

ČASOPIS ZA PRAVNU TEORIJU I PRAKSU

PRAVNA MISAO

Sarajevo 2009.
9 – 10
septembar – oktobar
rujan – listopad

PРАВНА MISAO
ČASOPIS ZA PРАВNU TEORIЈU I PRAKSU

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

SADRŽAJ

ČLANCI

Prof.dr. Zvonimir Tomić	O pojmovnom određenju saučiniteljstva u materijalnom krivičnom pravu	5
Prof. dr. Nurko Pobrić	Ustav kao akt pozitiviranja društvenog ugovora	31
Mr. Nermin Halilagić	Posebne istražne radnje u krivičnoprocesnom zakonodavstvu u Bosni i Hercegovini	48
Prof. dr. Sanjin Omanović Dr. Fuad Purišević	Common Law parnica	61

POGLEDI I MIŠLJENJA

Ass. Emina Huseinspahić	O nekim aspektima globalizacije prava	78
--------------------------------	---	----

SUDSKA PRAKSA

USTAVNOG SUDA BOSNE I HERCEGOVINE

(Pripremio prof. dr. Miodrag N. Simović, predsjednik Ustavnog suda Bosne i Hercegovine i redovni profesor Pravnog fakulteta u Banja Luci)	89
---	----

USTAVNOG SUDA FEDERACIJE BOSNE I HERCEGOVINE

(Pripremio Sead Bahtijarević, sudac Ustavnog suda Federacije Bosne i Hercegovine)	102
---	-----

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

Year XL

Sarajevo, September - October

No. 9 - 10

CONTENTS

ARTICLES

Zvonimir Tomić, D.Sc.	About terminological qualification of the abetment in the substantive criminal law	5
Nurko Pobrić, D.Sc.	Constitution as a legal document verifying social agreement	31
Nermin Halilagić, M.S.	Special investigative procedures in the criminal procedure law in Bosnia and Herzegovina	48
Sanjin Omanović, D. Sc. Fuad Purišević, D.Sc.	Common Law Suit	61

VIEWS AND OPINIONS

Ass. Emina Huseinspahić	About certain aspects of the globalisation of law ...	78
--------------------------------	---	----

CASE LAW

CONSTITUTIONAL COURT OF BOSNIA AND HERZEGOVINA

(Prepared by Professor Miodrag N. Simović, L.L.D., Chair of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina and Full Professor of the Faculty of Law in Banja Luka)	89
--	----

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

(Prepared by Sead Bahtijarević, Judge of the Constitutional Court of the Federation of Bosnia and Herzegovina)	102
---	-----

prof. dr. Zvonimir Tomić

O POJMOVNOM ODREĐENJU SAUČINITELJSTVA U MATERIJALNOM KRIVIČNOM PRAVU*

Sažetak

U prilogu pod gornjim naslovom pažnja autora je usmjerena na analizu aktuelnih i složenih pitanja koja se odnose na pojamno određenje saučiniteljstva u materijalnom krivičnom pravu. Obradi te zahtjevne problematike iz oblasti saučesništva u ostvarenju krivičnog djela autor je pristupio polazeći od konstatacije da se saučiniteljstvo i pored nekih zajedničkih odlika ipak razlikuje i od neposrednog i posrednog učiniteljstva i od saučesništva u užem smislu. On se osvrće na zakonske definicije tog pojma te konstatira da, uprkos njegovog zakonskog određenja, ostaje otvorenim čitav niz spornih pitanja, među kojima je svakako glavno pitanje preciznog razgraničenja saučiniteljstva i pomaganja kao oblika saučesništva. On smatra da postojeće definicije ne određuju do kraja pojam saučiniteljstva, već naznačavaju samo nekoliko bitnih elemenata tog pojma preko kojih se određuju njegove granice. Stoga je, prema mišljenju autora, zadatak i teorije i sudske prakse da, polazeći od zakonskih rješenja, izgrade cjelovitu koncepciju saučiniteljstva na temelju aktuelnih teorija kojom će se ponuditi precizni kriteriji za njegovo pojamno određenje. Autor se potom bavi iscrpnim razmatranjem i kritičkim sagledavanjem različitih teorijskih pristupa kojim se nastojao odrediti pojam saučiniteljstva, polazeći od najstarijih objektivnih, preko subjektivnih, do savremenih objektivno-subjektivnih koncepcija, u njihovim brojnim varijantama. Svoja izlaganja temeljito je, kroz brojne podnožne napomene, potkrijepio shvatanjima koja su na razmatranom planu prisutna u domaćoj i stranoj krivičnopravnoj literaturi, kao i primjerima iz sudske prakse. U završnoj napomeni autor ukazuje na bitan pomak na planu uređenja ove problematike do kojeg je došlo posljednjom reformom krivičnog zakonodavstva u Bosni i Hercegovini od 2003. godine kada su, makar i neizričitim prihvatanjem teorije o vlasti nad djelom, postavljene jasnije granice saučiniteljstva, a ujedno i precizniji kriteriji za njegovo razgraničenje prema pomaganju kao obliku saučesništva.

Ključne riječi: krivično pravo, krivično djelo, saučesništvo, saučesnik, učinitelj, saučinitelj, teorije saučiniteljstva.

*Rad recenzirao: Ranko Nikolić

Pojam saučiniteljstva i saučinitelja krivičnog djela

Saučiniteljstvo, kao oblik saučesništva, predstavlja svjesno i voljno zajedničko ostvarenje krivičnog djela od strane više osoba. Svaka od tih osoba mora ispunjavati uvjete koji se po zakonu traže za učinitelja određenog djela. U tom smislu svaki saučinitelj je ujedno i učinitelj djela, pa se može reći da je saučiniteljstvo, pored neposrednog i posrednog učiniteljstva, jedan zaseban oblik učiniteljstva. Međutim, treba imati u vidu da se saučiniteljstvo, uprkos nekim zajedničkim karakteristikama, po nekim svojim obilježjima razlikuje i od neposrednog i od posrednog učiniteljstva, s jedne strane, a pogotovo od podstrekavanja i pomaganja kao saučesništva u užem smislu, s druge strane. Iz tih razloga se u teoriji i kaže da se saučiniteljstvo nalazi između učiniteljstva i saučesništva u užem smislu.

Iako i saučinitelji učestvuju u ostvarenju svog i zajedničkog djela preduzimajući radnje kojima u značajnoj mjeri doprinose njegovom ostvarenju, saučiniteljstvo se razlikuje od učiniteljstva po tome što radnje saučinitelja mogu biti i šire postavljene od radnji neposrednog učinjenja. Drugim riječima, saučiniteljske radnje mogu obuhvatiti i takve djelatnosti koje se ni ekstenzivnim tumačenjem ne bi mogle podvesti pod radnju učinjenja iz zakonskog opisa djela. S druge strane, u odnosu prema saučesništvu u užem smislu, razlika se ogleda u tome što podstrekač i pomagač svojim radnjama ne učestvuju u svom, već u tuđem djelu, dakle u djelu koje svojom radnjom ostvaruje druga osoba. Osim toga, kako saučinitelj postupa u svom i zajedničkom, a ne u tuđem djelu, on je jedna vrsta učinitelja djela, što znači da za njegovu odgovornost ne važi princip akcesornosti u smislu da odgovornost za njegov doprinos djelu zavisi od radnje učinjenja neke druge osobe. Naprotiv, prema teoriji limitirane akcesornosti, odgovornost podstrekača i pomagača zavisi od radnje učinitelja, odnosno od njegovog djela shvaćenog u objektivnom smislu, dakle neovisno od njegove krivične odgovornosti. Pri tom, saučinitelji odgovaraju i za umišljajno i za nehatno učešće u ostvarenju djela, dok podstrekač i pomagač odgovaraju samo za svoj umišljajni doprinos ostvarenju krivičnog djela.

