadležnosti regiona obuhvataju, osim regulisanja organizacije regionalnih organa i njihovih službi, uređivanje infrastrukture u regionu, izvjesne privredne funkcije regionalnog značaja (u oblasti zemljoradnje, šumarstva, lova i ribolova, turizma, zanatstva, saobraćaja), socijalne, zdravstvene i obrazovno - kulturne institucije i sl. Regioni s posebnim statusom nisu u svojoj normativnoj djelatnosti ograničeni navedenim uslovima; oni u skladu sa svojim statutom raspolažu širim ovlaštenjima i mogu ih koristiti ne čekajući prethodno zakonsko regulisanje materije u pitanju. Miodrag Jovičić, Regionalna država, str. 31., 32. i 33.

b) Nadležnosti autonomnih zajednica su ustavom utvrđene na poseban, veoma detaljan način. Ustav najpre sadrži spisak nadležnosti autonomnih zajednica, formulisanih u 22 dvije tačke. Istovremeno, ustavom su u 32 tačke nabrojane i isključive nadležnosti države, s tim što je u nizu tačaka utvrđeno da u nadležnost države spadaju “osnovi”, “osnovne norme”, “osnovno zakonodavstvo”. To, dakle, pruža mogućnost autonomnim zajednicama za dopunsko regulisanje. Ostale materije koje ustavom nisu izričito dodijeljene državi mogu autonomne zajednice regulisati svojim statutima. Ako pak one to ne učine, nadležnost i u ovim materijama pripada državi. Osim u materijama stavljenim u isključivu nadležnost autonomnih zajednica, državni propisi imaju, u slučaju sukoba, jaču snagu od propisa autonomne zajednice. Ustav, međutim, predviđa mogućnost proširivanja normativne nadležnosti autonomnih zajednica, i to na dva načina. Prvo, time što će Kongres putem posebnih okvirnih zakona ovlastiti autonomne zajednice (sve ili samo neke) da, “u okviru načela, osnova i direktiva utvrđenih zakonom”, donose dopunske propise. I drugo, time što organskim zakonom mogu autonomnim zajednicama biti prenesena ili delegirana ovlaštenja koja spadaju u materije u kojima je država titular. Miodrag Jovičić, Regionalna država, str. 39. i 40.

izvršno - upravnoj sferi i mora im biti obezbijeđen izvjestan stepen finansijske autonomije, prije svega u vidu ubiranja sopstvenih prihoda.³⁶

Nezavisno od stepena autonomije kojeg regioni uživaju, oni su u isto vrijeme učesnici i u obrazovanju i u radu najviših državnih organa. Učešće regiona u organizaciji i funkcionisanju centralnih organa vlasti jeste pokazatelj koji govori da li je regionalno uređena država bliža unitarnoj ili federalno uređenoj državi. Učešće regiona u obrazovanju i radu centralnih organa vlasti vrši se preko gornjih domova parlamenta. Gornji domovi parlamenta u regionalno uređenim državama, pored ustavom navedenih nadležnosti, imaju i pravo zakonodavne inicijative. Zastupljenost regiona u gornjem domu nije paritetna, već zavisi od broja stanovnika regiona, a ni izbor članova gornjeg doma nije isti. U Italiji se izbor članova gornjeg doma vrši putem opštih neposrednih izbora s određenim manjim brojem neizabranih članova,³⁷ dok se članovi gornjeg doma u Španiji biraju u zakonodavnoj skupštini autonomne zajednice. Vjerovatno se zbog toga i položaj gornjeg doma razlikuje u Italiji i Španiji. Gornji dom, Senat, kako se naziva u obje zemlje, u Italiji je ravnopravan u donošenju odluka s predstavničkim domom naroda, dok u Španiji gornji dom ima pravo ograničenog - suspenzivnog veta na zakonske prijedloge usvojene u predstavničkom domu, ali to veto biva anulirano ponovnim izglasavanjem prijedloga zakona u tom domu.

³⁶ a) Regioni obavljaju i upravne funkcije u materijama u kojima raspolažu normativnim ovlaštenjima, ali im država može delegirati obavljanje i drugih upravnih funkcija. Država, međutim, može svojim zakonom obavljanje funkcija načelno povjerenih regionima, koje su "od isključivo lokalnog interesa" dodijeliti i jedinicama lokalne samouprave - pokrajinama i opštinama - na području regiona. Miodrag Jovičić, Regionalna država, str. 34.

b) Regioni raspolažu i izvjesnom finansijskom autonomijom, utvrđenom zakonima. Oni mogu ubirati sopstvene prihode, raspolagati sopstvenom imovinom, a imaju i pravo na učešće u državnim porezima u srazmjeri s potrebama regiona u vršenju njihovih redovnih funkcija.

Autonomne zajednice uživaju i odgovarajuću finansijsku autonomiju i u okviru nje raspolažu i sopstvenim приходima čije su vrste pobrojane u ustavu. Država može davati i kredite autonomnim zajednicama u cilju obezbjeđivanja minimalnog nivoa obavljanja osnovnih javnih službi na teritoriji Španije. Značajno je istaći da ustav predviđa postojanje posebnog fonda za kompenzacije, iz koga će se vršiti investiciona ulaganja sa ciljem "ispravljanja ekonomske neravnoteže između pojedinih područja", kao i "efektivnog ostvarivanja načela solidarnosti". Miodrag Jovičić, Regionalna država, str. 34. i 40.

³⁷ Osim izabranih članova u Senat ulaze bivši predsjednici Republike, kao i najviše pet doživotnih senatora koje predsjednik Republike može imenovati među građanima "koji su proslavili otadžbinu najvećim zaslugama na polju društvenom, naučnom, umjetničkom i književnom". S obzirom da Senat ima sada 315 članova, ovaj udio članova koji nisu izabrani po regionima je zanemariv. Miodrag Jovičić, Regionalna država, str. 35.

I najzad, odnosi između države i regiona su postavljeni tako da su državni organi hijerarhijski nadređeni organima regiona i u zakonodavnoj i u izvršno - upravnoj sferi. Nadređenost države nad regionima se manifestuje, s jedne strane, u određenim obavezama predsjednika regionalnog odbora koji, pored predstavljanja regiona i proglašavanja regionalnih propisa, rukovodi i upravnim funkcijama koje država delegira regionima uz pridržavanje uputstava vlade, i s druge strane, pravi- ma državnog povjerenika, vlade, parlamenta, ustavnog suda i drugih organa prema organima regiona.

Državni povjerenik kontroliše obavljanje funkcija države i usklađuje ih s funkcijama samog regiona i daje saglasnost na zakone usvojene u regionalnom savjetu. Vlada vraća zakone usvojene u regionalnom savjetu na ponovno izjašnja- vanje ukoliko je tim zakonima region prekoračio svoje nadležnosti ili ukoliko su ti zakoni u suprotnosti sa nacionalnim interesima države ili drugog regiona. U slučaju ponovnog izglasavanja zakona u istovjetnom tekstu u regionalnom savjetu, vlada se može obratiti ustavnom sudu kada je u pitanju nesaglasnost regionalnog s državnim zakonom, a u slučaju kada je zakon u suprotnosti sa nacionalnim intere- sima, vlada se obraća Parlamentu za odluku po tom pitanju. Rad regionalnih organa je podvrgnut nadzoru državnih organa s pravom ukidanja, odnosno poništavanja nezakonitih i necjelishodnih akata. Predsjednik republike može pod određenim uslovima raspustiti regionalni savjet i do izbora novog savjeta vršiti njegovu ulogu. Odluke svih ovih organa su konačne.

Da bi se dala ocjena pravne prirode regionalne države, potrebno je prvo odrediti pravnu prirodu regiona, a zatim tačno naznačiti sličnosti i razlike između regiona i jedinica lokalne samouprave najviše kategorije u unitarno uređenoj državi, te regiona i federalnih jedinica u federaciji.

Iako su regioni ustavna kategorija i konstituensi regionalno uređene države s posebnim statusom i u teritorijalnoj organizaciji vlasti i u obrazovanju najviših državnih organa, njihova pravna priroda se razlikuje od pravne prirode federalnih jedinica po stepenu samostalnosti. Najviši konstitutivni akt regiona je statut koji nesamostalno donosi najviši regionalni organ, s obzirom da ga potvrđuje parla- ment, ili ga čak i donosi, uz određeno prethodno učešće predstavnika regionalnog predstavničkog tijela. S obzirom na način donošenja statuta, usklađenost statuta sa ustavom i zakonima države, položaj regiona logičan je slijed toga.

S druge strane, federalne jedinice raspolažu daleko većim stepenom samo- stalnosti koji se ogleda u pravu donošenja svog ustava, postojanju vlastitog zako- nodavstva, postojanju sistema organa sve tri vlasti i niz drugih državnih i kvazi -

državnih funkcija.³⁸ Jedino ograničenje u svemu tome jeste da ustav federalne jedinice mora biti saglasan saveznom ustavu i da zakoni federalnih jedinica ne smiju biti u suprotnosti sa saveznim ustavom i saveznim zakonodavstvom. Zbog toga se u federacijama vrši samo kontrola ustavnosti i zakonitosti, a u regionalno uređenoj državi, pored kontrole ustavnosti i zakonitosti, i kontrola cjelishodnosti pravnih propisa na svim nivoima vlasti. Nadležnosti regiona se mogu skoro potpuno približiti nadležnostima federalnih jedinica, jer i u regionalno uređenoj državi, država za sebe zadržava “sve ono što predstavlja funkcije državne zajednice kao cjeline”. To su poslovi državljanstva, vanjski poslovi, poslovi odbrane, poslovi javne bezbjednosti, pravosuđe, carine, vanjska trgovina, monetarni sistem, najvažnije grane privrede itd.

Sličnosti između regiona i jedinica lokalne samouprave najvišeg stepena se ogledaju u tome što i regioni i te jedinice nemaju isti ustavni položaj kao federalne jedinice, iako regioni raspolažu nizom svojstava karakterističnih za teritorijalne jedinice najvišeg stepena u klasičnoj unitarnoj državi, u kojoj je sprovedena široka decentralizacija, koja se tiču autonomije, prava na samoorganizovanje, brojnih i značajnih nadležnosti, i to po pravilu, u višem stepenu od tih jedinica.

Razlika između regiona i jedinica lokalne samouprave najvišeg stepena se ogleda u tome što se regioni pojavljuju kao učesnici u konstituisanju i vršenju centralne vlasti, što sa teritorijalnim jedinicama lokalne samouprave u unitarnoj državi nije slučaj. Učešće regiona u vršenju centralne vlasti se ispoljava u jednom domu - gornjem domu državnog parlamenta na posredan način kao i u određenom broju federacija, s obzirom da određeni broj federacija neposredno učestvuje u davanju saglasnosti na odluke saveznog parlamenta u vlastitom parlamentu posebnom - kvalifikovanom većinom.

³⁸ Svoje nadležnosti u sferi legislative, sudstva i egzekutive imaju i federalne jedinice. Od interesa je kazati da takvu nadležnost mogu imati i visoko decentralizirane autonomne jedinice i u slučaju unitarno organizirane države, pa se s razlogom može postaviti pitanje: u čemu je onda razlika između autonomne jedinice unitarne države i federalne jedinice u saveznoj državi? Razlika je u tome što federalna jedinica ne samo da ima autonomiju, ona dakle na vlastitoj teritoriji ima vlastite organe s relevantnim nadležnostima, nego ona i participira u organiziranju i nadležnostima savezne države. Individualni dijelovi federalne države ujedinjeni su kao teritorijalne organizacije u teritorijalnu organizaciju višeg reda; one su se podredile savezu kojeg su same konstituirale. Federalne jedinice su na jednoj strani podređene federalnoj vlasti, ali su, s druge strane, u određenoj mjeri i nositelji te vlasti. Vlast kojom se upravlja nad članovima saveza nije ništa drugo nego zajednička volja. Individualne jedinice u saveznoj državi participiraju u federalnoj legislativi i administraciji kao i u imenovanju članova saveznih sudova. U unitarnoj državi teritorijalne jedinice izrasle na administrativnoj podjeli zemlje nemaju kao takvo pravo učešća u ustavotvornoj i zakonodavnoj vlasti federacije. Arsen Bačić, Ustavno pravo Teorija i interpretacija, Pravni fakultet u Splitu, Split 1995. godina, str. 209.

Iz naprijed navedenog, vidi se da je pravna priroda regiona dvostruka, s obzirom da se, u jednom slučaju, ustavni položaj regiona približava položaju jedinica lokalne samouprave najvišeg stepena u unitarno uređenim državama, s jedne strane, i u drugom slučaju, federalnim jedinicama u federaciji, s druge strane. Tako se iz konteksta sličnosti i razlika između regiona i jedinica lokalne samouprave najvišeg stepena jasno vide i sličnosti i razlike između regiona i federalnih jedinica, pa se na temelju toga može zaključiti da je regionalna država po svojoj pravnoj prirodi poseban oblik državnog uređenja “s obzirom na ustavni status regiona, na jednoj, i njihovog učešća u organizaciji i funkcionisanju centralne vlasti, na drugoj strani, regionalna država sadrži elemente i unitarno uređene države i federacije”.

Ona je zaista nešto između. Isto kao što je za federaciju, s obzirom na različitost federalnih uređenja, s pravom rečeno da se ona prostire “u zoni” omeđenoj konfederacijom, na jednoj, i unitarnom državom, na drugoj strani, i za regionalnu državu bi se slično moglo reći da se ona, zavisno od elemenata unitarnog uređenja i elemenata federacije koje sadrži, nalazi “u zoni” između ova dva oblika državnog uređenja, približavajući se, jednom, granici s unitarnom državom, a drugi put, federaciji.³⁹

Zaključak

Prostiranje i vršenje državne vlasti na cijeloj državnoj teritoriji, kako u horizontalnom, tako i u vertikalnom odnosu, jeste njeno osnovno obilježje. Na koji način će se vršiti državna vlast na cijeloj državnoj teritoriji i kakav će biti stvarni odnos državnih organa vlasti zavisi od oblika državnog uređenja, tj. zavisi od toga da li se radi o unitarnoj ili složenoj državi, centralizovanoj ili decentralizovanoj državi. S druge strane, oblik državnog uređenja jedne državne zajednice zavisi od toga da li u njoj postoji jedna ili više državnih organizacija, odnosno da li je ta država podijeljena na unutrašnje dijelove koji ne posjeduju ili koji posjeduju svojstva države. Znači, način na koji su uređeni odnosi između centralnih i necentralnih organa vlasti naziva se državnim uređenjem. Odnos centralnih i necentralnih organa vlasti određuje i položaj građana i njihovih asocijacija u procesu donošenja i izvršenja odluka.

Imajući uvidu međusobnu zavisnost između načina vršenja državne vlasti s jedne strane i oblika državnog uređenja s druge strane, može se govoriti o prosto ili jednostavnoj državi na jednoj strani ili, pak, o složenoj državi - federaciji i regionalnoj državi kao posebnom obliku složene države, na drugoj strani.

Iz ovoga se može nedvojbeno zaključiti da danas u svijetu postoje samo tri osnovna oblika državnog uređenja; unitarna ili prosta država, federalna ili složena država i regionalna država kao poseban oblik složene države.

³⁹ Miodrag Jovičić, Regionalna država, str. 17. i 18.

Polazeći od navedenih oblika državnog uređenja koji su se u potpunosti afirmisali u ustavnoj praksi pojedinih država, za državno uređenje Bosne i Hercegovine se može reći da je ono po mnogo čemu specifično pa čak i unikatno u odnosu na te oblike državnog uređenja, zbog toga što državno uređenje Bosne i Hercegovine u sebi sadrži najveći broj elemenata složene države – federacije, ali, takođe, sadrži i veliki broj elemenata realne unije i konfederacije koji ga kao takav u cjelini čine neefikasnim i nefunkcionalnim.

Ustavom je Bosna i Hercegovina uređena kao složena država sastavljena od dva entiteta: Federacije Bosne i Hercegovine i Republike Srpske. Unutrašnje uređenje entiteta kao i organizacija vlasti su potpuno različiti što ne daje osnov za potpunu ravnopravnost tri konstitutivna naroda, ali i Ostalih. I sami nazivi entiteta izazivaju kod naroda i građana osjećaj neravnopravnosti. Doda li se tome i postojanje Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine, koji nije ustavna kategorija državnog uređenja, iako se može smatrati zasebnim unutrašnjim dijelom Bosne i Hercegovine s kompletnom organizacijom državne vlasti, državno uređenje Bosne i Hercegovine postaje još složenije.

Specifičnost državnog uređenja Bosne i Hercegovine je posljedica njegova načina nastanka. Državno uređenje Bosne i Hercegovine je proizvod međunarodnog prava, a ne unutrašnjeg pravnog poretka. U stvaranju ovakvog državnog uređenja Bosne i Hercegovine i organizacije državne vlasti u Bosni i Hercegovini, pored šire međunarodne zajednice, ogroman utjecaj su imale i dvije susjedne zemlje, Savezna Republika Jugoslavija – sada Srbija i Hrvatska, kojima je i bio cilj da državno uređenje i organizacija vlasti budu nefunkcionalni, neefikasni i na granici održivosti. Iako o državnom uređenju Bosne i Hercegovine postoje različita pa i oprečna mišljenja, rasprava je pokazala da se državno uređenje Bosne i Hercegovine može odrediti kao federativno državno uređenje, ali s određenim elementima koji su svojstveni realnoj uniji i savezu država - konfederaciji.

Ovakvo državno uređenje Bosne i Hercegovine u svojoj osnovi čini je nejedinstvenom i slabom državom.

Nasuprot ovakvom, u osnovi federalnom državnom uređenju Bosne i Hercegovine, regionalna država podrazumijeva postojanje jake države. Jačina regionalne države zasniva se na njenoj jedinstvenosti, jer država može biti jaka samo ako je jedinstvena.

Jedinstvenost regionalne države zasniva se na činjenici da se regioni razlikuju od federalnih jedinica po svojoj pravnoj prirodi zbog toga što oni nemaju elemente državnosti. Polazeći od te činjenice proizilazi da je položaj regiona u regionalnoj državi takav da oni ni u kojem slučaju ne mogu ugroziti jedinstvo države kao što to mogu učiniti federalne jedinice u federaciji, zbog toga što su funkcije regiona utvrđene ustavom i zakonima države po čemu se oni u velikoj

mjeri približavaju jedinicama lokalne samouprave najvišeg nivoa, s jedne strane, dok s druge strane regioni mogu uvijek preko svojih predstavnika u državnom parlamentu utjecati u određivanju obima i vrste svojih nadležnosti i funkcija, i što regioni uživaju određeni, vrlo visok stepen autonomije jer raspolažu vlastitim organima, ustanovama i službama koji se na institucionalan način biraju i obrazuju po volji i prema potrebama njegovih građana.

Regionalna država je demokratska država. Regioni predstavljaju srednji nivo vlasti između države s, jedne strane, i opštine, s druge strane. U sva tri navedena nivoa teritorijalnog organizovanja zastupljeni su demokratski oblici vlasti jer se njihovi organi biraju od strane odgovarajućih biračkih tijela, a njihov rad podliježe demokratskoj kontroli koja, između ostalog, podrazumijeva i mehanizme političke odgovornosti.

Regionalna država je i pravna država zasnovana na vladavini prava. Organizacija regionalne države je takva da regioni po svom položaju u toj organizaciji počivaju na pravu zbog toga što je takva organizacija zasnovana na hijerarhiji propisa i hijerarhiji vlasti, počev od ustava kao najvišeg pravnog akta, s jedne strane, i državnog parlamenta kao najvišeg organa vlasti, s druge strane.

U regionalnoj državi građani su ravnopravni u svom statusu kao i u klasičnoj unitarnoj državi. Nasuprot tome, bez obzira na stepen primjene federalnog načela, u federaciji se prava i dužnosti građana uvijek u izvjesnoj mjeri razlikuju zbog toga što svaka federalna jedinica svojim ustavima i zakonima, neposredno ili posredno uređuje status svojih građana u okviru saveznog ustava i saveznih zakona koji samo daju osnove ili okvire za daljnju ustavotvornu i zakonodavnu razradu u skladu sa svojim specifičnostima ili drugim osobenostima. Znači, ravnopravnost građana jeste jedna temeljna karakteristika regionalne države, koja samim tim osigurava veću demokračičnost društva i bolju vladavinu prava.

Iz svega navedenog proizilazi da je regionalna država poseban oblik složene države, međuoblik između unitarno uređene države i federacije, koja spaja izvjesne dobre strane, i unitarne i federalno uređene države, i koja istovremeno otklanja pojedine slabosti i jednog i drugog oblika državnog uređenja, koja vodi računa o posebnostima pojedinih dijelova države i koja im daje pravo na vlastito organizovanje bez mogućnosti ugrožavanja državnog jedinstva. Regionalna država se zasniva na ideji autonomije i s njom povezane demokratije, obezbjeđujući učešće građana i u upravljanju samima sobom, te u vršenju državne vlasti. Iz toga proizilazi da bi u sklopu provođenja ustavne reforme uvođenje regionalne države kao oblika državnog uređenja u Bosni i Hercegovini predstavljalo jedino racionalno rješenje koje bi osiguralo kontinuitet, efikasnost i funkcionalnost države i državne vlasti, s jedne strane, i s druge strane osiguralo zaštitu svih osobenosti svakog regiona, konstitutivnog naroda i Ostalih.

mr. Senad Bajrić

HIPOTEKARNO OBEZBJEĐENJE KREDITNOG POTRAŽIVANJA U BANKARSKOM SEKTORU BiH*

A MORTGAGE BACKED LOAN SECURITIES IN BANKING SYSTEM IN BIH

Sažetak

Savremene tendencije bankarskog poslovanje vrlo značajno mjesto, u pogledu osiguranja kreditnog potraživanja, daju hipotekarnom obliku obezbjeđenja. Takvo obezbjeđenje, da bi pružilo adekvatne rezultate, bezuvjetno traži postojanje stabilnog i funkcionalnog pravnog sustava kao i efikasnog mehanizma koji će osigurati adekvatnu primjenu materijalnog hipotekarnog prava.

Poslijeratna, razorena bosanskohercegovačka privreda, glavni izvor za svoju rekonstrukciju i obnovu traži upravo u kreditnim sredstvima. Ta sredstva, u izuzetno teškim okolnostima kakve su u Bosni i Hercegovini, predstavljaju osnovnu pokretačku snagu građana za investiranje u stambene objekte, manje radne pogone, firme i slično, a sve ovo dovodi do ekspanzije finansijskih organizacija (mikrokreditna pravna lica, banke) koje pokušavaju plasirati finansijska sredstva uz izuzetno visoke kamatne stope.

Zbog nepovoljne socijalne situacije, velikog broja nezaposlenih, te zbog znatnog nedostatka novčanog kapitala, hipoteka predstavlja važno sredstvo osiguranja kredita, naročito investicionih, stambenih i kredita većih iznosa. Naime, izvršenje na platama jemaca, neadekvatno sankcionisanje privrednih subjekata i ovlaštenih lica zbog neprovođenja zapljene na platama u zakonom određenom procentu, predstavlja dodatni problem za osiguranje kredita.

Međutim, i hipotekarno obezbjeđenje nije bez nedostataka, naročito u periodu ekspanzivne gradnje novih stambenih i poslovnih jedinica, poremećaja tržišta nekretnina, problema s restitucijom i određenim imovinsko - pravnim reliktima starog socijalizma, što s bankarskog aspekta (u takvim uvjetima) hipoteku svrstava na granicu rizičnih sredstava obezbjeđenja.

Osnovne odrednice hipoteke, njen položaj u bankarskom sektoru BiH, poremećaj tržišta nekretnina (uticaj recesije na ovaj oblik osiguranja potraživanja),

* Rad recenzirao: Mijo Mišić

kao i druge specifičnosti hipotekarnog osiguranja, samo su neka od pitanja na koja ćemo pokušati dati odgovore u nastavku, jer to uistinu predstavlja suštinu hipotekarnog obezbjeđenja kreditnog potraživanja banaka u BiH.

Ključne riječi: hipoteka, hipotekarni povjerilac, hipotekarni dužnik, kredit-no potraživanje, notarska isprava, zemljišna knjiga, recesija, bankarski kreditni sistem.

Summary

The mortgage plays an important role in modern banking system, and thereby is one of the dominant components of the collateral that banks seek against loans. In order to provide an adequate results, such form of collateral absolutely requires the existence of stable and functional law system and effective mechanism to assure adequate implementation of material mortgage laws.

Post-war devastated industry in Bosnia and Herzegovina has find its key to recovery and reconstruction by lending funds. In a very difficult circumstances, such funds have represented a driving force enabling private sector-clients to invest in real estates, including small and medium size businesses, causing expansion of financial institutions (microcredit institutions and banks) which have lended loans with a very high interest rate.

Unfavorable social conditions, high unemployment and lack of capital, makes mortgage a primary form of a collateral, especially for investment, housing and other large loans.

Particulary, blocking salaries, no adequate sanctions for authorized person or industrial subjects for not executing salary seizure in a given time period are all additional problems when it comes to loan security.

However, the mortgage being a form of collateral has its own weaknesses as well, especially during the recession period, expansion of business and home building, problems with restitution and specific property right relicts from old socialism, what again from a bank point of view has been classified as a risky form of security.

The main mortgage determinants, its position within Banking system in BiH, the effects of recession on this particular form of collateral, and many other mortgage specifics, are just some of the questions that we are to address ahead, as it indeed represents the nature of mortgage backed loan debts in BiH.

Key words: mortgage, mortgage creditor, mortgage debtor, loan debts, notary identification, land book, recession, bank's loan systems.

Pojam hipoteke

Radi osiguranja određenog potraživanja, nekretnina može biti opterećena založnim pravom u korist povjerioca (hipoteka) koji je ovlašten, na način predviđen zakonom, tražiti namirenje svog potraživanja iz vrijednosti te nekretnine prije povjerilaca koji na njoj nemaju hipoteku, kao i prije povjerilaca koji su hipoteku na njoj stekli naknadno, bez obzira na promjenu vlasnika opterećene nekretnine.

Hipoteka je akcesorno (dodatno, nesamostalno) pravo vezano za potraživanje (tražbinu) za čije obezbjeđenje služi. Ona je, za razliku od jemstva koje predstavlja lično obezbjeđenje, jedna vrsta stvarnog obezbjeđenja duga.

Iako je hipoteka stvarno pravo, ona se razlikuje od ostalih stvarnih prava, jer to pravo nije samostalno. Hipoteka je, kako je naprijed spomenuto, sporedno pravo u odnosu na drugo pravo tj. potraživanje, za čije obezbjeđenje ona služi. Hipoteka postoji samo dotle dok postoji potraživanje. Čim prestane potraživanje, prestaje i hipoteka. Međutim, za prestanak hipoteke nije dovoljno samo da se dug izmiri, već je potrebno da se hipoteka izbriše iz zemljišnih knjiga. Sve dok hipoteka nije izbrišana iz zemljišnih knjiga, ona postoji i opterećuje hipotekarni objekat.

Stvarno - pravni značaj hipoteke izražava se u tome što je ona neposredno vezana za (nepokretnu) stvar koja predstavlja predmet založnog prava i, stoga, kao teret na založnoj stvari prelazi zajedno sa stvari na novog pribavioca prava svojine.

Potraživanje je bitan uslov bez koga ne može nastati hipoteka. Hipoteka postoji samo na tuđoj stvari (stvarno pravo na tuđoj stvari). Ako je konstituisana na jednoj stvari postoji sve do potpunog namirenja potraživanja ili, ako ona postoji na više stvari, onda svaka stvar jamči za potpuno namirenje cijelog potraživanja. Prodaja založene stvari vrši se u izvršnom postupku. Hipotekarni povjerilac ima pravo da traži da se prvenstveno namiri iz založne nekretnine javnom prodajom ako potraživanje u roku ne bude plaćeno. Da bi povjerilac realizovao to svoje pravo na naplatu, isprava kojom je definisana hipoteka mora imati karakter izvršne isprave (notarski obrađen ugovor o obezbjeđenju novčanog potraživanja - ugovor o hipoteci).