U savremenim krivičnim zakonodavstvima mogu se sresti manje ili više precizne legalne definicije pojma saučiniteljstva. Takva situacija je i u Bosni i Hercegovini, jer naše krivično zakonodavstvo, odnosno naši sistemski krivični zakoni, sadrže definicije saučiniteljstva kao oblika saučesništva (čl. 29. KZ BiH; čl. 31. KZ FBiH; čl. 31. KZ BDBiH; čl. 23. KZ RS). Prema odredbi čl. 29. KZ BiH saučiniteljstvo postoji ako više osoba, učestvovanjem u učinjenju krivičnog djela ili preduzimajući što drugo čime se na odlučujući način doprinosi učinjenju krivičnog djela, zajednički učine krivično djelo. Na isti način, bez bitnih razlika, samo uz drugačiju stilizaciju, taj pojam je određen i u odredbama čl. 31. KZ FBiH i

čl. 31. KZ BDBiH. U KZ RS zadržano je ranije rješenje prema kojem saučiniteljstvo postoji ako više osoba, učestvovanjem u radnji izvršenja ili na drugi način, zajednički izvrše krivično djelo. Iz navedenih zakonskih odredbi lako se može uočiti da je u KZ BiH, KZ FBiH i KZ BDBiH pojam saučiniteljstva restriktivnije određen u odnosu na KZ RS, s obzirom da je učešće u ostvarenju djela koje ne predstavlja radnju učinjenja ograničeno samo na one djelatnosti kojima se na “odlučujući način doprinosi učinjenju krivičnog djela”. To je svakako bolje rješenje u odnosu “na drugi način”, jer ono nudi jasnije granice u određenju pojma saučiniteljstva i daje precizniji kriterij u razgraničenju saučiniteljstva i pomaganja kao oblika saučesništva.

Međutim, uprkos postojanju legalnih definicija pojma saučiniteljstva u našem krivičnom zakonodavstvu, ne bi se moglo reći da su time riješena i sva moguća sporna pitanja koja se odnose na ovaj oblik saučesništva. Tu je prije svega dobro poznati stari problem razlikovanja i preciznog razgraničenja saučiniteljstva i saučesništva u užem smislu, a posebno razgraničenja saučiniteljstva od pomaganja. Naime, sa izuzetkom situacija učešća u radnji učinjenja u kojima je postojanje saučiniteljstva nesporno, i dalje je otvoreno pitanje preciznog određenja samog pojma saučiniteljstva i njegovog preciznog razgraničenja od pomaganja. Drugim riječima, i dalje nije do kraja riješeno pitanje postojanja saučiniteljstva u situacijama u kojima se u djelu ne učestvuje u samoj radnji učinjenja, već, kako zakon kaže, “preduzimajući što drugo čime se na odlučujući način doprinosi učinjenju krivičnog djela”. Osim toga, kada je riječ o razgraničenju saučiniteljstva od pomaganja mora se imati u vidu činjenica da je to razgraničenje od izuzetnog značaja i sa teorijskog i sa praktičnog aspekta. Na planu krivične odgovornosti to se ogleda u tome što je saučinitelj krivično odgovoran i za svoje nehatno postupanje, dok nehatno pomaganje nije krivičnopravno relevantno. Na planu kažnjivosti razlika je u tome što se saučinitelj kažnjava u granicama kazne koja je propisana za određeno krivično djelo, dok se pomagač može i blaže kazniti. Najzad, treba imati u vidu i to da neka krivična djela, u njihovom osnovnom ili kvalificiranom obliku, može učiniti samo više osoba svojim zajedničkim djelovanjem, a pod tim se podrazumijeva isključivo više saučinitelja. Primjera radi, takva djela su: pobuna osoba kojima je oduzeta sloboda (čl. 354. st. 1. KZ FBiH), sudjelovanje u grupi ljudi koja spriječi službenu osobu u obavljanju službene radnje (čl. 360. st. 1. KZ FBiH), silovanje (čl. 203. st. 2. KZ FBiH), teška krađa (čl. 287. st. 4. KZ FBiH), razbojnička krađa (čl. 288. st. 2. KZ FBiH), razbojništvo (čl. 289. st. 2. KZ FBiH), itd.

Prema tome, sagledavajući zakonska rješenja kojima je određen pojam saučiniteljstva u našem krivičnom zakonodavstvu, a stanje nije bitno drugačije ni u savremenom uporednom zakonodavstvu, može se reći da je u njima naznačeno ne-

koliko bitnih obilježja saučiniteljstva koja se moraju uvažavati pri općem teorijskom određenju tog krivičnog instituta, a posebno u praksi pri njegovom razgraničenju od pomaganja u svakom pojedinom slučaju. Ta obilježja su: 1) zajedničko učinjenje djela od strane dvije ili više osoba, 2) zajedničko učinjenje djela se može realizirati ili kroz učešće u radnji učinjenja ili kroz preduzimanje neke druge radnje koja nije radnja učinjenja i koja je izvan bića djela, i 3) te druge radnje koje ni djelimično nisu radnje učinjenja moraju po svom kvalitetu biti takve da se njima na odlučujući način doprinosi učinjenju krivičnog djela. Postojeće zakonske definicije saučiniteljstva, dakle, ne određuju do kraja njegov pojam, već se naznačava samo nekoliko njegovih bitnih elemenata pomoću kojih se nešto jasnije, u odnosu na naše ranije rješenje, postavljaju granice ovog oblika saučesništva. Iz tih razloga u savremenoj krivičnompravnoj literaturi se mogu sresti i mišljenja prema kojima je, imajući u vidu složenost ove problematike, ustvari veoma teško i ponuditi takvu zakonsku definiciju koja bi pružala odgovore na sva sporna pitanja i sve probleme koji se javljaju i koji se mogu pojaviti kod ovog instituta. Stoga se i smatra da je i na teorijskom i na praktičnom planu obaveza da se, polazeći od postojećih zakonskih definicija, izgradi jedna cjelovita koncepcija saučiniteljstva na bazi aktuelnih teorija koja bi ponudila kriterije za određivanje njegovog pojma i za njegovo razgraničenje od pomaganja kao oblika saučesništva.¹

Teorije o saučiniteljstvu u krivičnom pravu

Tokom istorijskog razvoja krivičnog prava nastale su i razvijale se mnogobrojne koncepcije kojima se, na osnovu različitih shvatanja o pojmu samog učiniteljstva, nastojalo odrediti i pojam saučiniteljstva i postaviti jasne, precizne, prihvatljive i u praksi lako primjenjive kriterije za njegovo razgraničenje prema podstrekavanju i pomaganju kao oblicima saučesništva u užem smislu. Svi ti različiti teorijski pristupi toj problematici u literaturi se obično dijele na tri grupe, i to na objektivne, subjektivne i mješovite tj. objektivno-subjektivne teorije o učiniteljstvu odnosno o saučiniteljstvu. Njihov prikaz i kritička ocjena nužne su pretpostavke za pravilno sagledavanje i razumijevanje savremenih shvatanja o saučiniteljstvu i kao obliku učiniteljstva i kao obliku saučesništva u širem smislu. Ovo tim prije što se u novije vrijeme upravo pod uticajem savremenih koncepcija na zakonodavnom planu bilježe drugačiji pristupi uređenju materije saučesništva uopće, pa time i onih pitanja koja se neposredno odnose na problematiku saučiniteljstva.