Ako na istom hipotekarnom objektu postoji više hipoteka, onda se najprije namiruju hipotekarni povjerioci čije hipoteke su prije upisane, prema načelu: bolje vrijeme jače pravo. Hipotekarni povjerilac može se naplatiti iz založene nekretnine bez obzira u čijoj svojini se ista nalazi u trenutku prodaje: da li u vlasništvu hipotekarnog dužnika koji je nekretninu založio ili nekog trećeg lica na koga je prešlo pravo svojine. Kako je založni objekat u posjedu dužnika, postoji uvijek opasnost da založni dužnik otuđi založenu nekretninu, jer postojanje hipoteke ne sprečava dužnika da izvrši otuđenje.¹

¹ Midhat Muslić: Priručnik o zemljišnoknjižnom poslovanju, Sarajevo, 1968. godina, str. 44.

Za hipoteku važi princip nedjeljivosti, pri čemu založena nekretnina u cijelini osigurava potraživanja povjerioca do potpunog namirenja, bez obzira na kasniju eventualnu podjelu nekretnine.²

Ako hipotekarni dužnik smanjuje vrijednost nekretnine opterećene hipotekom ili na drugi način pogoršava njeno stanje, hipotekarni povjerilac može tražiti da sud naloži hipotekarnom dužniku da se suzdrži od takvih radnji, a ako on to ne učini, može zahtijevati prinudnu naplatu potraživanja osiguranog hipotekom i prije njegove dospelosti.³

Naime, dužnik mora da bude spriječen u aktivnostima oko smanjenja vrijednosti hipoteke, jer da ne postoje takva sredstva zaštite založene nekretnine, hipoteka bi izgubila svoj smisao.

Hipoteku može dozvoliti, osoba (pravna ili fizička) koja je upisana u zemljišne knjige kao vlasnik zemljoknjižnog tijela ili njegovog idealnog dijela, ili kao imalac nekog knjižnog prava. Zemljišnoknjižna isprava treba da sadrži potraživanje, za čije se obezbjeđenje konstituiše hipoteka. Pravni osnov potraživanja mora da bude valjan. Pravni osnov potraživanja može da bude svaki materijalno - pravni dopušten osnov za nastanak potraživanja (zakon, sudske odluke, ugovor). Predmet hipoteke može da bude samo nepokretna stvar. Također, stanovi, poslovni prostori mogu biti predmet hipoteke. Predmet hipoteke može biti i idealni dio jedne nepokretnosti. Isto tako predmet hipoteke mogu biti i sva zemljišnoknjižna prava koja po svojoj prirodi mogu biti realizovana putem založnog prava.

Za osiguranje jednog potraživanja može se zasnovati hipoteka na više nekretnina - zajednička hipoteka.⁴

Zajednička (simultana) hipoteka nastaje dispozicijom stranaka ili po odluci. Zajednička hipoteka nastaje ako se za jedno te isto potraživanje založi više zemljoknjižnih tijela. U takvom slučaju, za taj dug jamče sva založena zemljoknjižna tijela ili je hipotekarni povjerilac ovlašten da prema njegovom nahodjenju sam odabere iz koje će se hipoteke namiriti prodajom.

Hipotekarni povjerilac može zasnovati hipoteku na postojećoj hipoteci u korist treće osobe bez pristanka hipotekarnog dužnika – nadhipoteka.

Nadhipoteka je po sadržini ista sa samom hipotekom, iako se direktno i ne odnosi na nekretninu, nego na založenu hipoteku, odnosno, na onu vrijednost koja je predmet založnog prava.⁵

² Vidjeti članak 68. Zakona o vlasničkopравnim odnosima FBiH (Sl. novine FBiH br. 6/1998.) u daljnjem tekstu ZOVO FBiH.

³ Vidjeti član 72. ZOVO FBiH.

⁴ Opširnije u članu 68. ZOVO FBiH.

⁵ N. Gavela, T. Josipović, I. Gliha, V. Belaj, Z. Stipković: „Stvarno pravo“, Zagreb, 1998. godine, str. 812 – 814.

Nadhipoteka, makar i sporedna, preko založne hipoteke odnosi se na založno zemljišnoknjižno tijelo. Nadhipoteka, po svom sadržaju, zaista je samo zalaganje hipoteke, ali se u krajnjoj liniji odnosi uvijek na samu nepokretnost iz koje će se po dospijeću namiriti. No, ipak je to pravo ovisno o sudbini osnovne hipoteke.

Bankarski kreditni sistem u BiH

Kreditna politika svake banke temelji se na poslovnoj politici dioničara - vlasnika koja je konzistentna s ekonomskom politikom i pravnim okvirima jedne zemlje (konzistentnost bankarske politike s pravnim poretkom BiH nadgledaju regularne institucije tj. Agencija za bankarstvo FBiH i RS).

Bosanskohercegovačko tržište, kao i ekonomija, podijeljeni su, što u velikoj mjeri utiče na ekonomsku politiku, a time i kreditnu politiku pravnih subjekata koji se bave poslovima kreditiranja.

U okviru kreditne politike, a samim tim i kreditnog poslovanja banaka, kao pravnih subjekata koji se najsvobuhvatnije bave kreditiranjem, osnovni sistem kreditiranja je podijeljen po različitim osnovama:

I. Po osnovu lica koja se kreditiraju:

1. kreditiranje fizičkih lica
2. kreditiranje pravnih lica

II. Po osnovu namjene:

1. stambeni krediti
2. potrošački krediti
3. auto krediti
4. investicijski krediti
5. ostali

III. Kreditiranje putem kreditnih kartica (wissa, master card itd).

Prezentujući najzastupljenije kreditne plasmane koji se javljaju u ponudama bosanskohercegovačkih banaka, hipotekarno obezbjeđenje potraživanja naročito je prisutno kod stambenih i investicijskih kredita, ali i kod ostalih kredita nije isključeno.

Procedura odobravanja hipotekarnog kredita

Procedura odobravanja hipotekarnog kredita (stambenog, investicijskog ili bilo kojeg od kredita čije je sredstvo obezbjeđenja hipoteka na nekretnini), prožeta je analizom kreditne sposobnosti potencijalnog komitenta kao i kvalitativnoj i

kvantitativnoj podobnosti nekretnine koja će predstavljati hipotekarno obezbjeđenje kredita.

Kreditni sektor banke, da bi zaprimljeni kreditni zahtjev prezentirao kreditnom odboru⁶ na odlučivanje, neophodno je da od podnosioca zahtjeva kompletira potrebnu dokumentaciju definisanu propisima nadležne bankarske agencije i internim aktima banke (platne liste - ukoliko se radi o fizičkim licima, sudska registracija, bilansi - ukoliko se radi o pravnim licima, izvod iz CRK, popunjene obrasce za kredit, zemljišnoknjižni izvadak, procjena sudskog vještaka za nekretninu na kojoj će biti upisano založno pravo i slično).

Kreditni odbor je tijelo banke sastavljeno od stručnog osoblja banke koji mora brojati neparan broj članova. Najčešće je direktor banke predsjednik kreditnog odbora, ali to uvijek ne mora biti slučaj. Obim ovlaštenja kreditnog odbora može biti različito koncipiran. Kreditni odbor može biti imenovan za odobravanje kredita do određenog limita, a za iznose preko tog limita traži se saglasnost nadzornog odbora, što u prvom redu ovisi od unutrašnje organizacijske strukture koja se definiše internim aktima banke.

One banke koje za veće kreditne limite traže saglasnost nadzornog odbora, kao opravdanje za isto, navode:

- banka u svojoj poslovnoj politici definiše poslovni rizik, te ukoliko je stepen rizika za određeni kreditni plasman jako izražen, traži se saglasnost nadzornog odbora⁷

- hijerarhijska pozicija kreditnog odbora nije tako koncipirana da samostalno donosi odluke o odobravanju 'velikih kredita', zato se ide na "usaglašavanje" s nadzornim odborom. 'Velikim kreditima' se smatraju krediti iznad 2.000.000,00 KM, usmjereni u prvom redu na investicije.

- dodatna saglasnost je potrebna radi zauzimanja konačnog stava, spajajući znanje i iskustvo povodom određenog kreditnog zahtjeva.

Također, moguće je kreditno odlučivanje organizovati tako da za raspravljanje o kreditnim plasmanima do određenog limita svaka poslovna jedinica (filijala) ima svoj kreditni odbor, a preko tog limita o kreditnim zahtjevima odlučuje

⁶ Kreditni odbor je, organizacijskom strukturom, definisao tijelo banke, koje odlučuje o odobravanju kreditnih sredstava.

⁷ Rizik je heterogen parametar i ovisi od velikog broja faktora koji, više ili manje, mogu ugroziti kreditnu sposobnost i likvidnost banke, kao što su: pravna sigurnost u državi, finansijska sposobnost lica (fizičkog ili pravnog) koji podnosi kreditni zahtjev, socijalno pitanje, stabilnost valute i slično.

centralni kreditni odbor pri direkciji banke. Manji broj banaka u BiH kreditno odlučivanje (najčešće se radi o manjim iznosima, u pravilu do 5.000 KM) povjerava ovlaštenim kreditnim službenicima.

Sve u svemu, način organiziranja kreditnog odbora (jednog ili više, sa ili bez ograničenja u odlučivanju) je interna stvar svake banke, što u prvom redu ovisi od njihove kreditne politike.

Opći režim odnosa vrijednosti nekretnine (kao predmeta hipoteke) i traženog kredita u bankarskom sektoru BiH varira i kreće se od 1-1 pa do 1-3, ali to opet ovisi od politike banke. Proporcionalna vrijednost nekretnine i kreditnog iznosa nije fiksna iz sljedećih razloga:

- tržišni mehanizam stvara relativne odnose, jer ponuda i tražnja nisu fiksne kategorije, što neposredno determiniše vrijednost nekretnina u prometu

- stabilnost valute može biti ugrožena određenim fluktuirajućim procesima koji se mogu desiti u okviru tržišnog mehanizma, što neposredno utiče i na vrijednost nekretnina

- ukoliko je podnosilac kreditnog zahtjeva ranije bio korisnik kreditnih sredstava, te se pokazao kao ažuran komitent, proporcionalnost hipoteke i kredita može biti manja radi nastavka poslovne saradnje i zadržavanja komitenta

- poremećaj tržišta

Prije nego što sudski vještak sačini procjenu vrijednosti nekretnine, poželjno je da komisija banke izvrši uvid u predmet hipoteke.

Sudski vještak koji vrši procjenu nekretnine, mora biti na spisku stalnih sudskih vještaka iz oblasti građevine. Procjena sudskog vještaka predstavlja objektivno datu ekspertizu utemeljenu na domaćim i međunarodnim standardima vještačenja.

Naknadu za izvršenu procjenu, vještaku plaća korisnik kredita, izuzev ako se stranke nisu drugačije dogovorile.

Kao hipotekarni povjerilac (u kreditnom odnosu) javlja se banka, dok se kao hipotekarni dužnik može pojaviti podnosilac kreditnog zahtjeva ili treće lice koje će za glavnog dužnika jamčiti (založiti nekretninu kao sredstvo obezbjeđenja) svojom nekretninom.

Kod stambenih kredita predmet hipoteke je najčešće stan ili kuća koja se kupuje tj. za čiju kupovinu se i koriste kreditna sredstva, ali isto tako to može biti i neka druga nekretnina koja se zalaže na ime osiguranja kredita. Sami hipotekarni odnos se precizno definiše ugovorom o obezbjeđenju novčanog potraživanja koga

sastavlja i obrađuje notar, u skladu sa zakonom o notarima (zakon o notarima na nivou entiteta). Pomenuti ugovor koga banka kao hipotekarni povjerilac i dužnik kao hipotekrani dužnik (već je navedeno da i treće lice može imati status hipotekarnog dužnika) zaključe pred notarom, mora biti u skladu s osnovnim pravnim poslom tj. ugovorom o kreditu, jer ne treba zaboraviti princip akcesornosti hipoteke. Tako zaključen ugovor predstavlja valjan pravni osnov za upis prava hipoteke u zemljišne knjige (u korist banke). Nakon uknjižbe hipoteke u zemljišne knjige, ili zavođenja zahtjeva za upis hipoteke u dnevnu knjigu - dn broj (što je slučaj kod većine banaka u BiH) vrši se isplata kreditnih sredstava.

Poseban oblik zasnivanja kreditnog odnosa jeste poslovna saradnja na osnovu okvirnog ugovora. Okvirnim ugovorom se određuju svi bitni uvjeti kreditne poslovne saradnje kao što su: visina kreditnog limita, kamatna stopa, rok itd, pri čemu se realizacija pojedinih kreditnih obroka vrši na osnovu pojedinačnih ugovora zaključenih u skladu s općim odredbama okvirnog ugovora. Hipoteka zasnovana za okvirni ugovor obezbjeđivat će sve pojedinačne ugovore tj. njihova potraživanja koja su realizovana u skladu s okvirnim ugovorom. Međutim, o pitanju hipotekarnog obezbjeđenja okvirnog ugovora bit će više riječi u drugom dijelu rada.

Pretpostavke za zasnivanje hipoteke kao sredstva obezbjeđenja potraživanja banaka

Hipoteka, kao sredstvo obezbjeđenja potraživanja banaka (potraživanje se definiše ugovorom o kreditu), zasniva se na temelju očitovanja volje hipotekarnog dužnika da svoju nekretninu optereti založnim pravom.

Dakle, kao osnovne pretpostavke (pored ugovora o kreditu) koje trebaju biti ispunjene da bi se zasnovalo (dobrovoljno) založno pravo na nekretnini su: vlasništvo na nekretnini, notarski obrađen ugovor o obezbjeđenju novčanog potraživanja, te upis u zemljišnu knjigu.

1. Vlasništvo zalagodavca (hipotekarnog dužnika)

Vlasnik nekretnine je lice (fizičko ili pravno) koje je u zemljišnim knjigama upisano kao vlasnik, jer upis u zemljišne knjige ima funkciju publiciranja prava na nekretninama. Kao apsolutni nosilac prava i obaveza, vlasnik je ovlašten da svoju nekretninu opteretiti založnim pravom. Upravo iz navedenog razloga, prilikom odobravanja hipotekarnog kredita, banka traži zemljišnoknjižni izvadak na bazi koga bi utvrdila pravo vlasništva, odnosno, sposobnost dotične osobe da bude hipotekarni dužnik. Pored založnog prava (hipoteke), na nekretnini koja je u individualnom vlasništvu, hipoteka se može zasnovati i na suvlasničkom dijelu

nekretnine. Ukoliko je predmet hipoteke cijela stvar, koja je u suvlasništvu, za zasnivanje je potrebna saglasnost svih suvlasnika.⁸

Ako vlasnik založi svoju nekretninu, koja naknadno postane suvlasništvo više lica, svaki suvlasnik nekretninom odgovara za cijeli iznos duga, iako se lični dug nije transformisao u solidarni dug i nije nastala nikakva zajednička hipoteka.⁹

Također, kao predmet hipoteke može biti i nekretnina na kojoj postoji zajednička svojina dva ili više lica¹⁰ (npr. nekretnina nasljednika do donošenja pravosnažnog rješenja o nasljeđivanju, nekretnina bračnih drugova stečena u bračnoj zajednici zajedničkim radom), pri čemu takvu nekretninu hipotekarno mogu založiti isključivo svi zajedničari.

I na koncu, pored navedenih oblika vlasništva (individualnog, zajedničkog, suvlasništva), kao hipotekarni oblik obezbjeđenja potraživanja može se javiti i založno pravo na etažnom vlasništvu (stanu, poslovnom prostoru), što u bankarskoj praksi predstavlja i najčešći oblik zasnivanja hipoteke.

U uslovima neraslih kreditnih potreba, u bosanskohercegovačkoj privredi (a isti je slučaj i s kreditiranjem stanovništva), došlo je do profiliranja različitih 'modela' hipoteka, koje su i u teoriji poznate (opće odrednice su definisane u uvodnom dijelu rada - pojam hipoteke). Tako se, u slučaju kada je za obezbjeđenje određenog kredita nedovoljna jedna hipoteka (založno pravo na određenoj nekretnini), onda to obezbjeđenje može nadopuniti dodatnom hipotekom na nekom drugom objektu. Tada se radi o zajedničkoj hipoteci.

Zajednička ili simultana hipoteka se zasniva radi potpunog obezbjeđenja bankarskog potraživanja i to u slučaju kada procijenjena vrijednost jedne nekretnine nije proporcionalna visini kredita, pa se iz tog razloga zalaže više nekretnina kako bi njihova zajednička vrijednost odgovarala vrijednosti potraživanja. Nekretnine koje su opterećene zajedničkom hipotekom ne moraju pripadati istom vlasniku, dakle, mogu pripadati različitim vlasnicima.

Kod simultane hipoteke svaka nekretnina odgovara za čitavo potraživanje, dok u slučaju prestanka potraživanja tj. otplate cjelokupnog kredita založno pravo prestaje u odnosu na sve založene nekretnine. Upis hipoteke se vrši u svakom zemljišnoknjižnom ulošku¹¹, što prema ranijim propisima nije bio slučaj, tj. u

⁸ Opširnije: M. Žuvela: „Zakon o osnovnim vlasničkopравnim odnosima“, Zagreb, 1987. godine, str. 324.

⁹ D. Stojanović i B. Pavićević: „Pravo obezbjeđenja kredita“, Beograd, 1997. godine, str. 260.

¹⁰ M. Bosiljčić (o zajedničkom vlasništvu): „Zajednička svojina“, doktorska disertacija, Beograd, 1965. god.

¹¹ Vidjeti član 55. Zakona o zemljišnim knjigama FBiH (Sl. novine FBiH 58/02) u daljem tekstu: ZZK FBiH i Zakona o zemljišnim knjigama Republike Srpske (Službeni glasnik RS 74/02) u daljem tekstu ZZK RS.

zemljišnim knjigama se upisivala hipoteka samo u jednom zemljišnoknjižnom ulošku jedne od založenih nekretnina, a koji se nazivao glavnim uloškom, dok se u zemljišnoknjižnim ulošcima za ostale nekretnine samo konstatovalo da je zajednička hipoteka upisana na ovoj nekretnini-spooredni ulošci.

Postoje određene specifičnosti zajedničke hipoteke koje su vezane za postupak namirenja potraživanja u slučaju kada je na određenoj nekretnini zasnovan prvenstveni red založnog prava (u sklopu zajedničke hipoteke) dok, također, na istoj nekretnini imamo i založno pravo drugog reda. U takvim se situacijama postavlja dilema da li povjerilac, koji je u sklopu zajedničke hipoteke, može svoj cjelokupan dug namiriti prodajom baš te nekretnine, čime bi povjerilac koji ima založno pravo drugog reda ostao nenamiren, ili je u obavezi da svoje potraživanje namiruje proporcionalno iz svih nekretnina u sklopu zajedničke hipoteke, čime bi ostala mogućnost eventualnog namirenja i drugog povjerioca (založnog povjerioca drugog reda). Pravna teorija stoji na ovom drugom stanovištu čime, na neki način prema načelu pravičnosti, želi zaštititi založnog povjerioca s kasnijim redom prvenstva naplate.

Za razliku od simultane hipoteke, u našoj bankarskoj praksi postoji i obrnuti slučaj zasnivanja založnog prava kao sredstva obezbjeđenja kreditnog potraživanja, a to je slučaj kada zemljišnoknjižni vlasnik založi istu nekretninu radi osiguranja dva ili više samostalnih kredita kod različitih banaka, što nazivamo podhipotekom. Za podhipoteku vrijedi načelo prior tempore potior iure, ako zakonom nije drugačije određeno. Dakle, prvenstvo u namirenju kreditnog potraživanja ima ona banka čija je hipoteka prije upisana u zemljišnu knjigu.

Na bazi navedenog, jasno se može uočiti da je vlasništvo (da li da se radi o individualnom, zajedničkom, etažnom ili suvlasništvu) glavni uslov za zasnivanje knjižne hipoteke, u bilo kom od navedenih oblika - individualna hipoteka, simultana hipoteka ili podhipoteka. Upravo iz pomenutih razloga, banke prilikom odobravanja kredita, kao i notari prilikom sačinjavanja ugovora o obezbjeđenju novčanog potraživanja, posebnu pažnju pružaju analizi zemljišnoknjižnog stanja nekretnine i prava vlasništva na istoj.

2. Notarski obrađen ugovor o obezbjeđenju novčanog potraživanja (ugovor o hipoteci)

Kada je riječ o notarskoj obradi ugovora o obezbjeđenju novčanog potraživanja na osnovu dostavljene dokumentacije - osnovni ugovor o kreditu, zemljišnoknjižni izvadak predmeta hipoteke, procjena nekretnine, izvod iz porezne uprave, notar će u skladu s odredbama zakona o notarima, sačiniti-obrađiti ispravu.

U okviru postupka sačinjavanja - obrade ugovora o obezbjeđenju novčanog potraživanja (potraživanje proizilazi iz kreditnog odnosa), notar je dužan da provjeri da li su stranke sposobne i ovlaštene za zaključivanje takve vrste pravnog posla¹² tj. da li je hipotekarni dužnik vlasnik nekretnine, te ukoliko se radi o pravnom licu, da li je osoba koja predstavlja to pravno lice ovlaštena da zaključuje ovakav ugovor. Notar je obavezan da ugovor o obezbjeđenju novčanog potraživanja sačini u skladu s ugovorom o kreditu, kao i u skladu s voljom stranaka koju one ispolje u toku sastavljanja i obrade predmetnog ugovora.¹³ Pri tome, notar mora paziti da se isključe zabune i sumnje, kao i da neiskusne stranke ne budu oštećene. Jednu od ključnih odredbi koje banke zahtijevaju da se unesu u ugovor, jeste pristajanje hipotekarnog dužnika na izvršenje bez odlaganja, čime pomenuta notarska isprava postaje izvršna isprava.¹⁴ Iako zakon o notarima definiše da se ovakva odredba unosi u ugovor, ako je hipotekarni dužnik saglasan (pristaje na njen unos), ovaj segment je u bankarskoj praksi postao više kao presumcija, jer, ukoliko hipotekarni dužnik nije spreman na ovu odredbu, banka automatski neće ni ulaziti u kreditni aranžman. Važnost pristanka hipotekarnog dužnika na izvršenje bez odlaganja ogleda se u tome da ugovor ima snagu izvršne isprave, tj. za izvršnost navedene isprave ne traži se nikakva daljnja aktivnost izvršnog suda čime se, u slučaju neredovne otplate kredita, banci skraćuje put prodaje nekretnine i namirenja potraživanja.

3. Upis u zemljišnu knjigu

Nakon sačinjavanja i potpisivanja notarski obrađenog ugovora o obezbjeđenju novčanog potraživanja, notar ili, prema dogovoru jedna od stranaka, nadležnom će zemljišnoknjižnom uredu predati zahtjev za upis hipoteke zajedno s jednim otpravkom izvornika ugovora. Predajom pomenutog zahtjeva utvrđuje se njegov dn broj.

Naime, na zaprimljenom zahtjevu kojim se traži upis u zemljišnu knjigu, rukovodilac zemljišnoknjižnog ureda stavlja napomenu o prijemu zahtjeva u kojoj se navodi dan, sat i minuta prijema, broj priloga, te potpis rukovodioca. Zahtjev za upis se registruje u dnevnu knjigu i numeriše se na osnovu vremena prispijeća (te mu se dodjeljuje već pomenuti dn broj).

Prijem zahtjeva za upis se bilježi u zemljišnoknjižni uložak na mjesto na koje treba da se izvrši zahtijevani upis (plomba). Poslije navedenog, zemljišno-

¹² Vidjeti član 80. Zakona o notarima FBiH (Sl. novine FBiH 45/02) u daljem tekstu ZON FBiH.

¹³ Ibid.

¹⁴ Opširnije vidjeti član 90. ZON FBiH.

knjižni referent će uporediti prijedlog (zahtjev) sa stanjem zemljišne knjige i sastavit će izvještaj o knjižnom stanju koji mora biti datiran i potpisan od strane zemljišnoknjižnog referenta.

Zemljišnoknjižni referent provjerava zahtjev ispitujući, prvenstveno, stvarnu, mjesnu i funkcionalnu nadležnost za postupanje, kao i situaciju da li su priloženi svi potrebni dokumenti.¹⁵

Nakon svih izvršenih provjera, zemljišnoknjižni referent će donijeti rješenje o uknjižbi hipoteke na osnovu čega se vrši upis u zemljišnoj knjizi. Rješenje o upisu-uknjižbi hipoteke obavezno se dostavlja strankama i notaru koji je sačinio predmetni ugovor o obezbjeđenju novčanog potraživanja.

Neke specifičnosti hipotekarnog obezbjeđenja potraživanja banaka u BiH (poremećaj tržišta, uticaj recesije)

Pretpostavke i način upisa hipoteke bliže prezentovane u prethodnom dijelu rada, prvenstveno se odnose na situaciju kada je nekretnina (stan, zgrada i slično) upisana u zemljišnu knjigu i to je za banke najsigurniji i najpoželjniji oblik hipoteke.

Međutim, postoje slučajevi kada je objekat tek u izgradnji (samim tim nije uknjižen), a zemljište na kome se objekat gradi upisan je u zemljišnu knjigu. U takvim situacijama hipoteka se upisuje na zemljište, a ista će obuhvatiti i kasnije izgrađeni objekat - zgradu. U ovom slučaju djeluje načelo superficies solo cedit tj. sve ono što je na zemljištu njemu i pripada (dijeli pravnu sudbinu). Pored navedenog načela, od posebne važnosti je i načelo ekstenzivnosti hipoteke prema kome se hipoteka odnosi na svako kvalitativno i kvantitativno poboljšavanje nekretnine, što sveukupno ide u korist banke, u čiju korist je zasnovana hipoteka.¹⁶

Kada banka finansira objekat u izgradnji, postojanje pravnog jedinstva (superficies solo cedit) olakšava sam postupak odobravanja i realizacije kreditnog plasmana banke, jer je u osnovi investitorima kredit potreban odmah u početku izgradnje objekta, a načelo pravnog jedinstva omogućuje da se izvrši upis hipoteke prije početka gradnje.

Drugi, već pomenuti princip (ekstenzivnosti), omogućuje kontinuirano finansiranje prema "situacijama", jer s gradnjom objekta vrijednost hipoteke raste čime se stvaraju nova slobodna sredstva za naredne "situacije". Međutim, bankarska praksa u cjelosti ne primjenjuje gore navedena načela hipoteke, već se opre-

¹⁵ Vidjeti član 42. ZZZ FBiH.

¹⁶ Član 68. stav 3. ZOVO FBiH.

djeljuju na tzv. upis hipoteke na cjelokupan iznos odobrenog limita, po osnovu okvirnog ugovora¹⁷, a nakon toga kredit se isplaćuje prema “situacijama” izgradnje objekta (npr. za svaki sprat).

Uz navedena dva načela treba napomenuti i specifičnost upisa klauzule zabrane otuđenja i novog opterećenja u zemljišnu knjigu. Naime, ova klauzula je relikv bankarskog monopola i narušavanja jednog od osnovnih načela ugovaranja, a to je jednakost ugovornih strana. Naime, za hipoteku, kao i ostala stvarna prava, poznato je da ima apsolutno dejstvo - erga omnes, te da vlasnicima predmeta hipoteke pomenuto načelo daje ovlaštenje da, iako je nekretnina već jednom založena, oni imaju pravo da s istom raspoložu. Međutim, navedeno načelo, pod uticajem nepoštivanja principa jednakosti ugovaranja, totalno je zanemareno. Prilikom ugovaranja, hipotekarni dužnik “je prisilno saglasan” s klauzulom zabrane otuđenja i novog opterećenja predmetne nekretnine (jer u protivnom neće dobiti kredit). Time se on pojavljuje u poziciji neravnopravne ugovorne strane. Banka je ta koja ima monopol.

Međutim, imajući u vidu uticaj banaka da hipoteku kao sredstvo obezbjeđenja maksimalno prilagode svojim potrebama i interesima (kao što je navedeno u prethodnom dijelu rada), ipak i banke imaju određeni stepen tolerancije i razumijevanja prema komitentima, naročito kada je riječ o momentu isplate kredita.

Kod većine banaka u BiH isplata hipotekarnog kredita se vrši odmah po predaji ugovora o obezbjeđenju novčanog potraživanja zemljišnoknjižnom uredu (tj. po dobijanju dn broja za upis hipoteke), dakle, ne čeka se i sam upis - rješenje o upisu hipoteke u korist banke-povjerioca.

U suprotnom, ukoliko bi se isplata kredita vršila tek nakon uknjižbe hipoteke u zemljišne knjige, u skladu s praksom zemljišnoknjižnih ureda (u većim BH gradovima), proteklo bi i po nekoliko mjeseci, čime bi odobreni kredit izgubio smisao i doveo bi do promijenjenih okolnosti u osnovnom ugovoru (npr. ukoliko je osoba A zaključila osnovni ugovor - ugovor o kupovini stana s osobom B, čija cijena iznosi 100.000,00 KM, pri čemu je banka osobi B odobrila stambeni - hipotekarni kredit u pomenutom iznosu, isplata bi se mogla izvršiti tek nakon tri mjeseca tj. nakon uknjižbe hipoteke u korist banke. Međutim, nakon proteka tog perioda, tržište nekretnina može dovesti do drugačije - manje ili veće cijene, čime bi, u skladu s odredbama 133-136 ZOO, nastupio osnov za raskid ugovora po osnovu promijenjenih okolnosti).

¹⁷ Okvirni ugovor je nastao u praksi poslovnih banaka kako bi navedenim ugovorom definisali kreditni limit, te sredstva obezbjeđenja koja će važiti za sve pojedinačne ugovore – plasmane prema određenom korisniku kredita.

Sadašnji položaj hipoteke kao sredstva obezbjeđenja kreditnog potraživanja (zbog poremećaja tržišta nekretnina i recesionih djelovanja) drastično je promijenjen. Imajući u vidu recesiju koja je u manjem ili većem stepenu nastupila, kako u svjetskim, tako i u našim domaćim okvirima, banke na hipoteku, kao sredstvo obezbjeđenja potraživanja, gledaju s jednom dozom rezerve. Naime, poučene iskustvima banaka iz SAD-a, hipoteka nema onakvu utrživu stabilnost kao što je imala prije nekoliko godina. Ilustracije radi, navest ćemo stanje i probleme banaka u SAD-u, te rezultate njihove krize.

Kriza je počela pucanjem američkog tržišta kuća i stanova koje su bile finansirane „drugorazrednim hipotekarnim kreditima“ (subprime mortgages), što je odnedavno postala najslavnija sintagma u bankarskom žargonu. Ti su se krediti odobrali zajmotražiocima koji nisu kvalifikovani za “normalne” aranžmane, čiji je ekonomski status nesiguran, dohodak neizvjestan, a kreditna istorija nepouzdana. Razlika između prosječne kamatne stope na regularne i drugorazredne kredite je s ranijih 2,8 procentnih poena, u dvije posljednje godine pala na 1,3 poena. Drugim riječima, reducirana je premija rizika za tu vrstu pozajmica – praksa koja je banke skupo koštala.

Drugorazredni krediti su se povećavali upravo u razdoblju kada su cijene stanova i drugih nekretnina bilježile izuzetno visok rast. Odobriti kredit, a njegovu otplatu obezbijediti hipotekom na (rastuću) vrijednost nekretnine, bio je za banke izvor profita bez suza. Obim drugorazrednih kredita je u martu prošle godine iznosio 1,3 triliona dolara, a bili su garantovani sa 7,5 miliona hipotekarnih ugovora. Otplata tih zajmova se manje - više odvijala uredno, sve dok kamatne stope nisu počele da rastu, a cijene stanova da padaju. Od tada, veliki broj korisnika zajmova više nije bio u stanju da reguliše svoje obaveze prema bankama. U 2007. godini, oko 1,3 miliona stanova i kuća u SAD je bilo oduzeto i iznijeto na prodaju, što je 79% više nego godinu dana ranije. Usljed narasle ponude nekretnina, njihove cijene su počele još brže da se smanjuju, a hipoteke na njima su vrijedile sve manje. Banke su počele da bilježe gubitke.¹⁸

Problem se nije zadržao u bilansima američkih banaka; one su “zarazile” i evropske finansijske institucije. Zahvaljujući finansijskim inovacijama u dvije protekle decenije, banke su bile u mogućnosti da preprodaju hipotekarne garancije, a time i finansijske rizike, investitorima koji su bili spremni da te rizike preuzmu, ako je bio u izgledu spekulativni profit. A bio je!

¹⁸ BH Bankar – Izvod iz razgovora s profesorom Davorom Savinom, broj 12/I 2009. godine, str. 22 – 23.

Distribucija primarnog rizika je proces kojeg prepoznajemo pod imenom sekuritizacija. Banke naprosto sakupe hipotekarne dokumente i slože ih u “paket” i te finansijske instrumente investitori otkupljuju, registruju i uvećavaju svoje aktive po stopi po kojoj rastu cijene nekretnina - dok rastu.

Između 1997. i 2006. godine cijene kuća u Americi su uvećane za 124%. Visoke cijene su žustro poticale stanogradnju, što je naposljetku dovelo do viška neprodanih stanova (oko 7 miliona raspoloživih stambenih jedinica početkom 2008. godine), i tada su cijene počele opadati. U martu 2008. godine, oko 9 miliona američkih vlasnika stanova, raspolagalo je nekretninama čija je vrijednost bila manja od hipoteke uspostavljene na njima. Čak i da ih uspiju prodati, banke ne mogu nadoknaditi uložena sredstva. Razlika u njihovim bilansima predstavlja neto gubitak.

U septembru 2008. godine finansijska kriza je eksplodirala, pokrenuvši nekoliko najvećih stečajnih postupaka u ekonomskoj istoriji Sjedinjenih Američkih Država. Lehman Brothers, kulturna investiciona banka, prva je podlegla posljedicama nezajažljivog i neodgovornog poslovanja s drugorazrednim hipotekarnim pozajmicama, koje su joj godinama donosile dvocifrene profite.

Sada je bilježila gubitak od 4 milijarde \$. Slijedilo je preuzimanje Merrill Lynch od strane Bank of America za približno polovicu stvarne vrijednosti te nekada moćne banke, a prije toga su bile nacionalizovane gigantske firme Fannie Mae i Freddie Mac, koje su kontrolisale skoro 6 triliona dolara vrijedno tržište kredita za kuće, stanove i druge nekretnine.¹⁹

Dug ove dvije finansijske institucije je preuzelo Ministarstvo finansija na temelju odluke Kongresa. Time se posljedica nesmotrenog ponašanja privatnog sektora premjestila u breme američkih poreskih obveznika, što se navodno prvi put u formalnom obliku dogodilo u američkoj istoriji (neki ugledni komentatori su to proglasili za “kraj neoliberalnog ekonomskog sistema”).

Deset godina je tekao proces privatizacije profita, a sada predstoji deset godina nacionalizacije gubitaka.

Upravo na bazi navedenog, a posebno imajući u vidu da su banke u BiH izgubile povjerenje u do sada najsigurnije sredstvo obezbjeđenja - hipoteku, banke su smanjile svoje kreditne plasmane. Krediti se odobravaju po znatno višim kamatnim stopama, traže se dodatna sredstva obezbjeđenja, što neposredno još više produbljuje krizu u bosanskohercegovačkoj privredi.

¹⁹ Ibid.

Rizik naspram hipoteke može se uočiti i u pogledu fiskusa prilikom naplate dugovanja po osnovu poreza.

Entitetski zakoni o poreznoj upravi²⁰ su, u pogledu položaja fiskusa prilikom naplate dugovanih poreza, donijeli radikalnu izmjenu na štetu banaka i drugih povjerilaca. Naime, ovi zakoni predviđaju zakonsku generalnu hipoteku na cjelokupnoj imovini dužnika u korist države, a sve zbog neplaćenih poreza obveznika.

U RS je definisano da zakonska hipoteka nastaje od dana uknjižbe u zemljišnu knjigu i traje do izmirenja poreske obaveze, čime je kod zasnivanja zakonske hipoteke poštovano načelo upisa u zemljišne knjige. Nakon što porez bude izmiren, porezna uprava je dužna da u roku od dva dana podnese zahtjev za brisanje zakonske hipoteke.

Za razliku od RS, u FBiH je prema članu 50. st.2. ZPU određeno da hipoteka nastaje od dana razreza poreske obaveze, tj. zakonska hipoteka nastaje i prestaje vanknjižno. Ovakva situacija stvara rizik bankama prilikom odobravanja kredita jer u zemljišnoknjižnom izvatku predmetne nekretnine ne može se vidjeti da li postoji zakonska hipoteka. Da bi smanjile takav rizik, banke od hipotekarnog dužnika dodatno traže da dostavi dokaz iz porezne uprave da nema neizmirenih poreznih obaveza.

Također, praksa izvršnih sudova u FBiH, a slična je situacija i u RS, stoji na stanovištu da, ukoliko se u postupku prodaje nekretnine (u izvršnom postupku) kao kupac pojavi samo tražilac izvršenja s cijenom koja je niža od njegove visine potraživanja iz osnovnog ugovora (niža i od procijenjene vrijednosti nekretnine), će se smatrati da je tražilac izvršenja u cjelosti namiren. Dakle, ovakva praksa sudova može dovesti do situacije da banka bude onemogućena da se u cjelosti namiri iz 'sekundarne' - naknadne prodaje nekretnine (npr. ukoliko banka u izvršnom postupku, po osnovu određenog kreditnog odnosa potražuje 800.000,00 KM pri čemu je vrijednost nekretnine procijenjena na iznos od 1.000.000,00 KM te se niti na jednom od zakazanih ročišta za javnu prodaju ne pojavi potencijalni kupac izuzev tražioca izvršenja, tada tražilac izvršenja može imati dvije situacije:

a) tražilac izvršenja može da ponudi cijenu u visini svog potraživanja koje u ovom slučaju iznosi 800.000,00 KM i time će se smatrati namirenim. Međutim, javlja se posebna dilema da li će on u periodu poremećaja tržišta nekretnina ili u slučaju recesije moći prodati (preprodati) tu nekretninu za 800.000,00 KM ili manje (čime bi ostao ne namiren), jer banci nije u

²⁰ Zakon o poreznoj upravi FBiH (Sl. novine Federacije BiH, br. 33/02) u daljem tekstu ZPU FBiH, Zakon o poreznoj upravi Republike Srpske (Sl. glasnik Republike Srpske, br. 51/01).

interesu da kupuje nekretnine koje ne može poslovno koristiti ili prodati adekvatno visini svog potraživanja.

b) Ukoliko tražilac izvršenja ponudi iznos od 700.000,00 KM (jer tržište nekretnina determiniše da se za veći iznos zasigurno ne može prodati nekretnina), tj. nižu cijenu od iznosa svog potraživanja, prema navedenoj praksi izvršnih sudova on će se smatrati u cjelosti namirenim, bez obzira što to u stvarnosti vjerovatno neće biti slučaj. Dakle, posebno kada se radi o recesionom periodu, tržište nekretnina je prožeto velikim fluktuirajućim procesima, pri čemu ovakva praksa sudova dodatno zabrinjava bankarski sektor. Naime, u zadnjem slučaju, ukoliko je banka pored hipoteke na nekretnini imala i dodatna sredstva obezbjeđenja - jemstva, mjenice i slično, ona iste neće moći realizovati jer joj pomenuta praksa ne dozvoljava.

Sve u svemu, hipoteka će i dalje predstavljati značajno sredstvo obezbjeđenja bankarskog potraživanja, ali gore navedeno jasno ukazuje da će bankari ipak imati nešto drugačiji pogled na hipotekarno obezbjeđenje nego što je to bio slučaj do sada.

Hipotekarno obezbjeđenje okvirnih ugovora u Bosni i Hercegovini

Obezbjeđenje okvirnih ugovora založnim pravom-hipotekom pokazalo se kao jedno od vrlo važnih pitanja u BiH. Zakonske odredbe to eksplicitno ne omogućavaju, insistirajući da potraživanje mora biti određeno. Ako je hipoteka upisana u zemljišnu knjigu za osiguranja određenog potraživanja (upisani podaci iz okvirnog ugovora) onda bi dužnik mogao istaći prigovor u izvršnom postupku, ili bi izvršni sud mogao odbiti provođenje izvršnog postupka, za neplaćeno potraživanje iz nekog drugog ugovora, kao što je npr. pojedinačni ugovor koji proizilazi iz okvirnog.²¹

Prvi bi lijek za ovu situaciju mogao biti da banka ne zaključuje posebne ugovore (s posebnim oznakama) za svaki pojedini plasman, već da u okvirnom ugovoru definiše uvjete za pojedinačne isplate, tako da se u izvršnom postupku uvijek okvirni ugovor pojavi kao osnov potraživanja. Službe u bankama treba da posvete pažnju takvom kreiranju okvirnih ugovora koji bi omogućivali pojedinačne isplate npr. putem aneksa ugovora, pri čemu bi osnov potraživanja uvijek ostajao isti, naime, okvirni ugovor.

Drugu mogućnost je već ponudila praksa – izdavanje mjenice na najviši iznos iz okvirnog ugovora i osiguranja potraživanja iz mjenice založnim pravom.

²¹ Vidjeti S. Georgijevski: „Založno pravo u izvršnom postupku“, APF, 1-4/83, str. 214.

Ovo je veoma zaobilazan put jer je i sama mjenica način osiguranja. U Federaciji BiH i RS, nakon uvođenja notarijata, postavilo se isto pitanje, jer su i neki notari odbijali da zasnuju hipoteku za osiguranje potraživanja iz mjenice. Iako je krajnje neouobičajeno, moglo bi se prihvatiti, ali je cijelu operaciju moguće izvesti i bez izdavanja mjenice, na način da bi dužnik pred notarom priznao određeni dug i podvrgnuo se izvršenju na nekretnini (moguće i dodatno na cjelokupnoj imovini) za takav dug. U Njemačkoj je apstraktno priznanje duga i podvrgavanje izvršenju svakodnevni dio bankarske i notarske prakse.

Međutim, bez obzira na navedeno, najveći dio bankarske prakse stoji na stanovištu da se okvirni ugovori ipak osiguravaju hipotekom, naročito imajući u vidu da su sudovi, prije stupanja na snagu zakona o notarima (u oba entiteta) zaključivali ovakve sporazume stranaka, te time obezbjeđivali izvršne isprave. Ali, neupitno je pitanje urgentnosti rješavanje ovog problema u zakonskim okvi-rima.

Ovdje će planirana reforma stvarnog prava u FBiH donijeti potrebno olakšanje jer je de lege ferenda predviđena maksimalna hipoteka, ali i zemljišni dug. Pošto je neizvjesno kada će taj zakon biti usvojen, bilo bi poželjno kada bi zakonodavac intervenirao u odgovarajućim zakonskim odredbama i time donio veliko olakšanje za kreditnu privredu i opće za cijelu privredu u BiH.

U tom bi smislu bilo potrebno u odredbi člana 68. ZOVO F BiH dodati novi stav prema kojem se potraživanje smatra dovoljno određenim, ako su određeni osnov potraživanja, dužnik, povjerilac, iznos ili barem najviši iznos do kojeg se potraživanje osigurava hipotekom.

Da bi rješenje imalo podršku i u zemljišnoknjižnom pravu, bilo bi dobro, kao što je to učinio i slovenački zakonodavac (član 18. Zakona o zemljišnim knjigama Republike Slovenije), unijeti odredbu o načinu upisa maksimalne hipoteke. Tako bi se mogao dopuniti član 20. ZZK F BiH/ZZK RS i to da se u stavu 2. koji propisuje šta se upisuje kod upisa hipoteke doda nova tačka 2.) koja bi glasila: "Kod maksimalne hipoteke se upisuje da se radi o maksimalnoj hipoteci, te se upisuje najviši iznos do kojeg jamči nekretnina".

Zaključak

Nesumnjivo, hipoteka predstavlja vrlo značajno sredstvo kreditnog obezbjeđenja potraživanja u BiH. Naime, imajući u vidu da se bosanskohercegovačka privreda nalazi u dosta teškoj situaciji, broj nezaposlenih je izuzetno veliki, broj zaposlenih u manjim firmama i u obrtničkoj djelatnosti koja u određenim segmentima propada pod naletom "jačih" je također veliki, neposredno ukazuje da se lična sredstva obezbjeđenja potraživanja ne mogu u dovoljnoj mjeri iskoristiti, jer

izražena ponuda radne snage i monopol vlasnika privatnih poduzeća determinišu nestabilnost radnih mjesta. Navedeni podaci samo dodatno ukazuju na značajnost hipoteke, naročito kod stambenih i investicijskih kredita. Međutim, u radu je jasno prikazano da i hipotekarni oblik osiguranja potraživanja ima svoje nedostatke koji se na temelju iskustava američkih banaka odražavaju i na bankarsku strategiju u BiH. Poremećaj tržišta nekretnina te uticaj nastupajuće (ili već nastupjele) recesije, dovelo je naše banke u takav položaj da na hipotekarno obezbjeđenje potraživanja gledaju sa značajnom dozom rizika. Cijena nekretnina postepeno opada, a na recesiono stanje banke reaguju kroz povećanje kamatnih stopa (zbog povećanog rizika), traženje dodatnih kolaterala i uopšteno definišući teže uslove odobravanja kredita (povećan je odnos vrijednosti nekretnine-hipoteke i iznosa kredita). Dakle, opadanje cijena nekretnina s jedne strane, te smanjenje potražnje za istim s druge (zbog nedovoljnog novčanog kapitala, otežavajućih uvjeta za dobijanje kredita i slično), hipoteku postepeno postavlja u područje nesigurnih kolaterala, tj. banke ne posjeduju sigurnost da li će, u slučaju da dužnik ne otplati kredit, moći prodajom nekretnine namiriti cjelokupan dug, ili samo njegov dio. Međutim, probleme hipotekarnog obezbjeđenja u BiH treba sagledavati dosta šire. Naime, svaka analiza određenog instituta počinje od normativne uređenosti istog. Založno pravo, kao stvarno pravo mora biti uređeno jedinstvenim pravnim okvirom (ili bar mora biti kompatibilno uređeno entitetskim propisima), jer isključivo takvo uređenje stvara pravnu sigurnost, kako za građane, tako i za banke. U FBiH imamo situaciju da je hipoteka regulisana Zakonom o vlasničkopравnim odnosima, dok je založno pravo na pokretnim stvarima i zalaganje potraživanja regulisano Zakonom o obligacionim odnosima, što ni u kom slučaju nije ni racionalno ni cjelishodno. Do usvajanja Zakona o stvarnim pravima, slična situacija je bila i u Republici Srpskoj.

Također, postoji niz drugih stvari koje u većoj ili manjoj mjeri utiču na hipotekarno obezbjeđenje. Takav je slučaj i sa zakonskom hipotekom. Zakonska hipoteka u FBiH i RS nije uređena na isti način. Zakonom o poreznoj upravi RS zakonska hipoteka nastaje od momenta uknjižbe u zemljišnu knjigu i traje do izmirenja poreske obaveze (načelo knjižnog upisa u zemljišnu knjigu). Nakon što porez bude izmiren, porezna uprava je dužna da se zemljišnoknjižnom uredu obrati sa zahtjevom za brisanje zakonske hipoteke.

U FBiH, prema članu 50. st.2. Zakona o poreznoj upravi FBiH, određeno je da zakonska hipoteka nastaje od dana razreza poreske obaveze (nastaje i prestaje vanknjižno). Ovakva situacija bankama stvara rizik prilikom hipotekarnog obezbjeđenja kredita, jer u FBiH, uvidom u zemljišnoknjižni izvadak, banka ne može konstatovati da li možda postoji zakonska hipoteka, iz kog razloga se pomenuti

rizik pokušava ublažiti tražeći od komitenta dokaz iz porezne uprave da nema neizmirenih poreskih obaveza.

Ipak, iskreno je nadati se da će i FBiH uskoro usvojiti Zakon o stvarnim pravima FBiH (te da će ostali stvarnopravni propisi entiteta biti usklađeni), kako bi se ova disproporcija donekle ublažila, ali pravni eksperti BiH (iz oba entiteta) stoje na stanovištu da je opće građanskopravne propise potrebno još više unificirati, te eventualno usvojiti jedan jedinstven, bar okvirni, zakonski tekst iz oblasti građanskog prava na nivou BiH.

Literatura:

1. N.Gavela, T. Josipović, I. Gliha, V. Belaj, Z. Stipković: “Stvarno pravo”, Zagreb, 1998.
2. M.Žuvela: “Zakon o osnovnim vlasničkopравnim odnosima”, Zagreb, 1987.
3. Midhat Muslić: “Priručnik o zemljišnoknjižnom poslovanju”, Sarajevo, 1968.
4. D. Stojanović i B. Pavićević: “Pravo obezbjeđenja kredita”, Beograd, 1997.
5. S. Georgijevski: “Založno pravo u izvršnom postupku”, APF, 1-4/83
6. “BH Bankar” - Izvod iz razgovora s prof. Davorom Savinom, broj: 12/I 2009.
7. M.Bosiljčić - o zajedničkom vlasništvu: “Zajednička svojina”, doktorska disertacija, Beograd, 1965.
8. M.Dika, - Zbornik radova: “Zaštita vjerovnika”, Zagreb, 1994.
9. Zakon o obligacionim odnosima (preuzet Uredbom sa zakonskom snagom Sl. list RBiH 2/92)
10. Zakon o vlasničkopравnim odnosima FBiH (Sl. novine FBiH br. 6/1998)
11. Zakon o zemljišnim knjigama FBiH (Sl. novine FBiH 58/02)
12. Zakon o zemljišnim knjigama RS (Službeni glasnik RS 74/02)
13. Zakon o notarima FBiH (Sl. novine FBiH 45/02)
14. Zakon o notarima RS (Sl. glasnik 86/04)
15. Zakon o poreznoj upravi FBiH (Sl. novine FBiH 33/02)
16. Zakon o poreznoj upravi RS (Sl. glasnik RS 51/01)
17. M.Vedriš i P. Klarić: “Osnove imovinskog prava”, Zagreb, 1984.
18. N. Gavela: “Založno pravo”, Zagreb, 1992.

dr. Amela Čalo, viši asistent
Pravni fakultet Univerziteta u Bihaću

RAZVOJ IDEJE SUVERENITETA OD KLASIČNOG DO SAVREMENOG KONCEPTA*

Sažetak

Suverenitet je aktuelan pojam u pravnoj nauci, kako u oblasti državnog, tako i u oblasti međunarodnog javnog prava. Konstitutivni je element prve političke moderne vezan uz nacionalno državni okvir, uz pojam demokratije, socijalne države i teritorijalnosti. S razvojem moderne države uporedno je razvijana i doktrina suvereniteta. Suverenitet je središnja tema svih studija moderne države, kako u pogledu njenog unutarnjeg djelovanja, tako i u pogledu njenih odnosa s drugim državama. Stoga i potreba pronalaženja veze između historijskog pristupa aspektima razvoja ideje suvereniteta, teorijama i njihovoj vezi s određenim tipom suvereniteta, te relativnošću pojma i sadržaja suvereniteta s isticanjem određenih nedoumica koje prate suverenitet.

Danas pojam suvereniteta ima malo od sadržajnosti koja se susreće prilikom istraživanja začetaka i razvoja ideje. Dublja analiza navodi na generalni zaključak da je ipak sačuvano suštinsko određenje pojma suvereniteta. Teorijski pristup nacionalnom suverenitetu svakako potvrđuje složenost definiranja pojma i njegovo vezivanje, kako uz državnost, tako i uz pravo. Kako se suverenitet kao jedan od bitnih obilježja državne vlasti vezuje uz državu, tako i dijeli sudbinu ideje o državi. S tim u vezi, suverenitet bi se mogao odrediti kao “sposobnost da se određena volja predstavi kao ozakonjeno pravo te da se izgledima na prisilu lojalnih, i za to opunomoćenih nosilaca državne moći, u potpunosti provede”. Radi se o sposobnostima za donošenje konačnih odluka i o svojstvima državne vlasti da kao najviša moć vlastitom snagom poništava konkurirajuće moći u državi. Najviše pravne nadležnosti i vrhovništvo državne vlasti su kvalitativne strane pojma suvereniteta. Suverenitet je bio i ostao razlog institucionalnog usklađivanja nosioca i

* Rad recenzirao: prof. dr. Zdravko Grebo

odluke, osnov pretapanja države u mrežu institucionalno obezbijeđenih nadležnosti nosioca suvereniteta. Pojam suvereniteta neki smatraju dijelom kao mitski koncept, što ga čini donekle nedokučivim. Noviji događaji, posebno kreiranje Europske unije, pozvali su formalni, klasični koncept suvereniteta¹ u sumnju. Klasični suverenitet nije mogao biti ograničen, podijeljen ili prenesen. Države članice EU-a su pristupile ili udružile svoje suverenitete, a taj akt ih prema dijelu teorije, naizgled, diskvalificira kao suverene, barem u klasičnom smislu. Teoretičari međunarodnog prava razmatraju da li su međunarodni odnosi pojačane međusobne povezanosti i isključivih ovlasti nacija i država otišli dalje od tradicionalnog Westfalijanskog sistema suverenih država. Vladajući koncept državljanstva i suvereniteta sa svim promjenama odbija da nestane, ideja državnog suvereniteta neće uskoro biti iskorijenjena, naprotiv koncept će prosperirati.

Ključne riječi: ideja suvereniteta, teorije suvereniteta, relativnost pojma i sadržaja suvereniteta, suverenitet u tranziciji.

I. TEORIJSKI PRISTUP NACIONALNOM SUVERENITETU

1.1. Razvoj ideje suvereniteta i korijeni suvereniteta

S historijskog aspekta, pojam suvereniteta, u prvom redu kao ideje u tragovima, javlja se u pravnoj i političkoj misli od 13. vijeka i vezuje uz Marsiliusa od Padove, te uz legiste i postglosatore rimskih careva i francuskih srednjovjekovnih kraljeva. Ishodište suverene vlasti je bilo viđeno u najvrjednijem dijelu građana ili u cijelom narodu. Ova razmišljanja su začeci ideje narodne suverenosti koja će mnogo kasnije prerasti u doktrinu.² Pojam suvereniteta je bio ograničen posebnostima historijskih uslova u kojima je nastao i stoga su njegove sličnosti sa suvremenim pojmom suverenosti više formalne nego suštinske prirode. Od 16. vijeka pojam suvereniteta se može jasnije pratiti u Machiavellievim razmišljanjima o državi kao aparatu za vladavinu, te kao nužnost o postojanju centra moći čija je vlast krajnja i vrhovna. Teorija suvereniteta je dobila na snazi u drugoj polovini

¹ U literaturi se mogu naći terminološke odrednice i to: pre-suverenitet, klasični suverenitet, podijeljeni suverenitet i kasni suverenitet. Klasična verzija suvereniteta zahtijeva apsolutnu i isključivu vlast. Koncept državljanstva i suvereniteta je statičan, a po definiciji klasični suverenitet je legalan, apsolutan, unitaran, neumanjen, neograničen i nedjeljiv. Republikanska verzija suvereniteta drži da je prema ustavu jedino narod u konačnici suveren, što čini državni suverenitet mitom ili legendom. Skeptici drže da suverenitet nema smisla i da postoji samo kao retorička ili polemička molba, te da je suštinski besmislen.

² Potpunije o narodu kao autentičnom nosiocu suvereniteta u: Grubić, Nado, "Geneza ideje narodnog suvereniteta", Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, broj 8., str. 79–91, 1987. god.

16. vijeka zbog političkih potreba države novog vijeka koja se emancipirala od unutrašnjih i vanjskih slabosti srednjovjekovne države. Prema tome, teorija suvereniteta nastaje kao odraz na nedostatke srednjovjekovne države³. Svakako, prvu sistematsko teorijsku definiciju pojma suvereniteta kao obilježja države daje Jean Bodin⁴, francuski pravni i politički pisac. Generalno postoji jedinstven stav u okviru pravne nauke i filozofije prava da je otac doktrine suvereniteta upravo Jean Bodin.