¹ Tako i: F. Bačić, "Kazneno pravo – Opći dio", Informator, Zagreb, 1998., str. 306.

Objektivne teorije saučiniteljstva

Osnova objektivnih teorija je restriktivno poimanje učinitelja krivičnog djela. Propisujući kaznu za svako krivično djelo zakonodavac isključivo ima u vidu onog ko osobno ili vlastoručno izvrši određeno krivično djelo, onog ko preduzme radnju učinjenja tog djela, dakle učinitelja, a ne onog ko podstrekava ili pomaže u učinjenju djela, tj. podstrekača ili pomagača. Radnja učinjenja ne obuhvata radnje podstrekavanja i pomaganja, prema odredbama posebnog dijela te radnje uopće nisu kažnjive, pa se podstrekač i pomagač za svoje radnje kažnjavaju samo na osnovu toga što zakoni u općem dijelu predviđaju posebne odredbe kojima se predviđa njihova kažnjivost. To jasno govori o tome da je radnja učinjenja nešto pojmovno različito od radnji podstrekavanja i pomaganja. U čemu se sastoji objektivna razlika tih radnji različita gledanja, imaju formalno-objektivna i materijalno-objektivne teorije.

Formalno-objektivna teorija saučiniteljstva polazi od restriktivnog shvatanja pojma učiniteljstva prema kojem se razlika između učiniteljstva, odnosno saučiniteljstva i saučesništva u užem smislu nalazi na objektivnom području, tj. u preduzetoj radnji. Prema formalno-objektivnoj teoriji saučinitelj je osoba koja je osobno preduzela radnju učinjenja iz zakonskog opisa krivičnog djela, odnosno koja je makar djelimično osobno učestvovala u radnji učinjenja kao uzroku posljedice. To znači da su saučinitelji svi oni učesnici u ostvarenju djela koji su zajednički preduzeli radnju učinjenja s namjerom da zajedno ostvare krivično djelo. Po toj teoriji saučiniteljstvo se potpuno izjednačava sa učiniteljstvom, svi saučinitelji su učinitelji djela, pa je saučiniteljstvo ustvari zajedničko podijeljeno ostvarenje krivičnog djela od strane više učinitelja.² Radnje ostalih učesnika kojima se doprinosi učinjenju krivičnog djela, a koje su samo uvjet za nastupanje posljedice, nisu saučiniteljske radnje, već radnje podstrekavanja ili pomaganja, ili radnje saučesništva u užem smislu. Formalno objektivna teorija insistira na strogom pridržavanju zakonskog teksta, pa je zbog toga kod nje restriktivnost u poimanju učiniteljstva, odnosno saučiniteljstva, došla do izražaja u najvećoj mjeri.³

² “Ove teorije polaze od toga da se počiniteljstvo (supočiniteljstvo) i dioništvo kao pojave u vanjskom svijetu mogu razlikovati prema objektivnim kriterijima. Supočinitelj ovdje nije neka posebna kaznenopravna figura različita od počinitelja. Svaki supočinitelj je počinitelj djela. Supočiniteljstvo je podijeljeno, zajedničko izvršenje kaznenog djela od strane više počinitelja. Supočiniteljstvo se tako potpuno identificira s počiniteljstvom”. Ibidem, str. 314.

³ “U našoj krivičnopravnoj teoriji ovo stanovište je zastupao Živanović, koji je, saglasno svom objektivnom shvatanju krivičnog djela, saizvršiocem smatrao ono lice koje je delimično preduzelo radnju izvršenja, bez obzira da li je radnju preduzelo svesno i voljno”. N. Srzentić – A. Štajić – Lj. Lazarević, “Krivično pravo Jugoslavije – Opšti deo”, Savremena administracija d.d., Beograd, 1998., str. 293.

Dobra strana ove teorije, zbog čega ona ima prednost pred ostalim teorijama saučiniteljstva, ogleda se u tome što je ona veoma jasna u određenju pojma saučiniteljstva i što primjenom navedenog formalno-objektivnog kriterija u svakom konkretnom slučaju omogućava veoma precizno razgraničenje saučinitelja od drugih saučesnika u ostvarenju djela, a posebno od pomagača.⁴ Onaj učesnik u ostvarenju krivičnog djela koji se smatra saučiniteljem po formalno-objektivnoj teoriji, smatrat će se saučiniteljem i po svakoj drugoj teoriji saučiniteljstva.⁵

S druge strane, formalno-objektivna teorija ima i svoje nedostatke zbog kojih niti zauzima neko značajnije mjesto među teorijama saučesništva, niti je šire prihvaćena u krivičnim zakonodavstvima, a njeno usko formalno definiranje saučiniteljstva nije prihvaćeno ni u sudskoj praksi.⁶ Naime, njen osnovni nedostatak ogleda se u tome što ona preusko određuje pojam saučiniteljstva i na taj način dolazi u kontradikciju sa životnom realnošću u čitavom nizu situacija zajedničkog izvršenja krivičnog djela u kojima ne može da obuhvati kao saučiniteljstvo neke posebno opasne forme sudjelovanja u zajedničkom učinjenju krivičnog djela.⁷

Naime, iako krivično djelo ne može postojati bez preduzimanja radnje učinjenja, u nekim slučajevima izvršenja krivičnog djela od strane više osoba neke od tih osoba preduzimaju i takve radnje koje se ne mogu smatrati radnjom učinjenja, s tim da te njihove radnje, zajedno sa radnjom učinjenja, čine takvo funkcionalno jedinstvo da se sve te radnje u svojoj ukupnosti javljaju kao uzrok ostvarene posljedice. U takvim situacijama jedan od učesnika u ostvarenju djela može preduzeti radnju učinjenja samo uz zajedničko djelovanje i ostalih učesnika, pa se

⁴ “Formalno objektivna teorija, čiji se nastanak vezuje za A. Fojerbaha, jeste precizna, ali suviše sužava krug učesnika koji se mogu smatrati saizvršiocem samo na one koji su preduzeli radnju izvršenja”. Z. Stojanović, “Krivično pravo – Opšti deo”, IP Justinijan d.o.o., Beograd, 2005., str. 264.

⁵ “Slučajevi koje ona uzima kao počiniteljstvo to nedvojbeno jesu pa će njih i sve druge teorije morati smatrati počiniteljstvom”. P. Novoselec, “Opći dio kaznenog prava”, Udžbenici Sveučilišta u Zagrebu – Manualia Univesitatis studiorum Zagrabiensis, Zagreb, 2004., str. 293.