Mjesto suvereniteta se u vremenu mijenjalo, od pravno neograničenih nadležnosti suverena u okviru državnog apsolutizma, do djelovanja nosilaca suvereniteta u državi i prava kao granice suvereniteta. Prvo je podrazumijevalo pravno neograničenu i najvišu vlast države otjelotvorene u suverenu, koji prema vani i prema unutra provodi slobodno ustanovljenje pravnih pravila. Drugo podrazumijeva svojstvo državne vlasti sa zakonodavnim nadležnostima i sposobnost provođenja ozakonjenog prava. Posmatranje suvereniteta s historijskog aspekta zahtijeva razlikovanje suvereniteta kao materijalne činjenice, političkog postulata i pravnog pojma.⁵ Prva pretpostavka pojave koncepta suvereniteta je bilo postojanje političke zajednice, teritorijalno organizirane cjeline političkih subjekata, odnosa, djelatnosti, organizacija, institucija i političke kulture. Drugi neophodan društveni preduslov za pojavu koncepta suvereniteta je bila, naravno, integrisana država, učvršćena unutar društva. Prema tome, suverenitet kao koncept o moći, vlasti i društvu pretpostavlja integrisanost i međuzavisnost iste te vlasti i društva. Priznanje pluraliteta i različitosti država putem stvaranja tzv. Westfalskog sistema (Westfalski mirovni ugovor iz 1648. godine⁶ s dva odvojena sporazuma, i to Minsterski i Osnabrički) je bio prvi korak u formiranju idejnog sadržaja u kome se odnosi država mogu konstituisati na temelju ideje suvereniteta. Westfalski sistem je realistički koncept politike međunarodnih odnosa sa svoja četiri temeljna načela: teritorijalnost, suverenitet, autonomija i legalitet. Dakle, temelj Westfalskog sistema predstavlja klasičan suverenitet koji se karakteriše dvostrukim obilježjem: prvo, označava vrhovnu vlast nad stanovništvom određene teritorije koja nema nikog iznad sebe, niti unutar države niti izvan nje, te drugo, formalno – pravna

³ Potpunije u: Krbek, Ivo, Suverenitet, JAZU, knjiga 339., Zagreb 1965.

⁴ Potpunije u: Šarčević, Edin, "Suverenitet - pojam i modeli", Pravna misao, god. XXV, Sarajevo, juli - decembar 1995. god., broj 7 – 12, str. 50 - 67.

⁵ Jazić, Živojin, Evropske zajednice kao organizacije regionalne integracije – Suverenost i supranacionalnost, JRMP, 1 – 3 / 1981., str. 10.

⁶ Westfalski mirovni ugovor zaključen 24.10.1648. godine nije označio samo kraj pretenzija Crkve da ostvari dominaciju nad svjetovnom vlašću, već je priznao jednaka prava katoličkih i protestantskih država, republika i monarhija.

jednakost država, načelo nemiješanja u unutarnje poslove država koje same odlučuju o svojoj sudbini, nizak nivo kooperacije i minimalna pravila koegzistencije. Koncept suvereniteta ima nesporno europski karakter i to po dva osnova: nastao je u Europi i primjenjivao se samo i isključivo u odnosima europskih država.

1.2. Teorije o suverenitetu

Suverenitet se kao pojam i sadržaj opisivao i proučavao u raznim teorijskim i naučnim oblastima poput historije, filozofije, prava i sociologije. Društveni uslovi u svim historijskim fazama razvoja uticali su na pojavu i razvoj teorija o suverenitetu. Razvoj društva i unaprjeđenje nivoa svijesti u društvu putem političke kulture, demokratije i filozofije, mijenjalo je shvatanje o ishodištu i sadržaju suvereniteta, od samog boga, monarha, preko države, do samog naroda. Razmišljanja o suverenitetu boga, razmatranja grčkih filozofa, te rimskih magistrata, bila su dijelom izvedena i necjelovita s ozbiljnijim i preciznijim razmatranjima sadržaja pojma u srednjem vijeku od strane legista, teokrata i kanonista. Time je otvoren proces za teorijsko pluralističko shvatanje pojma suvereniteta.

Historijska i društvena dimenzija suvereniteta prema Jean Bodinu

Bodinovo razumijevanje suvereniteta generalno upućuje na nedjeljivost, sveobuhvatnost, regulativne nadležnosti ovog pojma kao bitnog obilježja države. Apsolutnost pojma ima dva usmjerenja, i to prema vani - u odnosu na ostale države, i prema unutra - ka vlastitim snagama. Ovo je bio osnov za tipizaciju suvereniteta na vanjski i unutarnji suverenitet. Ono što daje snagu Bodinovom shvatanju pojma suvereniteta⁷ jeste otklon od samovolje i neograničene vlasti suverena. Ukoliko na trenutak ostavimo po strani činjenicu da se suverenitetu moći davala prednost u odnosu na suverenitet prava i fokusiramo se na nesporne momente, generalno se može izvući zaključak da su Bodinovi stavovi o suverenitetu imali svoj kontinuitet sve do suvremenih teorija. Pri tome se misli na bitna svojstva državne vlasti, na nedjeljivu moć, ali i na zakonska ovlaštenja suverena i u tom smislu na nejasnu razliku između nosioca suvereniteta i državnog suvereniteta. Težište suvereniteta se veže za nadležnosti suverena, bez suglasnosti onih koji su pravu podčinjeni. Kao mogućnosti nameću se dva razmišljanja i to: suverenitet kao područje vladavine jednog čovjeka, ali ujedno i kao državna personifikacija pravno uređene zajednice. Prema tome, sadržaj suvereniteta, po Bodinu, izražava se u mogućnosti potpuno slobodnog donošenja zakona, u mogućnosti odlučivanja o ratu i miru, potvrdi i

⁷ Potpunije u: Grubić, Nado, "Pokušaj lociranja začetaka ideje suvereniteta", Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, broj 9., 1988. godina, str. 53 – 58.

imenovanju državnih funkcionera, zatim davanju pomilovanja i raspisivanju poreza. Načelo suvereniteta, formulirano po Bodinu, sastoji se upravo u njegovoj nedjeljivosti, a poslije Bodina u učenju o narodnom pravu zastupan je aksiom o neograničenom suverenitetu države. Za razliku od Machiavellia, Bodin je instistirao na zamisli vezanja suverena ne za pojedini zakon (*lex*), nego za pravni sistem uopće (*ius*). Sistem ideja o vlasti koje je razvio Bodin daleko je bio od toga da postane općeprihvaćen i vladajući, tako da je u dobrom dijelu 17. vijeka došlo do slabljenja koncepta.

Teorija društvenog ugovora prema J. J. Rousseau

Ideja suvereniteta naroda najčešće se vezuje uz misao i djelo J. J. Rousseaua, koji je vidio narod, ne samo kao nosioca, već i kao snagu koja će isti taj suverenitet i vršiti. Teorija o suverenitetu naroda je njegovih misli djelo, a polazna osnova za raspravu jeste prirodno stanje kao odsustvo nejednakosti i zavisnosti među ljudima. Osnovno Rousseauovo nastojanje je izmirenje prirodne slobode pojedinaca s činjenicom njegove potčinjenosti državnoj vlasti. Suverenitet se manifestuje preko opće volje u čijem stvaranju sudjeluje svaki građanin. Također, Rousseau razlikuje opću volju usmjerenu ka zajedničkom interesu od volje svih kao zbira pojedinačnih volja i izraza privatnog interesa. Opća volja teži jednakosti i iz tog razloga i jeste čin suvereniteta.

Prema Rousseau, karakteristike suvereniteta jesu neotuđivost, nedjeljivost, nepogrešivost, odnosno suverenitet ne može biti ni predstavljen. Vlast, odnosno vlada, je nesuvereni izvršilac naredbi suverene legislativne vlasti, koju ona može ukloniti u svakom trenutku, jer suverena se vlast naroda ne može ograničiti ni ustavom, ni zakonom, niti se može delegirati, čak ni kao izvršna vlast. Rousseau poistovjećuje sistem podjele vlasti sa suverenitetom vladara, suverenitetom izvršne vlasti, poistovjećuje suverenitet kao suštinu vlasti s oblikom njene organizacije. U okviru razmatranja ideje suvereniteta proučava i odnos zakonodavne i izvršne funkcije vlasti, kao dvije različite državne funkcije. Zakonodavna vlast je bit suvereniteta, a izvršna je emanacija. Prema tome, Rousseau zastupa koncepciju jedinstva državne vlasti, s izvršnim organima koji su podređeni zakonodavnim organima. Narod u cjelini, ispoljavajući svoju suverenost i opću volju, obavlja zakonodavnu vlast. Jednako tako, Rousseau se zalaže za stalan oblik nadzora zakonodavne nad izvršnom funkcijom s mogućnošću periodičkog mijenjanja njenih vršilaca. Prema njegovoj teoriji, izvor svake vlasti leži u pristanku naroda kao jedinog suverena. Pravo, po njegovoj teoriji, mora da bude izraz narodne volje i najbolja zamjena za idealnu neposrednu narodnu demokratiju po čemu je predstavnička demokratija za njega vlast koju drže neposredni predstavnici, neposredno i direktno

izabrani od naroda, na osnovu stroge jednakosti. Ideja suvereniteta naroda oblikovana upravo od strane Rousseau, kao načelo je postala očita tokom 16. vijeka i ishodište je kasnijih revolucionarnih načela građanske klase. Dakle, ideja suvereniteta postaje tek krajem 17. vijeka vladajuća ideja u oblasti prava, osnovna pravna pretpostavka o shvatanju vlasti, ali samo u profesionalnim i intelektualnim krugovima.

Teorija državnog suvereniteta prema Georg Jellineku

Početak prošlog vijeka, njemački pravni pisac Georg Jellinek oblikovao je klasičnu teoriju državnog suvereniteta. Prema njegovom mišljenju država posjeduje suverenu moć, a vladati ne znači drugo do biti sposoban bezuslovno nametati vlastitu volju drugima. Radi se o jedinoj suverenoj zajednici koja vlada zahvaljujući moći koju izvorno izvodi iz same sebe i koju ne drži od kakve druge moći. Suština razmišljanja je u tome da suverenitet pripada državi kao posebnom pravnom subjektu. Postavlja se razlika između suvereniteta države i suverenog organa u državi. Pod suverenitetom se ne smije shvatiti apsolutna neograničena vlast, odnosno suverena državna vlast je pravno ograničena vlastitim pravom. Prema ovoj voluntarističko – pozitivističkoj doktrini, suverenitet predstavlja, ne samo najvišu vlast iznad koje ne postoji nikakva druga vlast, nego i potpunu, više ili manje neograničenu vlast. Vlast države je suverena ako je država stvarno sposobna da je vrši. Vlast se time izjednačava sa silom što predstavlja faktički suverenitet, dok koncept suvereniteta predstavlja pravni suverenitet. Država sama određuje obim vlastite nadležnosti i modalitete njenog vršenja.

Teorija o suverenitetu prava prema Hans Kelsenu

Ova teorija je našla svoje začetke daleko ranije u antičkoj grčkoj misli naročito Platona i Aristotela i to u dvije forme, kao ideja suvereniteta vladara – filozofa, koji objedinjuju, kako znanje, tako i suverenu vlast, te kao ideja suvereniteta, odnosno vladavine zakona.⁸ Hans Kelsen, austrijski pravni teoretičar, afirmira teoriju o suverenitetu prava odbacujući dualizam između prava kao sistema normi i države kao društvene realnosti, smatrajući ga nepotrebnim udvostručavanjem predmeta naše spoznaje. Državu shvata kao pravni fenomen, neodvojiv od pravnog poretka te iste zajednice. Kako je država svedena na pravni poredak ni sam suverenitet nije ništa drugo do svojstvo tog pravnog poretka.

⁸ "... državi u kojoj je zakon podvrgnut vlasti zajamčena je propast. Onoj pak, gdje je zakon gospodar upravljača, a oni njegove sluge, ne samo da je osigurana egzistencija, već i sve blagodati koje bogovi dadoše državama". Platon, Zakoni, Zagreb 1957. god., str. 120.

Karakteristike države shvataju se kao karakteristike pravnog poretka.⁹ Sve one osobine koje se inače pripisuju državi shvataju se kao svojstva pravnog poretka. Suverenitet je prenesen s nosioca suvereniteta na vrhovnu normu, ustavne norme i sve druge norme niže pravne snage. Vladavina prava je osnov ovog teorijskog razmatranja koje se pominje i kao *Kelsenov normativizam*. Suverenitet je sastavni dio pravnog sistema, njime je određen i definiran. Pravni sistem prethodi suverenitetu države, određuje je i kontroliše. Kritika na račun ovakvih teorijskih promišljanja ističe minimiziranje uloge države i koncepta suvereniteta, čak do negacije, identificirajući državu i pravo, te svodeći cjelokupni pravni sistem na normu.

Negacija ideje suvereniteta prema Leon Duguitu

Jedan od najznačajnijih protivnika ideje suvereniteta je bio nekadašnji profesor Pravnog fakulteta u Bordeauxu, Leon Duguit. Osnova njegove kritike i odbacivanja ideje suvereniteta jeste njegovo posebno poimanje države kao grupe pojedinaca koji raspolažu silom, s ciljem organizovanja i upravljanja javnim službama. Prema njegovom shvatanju, država je suveren narod s organiziranom vladom, nastanjen na jednom određenom prostoru. Vršenje javne vlasti, odnosno suvereniteta, subjektivno je pravo države i određujući faktor položaja pojedinaca u državi.¹⁰ Predmet Duguitove kritike je konstrukcija naroda kao ličnosti, nosioca subjektivnog prava na javnu vlast, prava zapovijedanja ili suvereniteta, države kao organizovanog naroda i nosioca suvereniteta, te javnog prava kao državnog prava. Duguit, ne samo da odbacuje ideju nacionalnog suvereniteta, već i suvereniteta uopće, a time i pojam subjektivnog javnog prava. Negiranje suvereniteta bazira na nepostojanju hijerarhije volje i nepostojanju suvereniteta kao subjektivnog prava države. Kao predstavnik francuske solidarističke škole, naročito utjecajne u prvoj polovini 20. vijeka, Duguit je zastupao radikalne teze koje je međunarodna stvarnost demantirala. Naime, po istom shvatanju država ne može imati vlastitu volju i samo je postupak za upravljanje kolektivnim interesima. Jedan od zaključaka je bio da se cjelokupno pravo, unutarnje i međunarodno, može isključivo odnositi na pojedince uz krajnji zaključak da je međunarodna zajednica isključivo zajednica ljudi, a ne država.¹¹ Radi se o negaciji pravnog subjektiviteta države koja je smatrana metafizičkim konceptom. Odnosno, subjekt prava, pa i međunarodnog prava je samo pojedinac. Prema tome, pojmu i konceptu suvereniteta negira se bilo kakav

⁹ Potpunije u: Grubić, Nado, Argumenti protiv suverenosti (Leon Duguit), Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, broj 10., 1989. godina, str. 15–22, 1989.

¹⁰ Ibid., str. 19–21.

¹¹ Vidjeti u: Degan, V., Đ., Međunarodno pravo, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2000. godine, § 56. Čovjek kao subjekt međunarodnog prava, str. 474.

racionalni sadržaj.¹² Nema razlike u pogledu odnosa koji uređuju unutarnje i međunarodno pravo, a i razlika u njihovim izvorima je više prividna nego stvarna. Međunarodna stvarnost je opovrgla tvrdnje pristalica ovog teorijskog pravca o tome da su pravne osobe kao i sama država, proste fikcije u pravu.

II. RELATIVNOST POJMA I SADRŽAJA SUVERENITETA

Suverenitet države svakako odražava određene činjenice i tendencije u uzajamnim odnosima država koje su veoma stvarne i impresivne. Teorija državnog suvereniteta paralelno prati evoluciju moderne države. Pojam suvereniteta vjerovatno nikad nije zahtijevao ozbiljnije razmatranje kao do sada. Koncept suvereniteta još uvijek je centralan većini mišljenja o međunarodnim odnosima i posebno međunarodnom pravu. Pojam je multidisciplinarnog karaktera, neodvojivo vezan za državu, kao njen suštinski element, izraz je organizovanja i vršenja vlasti i moći u društvu. Suverenitet je i zbir ideja o uzajamnim odnosima pojedinačnih država, ali i njihovog odnosa naspram međunarodne zajednice.¹³

Stari Westfalijanski koncept, u kontekstu prava nacionalne države, još uvijek je cijenjen i zaštićen od strane onih koji čuvaju određene realističke poglede ili koji inače žele zaštititi međunarodne ovlasti od miješanja u odluke i aktivnosti nacionalnih država. Koncept suvereniteta obuhvata ideju jednakosti nacija, ideju suverenog imuniteta, ideju nemiješanja ili neintervencije stranih vlasti, ideju supsidijariteta. Logična je veza između koncepta suvereniteta i osnova, te izvora međunarodnog prava. Kontroverzni procesi globalizacije, naročito u oblasti ekonomije, doveli su do redukcije troškova, vremena, te do promjena u oblasti transporta i komunikacija. Ove okolnosti vodile su do novih struktura proizvodnje, poboljšanja i intenziviranja međuovisnosti, a sve to je stvorilo potrebu za novim pristupom starom konceptu suvereniteta. Razmatranja predlažu daljnja promišljanja, možda i preoblikovanja srži koncepta, te uloge suvereniteta i uvođenje, kako neki autori predlažu, novih termina kao što je “savremeni suverenitet”¹⁴. Prema istim autorima novi pristup zastarjelom konceptu je pragmatičniji i empirijski baziran s uravnoteženijim pristupom suštini suvereniteta. Promišljanje o suverenitetu je neophodno da bi se izbjegle zamke pogrešne upotrebe “starog” koncepta

¹² Duguitove oštre kritike dalje razvija Georges Scelle u okviru francuske solidarističke pravne škole, naročito uticajne u prvoj polovini 20. vijeka.

¹³ Vidjeti u: Knežević – Predić, Vesna, *Ogled o suverenosti: Suverenost i Evropska unija*, Institut za političke studije, Beograd, 2001. godine, I Suverenost, str. 5 – 68.

¹⁴ Jackson, H. John, profesor na Cambridge University koristi termin ‘savremeni suverenitet’, držeći da je više analitički i dinamični proces.

suvereniteta, ali i svladali izazovi s kojima se suočava međunarodno pravo, kao što je inovacija normi i pravila, ili predodžbe o jednakosti država. Historijski aspekt tradicionalnog Westfalijanskog koncepta suvereniteta obuhvatao je četiri glavne karakteristike:

- Suverena država uživa vrhovni politički autoritet i monopol na legitimno korištenje sile unutar svoje teritorije
- Sposobnost regulacije kretanja preko vlastitih granica
- Slobodan izbor u kreiranju vanjske politike
- Priznanje od strane drugih suverenih država kao neovisan entitet

Ove komponente suvereniteta nisu nikad bile apsolutne, ali su zajedno nudile predvidive osnove za međunarodni poredak. Danas je značajno da je svaka od ovih komponenti suvereniteta (unutarnja vlast, regulacija granica, autonomija politika i neintervencija), na brojne načine podvrgnuta izazovima. Učešće država u međunarodnom sistemu prema načelu jednakosti, preuzimanje ugovorenih obaveza, nemiješanje drugih u unutarnje stvari država s kontrolom vlastitih granica, čine pravnu osobnost država i, u tom smislu, nisu sve države sposobne za puno prakticiranje suverenih ovlasti i prava. S tog aspekta, državni suverenitet je promjenljiv. Radi se o fleksibilnosti koncepta suvereniteta u njegovim postklasičnim karakteristikama. Relativni suverenitet, kao pojam oko kojeg postoji suglasnost, je poput *najviše vlasti* u odnosu na teritoriju i stanovništvo nad kojima se vrši (teritorijalna i personalna nadležnost države ili jurisdikcija države), te poput *nezavisne vlasti* od svake druge vlasti izvana (međunarodni suverenitet države). Pojam suvereniteta u odnosima između država označava se kao nezavisnost. Nesporno je to da je suverena vlast države samo ona u čijem stvarnom vršenju postoji sinteza ova dva konstitutivna elementa. Suverenitet je pozitivni koncept koji izražava ideju o tome šta su pravna ovlašćenja države, šta je država ovlašćena da čini. Postojanje pozitivnog prava je neophodan preduslov koncepta suvereniteta kao zbira ideja, načina organizovanja i vršenja vlasti unutar društva, ali i šire u međunarodnoj zajednici. Koncept pretpostavlja da je epicentar vlasti unutar društva organizovanog u državu. Ista ta vlast je neophodna za opstanak društva i zaštitu prava i sloboda pojedinaca unutar njega.

Država kao nosilac vlasti donosi pravila putem kojih garantira i pruža zaštitu sloboda i prava uz određene obaveze kako za individualne subjekte, tako i za samu državu. Postavlja se pitanje obima reduciranosti suvereniteta u smislu međunarodnog prava. Međunarodna saradnja shvaćena iz današnje perspektive traži od država ograničenje minimumom zahtjeva od strane međunarodnog prava. Suverenitet ne smije biti izgovor državama za odbacivanje osnovnih međunarodnih pravila.

III. SUVERENITET U TRANZICIJI¹⁵

Državni suverenitet je uvijek bio koncept u tranziciji. Pojam suvereniteta je u osnovi svake države, "država i suverenitet su sinonimi".¹⁶ Kao što je ranije bilo riječi, jedna država se smatra suverenom kad posjeduje unutarnji i vanjski suverenitet. Uobičajeno je da se pod unutarnjim suverenitetom podrazumijeva svojstvo državne vlasti da stvara i provodi (i ima isključivo pravo da stvara i provodi) najviše pravne norme koje važe na njenom cjelokupnom teritoriju. Pod vanjskim suverenitetom se podrazumijeva vanjski položaj jedne države, njen položaj u međunarodnoj zajednici, priznat javnim pravom. Stoga bi vanjski suverenitet bio drugo ime za nezavisnost i ravnopravnost države naspram ostalih država, činjenica da državna vlast društveni život na vlastitom teritoriju uređuje sama i bez prisile drugih država. Nije teško izvesti zaključak prema kojem je suverenitet svojstvo da se slobodno stvara pozitivno pravo.

U demokratskim državama suverenitet se artikulira prema načelu da sva moć, odnosno državna vlast, proizlazi iz naroda. Činjenični faktori suvereniteta su se promijenili i dio naučnih promišljanja bavi se ovom problematikom. Pojam suvereniteta u savremenoj pravnoj teoriji je značajno promijenjen. Naime, ranije je suverenitet smatran apsolutno najvišom vlašću, *suprema potestas, summa potestas*, koja je po prirodi nedjeljiva. Međutim, danas je takav pristup napušten. Danas se smatra da je suverenitet jedna djeljiva kategorija. Takav zaokret u teoriji posljedica je realnih događanja koji su uslijedili nakon Drugog svjetskog rata. Bivše kolonije su stekle politički suverenitet, ali su ekonomski ovisile, i dalje ovise od metropola. Njihov ekonomski suverenitet ne postoji, a bez ekonomskog suvereniteta politički suverenitet je fikcija. Razmišljanja koja su išla u pravcu da nacionalna država kao politička jedinica svoje poslove samostalno regulira jesu dio prošlosti. Čini se realnim razmišljanje da bi suverenitet, kao ukupna odgovornost za dobro svih državljana, mogao dovesti do ozbiljne izolacije prava od stvarnosti. Suverenitet danas nije baziran na klasičnoj predodžbi ishoda i djelovanja kao isključiva i konačna vlast. Radije, prema nekim teoretičarima, suverenitet je uzeo oblik izvora za pogađanje korištenog od strane država, a u ime njihovih građana. Suverenitet je status stečen kao rezultat državnih radnji uključujući i provođenje skupa nadležnosti koje su na raspolaganju državi. U smislu redefiniranja i refokusiranja

¹⁵ Potpunije u: Walker, Neil, *Sovereignty in Transition*, Hart publishing, Oxford - Portland Oregon, 2003.

¹⁶ Vukobrat-Bodiroga, Nada, *Osnovni poredak Europske unije - Otvorena ustavno - teorijska pitanja*, Zbornik Pravnog Fakulteta Sveučilišta u Rijeci (1991.) v. 17., br. 2., str. 387 – 394, (1996.)

suvereniteta, koncept je doživio svoju evoluciju i smatra se da je dinamičan i promjenljiv, odnosno da može biti parcijalan, ograničavajući, delegiran i odnosni suverenitet. Države moraju shvatiti da je njihov suverenitet stalno u pitanju i da moraju djelovati znanjem, te da provođenje suverenih funkcija definira njihov suverenitet.

Suverenitet je bio opisan kao glavni organizacioni koncept međunarodnog društva država, nešto što je tradicionalno centralno disciplinama i praksi državnog, ugovornog prava, te međunarodnog prava. Postavlja se pitanje na koji način društveni, kulturalni, politički te drugi historijski faktori danas mogu doprinijeti izmjeni koncepta suvereniteta? Kako ove raznovrsne promjene utiču na koncept suvereniteta uopće, odnosno kako posebno utiču na koncept suvereniteta u Europskoj uniji? Kada je o ovom posljednjem pitanju riječ, treba promišljati i na obim i različitosti nacionalnih ustavnih tradicija, te na njihove stavove prema suverenitetu *vis-a-vis* Europske unije. U kojem obimu i na koji način Europska unija putem svojih konstitutivnih institucija sebe zamišlja kao suverenu u svom tretiranju država članica? Koncept suvereniteta je bez sumnje reoblikovan, a u konceptu Europske unije će vjerovatno uslijediti njegovo daljnje reoblikovanje u okolnostima tzv. prve svjetske post-državne politike. Unutar predmetnog okvira, zaštićene su vrijednosti poput federalizma, podjele vlasti, vladavine prava, neovisne sudske vlasti, decentralizacije, subsidijariteta, demokratije, osnovnih prava, građanstva, jednakosti, sigurnosti, socijalne pravde, kao tradicija moderne države, te kao značajnih izazova u novoj multidimenzionalnoj konfiguraciji gdje su države i nedržavne politike povezane. Novi izazovi za suverenitet nastavljaju iziskivati kritičko razmišljanje koncepta. Jedan takav tekući izazov je formiranje i djelovanje Europske unije, što je u suštini odbijanje klasičnog modela suvereniteta. Države članice su na Uniju prenijele, ili udružile, svoje suverenitete u interesu, do tada, neviđenog stepena ujedinjenja. Kao rezultat ove tranzicije i drugih društvenopolitičkih snaga, ispitivanja o suverenitetu država nisu jedinstvena državljanstvu i domaćoj konstitucionalnoj debati. Razvoj na nivou EU-a uzrokovao je da teoretičari postuliraju da je "novi suverenitet" baziran daleko manje na klasičnoj isključivosti, a više na pogodbama, pregovorima, saradnji i zarađenoj prepoznatljivosti država kao članica međunarodne zajednice. Suverenitet je status, opravdanje za postojanje države kao članice međunarodne zajednice. Redefiniranje suvereniteta može pomoći objašnjenju naizgled anomalnog napretka državnog suvereniteta u svjetlu smanjenja državnih ovlasti i moći. Danas se insistira na praćenju stvarnog ponašanja država, što pomaže oblikovanju značenja suvereniteta. Ističe se državni suverenitet *de iure*, karakterističan za sve države, te suverenitet *de facto* ili suverenitet ponašanja koji se odnosi na to kako države usmjeravaju svoju upravljačku politiku. Zatim se ističe dinamična strana suvereniteta nadležnosti, koja je kao verzija državnog

suvereniteta slična “novom suverenitetu” uz jednu suprotnu statičnu verziju statusnog suvereniteta. “Novi suverenitet” se smatra sve više zajedničkim održavanjem, udruženim između vlada, ugovorenim od zvaničnika u multilateralnim komitetima, kompromisnim putem prihvatanja pravila i sudskih mišljenja. Najbolji primjer trenda ograničenog i djelimičnog suvereniteta je Europska unija kao složen sistem ugovora i zakona koji su ujednačeno primjenljivi širom Unije i čiji su subjekti države članice i njihovi građani. Tako su države članice svojom voljom predale važne aspekte svog unutarnjeg i vanjskog suvereniteta Europskoj uniji. Prema jednoj interpretaciji, suverenitet je udružen u smislu da je u mnogim oblastima državna vlast nad unutarnjim i vanjskim poslovima prenesena na Uniju kao cjelinu, ovlašćujući djelovanje kroz procedure koje ne uključuju veto od strane države. Delegiranje ovlasti vodi razvoju supranacionalnog nivoa čiji su subjekti države članice. Države su stvorile odnosne veze s obimnim sistemima nametnutim od strane komisija, sudova i političkih tijela, pojava koja je u prošlosti bila nespojiva s klasičnim suverenitetom. Tako Europa, kao kolijevka ujedinjenog suvereniteta, danas služi kao model kooperativne i uzajamne interferencije¹⁷. Države članice EU-a su predale ovlasti u sistemu donošenja odluka izvan državnog nivoa, uz nivo međuvladine saradnje, formalnopravno djeluju supranacionalne organizacije i tijela. Ukupno, može se govoriti o tripartitnom premještanju ovlasti dalje od državnog nivoa i to: naviše, kao najdirektniji rezultat europske integracije, naniže, zbog subnacionalnih ovlaštenja, i u stranu, primjer odnosa javno-privatno. Sistem međuovisnosti i promjena u strukturi upravljanja na nivou EU-a dio su “novog suvereniteta”.