⁶ “Strogo objektivno-formalne definicije saizvršilaštva predstavljaju retkost u krivičnim zakonodavstvima, a pogotovo sudska praksa ne prihvata ovako usko tretiranje saizvršioca, ne samo u slučaju kada u zakonu nailazi na oslonac za jedno šire shvatanje saizvršioca već i u slučaju kada zakon uopšte ne definiše saizvršilaštvo”. N. Srzentić – A. Stajić – Lj. Lazarević, str. 293.

⁷ “Osnovni je nedostatak te teorije, zbog čega ona danas i ne zauzima neko važnije mjesto među teorijama o dioništvu, da svojom formalnom definicijom supočiniteljstva dolazi u nesklad sa životom, s pojavama koje se tiču fenomena zajedničkog izvršenja kaznenog djela, jer nije u stanju kao supočiniteljstvo obuhvatiti neke vrlo opasne oblike zajedničkog izvršenja djela, kao ni posredno počiniteljstvo”. F. Bačić, str. 314.

krivično djelo javlja kao rezultat njihovog zajedničkog djelovanja.⁸ Tako, na primjer, jedna osoba drži žrtvu i time je onemogućava u odbrani, dok joj druga osoba nanosi povrede koje će dovesti do nastupanja smrti. Prema formalno-objektivnoj teoriji u ovom primjeru, onaj ko drži žrtvu nije saučinitelj, već samo pomagač, jer se radnja “držanja” ne može smatrati radnjom “usmrćenja”, iako je u pitanju zajedničko djelovanje u kojem su obe te radnje tako usko objektivno funkcionalno povezane da čine jedno jedinstvo i obe daju jednak doprinos nastupanju posljedice.⁹ Iz navedenog primjera se vidi da je ova teorija neprihvatljiva u svim onim slučajevima zajedničkog učinjenja djela u kojima neki od učesnika ne preduzimaju neposredno radnju učinjenja, već neku drugu radnju kojom sebi osiguravaju jednaku ili čak i značajniju poziciju u realizaciji krivičnog djela od onog ko neposredno učestvuje u samoj radnji učinjenja. Iz tih razloga je neprihvatljivo da se takvi saučesnici svode na poziciju pomagača.¹⁰

Osim prethodno navedenog, formalno-objektivna teorija je neprihvatljiva i zbog toga što kao učiniteljstvo ne može da obuhvati i situacije posrednog učiniteljstva,¹¹ neovisno od toga da li ta konstrukcija predstavlja zakonsku kategoriju kao što je to u nekim savremenim zakonodavstvima,¹² ili se i bez izričitog zakonskog određenja primjenjuje u sudskoj praksi kao što je to slučaj kod nas. Iako naše krivično zakonodavstvo ne poznaje konstrukciju posrednog učiniteljstva, ono i bez toga ne prihvata restriktivno poimanje saučiniteljstva po ovoj teoriji, što se jasno vidi iz zakonskih definicija tog pojma prema kojima se od saučinitelja ne zahtijeva da uvijek i u svim slučajevima sam vlastoručno ostvaruje obilježja bića nekog krivičnog djela, već se dozvoljava da se zajedničko učinjenje krivičnog djela može ostvariti i “na drugi način”, (prema odredbi čl. 23. KZ RS), odnosno “preduzi-

⁸ “Prema tome, u nekim slučajevima jedan od učesnika može da preduzme radnju izvršenja samo u sklopu delovanja i ostalih lica, pa je tako krivično delo ostvareno i ono dobija svoj značaj ne samo radnjom izvršenja već i nekim drugim radnjama, preduzetim od drugih lica, koje se dopunjuju i ugrađuju u jednu celinu”. N. Srzentić - A. Stajić - Lj. Lazarević, str. 293.

⁹ “Ako netko drži žrtvu dok joj drugi zabija nož u srce, on nije, po shvaćanju te teorije, počinitelj jer on ne ‘usmrćuje drugoga’, nego je samo pomogatelj..., iako se radi o zajedničkom djelovanju u kojem su oba doprinosa jednakog značenja”. P. Novoselec, str. 293.

¹⁰ “Postoje, naime, i takvi slučajevi zajedničkog izvršenja djela kada neko lice koje neposredno ne preduzima radnju izvršenja, ima značajniju ulogu od onoga koji učestvuje u samoj radnji izvršenja, pa je stoga neopravdano takvo lice svoditi na nivo pomagača”. M. Babić – I. Marković, “Krivično pravo – Opšti dio”, Pravni fakultet Banja Luka – Univerzitet u Banja Luci, Banja Luka, 2008., str. 336.

¹¹ Tako i: F. Bačić, str. 314; P. Novoselec, 293-294; M. Babić – I. Marković, str. 336-337.

¹² Tako je, primjera radi, institut posrednog učiniteljstva izričito propisan odredbom čl. 35. st. 1. Kaznenog zakona Republike Hrvatske i odredbom čl. 25. st. 1. Kaznenog zakonika SR Njemačke.

majući što drugo čime se na odlučujući način doprinosi učinjenju krivičnog djela”, (prema odredbama čl. 29. KZ BiH, čl. 31. KZ FBiH i čl. 31. KZ BDBiH). Ovakvo šire poimanje saučiniteljstva prihvaćeno je i u sudskoj praksi.¹³

Materijalno-objektivne teorije takođe polaze od toga da radnja učinjenja, odnosno saučinenja mora objektivno gledano predstavljati nešto drugo u odnosu na radnje podstrekavanja i pomaganja. Tu spadaju sve one teorije koje su sadržajno usmjerene na objektivne kriterije razgraničenja saučiniteljstva od saučesništva u užem smislu prema kriteriju materijalnog značenja doprinosa pojedinih učesnika u ostvarenju određenog krivičnog djela. One su objektivne jer im je glavni kriterij objektivne prirode kojim se kroz preduzimanje određene radnje određuje i položaj nekog subjekta u izvršenju djela, a materijalne jer se taj objektivni kriterij veže za nešto što je bitno za izvršenje djela. Prema tim teorijama, uzima se da se radnja učinitelja, odnosno saučinitelja odlikuje većim stepenom opasnosti u odnosu na radnje podstrekača i pomagača.¹⁴ Tih teorija ima više,¹⁵ s tim da su u literaturi najčešće tretirane one koje se bave različitim kauzalnim doprinosima pojedinih učesnika izvršenju djela, te one koje su kao kriterij razgraničenja učiniteljstva i saučesništva uzimale vrijeme učinjenja krivičnog djela. Stoga i ovdje slijedi samo kraći osvrt na kauzalno-objektivnu teoriju i teoriju istovremenosti.

Prema kauzalno-objektivnoj teoriji, status nekog od učesnika u ostvarenju djela, u smislu da li je on saučinitelj ili saučesnik u užem smislu, zavisi od materijalnog značenja njegovog doprinosa koje se utvrđuje na osnovu toga da li je taj doprinos uzrok ili samo uvjet za nastupanje posljedice. To znači da je učinitelj ili saučinitelj onaj učesnik čiji se doprinos djelu ima smatrati uzrokom posljedice, s tim da se taj uzrok smatra “odlučujućim uvjetom”, tj. uvjetom bez kojeg se to djelo ne bi moglo izvršiti (*condicio sine qua non*), dok su pomagači oni učesnici u djelu čiji doprinosi su samo uvjeti koji “povećavaju mogućnost” uspješnog učinjenja djela od strane nekog drugog, a nisu *condicio sine qua non* za posljedicu.¹⁶

Kako ova teorija u određivanju saučiniteljstva i njegovom razgraničenju u odnosu na saučesništvo u užem smislu, a posebno u odnosu na pomaganje, kao

¹³ Tako je Vrhovni sud Republike Hrvatske u jednoj svojoj odluci (VSRH, I Kž-394/92, Iudeks br. 2/1993, 127), zauzeo stav da se držanje žrtve od strane dvojice optuženih za vrijeme dok joj treći nanosi povrede opasne po život ima smatrati saučiniteljstvom, a ne pomaganjem u pokušaju ubistva.

¹⁴ Tako i: P. Novoselec, str. 294.

¹⁵ Opširnije o materijalno-objektivnim teorijama vidi kod: I. Bojanić, «Počiniteljstvo kao vlast nad djelom», Hrvatsko udruženje za kaznene znanosti i praksu – Ministarstvo unutarnjih poslova republike Hrvatske, Zagreb, 2003., str. 14–16.

¹⁶ Tako i: I. Bojanić, str. 15; P. Novoselec, str. 294.

kriterij koristi vrstu i intenzitet uzročnosti, njen osnovni nedostatak je u tome što je praktično neprovedivo razlikovanje na uzroke i uvjete. Kad bi se to razlikovanje i moglo provesti, ono ipak ne bi predstavljalo prihvatljiv kriterij za vrednovanje različitih doprinosa,¹⁷ jer se sud o opasnosti i značaju nekog doprinosa učinjenju djela ne može donositi isključivo na osnovu vanjskog toka zbivanja koji je svojstven kauzalnosti, već tek nakon što se uzme u obzir ukupan plan učinjenja djela.¹⁸ Slabost kauzalno-objektivne teorije ogleda se i u tome što je ona uglavnom ograničena na razgraničenje učiniteljstva, odnosno saučiniteljstva i pomaganja, dok potpuno zanemaruje razlike između učiniteljstva, posrednog učiniteljstva i podstrekavanja.¹⁹

Prema teoriji istovremenosti koja se naziva i teorijom o učešću prije i za vrijeme učinjenja krivičnog djela, kao kriterij za razgraničenje učiniteljstva, odnosno saučiniteljstva i pojedinih oblika saučesništva u užem smislu uzima se vrijeme učinjenja krivičnog djela. Prema tom kriteriju bitan moment predstavlja vrijeme preduzimanja radnje, pa se saučiniteljem smatra svako onaj ko svojom radnjom sudjeluje u vrijeme učinjenja djela, dok se postupanje prije počinjanja djela uzima kao podstrekavanje ili pomaganje. Ta teorija svoje korijene ima u srednjevjekovnom italijanskom pravu koje je pravilo razliku između prethodnog, istovremenog i naknadnog sudjelovanja u djelu (*concursum plurimum ad delictum antecedens, concomitans et subsequens*). Ona je prisutna i u common law koje, pored onih koji djelo učine vlastoručno ili posredstvom drugog, kao učinitelje smatra i osobe koje osobno ne ostvaruju krivično djelo, ali su prisutne i samo pomažu učinitelju u vrijeme učinjenja djela, dok se osobe koje nisu prisutne u vrijeme učinjenja djela, ali su svojim savjetima ili uputama djelovale prije njegovog učinjenja, smatraju samo pomagačima.²⁰

¹⁷ “Supočiniteljstvo može postojati i tamo gdje nema nužnog doprinosa (“uzroka”), npr. odnesu li dvojica tuđu pokretnu stvar, oni su supočinitelji krađe i uz pretpostavku da je svaki od njih sam mogao odnijeti stvar. Obrnuto, moguće je i da nužni kauzalni doprinos (“uzrok”) ne bude dovoljan za supočiniteljstvo, npr. ako netko dade drugome otrov da njime počini ubojstvo, ostvario je, doduše, uvjet bez koga ubojstvo trovanjem ne bi bilo moguće, ali kako nije sudjelovao u vrijeme počinjenja djela i nije imao utjecaja na odluku drugog počinitelja hoće li dati otrov žrtvi, neopravdano ga je smatrati supočiniteljem, nego treba uzeti da je samo pomagatelj”. P. Novoselec, str. 294.

¹⁸ Vidi: F. Bačić, str. 314.

¹⁹ Tako i: I. Bojanić, str. 15.

²⁰ Ova teorija “se zadržala u angloameričkom pravu koje kao počinitelje smatra, pored počinitelja koji djelo počine osobno ili posredstvom drugog (*principals in the first degree*) i osobe koje samo pomažu počinitelju u vrijeme počinjenja djela (*principals in the second degree*), dok su osobe koje djeluju prije počinjenja djela samo pomagatelji (*accessories in the second degree*)”. P. Novoselec, str. 294; Slično i kod: I. Bojanić, str. 15.

Iako su rješenja koja nudi teorija istovremenosti jednostavna i precizna, te u najvećem broju slučajeva se mogu pokazati kao ispravna jer su u jednom dijelu u skladu s rješenjima koja nudi i formalno-objektivna teorija, i ta teorija ima svoje slabosti. Njen osnovni nedostatak se ogleda u tome što se u konkretnim slučajevima i neki minorni ili beznačajni doprinosi mogu podvesti pod saučiniteljstvo samo zato jer su uslijedili u vrijeme učinjenja djela, uprkos tome što oni po svojoj prirodi i logici stvari mogu predstavljati samo pomagačke priloge učinjenju djela. S druge strane je moguće da neki od učesnika u djelu uopšte ne djeluje u vrijeme izvršenja djela, ali ga je ipak opravdano smatrati za saučinitelja,²¹ ako se radi o zajedničkom sporazumnom sudjelovanju u ostvarenju djela. Slabost teorije istovremenosti se vidi i u tome što ona ne nudi rješenje ni za pitanja posrednog učiniteljstva, s obzirom da posredni učinitelj, u pravilu, ne postupa u vrijeme učinjenja djela.²²

Subjektivne teorije saučiniteljstva

Subjektivne teorije zasnivaju se na ekstenzivnom shvatanju učiniteljstva prema kojem se učiniteljem, odnosno saučiniteljem smatra svako ko sauzrokuje posljedicu iz bića krivičnog djela. Kako se prema ekstenzivnom shvatanju učiniteljstva prihvata jednak značaj svih uvjeta za nastupanje posljedice, što znači da je kauzalni doprinos svakog saučesnika jednake važnosti za ostvarenje djela, proizlazi da su svi saučesnici učinitelji djela, jer je njihov objektivni doprinos prouzokovanju posljedice potpuno isti. U tom smislu su i podstrekač i pomagač zapravo učinitelji, odnosno saučinitelji djela, zbog čega nisu ni potrebne posebne odredbe u zakonu za njihovo kažnjavanje. Ukoliko zakon ipak predviđa posebne odredbe o tim oblicima saučesništva, to je zbog toga što na taj način nastoji osigurati neki povoljniji polazaj na planu kažnjavanja za saučesnike u užem smislu u odnosu na neposrednog učinitelja, kao što je to i u našem krivičnom pravu koje predviđa mogućnost blažeg kažnjavanja pomagača. Prema tome, smisao takvih odredbi je u tome da one predstavljaju osnove sužavanja kažnjivosti saučesnika u užem smislu.²³ Međutim, činjenica je da krivični zakoni u najvećem broju slučajeva sami nameću

²¹ “Moguće je da netko djeluje u vrijeme počinjenja djela, ali da je njegov doprinos drugorazredan, pa on ostaje samo pomagatelj, npr. netko doda ubojici nož za vrijeme počinjenja djela. Isto je tako moguće da netko ne djeluje u vrijeme počinjenja djela, a da je ipak opravdano smatrati ga supočiniteljem, npr. netko namami žrtvu u klopku gdje je drugi ubije”. P. Novoselec, str. 294.