U procesima tranzicije, suverenitet je morao odgovoriti na neke uporne opće prigovore koji su bili izjednačeni protiv samog koncepta. Stoga se kao radna definicija suvereniteta može reći da je to pojmovni oblik u kojem je izražen osnovni zahtjev postojanja i karakter vrhovnog poretka moći, uspostava i održavanje identiteta i statusa, obezbjeđenje izvora i sredstava krajnjeg autoriteta za pravni poredak. Suverenitet označava aktuelni kapacitet politike da zadrži potpunu unutarnju kontrolu i vanjsku neovisnost usljed trendova globalizacije.

Govori se o četiri različita značenja suvereniteta i to: o domaćem suverenitetu (unutarnja sfera), međuzavisnom suverenitetu, međunarodnom pravnom suverenitetu (vanjska sfera), te Westfalijanskom suverenitetu (kao načelu neinterencije). Moderno jezičko korištenje pojma suvereniteta navodi njegove dvije faze: i to prvu ranu fazu tzv. Westfalijansku fazu međunarodnog poretka suverenih država ustanovljenu poslije Westfaliskog mira 1648. godine. Taj međunarodni

¹⁷ Potpunije u: Zick, Timothy, Are the States Sovereign?, Legal Studies Research Paper Series, Paper 05 - 005, January 2005., na <http://ssrn.com/abstract=651381>

poredak podržan je pravnim okvirima državnog prava, gdje je to pravo vodilo unutarnji poredak suverenih država, te međunarodnim pravom koje je vodilo odnose između suverenih država. Prolaskom kroz procese tranzicije prolazi se i kroz drugu fazu tzv. Post - Westfalijansku fazu u kojoj se osjete pritisci globalizacije s jedne strane, te multidimenzionalitet i ustavni pluralizam s druge strane. Efektivni politički kapaciteti države su izazvani procesima globalizacije ekonomskih organizacija, zamahom transnacionalne trgovine, novih komunikacija, medija, putovanja te kulture. U dijelu izlaganja o suverenitetu u tranziciji, neizostavno je navesti i deset načela suvereniteta koja definiraju bit modernog koncepta suvereniteta. Ima i onih razmišljanja koja pod uticajem savremenih trendova poput globalizacije, fleksibilizacije i višestrukog nivoa upravljanja potvrđuju da trenutno živimo u eri post – suvereniteta.

Moderni koncept suvereniteta čine slijedeća načela:

- Suverenitet kao aspekt moderne države potpuno je neodvojiv od nje.
- Politički odnosi ne izvode se iz vlasničkih odnosa. Oni leže u borbi razlikovanja feudalnih nasljednih prava monarha od njihovih političkih prava kao suverena.
- Javne ovlasti moraju se razlikovati od privatnih. Političke ovlasti ne proizlaze ni iz sile ni iz moći koju potvrđuje vlasništvo, ne mogu se posjedovati kao vlasništvo niti primjenjivati kao sila.
- Javne ovlasti nisu lične već zvanične. Suverenitet je funkcija institucionalnog dogovora uspostavljena kao posljedica oblikovanja moderne države.
- Javne ovlasti proizvod su političkih odnosa.
- Suverenitet je izraz javnih ovlasti. Suverena vlast posjeduje ono što u njemačkoj tradiciji javnog prava zovu *Kompetenz-Kompetenz* (nadležnost nadležnosti ili nadležnost u određivanju granica svojih vlastitih nadležnosti). Oni koji ističu apsolutističke karakteristike uglavnom propuste prepoznati da je suverenitet koncept koji ima smisla samo kada je priznat javni i zvanični karakter upravljačkih ovlasti.
- Suverenitet je odnosni.
- Prava nisu suprotna suverenitetu, ali su proizvod njegovog izražaja.
- Sistem javnog prava izraz je suvereniteta. Suverenitet u stvarnosti znači suverenitet prava.
- Javno pravo nije samo pitanje pozitivnog prava.

Iz prethodno navedenog, vidljivo je da se radi o osnovnom konceptu koji podupire moderni pravno-politički poredak. Koncept ima javni i politički aspekt. Svaki se tiče pitanja nadležnosti i ovlasti koji su neodvojivo vezani i izvode se iz političkih odnosa između države i građana. Većina analiza fokusira se na uticaju novih institucionalnih oblika statusa moderne teritorijalno organizovane države. Tendencije država su da promoviraju veću institucionalnu diferencijaciju u sferi domaćeg, vlast koja proizlazi iz centra, veću institucionalnu integraciju na međunarodnoj sceni, prijenos jurisdikcionih ovlasti na supranacionalna tijela. Međutim, takvi odgovori na savremene političke izazove ne bi se trebali tretirati kao sumarni iznosi prema podjeli ili transferu suvereniteta. U načelu, takav razvoj može jednostavno biti objašnjen kao širenje ili argumentacija suvereniteta. Opće zapažanje koje se može dati jeste da obezbjeđenje ovih institucionalnih aranžmana značajno ne pogađa krajnju vlast, ne ukopava suverenitet, osnovi suvereniteta ostaju nepogođeni. Obezbuđenje ovih institucionalnih aranžmana može biti objašnjeno kao razrada unutarnje koherentnosti (međusobne povezanosti) ili kao promocija efikasnije vanjske akcije. Ilustrativan primjer je razvijajuća struktura Europske unije sa supranacionalnom strukturom vlasti¹⁸.

Kada je riječ o modelima upravljanja i pristupa vlasti, ukratko će biti pomenuti državni centrizam kao organizacija vlasti vezana za modernu suverenu državu. Državni centrizam je karakteriziran centralizacijom i koncentracijom moći u rukama parlamenta i odgovarajuće vladajuće većine. Međutim, standardnu sliku diskusija o suverenitetu čini i višestruki nivo upravljačke politike Europske unije koja znači da donošenje odluka uključuje učešće supranacionalnih, nacionalnih i subnacionalnih faktora na način da supranacionalni i subnacionalni faktori mogu biti viđeni jednostavno kao faktori nacionalnih vlasti¹⁹. Ova karakteristika odudara od modela centralizacije i koncentracije stvaranja prava u nacionalnim parlamen-

¹⁸ Suverenitet bi danas trebao biti shvaćen kao prihvatanje novih oblika supranacionalnih tijela ujedinjenih pod jednom vladavinom. Takav novi globalni oblik suvereniteta prozvan je imperijalnim suverenitetom ili jednostavno imperijom. Imperijalni suverenitet predstavlja spoj ekonomske i političke moći (načelo 2), eliminaciju razlikovanja između javnog i privatnog (načelo 3), eroziju civilnog poretka koji podupire ideju zvanične vlasti (načelo 4), dezintegraciju osobenih političkih odnosa (načelo 5 i 6), ukazuje na kraj ideje moderne države (načelo 1), te odnosnog suvereniteta baziranog na teritorijalnom jedinstvu (načelo 7). Imperijalni suverenitet označava trijumf institucionalnih nadležnosti, pravnog suvereniteta odvojenog od političkih sposobnosti i prema klasičnim političkim zamislama (načelo 8) i prema pojavi imperijalnih prava.

¹⁹ Supranacionalni faktori u okviru Europske komisije često konsultiraju subnacionalne faktore direktno zaobilazeći vlade država članica. S druge strane, subnacionalni faktori (regije, interesne grupe i privatna lica) dobijaju direktnu ulogu barem u nekim oblastima europskog stvaranja prava.

tima gdje predstavljanje čini način učešća građana. Povezanost višestrukog nivoa upravljačke politike ogleda se u vidu pomjeranja od pojedinačnih centraliziranih stvaraoca prava, kao što je slučaj u suverenim državama prema višestrukim sjedištima moći. Posljedično, i u kontrastu sa suverenom državom, dobija se percepcija da je suverenitet danas podijeljen ili udružen.

Multiplikacija i decentralizacija sjedišta moći u okviru višestrukog nivoa upravljačke politike, promovira dvije karakteristike stvaranja prava koje su obrnute slike nedostataka stvaranja prava u suverenim državama. Kao prvo, odluke se donose bliže konkretnim pitanjima koje propis zahtijeva. Zbog osjetljivosti prema sadržaju, stvaranje prava u okviru višestrukog nivoa upravljačke politike je efikasnije. Kao drugo, direktno učešće građana uveliko poboljšava zakonitost stvaranja prava. Sumirano, višestruki nivo upravljanja je izraz za kompleks decentralizacije, učešća, odmjerenosti i pluralizma. Jednom je isključivi i izolacionistički suverenitet postao odnosni. Jedini način na koji većina država može realizirati i izraziti svoj suverenitet je putem učešća u različitim sistemima koji reguliraju i oblikuju međunarodnu zajednicu. Države moraju održavati suverenitet aktivnim prakticiranjem. Kao što to pokazuje složenost Europske unije, u smislu održavanja efektivnog suvereniteta, države su se morale odreći nekih od aspekata njihovog formalnog suvereniteta. Međunarodnu saradnju moraju podržati i visoko razvijene države ako žele održati samostalnost u kreiranju politika. Stoga je suverenitet status i opravdanje za postojanje država kao članica međunarodne zajednice. Suverenitet se ne sastoji, kao nekada, u slobodi država da djeluju neovisno u njihovim spoznajnim interesima, već u aktivnom članstvu i dobrim odnosima u sistemima koji čine sadržaj međunarodnog života.

Literatura

- **Degan**, V. Đ., Međunarodno pravo, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2000.
- **Grubić**, Nado, “Geneza ideje narodnog suvereniteta”, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, broj 8., 1987. godina, str. 79–91.
- **Grubić**, Nado, “Pokušaj lociranja začetaka ideje suvereniteta”, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, broj 9., 1988. godina, str. 53–58.
- **Grubić**, Nado, Argumenti protiv suverenosti (Leon Duguit), Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, broj 10., 1989. godina, str. 15–22.
- **Jazić**, Živojin, Evropske zajednice kao organizacije regionalne integracije – Suverenost i supranacionalnost, JRMP, 1–3 / 1981., str. 10.
- **Knežević – Predić**, Vesna, Ogled o suverenosti: Suverenost i Evropska unija, Institut za političke studije, Beograd, 2001.
- **Krbek**, Ivo, Suverenitet, JAZU, knjiga 339., Zagreb, 1965.
- **Šarčević**, Edin, “Suverenitet - pojam i modeli”, Pravna misao, god. XXV., Sarajevo, juli - decembar 1995., broj 7–12, str. 50 - 67.
- **Vukobrat-Bodiroga**, Nada, Osnovni poredak Europske unije - Otvorena ustavno - teorijska pitanja, Zbornik Pravnog Fakulteta Sveučilišta u Rijeci (1991) v. 17, br. 2, (1996).
- **Walker**, Neil, Sovereignty in Transition, Hart publishing, Oxford - Portland Oregon, 2003.
- **Zick**, Timothy, Are the States Sovereign?, Legal Studies Research Paper Series, Paper 05 - 005, January 2005. na <http://ssrn.com/abstract=651381>

prof. dr. Dragan Jovašević

Pravni fakultet u Nišu

doc. dr. Ljubinko Mitrović

Visoka škola unutrašnjih poslova u Banjoj Luci

NUŽNA ODBRANA KAO OSNOV ISKLJUČENJA POSTOJANJA KRIVIČNOG DJELA *

Sažetak

Za postojanje krivičnog djela, u svakom konkretnom slučaju je potrebno ispunjenje više objektivnih i subjektivnih, odnosno materijalnih i formalnih elemenata koji čine opšte biće (opšti pojam) krivičnog djela. Ti elementi jesu: djelo čovjeka, skrivljenost, protivpravnost i određenost u zakonu. U slučaju odsustva nekog od ovih elemenata, nema krivičnog djela, pa ni kažnjavanja njegovog učinioca. Objektivni osnovi koji isključuju protivpravnost krivičnog djela, a samim tim i postojanje krivičnog djela, zakonom su izričito predviđeni. To su: beznačajno djelo ili djelo malog značaja (ranije neznatna društvena opasnost), nužna odbrana i krajnja nužda.

Među ovim opštim osnovima, istorijski najdužu tradiciju i poseban značaj ima nužna odbrana. Prema novim zakonskim rješenjima u Bosni i Hercegovini, to je ona odbrana koja je neophodno potrebna da učinilac od sebe ili drugog (od svog dobra ili od dobra drugog – u Republici Srpskoj) odbije istovremeni ili direktno predstojeći protivpravni napad, a koja je srazmjerna napadu. Za postojanje ovog instituta opšteg dijela krivičnog prava, potrebno je kumulativno ispunjenje dva elementa: a) napad i b) odbijanje napada, koji moraju da ispune zakonom predviđene uslove. Upravo o pojmu, karakteristikama, pravnoj prirodi, uslovima za postojanje, oblicima prekoračenja i dometima primjene ovog instituta u teoriji i praksi krivičnog prava, govori ovaj rad.

Ključne riječi: krivično djelo, isključenje protivpravnosti, napad, odbijanje napada, istovremenost, srazmjernost, prekoračenje, kazna.

* Rad recenzirao: prof.dr. Borislav Petrović

Uvodna razmatranja

Pravna teorija i filozofija prava danas su saglasne da postoje određena prava čovjeka koja se smatraju prirodnim pravima, fundamentalnim, imanentnim i neotuđivim od postojanja i biti samog čovjeka. Među tim osnovnim, elementarnim, univerzalnim prirodnim pravima čovjeka, svakako se po svom značaju i sadržini izdvaja pravo na život. Praktično, od svih čovjekovih prava, pravo na život u najvećoj mjeri posjeduje prirodnopravni supstrat (jer je očigledno da je život u prirodnom i logičnom smislu neophodna pretpostavka za postojanje i ostvarivanje svih ostalih čovjekovih prava).

Osnovni cilj i namjera čovjeka jeste da živi. To je duboko uvriježeno u njegovoj prirodi, svojstvima i nagonima, to je čovjekova “prirodna težnja”. Život je pojam koji se obuhvata činjenično i vrijednosno. On predstavlja dobro kao pozitivno vrednovanu datost. Dobro može biti pogođeno na razne načine (npr. prirodnim događajima), dok pravo čovjeka može povrijediti, odnosno ugroziti, samo čovjek. Pravo je više od dobra, ono uvijek sadrži odnos prema drugim ljudima. Zato i povreda, odnosno ugrožavanje nečijeg prava na život, uvijek podrazumijeva postojanje voljne ljudske radnje. Pravu na život, stoga, odgovara obaveza svakog pojedinca da se uzdrži od ugrožavanja ili povrede tuđeg života.

Život čovjeka se štiti od njegovog rođenja do smrti. On uživa i međunarodnopravnu i unutarpravnu (nacionalnu ili internu) zaštitu. Svaki napad, povreda ili ugrožavanje života čovjeka predstavlja protivpravno i zabranjeno ponašanje. Ona najteža i najopasnija ponašanja su u krivičnom pravu¹ određena kao krivična djela. U pravnom sistemu postoji više krivičnih djela povrede i ugrožavanja života čovjeka. To znači da svako protivpravno ugrožavanje i povreda, odnosno napad na život čovjeka, dakle, preduzimanje aktivne djelatnosti ili propuštanja kojim se prouzrokuje posljedica po ovo zaštićeno dobro, predstavlja krivično djelo određeno zakonom za koje je propisana određena vrsta i mjera kazne.

1. Pojam i elementi nužne odbrane

Već smo istakli da bez postojanja nekog, i to bilo kog od već nabrojanih, opšteg elementa krivičnog djela (djelo čovjeka, skrivljenost, protivpravnost i određenost u zakonu), nema ni krivičnog djela. Ipak, u životu se mogu pojaviti situacije u kojima jedno lice, istina objektivno, ostvari djelo koje po svom zakonskom opisu predstavlja obilježje nekog krivičnog djela određenog u zakonu, ali zbog postojanja nekih posebnih okolnosti nema krivičnog djela. U tom slučaju

¹ D. Jovašević: Krivični zakonik Republike Srbije s komentarom, Beograd, 2007. godine.

postoji jedan od osnova koji isključuju postojanje krivičnog djela (odnosno njegovu protivpravnost ili krivicu). Po svom značaju, karakteru i dejstvu, tako se izdvaja nužna odbrana kao opšti, objektivni osnov koji isključuje postojanje krivičnog djela.²

Nužna odbrana je od davnina smatrana pravom čovjeka, odnosno pravno uređenim pravom čovjeka na samoodbranu (pa čak u nekim pravnim sistemima i dužnošću pojedinca). Savremena krivičnopravna teorija prihvatila je u načelu objektivno shvatanje pravnog osnova instituta nužne odbrane. Naime, prema ovom shvatanju, nema krivičnog djela izvršenog u stanju nužne odbrane. Djela nema jer ne postoji njegov bitan, konstitutivni elemenat – protivpravnost. Djelo, naime, nije protivpravno, jer je dozvoljeno upravo odbijanje istovremenog protivpravnog napada od svog dobra. To odobrenje na odbijanje napada proizilazi iz zahtjeva pravnog poretka koji uvijek odobrava zaštitu ugroženih pravnih dobara ako je to u funkciji zaštite dobara ugroženih protivpravnim napadom bilo koje vrste.³

Prema takvom shvatanju nužna odbrana se javlja u dvojakoj ulozi. To je, prvo, samozaštita svakog od protivpravnih napada. Pravo na nužnu odbranu se pravda time što, shodno našem shvatanju materije prava i protivpravnosti u slučaju nužne odbrane, napadačevo dobro, čija je povreda nužna za odbijanje napada, prestaje da bude pravno dobro i s materijalnog gledišta jedna potreba postojanja društva – države, te nema drugog elementa u pojmu protivpravnost. Polazeći pak od gledišta napadnutog, nužna odbrana se pojavljuje kao jedna potreba postojanja društva – države, pošto ova ne može da, u slučaju nužne odbrane, dâ pravnu zaštitu od napada koju je primila na sebe.⁴

Shodno odredbi čl. 24. st. 2. Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine, čl. 26. st. 2. Krivičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine i čl. 26. st. 2. Krivičnog zakona Brčko Distrika Bosne i Hercegovine, nužna odbrana je odbrana koja je neophodno potrebna da učinilac od sebe ili drugog odbije istovremeni ili direktno predstojeći protivpravni napad, a koja je srazmjerna napadu.⁵ Na nešto drugačiji

² M. M. Šćepanović: O nužnoj odbrani i krajnjoj nuždi kroz sudsku praksu, pravnu doktrinu i zakonodavstvo, Pravni zbornik, Podgorica, broj 1-2/1996. godine, str. 185 - 203.; D. Jovašević: Značaj nužne odbrane i krajnje nužde u krivičnom pravu, Pravni informator, Beograd, broj 4/2005. godine, str. 62 - 70.

³ D. Jovašević: Pravo na život i nužna odbrana, Pravni život, Beograd, broj 9/1998. godine, str. 43 - 45.

⁴ Više: J. Avakumović: Nužna odbrana, Beograd, 1883. godine; B. Ignjatović: Nužna odbrana u teoriji i praksi, Doboj, 1967. godine.

⁵ D. Jovašević: Nužna odbrana i krajnja nužda u novom krivičnom zakonodavstvu Srbije i Crne Gore, Zbornik radova, Kazneno zakonodavstvo – progresivna ili regresivna rešenja, Budva, 2005. godine, str. 327 – 339.

način, pojam nužne odbrane određuje čl. 11. st. 2. Krivičnog zakona Republike Srpske. Prema ovom zakonskom rješenju, nužna odbrana je ona odbrana koja je neophodno potrebna da učinilac od svog dobra ili dobra drugog lica odbije istovremeni ili neposredno predstojeći protivpravni napad.⁶

Djelo učinjeno u nužnoj odbrani je svakako dozvoljeno, s obzirom na to da zakonodavac smatra da je učinilac takvog djela ovlašćen na njegovo preduzimanje.

Iz zakonske definicije proizilazi da nužnu odbranu u smislu instituta krivičnog prava čine dva elementa, a to su:

- 1) postojanje napada i
- 2) odbijanje napada (odbrana).⁷

S druge strane, treba svakako istaći da svaki napad ne daje pravo na nužnu odbranu, niti je svako odbijanje napada, odnosno svaka odbrana – nužna odbrana. I napad i odbijanje napada moraju da ispune kumulativno zakonom određene uslove.

1.1. Uslovi za postojanje napada

Napad je svaka radnja koja je upravljena na povredu ili ugrožavanje pravnog dobra ili pravnog interesa nekog lica.⁸ On se najčešće preduzima radnjom činjenja, a samo izuzetno, može se preduzeti i nečinjenjem. Da bi napad bio relevantan sa stanovišta instituta nužne odbrane, on mora da ispunjava određene uslove, i to: 1. napad mora biti preduzet od čovjeka, 2. napad može biti usmjeren protiv bilo kog pravnog dobra ili pravnog interesa čovjeka, 3. napad mora biti protivpravan i 4. napad mora biti stvaran.⁹

1. *Napad mora biti preduzet samo od čovjeka* – Ukoliko napad ne dolazi od čovjeka, već od životinje ili neke prirodne sile, onda postoji opasnost kao element krajnje nužde, ali ne i nužna odbrana. Međutim, ako je čovjek usmjerio prirodnu silu (npr. bujicu, odron zemlje ili kamena) da bi ugrozio drugog ili neko njegovo pravno dobro, ili ako je životinja (npr. opasan pas, bik ili opasan konj) samo sredstvo kojim se ugrožava zaštićeno dobro, onda se takođe radi o nužnoj odbrani.

⁶ B. Petrović, D. Jovašević: Krivično (kazneno) pravo Bosne i Hercegovine, Opći dio, Sarajevo, 2005. godine, str. 158 – 160.

⁷ D. Jovašević: Krivično pravo, Opšti deo, Beograd, 2006. godine, str. 90 – 92.

⁸ J. Šilović: Nužna odbrana, Zagreb, 1910. godine, str. 97.

⁹ D. Jovašević: Krivičnopravni značaj instituta nužne odbrane, Pravni zbornik, Podgorica, broj 1-2/1998. godine, str. 128 – 143.

Napad može dolaziti od bilo kog čovjeka, bez obzira na njegov uzrast, uračunljivost i krivicu. On može biti izvršen bilo kojom radnjom, činjenjem ili nečinjenjem, kao i upotrebom bilo kog sredstva ili načina koji je podoban za povredu ili ugrožavanje nekog pravnog dobra¹⁰ (npr. optuženi je djelovao u nužnoj odbrani nakon što je oštećeni kao fizički jači i snažniji, te i poznavalac bokserske vještine, bez povoda napao optuženog, pritisnuo ga uza zid i pesnicom udario u predjelu lica, pa je optuženi odbijajući napad upotrijebio pištolj i ispalio jedan metak u stomak oštećenog, nanoseći mu tešku tjelesnu povredu).¹¹

Dakle, nužna odbrana je dozvoljena u slučaju postojanja napada (trenutnog ili sadašnjeg), kao i u slučaju postojanja napada koji direktno ili neposredno predstoji. Kada napad direktno, odnosno neposredno predstoji, faktičko je pitanje koje sud utvrđuje u svakom konkretnom slučaju ocjenom svih okolnosti učinjenog djela i ličnosti učinioaca. Napad neposredno predstoji kada postoji mogućnost (vremenski i mjesno) bliskog izvršenja napadne djelatnosti.¹² No, to ne znači da je nužna odbrana dozvoljena protiv budućih, vremenski i prostorno neodređenih, ali nagovještenih napada. Mjere opreza i preventivne zaštite protiv nagovještenih ili očekivanih napada su dopuštene samo ako ne prelaze neophodne mjere toga trenutka.

2. *Napad može biti usmjeren protiv bilo kojeg pravnog dobra ili pravnog interesa* – Dobra koja se napadaju ili ugrožavaju napadom, u smislu nužne odbrane, mogu biti različita.¹³ Najčešće se napada život i tjelesni integritet, ali to mogu biti i imovina, čast, ugled, polna sloboda ili moral. Objekt ili predmet napada mogu biti bilo koja pravna dobra ili pravni interesi. Zakon ne navodi izričito koja su to dobra koja su predmet napada u smislu nužne odbrane. Tako napad može biti upravljen protiv bilo kog pravnog dobra napadnutog lica, ali i protiv bilo kog pravnog dobra drugog fizičkog ili pravnog lica. Tako napad može biti usmjeren na povredu imovine preduzeća, ustanova ili drugih organizacija, ali i protiv bezbjednosti države i njenog ustavnog uređenja.

Dakle, nužna odbrana postoji, ne samo u slučaju odbijanja napada od svog pravnog dobra, već i kod odbijanja napada od bilo kog dobra drugog lica (fizičkog

¹⁰ P. Novoselac: Krivično pravo, Krivično djelo i njegovi elementi, Osijek, 1990. godine, str. 35 - 36.

¹¹ Presuda Vrhovnog suda Crne Gore, K.Ž. 104/94.

¹² T. Živanović: Krivično pravo Kraljevine Jugoslavije, Opšti deo, Beograd, 1935. godine, str. 231.

¹³ Rijetka su danas krivična zakonodavstva koja ograničavaju primjenu instituta nužne odbrane na zaštitu određenih dobara. Tako npr. član 3. stav 1. austrijskog krivičnog zakonika primjenu ovog instituta vezuje samo za napad na život, tjelesni integritet, zdravlje, slobodu i imovinu (E. Foregger, E. Serini, Strafgesetzbuch, Wien, 1989. godine, str. 4.).

ili pravnog), ako ono samo nije u mogućnosti da takav napad odbije. U krivičnopravnoj teoriji ima shvatanja koja slučajeve odbijanja napada od drugih lica ne smatraju nužnom odbranom, već to nazivaju “nužna pomoć”. U svakom slučaju, obim i potreba odbrane zavise u prvom redu od prirode pravnog dobra koje je napadnuto ili ugroženo.

3. *Napad mora biti protivpravan* – Napad je protivpravan kada nije zasnovan na nekom pravnom propisu, odnosno kada se ne preduzima na osnovu nekog zakonskog ovlašćenja. Dakle, napad koji je preduzet u vršenju službe na osnovu zakonskog ovlašćenja nije protivpravan i protiv njega nije dozvoljena nužna odbrana.¹⁴ Međutim, ako ovlašćeno lice prekorači granice zakonskog ovlašćenja, onda se takvo prekoračenje ovlašćenja pretvara u protivpravan napad protiv koga je dozvoljena nužna odbrana. S druge strane, i prekoračenje nužne odbrane se pretvara u protivpravan napad na koji napadač ima pravo odbrane (jer se sada on nalazi u stanju nužne odbrane).

Pravo na nužnu odbranu postoji bez obzira na to da li je napadač svjestan protivpravnosti svoga napada ili ne. Naime, dovoljno je da napadnuto lice napad shvata objektivno. Nije od značaja da li je napadač kriv ili nije, kao ni to da li je njegovo djelo kažnjivo. Protivpravan napad tako može da bude preduzet i od djeteta ili čak i od neuračunljivog lica. To dalje znači da isto tako nije dozvoljena nužna odbrana na nužnu odbranu.

No, u životu se mogu javiti različite situacije kada napadnuto lice predviđa mogućnost da dolaskom na određeno mjesto i u određeno vrijeme zbog odnosa s nekim licem može biti napadnuto. Ako pak i tada dođe do predviđenog napada, i on se smatra protivpravnim. Još je spornija situacija kada lice skrivi, odnosno izazove napad. Dileme nema ako je napadnuti prethodno ugrozio nečiji integritet ili imovinu. Spor može nastati ako se skrivljeni napad manifestuje verbalno ili samo konkludentnim radnjama koje iritiraju, izazivaju, provociraju ili omalovažavaju, nipodaštavaju napadača. Tu treba imati u vidu socijalnu komponentu instituta nužne odbrane. Naime, nužna odbrana postoji radi zaštite prava od neprava, stoga zloupotreba ovog instituta nije dozvoljena. Ako je napadnuti smišljeno izazvao ili isprovocirao napad da bi ga iskoristio i tako povredio napadača (navodnog) ili neko njegovo dobro, onda napadnuti nema pravo na nužnu odbranu. Takvi su slučajevi poznati kao fingirana nužna odbrana.¹⁵

¹⁴ V. Marković: Upotreba sredstava prinude i nužna odbrana, Pravni informator, Beograd, br. 3/2001., str. 62 – 66.