²² Tako i: I. Bojanić, str. 15; P. Novoselec, str. 294.

²³ Tako i: P. Novoselec, str. 295.

razlikovanje između učiniteljstva, odnosno saučiniteljstva, i saučesništva u užem smislu. S obzirom da se prema ekstenzivnom shvatanju učiniteljstva na osnovu radnji pojedinih učesnika u ostvarenju djela ne može napraviti razlika između učinitelja, odnosno saučinitelja, na jednoj, i podstrekača odnosno pomagača, na drugoj strani, jer su sve te radnje jednakog značaja, to se razgraničenje, čak ni tamo gdje to zakon izričito nalaže, ne može izvršiti po objektivnom mjerilu ili nekom objektivnom kriteriju. To onda znači da se to razlikovanje može izvesti samo na terenu subjektivnog u smislu da mjerilo tog razlikovanja mogu da budu samo okolnosti subjektivne prirode, kao što su sadržaj volje, interes za izvršenjem djela, osobna očekivanja od izvršenja djela i drugi psihički procesi koji se odnose na namjere, želje, motive, itd.²⁴ Subjektivne teorije se javljaju u više varijanti.

Najpoznatija varijanta subjektivnih teorija je teorija dolusa ili teorija animusa, koja je poznata i pod imenom teorija volje prema kojoj je kriterij razlikovanja učiniteljstva, odnosno saučiniteljstva i saučesništva u užem smislu usmjerenost volje učesnika u ostvarenju djela. Učinitelj, odnosno saučinitelj djela je onaj učesnik koji postupa sa učiniteljskom ili izvršilačkom voljom (*cum animo auctoris*), bez obzira koju i kakvu radnju je preduzeo kojom je dao doprinos ostvarenju djela, dok je saučesnik u užem smislu, tj. podstrekač ili pomagač, onaj ko postupa sa saučesničkom, tj. podstrekačkom ili pomagačkom voljom (*cum animo socii*). Učinitelj je, dakle, učesnik u ostvarenju djela koji ima izvršilačku volju (*animus auctoris*) i koji djelo hoće kao svoje, dok je saučesnik onaj ko ima samo saučesničku volju (*animus socii*) i koji djelo hoće kao tuđe. Saučiniteljstvo postoji u onim slučajevima u kojima više učesnika svjesno zajednički postupaju na način da svaki od tih učesnika hoće da djelo koje je ostvareno uz učešće ostalih učesnika bude i njegovo vlastito djelo. Učinitelji i saučinitelji, prema tome, postupaju u svom vlastitom i zajedničkom djelu, dok saučesnici u užem smislu uvijek postupaju u tuđem djelu.

Ova teorija potpuno zanemaruje objektivne doprinose ostvarenju krivičnog djela. Radnja nema nikakvog značaja za razlikovanje učinitelja ili saučinitelja od podstrekača ili pomagača, jer se izvršilačka volja ne mora ispoljiti kroz preduzimanje radnje učinjenja, već je dovoljno da se učinjenju krivičnog djela doprinese na bilo koji način. Tako bi, prema ovoj teoriji, bio pomagač i onaj učesnik u ostvarenju djela koji bi na zahtjev druge osobe preduzeo radnju učinjenja, a pri tom nije postupao sa izvršilačkom, već pomagačkom voljom, dok bi se saučiniteljem, a ne pomagačem, smatrao onaj učesnik u djelu koji bi, s voljom da se učini određeno

²⁴ “Tu onda kao znak za to razlikovanje dolaze u obzir samo okolnosti subjektivne prirode: sadržaj volje, interes za izvršenje djela i sl. One zapravo za temelj uzimaju interese, želje, koje nisu obuhvaćene ni u zakonskim opisima djela ni u odredbama o sudioništvu”. F. Bačić, str. 314.

krivično djelo, samo nabavio sredstva za učinjenje djela neposrednom učinitelju. Prema tome, za razgraničenje saučiniteljstva i pomaganja odlučujuće mjerilo je usmjerenost volje onog koji djeluje, jer postojanje učiniteljske volje uvijek upućuje na postojanje saučiniteljstva kao oblika učešća u ostvarenju djela. Zbog svog isključivog insistiranja na usmjerenosti volje pojedinih sudionika u ostvarenju djela, uz potpuno zanemarivanje pojedinih objektivnih doprinosa njegovom učinjenju, ova koncepcija se u krivičnopravnoj literaturi naziva i ekstremnom subjektivnom teorijom.

Druga varijanta subjektivnih teorija je teorija interesa prema kojoj se u razgraničenju učiniteljstva, odnosno saučiniteljstva i saučesništva u užem smislu, pored usmjerenosti volje, uzima u obzir i jedan dopunski kriterij, a on se sastoji u stepenu interesa za učinjenje djela. Prema toj teoriji učinitelj je onaj ko ima neposredni interes za učinjenjem djela, dakle onaj ko postupuje u vlastitom interesu, dok su saučesnici u užem smislu oni učesnici u ostvarenju djela koji postupaju u tuđem interesu.²⁵ Teorija interesa je u cjelosti prihvatila teoriju animusa, s tim da je nastojala da je materijalizira preko interesa kao pokazatelja za usmjerenost volje.²⁶ Postupanje u osobnom, vlastitom interesu bi ukazivalo na učiniteljsku volju (*animus auctoris*), dok bi postupanje u tuđem interesu više upućivalo na saučesničku volju (*animus socii*). Prema tome, ako se utvrdi postojanje osobnog, vlastitog interesa da se ostvari djelo, da se prouzrokuje posljedica, takvo učešće će se smatrati saučiniteljstvom, a ako se takav neposredni interes za ostvarenje djela ne može utvrditi, tada se ne može raditi o saučiniteljstvu, već samo o saučesništvu u užem smislu.

Teorija interesa je ustvari samo jedna izvedenica teorije volje, ona je takođe u cjelosti na terenu subjektivnog i stoga predstavlja pokušaj da se u izvjesnoj mjeri ublaže slabosti teorije volje na način da se volja pojedinih učesnika u ostvarenju djela preciznije odredi preko stepena interesa koji bi bio pokazatelj usmjerenosti njihove volje. Međutim, ni ova teorija nije u stanju na prihvatljiv način riješiti situacije u kojima je jedan učesnik sam neposredno, vlastoručno učinio neko krivično djelo, a pri tom je to djelo htio kao tuđe. Na neprihvatljivost ovih subjektivnih teorija ukazuju i primjeri iz njemačke sudske prakse. Tako se u literaturi često navodi "slučaj kade" u kojem je na molbu i u interesu majke vanbračnog djeteta,

²⁵ "Kao dopunski kriterijum osim izvršilačke volje, ona uzima u obzir i to da li neko delo čini u svom ličnom interesu. U slučaju da se ne utvrdi postojanje tog ličnog interesa i ličnog očekivanja od krivičnog dela, učesnik u delu se svodi na pomagača". Z. Stojanović, str. 265.