¹⁵ Lj. Bavcon, A. Šelih: Kazensko pravo, Splošnij del, Ljubljana, 1987. godine, str. 151.

Kada sud nađe da je krivično djelo izvršeno u nužnoj odbrani, mora u izreci presude da navede radnje ubijenog lica koje predstavljaju istovremeni protivpravni napad na učinioca.¹⁶ Ako sud nađe da je krivično djelo izvršeno u nužnoj odbrani, mora u izreci presude dati opis napada.¹⁷

4. *Napad mora biti stvaran* – Napad, naime, mora da postoji realno, stvarno u spoljnom svijetu. To znači da je potrebno da je napad otpočeo ili da neposredno predstoji. Da li napad postoji li ne, faktičko je pitanje koje sud rješava u svakom konkretnom slučaju. Tipičan primjer stvarnog napada jeste ugrožavanje života ili tijela drugog lica. Ako napad ne postoji stvarno, već je napadnuto lice imalo pogrešnu ili nepotpunu predstavu, odnosno iluziju o njegovom postojanju, nema napada, pa ni osnova za nužnu odbranu. U takvom slučaju postoji putativna, uobražena, prividna ili tobožnja nužna odbrana. Ovakva odbrana ne isključuje postojanje krivičnog djela, ali može biti osnov za isključenje krivice.¹⁸

Dakle, putativna nužna odbrana predstavlja u stvari nedostatak svijesti napadnutog o nekoj stvarnoj okolnosti napada. To je, zapravo, pogrešna predstava i uvjerenje da postoji napad uperen na povredu nekog njegovog dobra. Ova zabluda može da se odnosi i na svijest o protivpravnosti napada (kada postoji pravna zabluda). Drugim riječima, putativna nužna odbrana se svodi na neotklonjivu zabludu u širem ili u užem smislu da se napadnuti nalazi u stanju realno i objektivno potrebne nužne odbrane. Prilikom ocjene postojanja nužne odbrane ili njenog prekoračenja, događaj se mora posmatrati u cjelini, a to znači da se događaj ne može svesti i ograničiti samo na ono što se dešavalo između optuženog i oštećenog.¹⁹

1.2. Uslovi za postojanje odbrane

Odbrana ili odbijanje napada jeste svaka radnja napadnutog lica koja je usmjerena na otklanjanje, sprečavanje ili odbijanje napada. Odbijanjem napada, sam napadnuti povređuje ili ugrožava neko pravno dobro napadača. Ova povreda ili ugrožavanje, u suštini, predstavljaju formalna obilježja nekog krivičnog djela iz zakona (najčešće se radi o krivičnom djelu protiv života ili tjelesnog integriteta).²⁰

¹⁶ Presuda Saveznog suda Jugoslavije, Kzs. 15/95.

¹⁷ Rješenje Okružnog suda u Beogradu, Kž. 1810/96.

¹⁸ Z. Stojanović: Komentar Krivičnog zakona SR Jugoslavije, Beograd, 1999. godine, str. 22 – 24.

¹⁹ Presuda Vrhovnog suda Srbije, Kž. 474/91.

²⁰ Đ. Marjanovik: Makedonsko krivično pravo, Opš del, Skoplje, 1998. godine, str. 183.

Tek ako napadnuti u odbijanju napada učini krivično djelo prema nekom napadačevom dobru, može se govoriti o postojanju instituta nužne odbrane.²¹ Kao nužna odbrana smatra se, ne samo odbrana od napada kojim se ugrožava bezbjednost života napadnutog lica, već svaka odbrana od istovremenog i protivpravnog napada, ukoliko je takva odbrana bila neophodno potrebna za odbijanje napada.²² Za pojam potrebne odbrane, u smislu kaznenog prava, apsolutno je potrebno da se nezakonit napad odbije kažnjivim djelom prema napadaču. Jer ako odbijanje toga (napada) ne bi bilo kakvim kažnjivim djelom, onda bi to bio događaj koji bi stajao van sfere kaznenog prava.²³

I odbrana kao elemenat nužne odbrane mora ispunjavati određene uslove²⁴ da bi bila krivičnopravno relevantna, a to su: 1. odbrana se sastoji u odbijanju napada, 2. odbrana mora biti upravljena protiv dobra napadača, 3. odbrana mora biti istovremena s napadom i 4. odbrana mora biti neophodno potrebna za odbijanje napada.

1. *Odbrana se mora sastojati u odbijanju napada* – Ukoliko odbrana nije upravljena na odbijanje ili sprečavanje napada, onda ona i nije elemenat nužne odbrane. Odbrana, zapravo, zavisi od postojanja napada. Kakav je bio napad, takva mora biti i odbrana. Napadnuto lice nije dužno da izmiče pred napadačem, već je, naprotiv, u cilju odbrane pravnog dobra ovlašćeno da istovremenim protivpravnim napadom na napadačeva pravna dobra osujeti, odnosno onemogućiti postojeći protivpravni napad.²⁵

2. *Odbrana mora biti upravljena protiv napadača, i to protiv bilo kog njegovog pravnog dobra ili pravnog interesa* – Ta dobra mogu biti različita, kao što su: život, tijelo, imovina, čast, ugled, dostojanstvo ličnosti, iako se u praksi najčešće javlja upravo život i tjelesni integritet napadača. No, u životu se mogu desiti i takve situacije kada dođe do povrede ili ugrožavanja pravnog dobra i napadača, ali i nekog trećeg lica. Tada u odnosu na dobra napadača napadnuti

²¹ V. Đurđić, D. Jovašević, Lj. Zdravković: Nužna odbrana u krivičnom pravu, Niš, 2004. godine, str. 58 – 69.

²² Presuda Vrhovnog suda Srbije, Kž. 260/70.

²³ Đ. Avakumović: Teorija kaznenog prava, Beograd, 1887 - 1889. godine, str. 279.

²⁴ U pravnoj teoriji zastupana su i drugačija shvatanja o uslovima koji su potrebni za postojanje pravno relevantne nužne odbrane. Tako se kao uslovi nužne odbrane smatraju: 1. odbrana mora biti prijeko potrebna radnja, 2. dužnost poštediti napadača, 3. pomoć trećih lica, 4. srazmjernost napadnutog dobra i dobra povrijeđenog u napadu, 5. upravljenoš radnje napadnutog i 6. odbrambena volja (P. Novoselac: Opći dio kaznenog prava, Zagreb, 2004. godine, str. 170 – 174.)

²⁵ Presuda Vrhovnog suda Srbije, Kž. 1355/94.

postupa u nužnoj odbrani, a u odnosu na povredu dobara trećeg lica nalazi se u krajnjoj nuždi (ako su ispunjeni svi zakonikom propisani uslovi).²⁶ To znači da napadnuti radi zaštite svojih dobara ne može izlagati krajnjem riziku pravna dobra trećih lica. Međutim, ako je napadač koristio dobra trećeg lica u vršenju protivpravnog napada upravo kao sredstvo toga napada, onda i u slučaju povrede tih dobara postoji nužna odbrana.

3. *Odbrana mora biti istovremena s napadom* – Istovremenost postoji ako je odbrana preduzeta u vrijeme kada napad neposredno ili direktno predstoji ili je započeo, ali samo do momenta dok nije prestao. Napad predstoji kada se iz svih okolnosti slučaja može zaključiti da tek što nije započeo, kada je stvorena takva opasnost da će već u sljedećem momentu doći do povrede pravnog dobra. Za početak napada nije presudan početak radnje koja bi mogla da ima određene direktne posljedice (smrt, tjelesnu povredu, oduzimanje, uništenje ili oštećenje stvari). Bitna je preduzeta radnja koja objektivno predstavlja neposredan izvor opasnosti.²⁷

Da li napad neposredno predstoji ili ne, faktičko je pitanje koje sud rješava u svakom konkretnom slučaju. Sama prijetnja da će doći do napada bez preduzimanja prethodnih radnji iz kojih se može zaključiti da napad neposredno slijedi, ne može biti razlog za preduzimanje akta odbrane. Odbrana ni od budućeg napada nije dozvoljena, ali je ipak dozvoljeno preduzimanje određenih mjera predostrožnosti, odnosno zaštitnih mjera koje počinju da djeluju automatski u trenutku otpočinjanja napada (kao što su razni alarmni sistemi povezani sa strujnim kolom i sl.).²⁸

Kad je napad započeo, istog trenutka može otpočeti i odbrana. No, često se događa da napadnuti nije u mogućnosti da reaguje s odbranom istog trenutka kada je započeo napad. Tada se odbrana preduzima u bilo kom trenutku trajanja napada. Trajanje odbrane se mora poklopiti s trajanjem napada jer, kada je napad prestao, istog trenutka prestaje i pravo napadnutog na nužnu odbranu. Svaka dalja djelatnost odbrane preduzeta poslije trenutka prestanka napada ne ulazi u okvir prava na nužnu odbranu, već ulazi u okvir instituta prekoračenja nužne odbrane kao reakcija i osveta za naneseo zlo u prethodnom napadu.

Napad je prošao ako su pravna dobra napadnutog povrijeđena, odnosno kada je prouzrokovana opasnost (kao vrsta posljedice kod krivičnih djela ugroža-

²⁶ U dijelu pravne teorije radnje, kojima se za vrijeme stvarno postojeće nužne odbrane ugrožavaju ili povređuju dobra trećih nesudjelujućih lica, nazivaju se prostorno ekstenzivni eksces (Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Berlin-New York, 1985. godine, str. 163.).

²⁷ M. Tomanović: Nužna odbrana i krajnja nužda, Beograd, 1995. godine, str. 50.

²⁸ P. Novoselac: Sudska praksa, Nužna odbrana primjenom zaštitnih mjera, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, broj 1/1995. godine, str. 212 – 215.

vanja). Napad je prošao i kad je napadač preduzeo radnju napada, ali sticajem slučajnih okolnosti nije došlo do povrede dobra napadnutog.²⁹

Pravo na nužnu odbranu prestaje ako je napad trajno, konačno i definitivno prestao, ali ne i kada je napad samo privremeno, na trenutak, prestao, kada je, dakle, prekinut. Kada je napad trajno, a kada privremeno prestao, faktičko je pitanje koje sudsko vijeće rješava u svakoj konkretnoj situaciji. U pravilu, napad je privremeno prestao ukoliko postoji mogućnost da će biti svakog sljedećeg momenta nastavljen, odnosno obnovljen.

4. *Odbrana mora biti neophodno potrebna za odbijanje napada* – Neophodno je potrebna ona odbrana bez koje se napad ne bi mogao odbiti ili otkloniti na neki drugi način, sem da se nanese povreda nekom napadačevom dobru. Da li je odbrana neophodno potrebna ili nije, faktičko je pitanje u svakom konkretnom slučaju i stvar je ocjene suda.³⁰ Neophodnost nužno potrebne odbrane predstavlja istovremeno i granicu postojanja instituta nužne odbrane u krivičnom pravu. Nužna odbrana je institut koliziono-pravne prirode. Naime, njime se rješava sukob između dva pravna dobra – dobra napadača i dobra napadnutog. Ona upravo i postoji u cilju zaštite pravnog dobra nekog lica od protivpravnog napada. Stoga povreda dobra napadača mora biti neophodna, nužna, neizbježna radi odbijanja napada. Intenzitet odbrane je uslovljen vrstom i intenzitetom napada. Taj intenzitet, i odbrane i napada, procjenjuje se objektivno. Stav i mišljenje napadnutog u ovom slučaju su bez značaja za ovu procjenu.

Kod nužne odbrane nije bitno da li je upotrijebljena odbrana jačeg ili slabijeg intenziteta, već to može da predstavlja okolnost za ocjenu da li je takva odbrana bila neophodna za odbijanje istovremenog protivpravnog napada.³¹ Bitan je intenzitet napada i vrsta povrede ili ugrožavanja dobra koje prijeti. Za ovu ocjenu uzimaju se u obzir različite okolnosti. Neophodnost odbrane za odbijanje napada ogleda se dalje u primjeni adekvatnih sredstava u odbrani onim sredstvima koja su primijenjena i u napadu, u primjeni takvog načina odbrane koji odgovara upravo načinu napada, njegovom karakteru, prirodi i intenzitetu. Prema sudskoj praksi, “pri odlučivanju o postojanju nužne odbrane ili njenog prekoračenja pri

²⁹ Presuda Okružnog suda u Beogradu, Kž. 651/95.

³⁰ U pravnoj teoriji ističe se shvatanje o najvećoj mogućoj štedljivosti prema napadaču, prema kome nužna odbrana ne predstavlja radnju kažnjavanja, već služi za zaštitu ugroženih interesa. Naime, zakonska odredba ne sankcioniše “moral ubice”. (P. Novoselac: Krivično pravo, Krivično djelo i njegovi elementi, Zagreb, 1990. godine, str. 33).

³¹ Presuda Vrhovnog suda Srbije, Kž. 359/71.

izvršenju ubistva, treba cijeniti i koja su sredstva postojala za napad i odbranu, starost napadača i napadnutog, srazmjernost u njihovoj fizičkoj snazi i spretnosti”.³² Znači, pri ocjeni ove neophodnosti uzimaju se u obzir sve okolnosti konkretnog slučaja, kao što su ličnost napadača i napadnutog, srazmjera u fizičkoj snazi, njihovi raniji odnosi, mjesto, vrijeme, okolnosti i uslovi napada, sredstvo i način napada, iskorišćavanje neke situacije na strani napadnutog i sl. Za ocjenu da li postoji nužna odbrana ili prekoračenje nužne odbrane, potrebno je utvrditi i ocijeniti, ne samo srazmjernost između intenziteta napada i intenziteta odbrane, nego i upotrijebljena sredstva za napad i odbranu, snagu napadača u odnosu na napadnutog, realne mogućnosti napadnutog za odbijanje napada i druge okolnosti konkretnog slučaja.³³

Da bi odbrana bila neophodno nužna i potrebna, radi odbijanja napada treba, dakle, da postoji srazmjernost (ekvivalencija) između vrijednosti napadnutog i napadačevog dobra.³⁴ U razmatranju ovog, inače veoma osjetljivog i problematičnog odnosa srazmjernosti, u teoriji krivičnog prava iskristalisalo se nekoliko mišljenja.

Prema jednom, uglavnom ranije prihvaćenom shvatanju, između napada i odbrane treba da postoji potpuna srazmjernost da bi uopšte postojala nužna odbrana. Prekoračenjem ove srazmjernosti ili ekvivalencije prelaze se i granice dozvoljene nužne odbrane i prelazi se u eksces. Tako se iz prava prelazi u nepravo.

Drugo, uglavnom novije shvatanje, za postojanje nužne odbrane ne traži striktno postojanje srazmjernosti između dobara napada i dobara odbrane. Tako se i dobro manje vrijednosti može štiti povredom dobra napadača veće vrijednosti. Dakle, u ocjeni ove neophodno potrebne odbrane mora se uvažavati srazmjernost između dva dobra – dobra napadnutog i dobra napadača. Ne bi bila dopuštena očigledna nesrazmjera između ovih dobara, ali nije potrebna ekvivalencija između dobra napadnutog i dobra povrijeđenog ili ugroženog u odbrani.³⁵ Pravo na nužnu odbranu nije uslovljeno jednakom vrijednošću pravnog dobra koje je objekt

³² Presuda Okružnog suda u Beogradu, Kž. 524/2006.

³³ Presuda Vrhovnog suda Kosova, Kž. 220/79.

³⁴ Princip srazmjernosti napada i odbrane poznaju i drugi savremeni krivični zakoni: čl. 52. italijanskog krivičnog zakonika (R. Marino, R. Petrucci, Codice penale e leggi complementari, Napoli, 2004. godine, str. 31.), čl. 33. švajcarskog krivičnog zakonika (Schweizerisches Strafgesetzbuch, Bern, 1997. godine, str. 14.), čl. 122-5 francuskog krivičnog zakonika (F. S. Pierr, La Guide de la defense penale, Paris, 2003. godine, str. 59.), čl. 33. njemačkog krivičnog zakonika (A. Schonke, H. Schroder, Strafgesetzbuch, Kommentar, Munchen, 1988. godine, str. 17.) i čl. 3. austrijskog krivičnog zakonika (E. Foregegr, E. Serini, Strafgesetzbuch, op. cit. str. 4).

³⁵ T. Živanović: Krivično pravo Kraljevine Jugoslavije, Opšti deo, op. cit., str. 234.

napada. Pravno dobro manje vrijednosti može se braniti povredom napadačevog pravnog dobra veće vrijednosti.³⁶

Ocjenu srazmjere između napada i odbrane treba vršiti primjenom socijalno-etičkog principa. Ovaj princip ne dozvoljava pri nužnoj odbrani veliku nesrazmjeru između vrijednosti dobra koje je ugroženo napadom i vrijednosti dobra povrijeđenog u odbijanju napada. To posebno važi za situacije kada se dobra ne mogu upoređivati ni po značaju, ni po karakteru, ni po vrijednostima. Ali srazmjernost između odbrane i napada ne može se ocjenjivati isključivo prema upotrijebljenom sredstvu napada i odbrane.³⁷

Tako je primjena instituta nužne odbrane u znatnijoj mjeri ograničena od inače protivpravnog napada djeteta, teškog duševnog bolesnika ili od lica koje nije skrivljeno izvršilo napad. U takvim slučajevima treba prvo ocijeniti da li je napadnuti mogao da izbjegne napad ili ga je mogao otkloniti bez preduzimanja odbrane u obliku protivnapada. Pri ocjeni nužne odbrane ovaj socijalno-etički princip je naročito potrebno primjenjivati kod tzv. bagatelnih napada kao što su dječije nepromišljenosti, povrede kod sportskih takmičenja i sl. U ovim slučajevima ne bi se mogla prihvatiti kao osnovana, opravdana i neophodno potrebna nužna odbrana koja je dovela do prouzrokovanja tjelesne povrede navodnog napadača.

Neznatan povod za sukob ne isključuje pravo na postupanje u nužnoj odbrani ako su za primjenu ovog instituta ispunjeni svi ostali zakonski uslovi.³⁸

Novo krivično pravo Bosne i Hercegovine (osim Krivičnog zakona Republike Srpske) kod razmatranja uslova za postojanje nužne odbrane izričito predviđa srazmjernost kao osnovnu pretpostavku za primjenu ovog instituta. Isto tako, i teorija i sudska praksa su bliske mišljenjima koja traže određenu srazmjernost (ekvivalenciju) kao uslov za postojanje i granicu nužne odbrane. Za postojanje srazmjernosti, od velikog je značaja mogućnost izbora sredstava i načina odbrane, kao i mogućnost njihove kontrole prilikom upotrebe u konkretnom slučaju.

2. Prekoračenje nužne odbrane

Ako napadnuto lice u odbijanju protivpravnog napada pređe granice odbrane koja je neophodno potrebna da bi se istovremeni, protivpravni napad

³⁶ Presuda Saveznog suda, Kzs. 4/96.

³⁷ Presuda Vrhovnog suda Srbije, Kž. 805/85.

³⁸ Presuda Vrhovnog suda Srbije, Kž. 1578/83.

odbio, postoji prekoračenje ili tzv. eksces nužne odbrane.³⁹ Kod ocjene postojanja nužne odbrane ili prekoračenja granica iste, postupanje izvršioca djela mora se posmatrati u cjelini tj. od samog početka napada oštećenog na optuženog, pa do nanošenja povrede oštećenom od strane učinioca (jedino se kroz kompleksno posmatranje događanja može pravilno ocijeniti da li su udarci koje je optuženi zadao oštećenom uslijedili kao stvarna nužna mjera odbrane u odbijanju od sebe istovremenih protivpravnih napada ili su uslijedili u prekoračenju granica nužne odbrane).⁴⁰

Prekoračenje nužne odbrane⁴¹ postoji u svakom slučaju ako napadnuti prilikom odbijanja napada povrijedi napadačevo dobro daleko veće vrijednosti nego što je vrijednost njegovog dobra ugroženog napadom. Prekoračenje nužne odbrane isto tako postoji i u slučaju kada napadnuti uzvrati odbranom na napad koji uopšte ne postoji ili je taj napad postojao, ali je već prestao, a odbrana još uvijek traje, pa se tek tada nanese povreda nekom napadačevom dobru.⁴² Pri tome treba reći da prekoračenje nužne odbrane može postojati samo ako su ispunjeni svi uslovi potrebni i za samu nužnu odbranu. Dakle, ako nema nužne odbrane – nema ni njenog prekoračenja.

Teorija krivičnog prava razlikuje dva oblika prekoračenja nužne odbrane. To su: 1. intenzivni eksces ili prekoračenje po intenzitetu i 2. ekstenzivni eksces ili prekoračenje po širini.⁴³ Prekoračenje nužne odbrane po intenzitetu postoji u slučaju kada se upotrijebe takva sredstva, načini ili metodi odbrane koji ne odgovaraju karakteru, vrsti, načinu i sredstvima napada, odnosno kada oni nisu neophodni za odbijanje napada u konkretnom slučaju pa se nanese znatno veća povreda napadačevom dobru, nego što je prijetila povreda napadnutom dobru.

Prekoračenje nužne odbrane po širini postoji u slučaju kada je napad prestao, a napadnuti tek tada započne s odbijanjem “napada” ili pak nastavi s

³⁹ D. Jovašević: Nužna odbrana i krajnja nužda, Niš, 2007. godine, str. 93 – 104, D. Jovašević: Leksikon krivičnog prava, Beograd, 2006. godine, str. 641.

⁴⁰ Presuda Vrhovnog suda Srbije, Kž. 1080/74.

⁴¹ U dijelu pravne teorije (posebno njemačke teorije koja je zasnovana na tumačenju odredbe čl. 33. njemačkog krivičnog zakonika) prevladava shvatanje da prekoračenje nužne odbrane ne isključuje protivpravnost učinjenog krivičnog djela, ali smanjuje učiniočevo nepravo, kao što nije isključena ni njegova krivica, ali je ona zbog posebnog psihičkog stanja učinioca smanjena. Tako je dvostruko umanjen kriminalni sadržaj učinjenog djela (H.H. Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, Berlin, 1988. godine, str. 428.)

⁴² V. Miladinović: Karakteristike nužne odbrane i njenog prekoračenja osvetljene sudskom praksom, Pravni život, Beograd, broj 1/1975. godine, str. 24 – 36.

⁴³ I. Bojanić: Pojavni oblici i pojam prekoračenja nužne odbrane, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, broj 1/1997. godine, str. 43 – 76.

odbijanjem napada i posle njegovog efektivnog i trajnog prestanka, pa tako proizvede povredu napadačevog dobra, dakle, proizvede povredu koja je van granica nepohodno potrebne nužne odbrane (npr. ako je napad oštećenog u trenutku kada je optuženi pucao već bio prestao, a reakcija optuženog je uslijedila kao posljedica stanja jake razdraženosti u koju je on bio doveden ponašanjem oštećenog, radi se o krivičnom djelu ubistva na mah, a ne o nužnoj odbrani ili njenom prekoračenju).⁴⁴ Ovaj oblik prekoračenja nužne odbrane postoji i u slučaju kada napadnuti započne s odbijanjem napada prije nego što je ovaj uopšte i započeo, dakle, u vrijeme kada je napad samo prijeto, bio u izgledu, ali još uvijek nije i “neposredno predstojao”.

Kada je prestao napad od strane oštećenih, time je prestalo i pravo na nužnu odbranu oštećenog.⁴⁵

Za prekoračenje nužne odbrane, odnosno za krivično djelo koje je učinjeno u ovakvom prekoračenju, učinilac odgovara po svim pravilima o kažnjivosti. Jedina mogućnost koju zakon predviđa u ovakvim slučajevima jeste fakultativna mogućnost ublažavanja kazne po vrsti i mjeri.

Nesporno je da napadnuto lice protivpravnim napadom od strane napadača ima pravo na neophodno potrebnu i nužnu odbranu. No, ako on ovu mjeru ili granicu neophodnosti pređe – čini krivično djelo za koje odgovara. U takvoj situaciji postavljaju se dva pitanja: 1. da li je odbrana uopšte bila nužna za odbijanje napada i 2. koji je intenzitet ili srazmjernost odbrane bio neophodan da napadnuti spriječi ili otkloni napad, odnosno napad osujeti i tako zaštititi napadnuto pravno dobro. Odgovor na prvo pitanje zasniva se na faktičkoj ocjeni svih konkretnih uslova u rasvjetljenju napada, odnosno odbijanja napada. Odbrana je nužna ako se bez nje ugroženo pravno dobro ne bi nikako moglo zaštititi na neki drugi način. Praktično rješenje pitanja o srazmjernosti odbrane i napada se svodi na procjenu potrebne mjere za odbijanje napada. U davanju odgovora na ovo pitanje u krivičnopravnoj teoriji se razlikuju dva shvatanja.⁴⁶

Pristalice prvog shvatanja smatraju da je važno samo ustanoviti kakvog je intenziteta bio napad. Ako je, naime, postojala stvarna opasnost za pravno dobro i ako je ta opasnost bila takvog karaktera da se nikako nije mogla izbjeći, onda napadnuti, po svom slobodnom izboru, bira sredstvo i način kojim će odbiti, spriječiti, otkloniti ili osujetiti napad. U tom se slučaju i dobro, znatno manje vrijednosti, koje je napadom ugroženo, može braniti povredom dobra neuporedivo veće vrijednosti na strani napadača.

⁴⁴ Presuda Vrhovnog suda Srbije, Kž. 635/91.

⁴⁵ Presuda Vrhovnog suda Srbije, Kž. 165/92.

⁴⁶ M. Tomanović: Nužna odbrana i krajnja nužda, op. cit., str. 70.

Prema drugom shvatanju, pitanje srazmjere se zasniva na kriterijumu relativnih vrijednosti dobara – dobra napadnutog i dobra napadača. Tek upoređivanjem njihove vrijednosti, značaja i karaktera, utvrđuje se da li je odbrana bila neophodno potrebna ili ne. Tako, ukoliko napadnuti ima mogućnost da napad odbije defanzivnom odbranom “potezanjem sjekire kao znatno opasnijeg oruđa od motke kojom je napad izvršen, ofanzivna odbrana nije dozvoljena”.⁴⁷

Djelo koje je izvršeno u prekoračenju nužne odbrane, može se izvršiti kao i svako drugo krivično djelo – bilo s umišljajem, bilo iz nehata. Nehatno prekoračenje nužne odbrane postoji u slučaju odsustva jasne predstave (svijesti) o prestanku napada (odnosno u slučaju neotklonjive stvarne zablude).

Za djelo učinjeno u prekoračenju nužne odbrane, učiniocu se može izreći zakonom predviđena kazna, ali se ona može i ublažiti primjenom ovlašćenja iz zakona. Ovo se opravdava činjenicom da se prilikom napada napadnuti nalazi u posebnom psihičkom stanju u kome je teško ocijeniti do koje je mjere i granice odbrana dozvoljena, a kada ona prelazi granice neophodno nužne i opravdane odbrane. Najčešće se napadnuti, u trenutku odbijanja napada, nalazi u posebnom psihičkom stanju straha, uzbuđenja, jarosti, koje dobija poseban stepen intenziteta.

U slučaju kada je do prekoračenja nužne odbrane došlo usljed jake razdraženosti, prepasti, odnosno straha izazvanog napadom, sudu stoji na raspolaganju i mogućnost da takvo lice u potpunosti oslobodi od kazne.

Stanje prepasti i straha ne pojavljuje se isključivo kod reagovanja na istovremeni protivpravni napad. Postojanje takvog psihičkog stanja izvršioaca moguće je i kod krivičnog djela ubistva (odnosno teške tjelesne povrede) i onda kada djelo nije izvršeno u nužnoj odbrani. U tom slučaju, ovo psihičko stanje ne može uticati na primjenu ovog instituta, već jedino kao okolnost značajna za odmjerenje kazne. S obzirom na to, utvrđivanje stanja prepasti i straha uz istovremeno utvrđivanje da se nije radilo o nužnoj odbrani,⁴⁸ odnosno prekoračenju nužne odbrane niti o krivičnom djelu ubistva na mah (odnosno teške tjelesne povrede na mah), u ovakvom slučaju ne predstavlja protivrječnost o bitnim činjenicama iz presude.⁴⁹

Učiniocu krivičnog djela u prekoračenju nužne odbrane usljed jake razdraženosti ili jake prepasti, sud može izreći kaznu u granicama zakonom propisane kazne, kaznu može ublažiti ili ga pak u potpunosti može osloboditi od kazne. Koja su to stanja jake razdraženosti ili jake prepasti kojima zakonodavac daje poseban krivičnopravni značaj, teško je unaprijed reći. Ova stanja se pojavljuju u konkretnim situacijama kod sukoba konkretnih lica – napadača i napadnutog (npr.

⁴⁷ Presuda Vrhovnog suda Srbije, Kž. 747/93.

⁴⁸ D. Jovašević: Ubistvo na mah i ubistvo u prekoračenju nužne odbrane, Pravni život, Beograd, broj 9/2005. godine, str. 197 – 217.

⁴⁹ Presuda Vrhovnog suda Srbije, Kž. 1604/73.

ispunjeni su uslovi da se učinilac djela – žena, oslobodi od kazne za učinjeno ubistvo kada je ona počela da puca u ubijenog u uslovima klasične nužne odbrane i kada je zbog posebnog psihičkog stanja u kome se nalazila, nastavila da puca u njega i kada je njegov napad prestao).⁵⁰

Iz navedenog proizilazi da afekti igraju veliku ulogu kod instituta prekoračenja granica nužne odbrane. Afekti su⁵¹ duševni potresi izazvani navalom osjećanja, komplikovanih predstava koje nastupaju i prolaze najčešće naglo, većinom sužavaju svijest i praćeni su tjelesnim pojavama. Afekata ima više vrsta. Za temu našeg razmatranja, od posebne su važnosti dva afekta – jaka razdraženost i jaka prepast.

Jaka razdraženost, razjarenost ili pomahnitalost predstavlja patološko afektno stanje, i to po načinu nastanka, svom toku i po patološkim posljedicama. To je patološki afekat gnjeva izazvan navalom osjećanja nanijetog zla ili zla koje neposredno prijeti. U takvom stanju dolazi do kočenja intelektualnih i nadražaja motornih funkcija, što sve ima za posljedicu agresivne, nagonske, impulsivne pokrete i reagovanja. Prepast je patološki afekat straha jakog intenziteta usljed iznenadnog ugrožavanja nekog pravnog dobra napadnutog. I ovdje dolazi do kočenja i usporavanja intelektualnih funkcija, te poslije početnog usporavanja i blokade do iznenadnog odbrambenog, instinktivnog, nagonskog reagovanja samospasavanja.

Ova afektivna stanja jake razdraženosti ili prepasti su bliska stanjima privremene duševne poremećnosti. Stoga je na vještacima sudsko-psihijatrijske struke težak i odgovaran zadatak da, polazeći od strukture ličnosti napadnutog, njegovih karakteristika, konkretnih okolnosti učinjenog djela, karaktera i prirode napada i odbrane, utvrde stepen afektnih stanja kod učinioca djela. U životu se tako mogu pojaviti, i pojavljuju se, mnogi granični slučajevi kada je teško povući jasnu granicu da li afektno stanje jake razdraženosti ili jake prepasti uopšte postoji, ili pak u konkretnoj situaciji postoji “obično” stanje razdraženosti ili prepasti, što određuje prekoračenje nužne odbrane kao osnov za blaže kažnjavanje, a ne kao osnov za oslobođenje od kazne učinioca tako učinjenog krivičnog djela. Još je teže postaviti precizne kriterijume za razgraničenje onih situacija koje se odlikuju velikom sličnošću elemenata ubistva na mah ili teške tjelesne povrede na mah, odnosno ovih krivičnih djela učinjenih u prekoračenju nužne odbrane usljed jake razdraženosti ili prepasti. Naravno, u svemu ovome treba uvijek imati na umu slučajeve kada se učinilac prilikom preduzimanja svoje radnje izvršenja nalazi u stanju smanjene ili bitno smanjene računljivosti usljed dejstva patoloških afektnih stanja.⁵²

⁵⁰ Presuda Vrhovnog suda Srbije, Kž. 1077/95.

⁵¹ D. Jeftić: *Sudska psihopatologija*, Beograd - Zagreb, 1966. godine, str. 37.

⁵² Više: V. Timoškin: *Nužna odbrana*, Sarajevo, 1939. godine.

3. Nužna odbrana u međunarodnom pravu

Nužna odbrana predstavlja jedan od najstarijih opštih instituta krivičnog prava. Nastao je veoma rano iz potrebe da se opravda neposredna zaštita i odbrana svog pravnog dobra od, istovremeno, neskrivljenog protivpravnog napada. Nužna odbrana je institut koji je danas prisutan u najvećem broju krivičnopравnih sistema. To je, u svakom slučaju, opšti osnov koji isključuje postojanje krivičnog djela pod uslovom da su u konkretnom slučaju ispunjeni zakonom strogo propisani uslovi.

Pretpostavka za primjenu krivične sankcije prema učiniocu međunarodnog krivičnog djela jeste, takođe, postojanje njegove krivične odgovornosti u vrijeme preduzimanja radnje izvršenja. No, Rimski statut (kao osnovni izvor međunarodnog krivičnog prava kojim je konstituisan stalni Međunarodni krivični sud sa sjedištem u Hagu) poznaje više okolnosti koje isključuju postojanje krivične odgovornosti (a ne isključenje krivičnog djela).

Među ovim okolnostima nalaze se i takve, koje se inače u pojedinim nacionalnim krivičnim zakonodavstvima ne svrstavaju u osnove isključenja krivične odgovornosti, već u osnove isključenja postojanja krivičnog djela uopšte ili, pak, predstavljaju osnove za oslobođenje od kazne. Rimski statut predviđa više osnova isključenja krivične odgovornosti. Tako su u članu 31. predviđeni sljedeći osnovi: 1. neuračunljivost, 2. intoksikacija, 3. nužna odbrana i 4. krajnja nužda, dok su u članu 32. predviđene stvarna i pravna zabluda, a u članu 33. naređenje pretpostavljenog i zakonski propisi.⁵³

Nužna odbrana je osnov predviđen u članu 31. stav 1. tačka c. Rimskog statuta. Da bi postojao ovaj osnov potrebno je ispunjenje sljedećih uslova:

1. da je međunarodno krivično djelo učinjeno od strane lica koje reaguje svjesno,

2. da je djelo učinjeno od strane lica u stanju kako bi se odbranilo to ili drugo lice ili njihova imovina, ili u slučaju ratnih zločina da bi odbranilo svoju imovinu koja je neophodna za opstanak tog ili drugog lica ili imovinu, koja je od vitalne važnosti za izvršenje vojne misije protiv prijeteće i nezakonite upotrebe sile, i

3. ako je djelo učinjeno na način koji je srazmjeran stepenu opasnosti za to ili drugo lice ili njihovu imovinu.

No, činjenica da je lice bilo umiješano u odbrambenu operaciju koju sprovode vojne snage, sama po sebi ne isključuje krivičnu odgovornost.

⁵³ Više: D. Radulović: Međunarodno krivično pravo, Podgorica, 1999. godine; V. Đurđić, D. Jovašević: Međunarodno krivično pravo, Beograd, 2003. godine.

Iz prednjih izlaganja proizilazi, nesumnjivo, veliki pravni i praktičan značaj instituta nužne odbrane kao osnova za isključenje postojanja krivičnog djela. Praktično, ovdje se radi o institutu opšteg dijela krivičnog prava koji svojom širom ili užom primjenom može u velikoj mjeri i da utiče na pravce kaznene politike. Stoga je zakonodavac (u gotovo svim državama koje poznaju uopšte ovaj institut) precizno kumulativno utvrdio uslove ili pretpostavke koje moraju biti ispunjene u svakom konkretnom slučaju da bi se uopšte moglo govoriti o postojanju ovog instituta, dajući pri tome sudu velika ovlaštenja da u svakoj situaciji utvrđuje i provjerava da li su ispunjeni svi potrebni uslovi.

Prekoračenjem granica odbrane, koja je neophodno potrebna i srazmjerna za odbijanje istovremenog ili direktno, odnosno neposredno predstojećeg protivpravnog napada od sebe (svog dobra) ili drugog lica (dobra drugog lica), napadnuti se postavlja u ulogu napadača koji povređuje neko pravno dobro dotadašnjeg napadača. Za to djelo sud može učiniocu izreći zakonom predviđenu kaznu, a može je i ublažiti. Ukoliko je do prekoračenja granice neophodno potrebne i nužne odbrane došlo iz naročito opravdanih razloga (pod olakšavajućim okolnostima, u stanju jake razdraženosti, straha ili prepasti), učinilac djela se može u potpunosti osloboditi od kazne.

Gotovo svi savremeni krivičnopravni sistemi, na jedinstven način određuju institut nužne odbrane, bez obzira na to da li ovaj institut smatraju osnovom koja isključuje postojanje kažnjivog djela ili osnovom koja isključuje protivpravnost djela, ili osnovom koja isključuje odgovornost (krivicu). U svakom slučaju, za postojanje nužne odbrane potrebno je da se radi o djelu koje ispunjava formalna obilježja krivičnog djela određena u zakonu, djelu koje je učinjeno radi odbijanja istovremeno (ili direktno, odnosno neposredno predstojećeg) napada od sebe (svog dobra) ili drugog lica (dobra nekog drugog lica) koje je neskrivljeno i protivpravno.

Mišljenja smo da, zbog izuzetnog značaja i mogućnosti zloupotrebe ovog instituta u neposrednoj praktičnoj primjeni, institut nužne odbrane treba restriktivno primjenjivati samo u slučajevima kada su za to ispunjeni svi zakonom propisani uslovi, uz striktno poštovanje principa “neophodno nužno potrebne odbrane za odbijanje napada uz poštovanje srazmjernosti ili ekvivalencije”.

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 Banjoj Luci

PRAVO NA SLOBODU IZRAŽAVANJA

Postoji kršenje prava na slobodu izražavanja iz člana II/3h) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 10. Evropske konvencije, kada je odlukom suda u građanskoj parnici naloženo apelantu da plati naknadu nematerijalne štete koja je nanesena tužiočevom ugledu iznošenjem i prenošenjem činjenica koje su neistinite, a ne može da se zaključi da se nametanjem takve mjere uspostavlja “proporcionalnost” između prava na slobodu izražavanja i prava na ugled, niti razlozi koji su dati u presudi mogu da se smatraju relevantnim i dovoljnim u smislu člana 10. Evropske konvencije, zbog čega ne može da se utvrdi da je “miješanje” bilo “neophodna mjera u demokratskom društvu”.

Iz obrazloženja:

Ustavni sud, prije svega, zapaža da apelant nije osporio da je miješanje u njegovo pravo iz člana 10. Evropske konvencije bilo propisano zakonom, tačnije Zakonom o zaštiti od klevete, te da je imalo legitiman cilj – zaštitu reputacije i prava drugih. Stoga je jedino pitanje koje je sporno u konkretnom slučaju da li je miješanje bilo “neophodno u demokratskom društvu”. U rješavanju tog pitanja, Ustavni sud mora da utvrdi: a) da li ovo “miješanje” sudova u ovu slobodu korespondira “hitnoj društvenoj potrebi”, b) da li je bilo proporcionalno legitimnom cilju i c) da li su razlozi koje su dali sudovi u odlukama koje su osporene kao opravdanje da se miješaju relevantni i dovoljni u smislu principa koji su ranije navedeni iz člana 10. Evropske konvencije (vidi stav 26. ove odluke).

U vezi s pitanjem da li postoji “hitna društvena potreba”, Ustavni sud zapaža da se osporena presuda Vrhovnog suda tiče članka koji je objavljen 27. juna 2003. godine, u kom je apelant prenio izjavu S.S. da je prvotužilac, čija je kćerka (drugotužiteljka) bila opštinska vijećnica, “*od ranije poznat kao falsifikator štednih knjižica i kradljivac inkasa s benzinske pumpe u Kikindi*”. Ustavni sud prihvata

zaključak Vrhovnog suda da ovaj dio teksta, koji je sporan, predstavlja činjenične navode, a ne vrednosne sudove, a to ni apelant nije osporio. Takođe, Ustavni sud prihvata u cijelosti i zaključak Vrhovnog suda da istinitost ovih činjeničnih navoda nije dokazana, zbog čega tekst koji je sporan predstavlja klevetu kojom je nanesena šteta prvotužiočevom ugledu, zbog čega postoji i osnov za njegovo obeštećenje. Ovo naročito stoga što se radi o napadu na reputaciju prvotužioca kao privatnog lica, u kom slučaju, kako je već rečeno, “dužnosti i obaveze” štampe imaju naročit značaj (vidi stav 28. ove odluke). Stoga, Ustavni sud smatra da je Vrhovni sud, kada je donio presudu koja je osporena, pravilno ocijenio da postoji “hitna društvena potreba” da se uspostavi ravnoteža između slobode apelantovog izražavanja, odnosno slobode medija i zaštite prvotužiočevog ugleda.

Dalje, Ustavni sud ukazuje da se u konkretnom slučaju radi o naknadi nematerijalne štete zbog narušavanja časti i ugleda koji predstavljaju vrijednosti čija zaštita ne treba da se dovodi u pitanje. Prilikom pojmovnog određivanja časti i ugleda, Ustavni sud ističe da se svaka ljudska individua odlikuje ovim kategorijama koje su sastavni, neodvojivi dio njene ličnosti. “Čast” se najčešće definiše kao skup nematerijalnih vrijednosti koje čovjek posjeduje kao ljudsko biće i kao pripadnik određene društvene zajednice, a stiče se rođenjem. S druge strane, o “ugledu” se najčešće govori kao o drugoj strani časti, tzv. “spoljašnjoj časti” koja podrazumijeva uvažavanje koje čovjek ima u društvenoj zajednici. Na ovaj način određene, čast i ugled predstavljaju neodvojive kategorije koje mogu da se posmatraju s različitih aspekata, pa i s aspekta njihove građansko-pravne zaštite.

Kako je već rečeno, Vrhovni sud je utvrdio da je apelant oklevetao prvotužioca, čime je svakako povrijedio tužiočeva nematerijalna dobra – čast i ugled, zbog čega je za tužioca nastala šteta. Predmet ovako nastale štete su nematerijalna dobra koja su vezana za moralno-psihičku stranu ličnosti oštećenog, zbog čega novčana naknada nematerijalne štete i ne predstavlja naknadu u pravom smislu te riječi, jer se njome ne postiže uspostavljanje onakvog stanja kakvo je postojalo prije njenog nastanka, dakle nema reparacioni karakter. Naprotiv, novčana naknada nematerijalne štete je jedan od vidova satisfakcije koja se oštećenom daje za povredu njegovih nematerijalnih dobara. Odmjeravanje novčane naknade nematerijalne štete je postupak koji je vrlo delikatan i složen, jer nema nekog opšteg mjerila, s obzirom na veoma različitu moralno-psihičku konstituciju svakog pojedinca, kao i s obzirom na ostale okolnosti u kojima se dogodila šteta koja je za posljedicu imala povredu nematerijalnih dobara oštećenog. Stoga ne može da se očekuje, kako to pogrešno zaključuje Kantonalni sud u prvostepenoj presudi, da se predloži da se izvode dokazi kojim bi se na egzaktan način utvrdio intenzitet i

trajanje nematerijalne štete koja je nastala, da bi se na osnovu toga odredila visina štete koja je nastala.

Međutim, iako prilikom odmjeravanja visine novčane naknade nematerijalne štete sud ima pravo na slobodnu procjenu, ta slobodna procjena nije apsolutna, što je izraženo i u članu 200. stav 2. ZOO-a, shodno kom “sud cijeni značaj povrijeđenog dobra i cilj naknade”, uzimajući u obzir okolnosti svakog konkretnog slučaja. Posmatrano s aspekta člana 10. Evropske konvencije, Ustavni sud zapaža da odlukom suda o visini naknade nematerijalne štete može da se prekrši princip proporcionalnosti između težine miješanja sudova u slobodu izražavanja i važnosti interesa koji ograničavanjem te slobode želi da se postigne.

Dakle, diskreciono pravo suda u vezi s visinom nematerijalne štete zbog klevete, ograničeno je upravo zahtjevom proporcionalnosti koji je izražen u članu 10. Evropske konvencije, odnosno zahtjevom da razlozi i opravdanja koje su dali sudovi za miješanje u pravo na slobodu izražavanja budu relevantni i dovoljni, tj. da su sudovi svoje odluke zasnovali na prihvatljivoj analizi činjenica koje su relevantne.

Apelant je objavio neistine o prvotužiocu, a da prethodno nije ni pokušao da provjeri informacije koje su sporne, što je bila njegova obaveza. Vrhovni sud je jasno ocijenio da je sadržaj informacija koje su iznesene bio takav da je predstavljao napad na tužioca kao privatno lice koje, za razliku od javnih lica, ne mora da pokaže veći stepen tolerancije. Međutim, kod odlučivanja o vrsti satisfakcije koja pripada prvotužiocu, Vrhovni sud nije obrazložio koje je okolnosti cijenio kod odlučivanja o tome da naknada štete u dosuđenom iznosu predstavlja satisfakciju kojom će da se uspostavi pravična ravnoteža između apelantovog prava na slobodu izražavanja i prvotužiočevog prava na ugled. Naročito, Vrhovni sud se uopšte nije bavio pitanjem šta je bio cilj članka koji je sporan, a koji se primarno odnosio na pitanje smjene opštinskog načelnika i njegovih navoda o korupciji na opštinskom nivou. Vrhovni sud je samo konstatovao da su određene činjenice koje su iznesene u članku koji je sporan, a tiču se prvotužioca, neistinite.

Ovo, međutim, nije dovoljno za zaključak da je novčanom naknadom u dosuđenom iznosu postignuta proporcionalnost koja je neophodna između apelantovog prava na slobodu izražavanja i prvotužiočevog prava na ugled u zajednici u kojoj on, kao privatna ličnost, živi i radi, odnosno da se ta proporcionalnost ne bi postigla i drugom vrstom satisfakcije, kao npr. objavljivanjem presude, ispravke i slično, imajući u vidu sve okolnosti slučaja. S druge strane, Ustavni sud zapaža da prvotužilac nije ni pokušao da objavi ispravku teksta koji je sporan, iako član 8.

Zakona o zaštiti od klevete propisuje dužnost oštećenog da preduzme sve mjere koje su potrebne da ublaži štetu koja je uzrokovana izražavanjem činjenice koja je neistinita, a naročito da štetniku podnese zahtjev da se ispravi to izražavanje. U konkretnom slučaju, nema ništa što bi ukazalo da je prvotuzilac bio spriječen u zahtijevanju da se objavi ispravak teksta koji je sporan radi umanjenja štetnih posljedica, što bi svakako moglo da ima uticaja na odluku suda o vrsti satisfakcije koja bi bila pravična i dovoljna, odnosno u konkretnom slučaju na visinu nematerijalne štete koja je dosuđena, niti se iz presude koja je osporena vidi da je ovo uzeto u obzir i kako.

S obzirom na navedeno, Ustavni sud smatra da iz presude koja je osporena ne može da se zaključi zašto je Vrhovni sud utvrdio da je mjera koja je preduzeta radi zaštite prvotuziočevog ugleda, odnosno dosuđivanje naknade štete u navedenom iznosu, proporcionalna težini povrede tužiočevog ugleda, kao i težini miješanja sudova u slobodu izražavanja koje je učinjeno ovom mjerom. Zbog toga, Ustavni sud smatra da je Vrhovni sud u odluci koja je osporena, prekoračio granice svojih diskrecionih ovlaštenja kod određivanja vrste pravične satisfakcije, odnosno visine nematerijalne štete zbog počinjene klevete zato što svoju odluku nije zasnovao na prihvatljivoj analizi činjenica koje su relevantne i svih okolnosti koje su od važnosti u konkretnom slučaju u vezi s povredom tužiočevog ugleda, te da razlozi koji su navedeni u presudi koja je osporena ne mogu da se ocijene relevantnim i dovoljnim u smislu člana 10. Evropske konvencije.

Na osnovu izloženog, Ustavni sud smatra da nisu ispunjena dva zahtjeva na osnovu kojih bi moglo da se zaključi da je miješanje u apelantovo pravo na slobodu izražavanja bilo “neophodno u demokratskom društvu”, te da je stoga presudama koje su osporene prekršeno apelantovo pravo na slobodu izražavanja iz člana II/3h) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 10. Evropske konvencije.

*Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine,
broj AP 1067/06 od 13. septembra 2007. godine*

PRAVO NA SLOBODU IZRAŽAVANJA

Nema povrede prava na slobodu izražavanja iz člana II/3h) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 10. Evropske konvencije kada je sudskom presudom u građanskoj parnici apelantima izdat nalog da plate odštetu nanesenu tužiočevom ugledu iznošenjem i prenošenjem činjenica koje su neistinite, jer je “miješanje” bilo u skladu sa zakonom, imalo za cilj “zaštitu prava drugih” i bilo “neophodna mjera u demokratskom društvu”.

Iz obrazloženja:

U konkretnom slučaju, redovni sudovi su utvrdili da sporna izražavanja sadrže niz činjeničnih navoda za koje apelanti u postupku pred redovnim sudovima nisu uspjeli da dokažu da su istiniti: da je tužilac četnički komandant, da mu je u bivšoj JNA dodijeljen orden Nemanjića, zatim da je odlikovan Zlatnim ljiljanom 1996. godine, nakon prestanka ratnih dejstava, te da je počinio ratne zločine i uzrokovao smrt brojnih civila i vojnika. Ustavni sud je već naglasio da postojanje činjenica može da se dokaže, ali vrijednosna ocjena nije nešto za šta mogu da se daju dokazi. Ustavni sud ne može da prihvati navode apelanata da se radi o iznošenju novinarevog mišljenja o javnom radu i tužiočevom ratnom angažmanu, budući da su sporni tekstovi sadržavali i činjenične navode za koje je u postupku pred redovnim sudovima utvrđeno da nisu istiniti.

Ustavni sud zapaža da je tužilac, nakon objavljivanja tekstova koji su sporni, reagovao i tražio objavljivanje ispravke, a tek nakon toga je podnio tužbu, čime je shodno mišljenju Ustavnog suda ispunio preduslov za sudsku zaštitu koji je propisan članom 8. Zakona o kleveti.

Ustavni sud zapaža da su redovni sudovi, budući da mišljenje ne podliježe ograničenjima i sankcijama, odbili tužiočev tužbeni zahtjev u odnosu na izražavanje za koje je tužilac tvrdio da je klevetničko u dijelu teksta pod naslovom “*Sead Delić i Srebrenica*”, a za koje su redovni sudovi utvrdili da se radi o novinarevom mišljenju, a ne o činjeničnom navodu. Sem toga, sudovi su uzeli u obzir i činjenicu da je tužilac, u vrijeme objavljivanja tekstova koji su sporni, obavljao javnu funkciju i, u vezi s tim, njegovu obavezu da toleriše iznošenje mišljenja i kritika njegovog javnog rada. Ocjenjujući sve okolnosti slučaja, sudovi su zaključili da je iznošenjem neistinitih činjenica o tužiocu prekoračena dozvoljena granica i potrebna tolerancija koja može da se traži od tužioca kao javne ličnosti, odnosno da je učinjeno djelo klevete i nanesena šteta tužiočevom ugledu.

U konkretnom slučaju, Ustavni sud smatra da iako obavještanje javnosti o dostupnim podacima o ratnom angažmanu visokog vojnog zvaničnika i političara, te kontroverzi da je tužilac, kao javna ličnost, odlikovan najvišim vojnim odlikovanjima dvije zaraćene vojske, jeste legitiman cilj novinara i medija u demokratskom društvu, u konkretnom slučaju ipak nije postojala iskrena namjera apelanata i nisu uloženi razumni naponi ni za potvrđivanje činjenica koje su iznijeli, niti za naknadno ublažavanje štetnih posljedica. Stoga, Ustavni sud smatra da su sudovi opravdano zaključili da postoji odgovornost apelanata za iznošenje i prenošenje neistinitog izražavanja.

Ustavni sud smatra, s obzirom na sve okolnosti slučaja, da su sudovi, donošenjem osporavanih presuda, pravilno ocijenili da postoji "hitna društvena potreba" uspostavljanja ravnoteže između slobode izražavanja apelanata, odnosno slobode medija i zaštite tužiočevog ugleda kao javne ličnosti koja je tražila konkretno ograničavanje u ostvarivanju slobode izražavanja. Shodno tome, Ustavni sud smatra da je osporenim presudama, prema principu proporcionalnosti, uspostavljena ravnoteža između slobode izražavanja medija i tužiočevog prava kao javne ličnosti na zaštitu ugleda. Ustavni sud smatra da redovni sudovi nisu izašli van dozvoljenog stepena slobodne procjene.

Na osnovu svega navedenog, Ustavni sud zaključuje da nema kršenja prava na slobodu izražavanja iz člana II(3h) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 10. Evropske konvencije.

*Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine,
broj AP 371/06 od 13. septembra 2007. godine*

PRAVO NA IMOVINU

Postoji kršenje prava na imovinu iz člana II/3k) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 1. Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju kada miješanje u apelantovo pravo na imovinu nije u skladu sa zakonom, te kada je do takvog miješanja došlo proizvoljnim tumačenjem Zakona o autorskom i srodnim pravima u Bosni i Hercegovini.

Iz obrazloženja:

Ustavni sud je u svojoj jurisprudenciji zauzeo stav da pojam “imovina” u smislu člana 1. Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju, ne uključuje samo pokretnu i nepokretnu imovinu, već podrazumijeva i širok spektar imovinskih interesa koji predstavljaju ekonomsku vrijednost (vidi Ustavni sud, Odluka broj *U 14/00* od 4. aprila 2001. godine, objavljena u “Službenom glasniku Bosne i Hercegovine” broj 33/01). Takođe, bivša Evropska komisija za ljudska prava (u daljnjem tekstu: Evropska komisija) zauzela je stav da se pojam “imovina” odnosi i na sva “dodijeljena prava” koja pojedinac može da ustanovi, uključujući i akcije (vidi bivša Evropska komisija, *Bramelid i Malmström protiv Švedske*, aplikacije br. 8588/79 i 8589/79, Odluke i izvještaji broj 29, 1982. godina) i patente (vidi bivša Evropska komisija za ljudska prava, *Smith Kline i French Laboratories protiv Holandije*, aplikacija broj 12633/87, Odluke i izvještaji broj 66, 1990. godina). S druge strane, sama činjenica da domaći zakon ne priznaje određene interese kao zakonom definisano pravo, ili da to čini na način koji ne rezultuje priznavanjem tog interesa kao imovinskog prava, nije odlučujuća da bi se taj interes smatrao “imovinom” u smislu člana 1. Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju. Naime, pojam “imovina” ima autonomno značenje, pa je nekada dovoljno da se pokaže da postoji utvrđen ekonomski interes kako bi se utvrdilo da se radi o pravu iz navedenog člana. Takođe, shodno jurisprudenciji Evropskog suda za ljudska prava (u daljnjem tekstu: Evropski sud), “imovina” koja se štiti može da bude samo postojeća imovina (vidi Evropski sud, *Van der Mussele*, presuda od 23. novembra 1983. godina, serija A, broj 70, tačka 48.) ili barem ona imovina za koju apelant ima “legitimno očekivanje” da će je dobiti (vidi Evropski sud, *Pine Valley Developments Ltd i drugi*, presuda od 29. novembra 1995. godina, serija A, broj 332, tačka 31.).

U konkretnom slučaju, apelant je osporio presude kojima se odlučivalo o zaštiti apelantovog autorskog prava. Shodno svojoj pravnoj prirodi, autorsko pravo predstavlja oblik intelektualne svojine koja nije neka konkretna, materijalna

svojina nad nekim predmetom, već pravo, odnosno skup ovlašćenja koje pravni poredak države priznaje nosiocu intelektualne svojine. Sem toga, shodno Zakonu o autorskom i srodnim pravima u BiH, autorsko pravo štiti moralne i materijalne interese autora u vezi s njegovim djelom, pa imajući u vidu principe koji su izneseni u prethodnoj tački, Ustavni sud smatra da autorsko pravo predstavlja “imovinu” koju štiti član 1. Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju.