²⁶ "Ta je teorija pokušaj da se donekle materijalizira formula animusa, jer je postojanje osobnog interesa za posledicu djela indicij počiniteljske volje". F. Bačić, str. 314; Slično shvatanje je i kod Novoselca: "U stvari je ta teorija samo podupirala teoriju dolusa jer se interes uzimao kao indicij za usmjerenost volje (postupanje u vlastitom interesu indicira *animus auctoris*, a postupanje u tuđem *animus socii*)". Vidi: P. Novoselec, str. 295.

njena sestra to dijete sama usmrtila tako da ga je utopila u kadi sa vodom. Rješavajući ovaj slučaj, prvostepeni sud je pravilno zaključio da je majka podstrekač, a njena sestra učinitelj. Međutim, drugostepeni sud je primjenom ekstremne subjektivne teorije, odnosno primjenom teorije interesa kao jedne njene varijante, smatrao da je interes za učinjenje djela, a time i učiniteljska volja, postojao samo kod majke, zbog čega je majku proglasio posrednim učiniteljem, a njenu sestru koja je djelo neposredno izvršila proglasio je samo pomagačem.²⁷ Drugi primjer se odnosi na “slučaj Stašinski” koji je njemački Savezni sud riješio na način da je jednog sovjetskog agenta proglasio samo pomagačem u ubistvu, uprkos tome što je taj agent po nalogu svoje tajne službe u Njemačkoj vlastoručno ubio dvojicu izbjeglih sovjetskih političara.²⁸

Slabosti ekstremne subjektivne teorije nastojale su se otkloniti i ograničenom subjektivnom teorijom prema kojoj je nužno da se učiniteljska volja materijalizira preko nekih radnji učesnika u ostvarenju djela da bi se on mogao smatrati saučiniteljem. Po toj teoriji za postojanje saučiniteljstva nije dovoljan samo unutrašnji odnos saučinitelja prema djelu, već taj odnos mora biti i dovoljno manifestiran kroz preduzetu radnju, tako da se iz te radnje sa sigurnošću može izvesti i zaključak o subjektivnom odnosu prema učinjenom djelu. Razumljivo je da se taj odnos najjasnije izražava kroz učešće u samoj radnji učinjenja, pa je saučinitelj uvijek onaj ko je učestvovao u radnji učinjenja. Prema tome, iako je po toj teoriji, pored subjektivnog, i objektivni element dobio određeno značenje za utvrđivanje saučiniteljstva,²⁹ njen nedostatak je u tome što nije ponudila mjerila prema kojima bi se i neke druge radnje, osim radnje učinjenja, mogle smatrati saučiniteljskim radnjama.³⁰

Na neprihvatljivost subjektivnih teorija ukazuje više razloga. U svom osnovnom obliku, ta teorija je neprihvatljiva zbog toga što potpuno zapostavlja zna-

²⁷ “U čuvenom ‘slučaju kade’ (*Badewannenfall*) njemački je Carevinski sud smatrao za pomagačelja u ubojstvu majčinu sestru koja je na zahtjev majke utopila u kadi njezino izvanbračno novorođenče, što je bila dosljedna primjena teorije interesa, ali se pokazalo kao neživotna konstrukcija”. P. Novoselec, str. 295. (prema: C. Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band II*, Munchen, 2003., str. 20.).

²⁸ “U drugom slučaju, jedan agent sovjetske kontraobavještajne službe ubio je na osnovu detaljnog zahteva svoje organizacije dvojicu emigrantskih vođa u Minhenu. Iako je sam i svojeručno izvršio krivično delo, primenom ekstremne subjektivne teorije nemački Savezni sud je zauzeo stav da je on samo pomagač (slučaj Stašinski)”. Z. Stojanović, str. 265. (prema: R. Maurach, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, Karlsruhe*, 1965., str. 554.).

²⁹ Tako i: N. Srzentić-A. Stajić-Lj. Lazarević, str. 294.

³⁰ “Iako prihvatljivija od ekstremne subjektivne teorije, ova teorija nije dala odgovor na pitanje koje to radnje, osim radnje izvršenja, dolaze u obzir”. Z. Stojanović, str. 265.

čaj objektivnog doprinosa ostvarenju krivičnog djela, taj objektivni doprinos radnje svakog pojedinog saučesnika svodi se samo na kauzalitet te radnje, a ne ispituje se njen smisao u cjelosti.³¹ Kako se po tim teorijama svim učesnicima u ostvarenju djela daje status učitelja onda je moguće da se podstrekač i pomagač proglašavaju učiteljima, a to znači da se znatno sužava krug onih drugorazrednih učesnika u djelu, krug onih i bez čijeg učešća bi moglo doći do izvršenja djela, a to u konačnici znači da te teorije u načelu omogućavaju strožije kažnjavanje onih učesnika koji imaju samo sporedne uloge u izvršenju nekog krivičnog djela. Usmjerenost volje kao osnovni kriterij u određivanju saučiniteljstva i njegovom razgraničenju od saučesništva u užem smislu je krajnje neodređen, zbog čega ova teorija nije u stanju da na prihvatljiv način riješi situacije u kojima je neki učesnik djelo htio kao tuđe, a pri tom ga je sam vlastoručno izvršio. Zbog toga se s pravom ističe da ove teorije «pothranjuju samovolju i subjektivizam u sudskoj praksi, čime se ozbiljno narušava legalitet i garantna funkcija krivičnog zakona».³²

Uprkos svojim slabostima, subjektivne teorije su bile dosta zastupljene u stranoj krivičnopravnoj literaturi, a posebno u njemačkoj i švajcarskoj, gdje ih je slijedila i sudska praksa tih država,³³ mada se u novije vrijeme uočavaju i odstupanja od tih koncepcija pod uticajem teorije o vlasti nad djelom. Te teorije nisu bile prihvaćene ni u našoj ranijoj krivičnopravnoj teoriji, a ne prihvata ih ni naša aktuelna krivičnopravna misao. Subjektivne teorije sa njihovim osnovnim pojmovima *animus auctoris* i *animus socii* u značenju “htjeti djelo kao svoje” i “htjeti djelo kao tuđe” nisu bile prihvaćene ni u praksi naših sudova. One nemaju osnova ni u važećim zakonskim odredbama o saučesništvu, jer su i odredba o saučiniteljstvu i odredba o pomaganju koncipirane na temelju objektivnih mjerila.

Objektivno-subjektivne ili mješovite teorije saučiniteljstva

Polazeći od toga da ni objektivne ni subjektivne teorije, pogotovo u njihovim čistim oblicima, nisu mogle da ponude prihvatljiva rješenja za čitav niz različitih i složenih situacija, na što je ukazano u kritičkom osvrtu na te koncepcije, nastale su objektivno-subjektivne ili mješovite teorije. One su izraz stanovitog kompromisa u pojmovnom određenju saučiniteljstva, jer su polazile od toga da saučiniteljstvo ima svoju kako objektivnu tako i subjektivnu stranu, s tim da se obje te strane moraju ispuniti zavisno od osobnosti svakog konkretnog slučaja.