Osporene presude Opštinskog i Kantonalnog suda nesumnjivo predstavljaju “miješanje” u apelantovu imovinu i lišavanje apelantovog prava na mirno uživanje imovine, budući da se njima odriče apelantovo pravo da se smatra autorom svog naučnog rada, tj. spornog članka koji je objavljen u stručnom časopisu “Šumarstvo i prerada drveta” broj 7-9 iz 1986. godine, a samim tim i da uživa autorska moralna i imovinska prava. S obzirom na navedeno, Ustavni sud smatra da je u konkretnom slučaju primjenljivo drugo pravilo iz člana 1. Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju koje reguliše uslove pod kojima pojedinac može da bude lišen imovine. Zbog toga je neophodno da se ispita da li je miješanje u apelantovo pravo na imovinu bilo opravdano. Da bi miješanje u pravo na imovinu bilo opravdano, ono mora: (a da bude predviđeno zakonom, (b da ima legitiman cilj od javnog ili opšteg interesa, i (c da bude u skladu s principom proporcionalnosti (vidi ranije citiranu Odluku Ustavnog suda broj *U 26/00*).

Prvo pitanje na koje se treba dati odgovor je da li je u konkretnom slučaju miješanje u apelantovu imovinu predviđeno zakonom. Shodno odredbama Zakona o autorskom i srodnim pravima u BiH autorom se smatra lice čije je ime i prezime ili pseudonim označeno na djelu dok se suprotno ne dokaže (član 13.), a autorska prava pripadaju autoru od trenutka kada je stvoreno autorsko djelo i nisu uslovljena ispunjenjem bilo kakvih formalnosti (član 12. stav 2.). Takođe, autorskim djelom se smatra, shodno članu 6. navedenog zakona, individualna duhovna tvorevina iz oblasti književnosti, nauke, umjetnosti i drugih oblasti stvaralaštva, bez obzira na vrstu, način i oblik izražavanja, pa, između ostalog, i pisana djela, tj. članci, ali i zbirke autorskih djela kao što su enciklopedije, zbornici i sl. (član 7. stav 1.).

U vezi s navedenim, Ustavni sud zapaža da je apelant tražio da se utvrdi da je tuženi povrijedio njegovo autorsko pravo na sporni članak koji je objavljen u stručnom časopisu “Šumarstvo i prerada drveta” broj 7-9 iz 1986. godine, tako što je taj članak prepisao i objavio u svojoj knjizi iz 1997. godine, a da nije naveo apelanta kao izvornog autora. Iako je upoređivanjem utvrdio da se radi o tekstu istog sadržaja, Opštinski sud je zaključio da apelant nema pravo na zaštitu autorskog prava, jer sporni članak čini i sastavni dio “Revizije”, tj. zbornika stručnih radova koji je nastao kao rezultat timskog istraživačkog rada na projektu koji je naručio Šumarski fakultet, a u kom su učestvovali i apelant i tuženi i u kom

je sporni članak objavljen u skraćenoj verziji. Međutim, Ustavni sud zapaža da apelant nije tražio zaštitu u odnosu na ovaj skraćeni članak koji je objavljen u zborniku radova, tj. „Reviziji“, već u odnosu na članak koji je objavljen pod njegovim imenom u stručnom časopisu. Dalje, iako navodi da je uzeo u obzir odredbe čl. 6. i 12. Zakona, Opštinski sud je zaključio da apelant nije dokazao da je izvorni autor spornog članka “iako je (apelantovo) ime napisano na djelu koje je objavljeno u časopisu”.

Ustavni sud smatra da je ovakav zaključak Opštinskog suda protivan eksplicitnoj zakonskoj normi shodno kojoj se autorsko pravo pretpostavlja dok se suprotno ne dokaže, i to od trenutka kada djelo nastane, a ne kada se objavi. Ovo znači da apelant nije ni morao da dokazuje da je autor spornog članka koji je objavljen pod njegovim imenom, jer je to zakonska pretpostavka. Tuženi je ovu činjenicu osporio samo zato što je sporni članak, u skraćenom obliku, objavljen i u zbirci radova koja je nastala kao rad grupe stručnjaka, ali nije utvrđeno ni dokazano da apelant nije izvorni autor članka koji je objavljen pod njegovim imenom u stručnom časopisu. Ustavni sud smatra da objavljivanje skraćenog članka u zbirci radova, samo po sebi, ne oduzima apelantu autorstvo nad spornim člankom koji je objavljen u stručnom časopisu, bez obzira da li je u toj zbirci naveden kao autor ili kako je regulisao odnose s naručiocem istraživanja. Sem toga, ako je Opštinski sud i uzeo u obzir “Reviziju” kao zbornik stručnih radova tima stručnjaka, iz ovakvog zaključka se ne vidi da li je i na koji način Opštinski sud uzeo u obzir i primijenio odredbe člana 28. Zakona koji reguliše pitanje kolektivnog autorskog prava, odnosno koautorstva.

S druge strane, Kantonalni sud je zaključio da je ispravan stav prvostepenog suda da apelant nije dokazao da je izvorni autor spornog članka koji je objavljen u stručnom časopisu. Međutim, Kantonalni sud je zaključio da se u konkretnom slučaju uopšte ne radi o autorskom djelu, budući da je i sporni članak, pa dakle i njegova skraćena verzija koja je objavljena u zborniku radova, rezultat naučnog istraživanja koje je opet rezultat radnih obaveza zaposlenih na univerzitetu, dakle, i apelanta. Zbog toga, shodno zaključku Kantonalnog suda, ni Revizija kao zbornik stručnih radova, ni njeni sastavni dijelovi koji su nezavisno od nje publikovani, ne predstavljaju autorsko djelo, već izvršavanje radnih obaveza. Ustavni sud smatra da je ovakav zaključak Kantonalnog suda proizvoljan, odnosno da je u suprotnosti s odredbom čl. 24. i 25. Zakona, a iz presude se i ne vidi da je Kantonalni sud uzeo u obzir navedene članove koji regulišu pitanje stvaranja djela u okviru radnog odnosa, odnosno autorstva na tako stvorenom djelu.

Dalje, u suprotnosti sa zakonom su i zaključci Kantonalnog suda da sporni članak ne može da se smatra autorskim djelom, jer mu nedostaje «originalnost i

individualnost», te zato što je rađen na poticaj naručioca posla i zato što je apelant u istraživanju koristio metode istraživanja koje su od ranije poznate. Prije svega, «originalnost i individualnost» nisu, kako to Kantonalni sud pogrešno zaključuje, «osnovni elementi» koji jedno djelo čine autorskim djelom, zato što zakon ove kriterijume i ne predviđa kao uslov da se neko djelo smatra autorskim djelom, niti se daje ovlaštenje sudu da samostalno procjenjuje «originalnost i individualnost» nekog stručnog rada iz naučne oblasti koja sudu nije poznata, kao što je u konkretnom slučaju šumarstvo. Što se tiče toga da istraživanje koje je rezultovalo spornim člankom u stručnom časopisu i njegovom skraćenom verzijom u „Reviziji“ nije apelantova ideja, već da je rađeno u timu i na poticaj naručioca, Kantonalni sud je u potpunosti zanemario odredbe člana 28. Zakona koje regulišu upravo tu situaciju, odnosno odlučio je suprotno toj odredbi.

S obzirom na navedeno, Ustavni sud smatra da u konkretnom slučaju miješanje u apelantovo pravo na imovinu nije bilo u skladu sa zakonom, pa ostali aspekti člana 1. Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju nisu relevantni, te ih Ustavni sud nije razmatrao.

Na osnovu izloženog, Ustavni sud zaključuje da je u konkretnom slučaju prekršeno apelantovo pravo na imovinu iz člana II/3k) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 1. Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju.

*Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine,
broj AP 1223/06 od 13. septembra 2007. godine*

PRAVO NA IMOVINU

Postoji povreda prava na apelantkinjinu imovinu, jer je odlukama koje su osporavane na nju prenesen nesrazmjerno velik teret potpunog gubitka invalidnine koju je već stekla i uživala duži period, zbog toga što nije ispunjen uslov koji je propisan zakonom koji je tek kasnije donesen, nakon čega je taj uslov praktično nemoguće ispuniti, čime je na njenu štetu poremećen pravičan proporcionalan odnos između interesa koji želi da se postigne i zaštite osnovnih prava pojedinca.

Iz obrazloženja:

Osporena odluka Kantonalnog suda od 23. decembra 2005. godine zasnovana je na članu 17. stav 1. tačka 7. Zakona o pravima branilaca i članova njihovih porodica koji je javno objavljen u službenom glasilu, a odredbom člana koji je naveden propisan je rok od 12 mjeseci u okviru kog mora da se dokaže da je postojala vanbračna zajednica kao uslov da se stekne pravo na invalidninu. Ustavni sud primjećuje da formulacija odredbe koja je navedena, otvara pitanje da li ta odredba ispunjava određene kvalitativne standarde “zakona”, kako taj izraz treba shvatiti u smislu člana 1. Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju, posebno u odnosu na preciznost norme u dijelu koji se odnosi na “dokazivanje statusa”. Međutim, i pored ove dileme Ustavni sud smatra da zakonska odredba koja je navedena u principu može da se smatra zadovoljavajućom u pogledu uslova za ostvarivanja prava, a s druge strane, rješenje Federalnog ministarstva i presuda Kantonalnog suda su zasnovani na ovom zakonu, pa slijedi i da je miješanje u apelantkinjino pravo na imovinu zasnovano na zakonu.

Sljedeće pitanje koje se nameće u vezi s konkretnim slučajem je pitanje da li je zakonska odredba koja je navedena izraz javnog interesa. Ustavni sud podsjeća da zakonodavac ima izvjesnu slobodu procjene u određivanju koja je ekonomska i socijalna politika potrebna da bi služila “javnom interesu”. U konkretnom slučaju, Ustavni sud smatra da odredba koja je navedena, s ciljem da se uspostavi konačna evidencija broja korisnika prava iz Zakona radi obezbjeđenja finansijskih sredstava koja su potrebna za isplatu novčanih iznosa shodno osnovu ostvarenih prava korisnika, može da bude izraz “javnog interesa”.

Na kraju, Ustavni sud mora da utvrdi da li je miješanje proporcionalno cilju koji želi da se postigne, tj. da li uspostavlja pravičnu ravnotežu između apelantkinjinog prava i opšteg javnog interesa. U konkretnom slučaju, apelantkinja je tužbu radi utvrđenja postojanja vanbračne zajednice podnijela 24. januara 1997.

godine, a presuda koja je donesena u ovom postupku je postala pravosnažna 24. jula 1997. godine. Nakon pravosnažnosti presude, apelantkinja je, poštujući postojeće propise, podnijela zahtjev da joj se prizna pravo na porodičnu invalidninu. Nadležni prvostepeni organ je priznao apelantkinji pravo na porodičnu invalidninu. Dakle, pravo na porodičnu invalidninu apelantkinji je utvrđeno kao njeno trajno pravo, shodno osnovu prvi put podnesenog zahtjeva. Zahtjev koji je podnesen je bio blagovremen u odnosu na Zakon o osnovnim pravima vojnih invalida i porodica palih boraca ("Službeni list RBiH" br. 2/92, 6/94 i 13/94) na osnovu kog je odlučeno o apelantkinjinom trajnom pravu. S obzirom na to da protiv rješenja koje je navedeno niko nije ulagao žalbu niti je rješenje razmatrano u postupku revizije, ono je postalo konačno u upravnom postupku.

Stupanjem na snagu Zakona o pravima branilaca i članova njihovih porodica, Služba je, ponovo, razmatrajući apelantkinjin zahtjev na osnovu dokumentacije koja je korišćena u postupku za priznavanje prava invalidnine, zaključila da apelantkinja, shodno odredbama sad važećeg zakona, ne ispunjava zakonske uslove u uživanju već stečenog prava na porodičnu invalidninu pa je donijela Rješenje od 30. decembra 2004. godine kojim je utvrđeno da apelantkinji prestaje pravo na porodičnu invalidninu koje je ranije priznato.

Ustavni sud primjećuje da je rješenje kojim je apelantkinji ukinuto pravo na porodičnu invalidninu doneseno zbog neblagovremenog podnošenja tužbe, jer je tužba za utvrđenje postojanja vanbračne zajednice podnesena sudu nakon četiri godine od pogibije vanbračnog druga. Dakle, apelantkinja nije u roku od 12 mjeseci dokazala svoj status, kako je to propisano novim zakonom. Tako je apelantkinja izgubila pravo na invalidninu, iako ga je stekla u postupku u kom je postupala u skladu s tada važećim propisima.

Lišavanje apelantkinje prava na invalidninu nameće pitanje proporcionalnosti cilja koji treba da se postigne, odnosno uspostavljanja pravične ravnoteže između apelantkinjinog prava i opšteg javnog interesa. Mora da postoji «*pravičan odnos*» između interesa koji želi da se postigne i zaštite osnovnih prava pojedinaca, a to nije slučaj ako pojedinac mora da nosi «*lični i neumjeren teret*» (vidi, naprimjer, Evropski sud za ljudska prava, *James i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 21. februara 1986. godine, sup. cit. paragraf 46&50). U konkretnom slučaju, tek je zakonom iz 2004. godine propisan uslov da za ostvarivanje prava mora da se dokaže status vanbračne zajednice u roku od 12 mjeseci od dana smrti. Kako se radi o smrti apelantkinjinog vanbračnog druga u periodu 1993. godine, dakle za vrijeme rata, jasno je da apelantkinja nije mogla da ima saznanje da svoj status mora da dokaže u roku koji je naveden, tim prije što je tad bio na snazi raniji zakon koji ovakav uslov nije propisivao. Dakle, gubitak

apelantkinjinog već stečenog prava zbog toga što nisu ispunjeni uslovi, odnosno zbog toga što je propušten rok koji je tek naknadno propisan i koji je nakon njegovog zakonskog propisivanja praktično nemoguće ispuniti, svakako predstavlja pretjeran i neproporcionalan teret za apelantkinju u odnosu na javni interes kog štiti navedena zakonska odredba, što uključuje i narušavanje pravne bezbjednosti kao elementa ustavnog principa vladavine prava o čemu su trebali da vode računa Federalno ministarstvo i Kantonalni sud prilikom odlučivanja o apelantkinjinom zahtjevu.

Ustavni sud zaključuje da je prekršeno apelantkinjino ustavno pravo iz člana II/3k) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 1. Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju.

*Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine,
broj AP 133/06 od 13. septembra 2007. godine*

PRAVO NA IMOVINU

Nema povrede prava na imovinu iz člana II/3k) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 1. Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju kad je apelantov tužbeni zahtjev za potraživanje iz radnog odnosa odbijen, zbog toga što je nastupilo zastarijevanje potraživanja. Takođe, Ustavni sud smatra da postoji javni interes u pogledu ograničenja prava propisivanjem određenih rokova koji se ogleda u efikasnom sankcionisanju pravnog sistema i pravnoj sigurnosti, te da je apelantovo propuštanje rokova predviđenih zakonom onemogućilo redovne sudove da meritorno rasprave o njegovom tužbenom zahtjevu.

Iz obrazloženja:

Apelant smatra da je sud svojom presudom povrijedio njegovo pravo na imovinu tako što nije solidarno obavezao poslodavca i Unsko-sanski kanton da isplate neisplaćene plate koje mu pripadaju.

Shodno praksi Evropskog suda za ljudska prava, plate se ubrajaju u djelokrug zaštite člana 1. Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju (vidi presudu Evropskog suda za ljudska prava, *Smokovits i dr. protiv Grčke*, presuda od 11. aprila 2002. godine, aplikacija broj 46356/99, stav 32.). Na ovo ne utiče činjenica da apelant nije dobio plate, jer on ima zakonski opravdano očekivanje da će one biti isplaćene.

Osporenom presudom, Kantonalni sud je preinačio prvostepenu presudu, smatrajući da je prvostepeni sud potpuno i pravilno utvrdio činjenično stanje, ali da je pogrešno primijenio materijalno pravo. Shodno obrazloženju ove odluke, žalbeni razlog prvotužene o zastarijevanju potraživanja je osnovan, jer iz spisa proizilazi da je apelant tužbu sudu podnio 10. januara 2002. godine, a da je predmet tužbenog zahtjeva novčano potraživanje za period od 1. jula 1994. do 31. decembra 1995. godine. Shodno odredbama člana 372. ZOO, određena «potraživanja povremenih davanja koja dospijevaju godišnje ili u kraćim određenim vremenskim razmacima (povremena potraživanja) zastarjevaju za tri godine od dospelosti svakog pojedinog davanja». U konkretnom slučaju, apelantovo potraživanje je zastarjelo jer su od dana dospijevanja posljednje plate za naplatu, a to je decembar 1995. godine, pa do podnošenja tužbe, protekle više od tri godine.

U konkretnim slučajevima apelant je lišen prava na imovinu jer je relevantnim zakonima onemogućeno, kako je to apelant zahtijevao, da se udovolji

njegovom tužbenom zahtjevu i obavežu tužene strane da isplate plate. U skladu s drugom rečenicom stava 1. člana 1. Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju, država ima pravo da svakoga liši imovine *“u javnom interesu i pod uslovima predviđenim zakonom”*. U ta ograničenja, u pogledu ostvarivanja građanskih prava, ubrajaju se i norme koje određuju procesne rokove u kojim je moguće tražiti sudsku zaštitu u ostvarivanju svojih građanskih prava, odnosno subjekte koji su odgovorni za poštovanje građanskih prava apelanata. To pitanje treba da bude efikasno i jasno regulisano pravnim propisima, a tumačenje i primjena tih propisa su zadatak redovnih sudova u svakom konkretnom slučaju. Cilj ovog ograničenja je da se fokusira odgovornost kod određenih subjekata i da postupak za ostvarivanje građanskih prava bude olakšan. Shodno tome, Ustavni sud zaključuje da nosilac građanskih prava ima obavezu da ostvaruje svoja prava, isključivo u odnosu na odgovorne subjekte, poštujući procesne rokove koji su jasno regulisani pravnim propisima. Ustavni sud je pri tome ograničen na pitanja kontrole zloupotrebe toga prava i obaveze redovnih sudova zbog toga što Ustavni sud nije nadležan da ocjenjuje utvrđeno činjenično stanje ili tumačenje i način na koji su primijenili zakon redovni sudovi, sem u slučaju kada je to potrebno radi utvrđivanja činjenica da li je došlo do kršenja ustavnih prava (vidi Ustavni sud, Odluka broj *U 29/02* od 27. juna 2003. godine, objavljena u *“Službenom glasniku Bosne i Hercegovine”* broj 31/03).

Ustavni sud primjećuje da su sudovi odbili apelantov zahtjev u pogledu poslodavca (prvotuzene) zato što je došlo do zastarijevanja apelantovog potraživanja. U pogledu ograničenja za ostvarivanje apelantovih građanskih prava u odnosu na Unsko-sanski kanton, zbog nedostatka pasivne legitimacije, sudovi su zaključili da ovaj kanton nije poslodavac i da apelant nije kod njega u radnom odnosu. Dalje se navodi da su javne institucije pravna lica koja samostalno odgovaraju za svoje obaveze. Na ovaj zaključak ne utiče ni činjenica da Unsko-sanski kanton finansira navedene javne ustanove. Pri tome, sudovi su se pozvali na relevantne odredbe ZOO, Zakona o ustanovama i Zakona o radu.

U pogledu pitanja zastarijevanja, ZOO i Zakon o radu jasno propisuju da protekom roka od tri godine apsolutno zastarijevaju potraživanja iz radnog odnosa. Ako prođe rok za zastarijevanje u smislu člana 387. ZOO, ne može više da se prekida zastarijevanje potraživanja. U tom slučaju nastupa tzv. apsolutno zastarijevanje. Od tog momenta, isplata duga zavisi isključivo od volje dužnika – nastupaju tzv. naturalne obaveze dužnika. Shodno tome, tužbeni zahtjev za isplatu plata zarađenih tokom 1994. i 1995. godine, koji je podnesen Opštinskom sudu 2002. godine, ne može da se ostvari sudskim putem jer je nastupilo apsolutno zastarijevanje.

S obzirom na navedeno, oba ova ograničenja predviđena su zakonom. U prethodnom dijelu ove odluke, Ustavni sud je već obrazložio da postoji javni interes u pogledu ograničenja ovoga prava, tj. efikasno funkcionisanje pravnog sistema i pravna sigurnost. Ustavni sud smatra da su zakonski modaliteti ovih ograničenja proporcionalni ciljevima koji žele da se postignu. S jedne strane, postoji subjekat odgovornosti za isplatu plata radnika javnih institucija, a s druge strane, tri godine su sasvim dovoljan rok da se ova prava ostvare (vidi Ustavni sud, Odluka broj *AP 384/03* od 21. januara 2004. godine, objavljena u “Službenom glasniku Bosne i Hercegovine” broj 13/04 od 21. aprila 2004. godine).

U skladu s navedenim, Ustavni sud zaključuje da osporena presuda nije povrijedila apelantovo pravo na imovinu iz člana II/3k) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 1. Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju.

*Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine,
broj AP 1105/06 od 12. aprila 2006. 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 ZAKONA O OSNOVNOJ ŠKOLI I ZAKONA O SREDNJOJ ŠKOLI

Utvrđuje se da je Zeničko-dobojski kanton povrijedio prava Općine Žepče na lokalnu samoupravu, jer nije prenio ovlasti u svezi s obrazovanjem na ovu općinu.

Zeničko-dobojski kanton je dužan da u roku od tri (3) mjeseca od dana objavljivanja ove presude u “Službenim novinama Federacije BiH” prenese ovlasti u svezi s obrazovanjem na Općinu Žepče.

Presudu objaviti u “Službenim novinama Federacije BiH” i “Službenim novinama Zeničko-dobojskog kantona”.

Iz obrazloženja:

Načelnik Općine Žepče, prezentirao je Ustavnom sudu Federacije Bosne i Hercegovine, zahtjev za zaštitu prava na lokalnu samoupravu u svezi Zakona o osnovnoj školi (“Službene novine Zeničko-dobojskog kantona”, broj: 5/04 i 20/07), te Zakona o srednjoj školi (“Službene novine Zeničko-dobojskog kantona”, broj: 5/04 i 20/07), koje je donijela Skupština Zeničko-dobojskog kantona. U zahtjevu se navodi, da je Skupština Zeničko-dobojskog kantona, osporenim Zakonima, sve bitne elemente obrazovanja stavila u isključivu nadležnost kantonalnih institucija vlasti, uključujući izvore financiranja, na koji način je povrijeđeno pravo Općine Žepče na lokalnu samoupravu. Kako je osporenim Zakonima, isključena mogućnost općine da djeluje u oblasti obrazovanja u domeni zaštite prava na lokalnu samoupravu, podnositelj zahtjeva je konačno predložio da Ustavni sud Federacije nakon provedene javne rasprave naloži Skupštini Zeničko-dobojskog kantona, da oblast obrazovanja prenese na Općinu Žepče, sukladno Amandmanu XV na Ustav Federacije Bosne i Hercegovine i članku 69. Ustava Zeničko-dobojskog kantona.

U odgovoru na zahtjev, kao i na javnoj raspravi, predstavnici donositelja zakona istaknuli su da je kantonalna vlast nadležna za donošenje propisa o obrazovanju i osiguranju obrazovanja. Skupština Zeničko-dobojskog kantona, sukladno ovlastima, u zakonom predviđenoj proceduri, te u suradnji i uz prethodnu suglasnost općinskih vijeća, pa i Općine Žepče, preuzela je osnivačka prava i obveze nad osnovnim školama 1997. godine, a 2004. godine i nad srednjim školama, kao javnim ustanovama. Osporeni Zakoni, u svim bitnim elementima osiguravaju aktivno učešće jedinica lokalne samouprave. Prema tvrdnji protivne strane, nacionalni sastav većinskog stanovništva Općine Žepče, sukladno popisu stanovništva iz 1991. godine, je adekvatan većinskom stanovništvu u kantonu kao cjelini.

Posebno je istaknuto, da razgraničenje Općine Žepče, suglasno Odluci Visokog predstavnika za Bosnu i Hercegovinu, između Općine Žepče i Općine Maglaj nije dovršeno, pa iz tih razloga nije moguće utvrditi broj stanovnika i njegovu proporciju u odnosu na većinsko stanovništvo kantona. Iz tih razloga smatraju da je potrebno odložiti primjenu odredaba članka V.1.2.(2) Ustava Federacije Bosne i Hercegovine, u svezi s Amandmanom XV na Ustav Federacije Bosne i Hercegovine, te članka 69. Ustava Zeničko-dobojskog kantona.

Ustavni sud Federacije, krećući se u okvirima postavljenog zahtjeva, odlučio je kao u izreci presude iz sljedećih razloga:

Visoki predstavnik za Bosnu i Hercegovinu, sukladno ovlastima iz Aneksa 10. Općeg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini, dana 06. listopada 2000. godine, donio je Odluku o integraciji Općine Žepče (“Službene novine Federacije BiH”, broj: 44/00), a po tome, dana 30. studenog 2001. godine, i Konačnu Odluku o integraciji Općine Žepče. (“Službene novine Federacije BiH”, broj: 56/01), kojom je potvrdio da je ista Odluka konačna i obvezujuća, bez potrebe za daljnjom ratifikacijom, te da stupa na snagu odmah.

Na temelju ovih odluka, Visoki predstavnik za Bosnu i Hercegovinu donio je i Zakon o izmjeni granice Općine Žepče („Službene novine Federacije BiH”, broj: 56/01), kojim se mijenjaju granice i određuje teritorija Općine Žepče, i to od naseljenih mjesta koja su već bila unutar teritorije Općine, te od naseljenih mjesta koja su do tada pripadala Općinama Zavidovići i Maglaj.

U konkretnom slučaju, Ustavni sud Federacije pošao je od činjenice da je tim aktima definirana teritorija Općine Žepče, te da je integrirana u društvene i političke strukture Zeničko-dobojskog kantona.

S obzirom da je postupak pred Ustavnim sudom Federacije pokrenut u svezi s nadležnošću općine i kantonalnih vlasti u oblasti obrazovanja, Ustavni sud

Federacije je pošao od odredbe članka V.1.2.(2) Ustava Federacije Bosne i Hercegovine, u svezi s Amandmanom XV stavak 2. na Ustav Federacije Bosne i Hercegovine kojim je propisano “da svaki kanton može na općinu i grad na svojoj teritoriji prenijeti ovlasti u svezi s obrazovanjem, kulturom, turizmom i lokalnim poslovanjem i humanitarnom djelatnošću, te radio i televizijom, a dužan je to učiniti ako u pogledu nacionalnog sastava većinsko stanovništvo te općine, odnosno grada nije i većinsko stanovništvo u kantonu kao cjelini”. U tom smislu Ustavni sud Federacije je pribavio podatke od Federalnog zavoda za statistiku o nacionalnoj strukturi stanovništva Općine Žepče, prema sadašnjoj administrativno-teritorijalnoj podjeli, a prema podacima za popisne krugove, sukladno popisu stanovništva iz 1991. godine. Prema iskazanim podacima struktura stanovništva u Općini Žepče, u današnjim granicama, je: 33,5% Muslimana (danas Bošnjaka), 7,3% Srba i 54,5% Hrvata. U ukupnoj strukturi stanovništva Zeničko-dobojskog kantona je: 58,5% Muslimana (danas Bošnjaka), 14,8% Srba i 18,4% Hrvata.

Iz prezentiranih podataka se vidi da većinsko stanovništvo Općine Žepče, nije i većinsko stanovništvo u Zeničko-dobojskom kantonu kao cjelini.

Polazeći od navedenog, a imajući u vidu dostavljene podatke od strane Federalnog zavoda za statistiku, Ustavni sud Federacije je utvrdio da je Skupština Zeničko-dobojskog kantona bila dužna da ovlasti u oblasti obrazovanja prenese u nadležnost Općine Žepče.

S obzirom da nije postupljeno na način kako je to naprijed izloženo, Skupština Zeničko-dobojskog kantona povrijedila je pravo Općine Žepče na lokalnu samoupravu.

Ustavni Sud Federacije, sukladno članku IV.C.12.a) Ustava Federacije Bosne i Hercegovine, naložio je Skupštini Zeničko-dobojskog kantona da u roku od tri mjeseca od dana objavljivanja ove presude u “Službenim novinama Federacije BiH”, postupi sukladno točki 2. ove presude.

*(Presuda Ustavnog suda Federacije Bosne i Hercegovine,
broj: U-8/08 od 4.12.2008. godine,
objavljena u “Sl. novinama Federacije BiH” br. 3/09 od 21.1.2009. godine).*