³¹ Tako i: P. Novoselec, str. 295.

³² F. Bačić, str. 315.

³³ Ibidem, str. 315; Tako i: P. Novoselec, str. 295; M. Babić – I. Marković, str. 337.

Njihova prednost se ogleda u tome da se kroz kombinaciju različitih shvatanja nastoje izbjeći manjkavosti i pretjerivanja koje su nužno povezane s jednostranošću, kako objektivnih, tako i subjektivnih koncepcija. Kao dvije najpoznatije i glavne varijante mješovitih teorija u literaturi se navode teorija o podjeli rada i teorija o vlasti nad djelom.³⁴

Teorija o podjeli rada ili teorija podjele uloga u određenju saučiniteljstva polazi od formalno-objektivne teorije prema kojoj je učinitelj odnosno saučinitelj svako ko neposredno učestvuje u radnji učinjenja, s tim da se taj pojam proširuje na način da se pod određenim uvjetima saučiniteljem smatra i onaj učesnik u ostvarenju krivičnog djela koji nije neposredno učestvovao u radnji učinjenja, već u nekoj drugoj radnji. Ti uvjeti su, prije svega, da između saučesnika postoji dogovor da se zajednički učini krivično djelo, dakle zajednička odluka o djelu i o njegovom zajedničkom učinjenju, zatim da zajednički plan sadrži podjelu rada, podjelu zadatka ili podjelu uloga, pri čemu svako mora postupati u skladu sa svojom ulogom i, najzad, da svi saučesnici postupaju u vrijeme učinjenja krivičnog djela. Saučinitelj je, prema tome, onaj učesnik u ostvarenju krivičnog djela koji na osnovu sporazuma ili dogovora o zajedničkom izvršenju djela i na osnovu podjele rada ili uloga, ostvaruje svoj dio posla u okviru cjelokupnog procesa ostvarenja određenog krivičnog djela. U pitanju je, prema tome, sporazumno i koordinirano djelovanje više osoba prema podjeli rada iz zajedničkog plana o učinjenju krivičnog djela. Na osnovu sporazuma o zajedničkom učinjenju djela i zajedničkog plana o podjeli uloga, kao zajedničke osnove djelovanja više osoba u ostvarenju jednog krivičnog djela, i radnje koje ni djelimično nisu radnja učinjenja postaju dijelom radnje učinjenja, jer su radnje saučinitelja prema dogovorenoj podjeli uloga tako usko povezane sa radnjom učinjenja da se smatraju njenim sastavnim dijelom. Drugim riječima, prema ovoj teoriji, za postojanje saučiniteljstva, načelno gledano, dovoljna je bilo kakva radnja, bilo kakav doprinos nekog učesnika u ostvarenju djela, pod uvjetom da je to učinjeno u sklopu dogovora o podjeli uloga. Objektivno gledano, to može da bude i neki sasvim beznačajan doprinos učinjenju djela, pri čemu je bitno samo da to što je učinjeno ulazi u okvir dogovorene podjele rada u ostvarenju djela.³⁵

³⁴ O drugim varijantama objektivno-subjektivnih teorija koje se u novije vrijeme mogu naći u njemačkoj krivičnopravnoj dogmatici (kao što su “teorija ukupnosti ili cjeline” i “normativna teorija kombinacije”), vidi kod: I. Bojanić, str. 20–21.

³⁵ “Prema toj teoriji, u načelu, bilo kakva radnja sudionika, bilo kakav njegov prilog, čini ga su-počiniteljem, ako je to realizirano unutar dogovora o podjeli uloga. Dovoljan je objektivno i neznacajni prilog (npr. obična pripremna radnja-nabava oružja/oruđa). Važno je da je to što je učinjeno, učinjeno unutar dogovorene tehničke podjele rada u izvršenju djela”. F. Bačić, str. 315.

Međutim, pored ovog objektivnog elementa prema kojem je postupanje pojedinih učesnika u ostvarenju djela samo dio zajedničkog operativnog plana, za postojanje saučiniteljstva je mnogo značajniji subjektivni element koji se, kako je već navedeno, sastoji u dogovoru o zajedničkom ostvarenju djela, što po prirodi stvari podrazumijeva da svaki učesnik u djelu hoće djelo kao svoje. Tu zapravo dolazi do izražaja snažan uticaj teorije animusa, jer saučinitelj može da bude i onaj ko ne preduzima radnju učinjenja iz zakonskog opisa djela, već neku drugu radnju, ukoliko to djelo hoće kao svoje. Osim toga, dogovor o zajedničkom učinjenju krivičnog djela podrazumijeva i volju da se djelo ostvari i kroz sudjelovanje drugog, odnosno da se ono izvrši radnjama koje se međusobno dopunjavaju, što znači da se radnja jednog od učesnika može pripisati i ostalim učesnicima, jer svi oni učinjeno djelo hoće i kao svoje i kao zajedničko. Jasno se vidi da u ovoj koncepciji saučiniteljstva objektivni doprinos ostvarenju djela kao dio izvedbenog plana ima minoran značaj, dok je težište na subjektivnom elementu.

Teorija podjele rada ili podjele uloga koja se, kao što je naprijed navedeno, u određenju saučiniteljstva temelji na postojanju dogovora o zajedničkom ostvarenju krivičnog djela na bazi planirane podjele rada, bila je zagovarana od jednog dijela naše ranije krivičnopravne teorije,³⁶ a dobrim dijelom je bila prihvaćena i u našoj ranijoj sudskoj praksi.³⁷ Dobre strane ove teorije ogledaju se u tome što se ona ne ograničava na formalno-objektivni pristup uređenju saučiniteljstva, zatim što insistiranjem na učešću u vrijeme učinjenja djela preciznije određuje saučiniteljstvo jer izvan njega ostaje učešće u pripremnim radnjama, kao i u tome što se eliminiraju krajnje negativni učinci subjektivnih teorija prema kojima bi bilo isključeno saučiniteljstvo onog ko vlastoručno ostvaruje djelo postupajući sa pomagačkom voljom.³⁸ Međutim, i ovo učenje ima svojih slabosti zbog kojih je u literaturi izloženo ozbiljnim i argumentiranim kritikama. Na čisto teorijskom planu toj teoriji se prigovara da je uglavnom usmjerena na razgraničenje saučiniteljstva i pomaganja, te da joj nedostaje jedna prethodna cjelovita koncepcija učiniteljstva na

³⁶ U tom smislu vidi: S. Frank, "Teorija kaznenog prava po Krivičnom zakoniku od godine 1951., opći dio", Zagreb, 1955., str. 179 - 182; B. Zlatarić, "Napomene o saučesništvu u novom Krivičnom zakoniku", Arhiv za pravne i društvene nauke, br. 1/1951., str. 129; B. Zlatarić, "Krivični zakonik u praktičnoj primjeni", I svezak, Zagreb, 1956., str. 99 - 105; B. Zlatarić - M. Damaška, "Rječnik krivičnog prava i postupka", Zagreb, 1966., str. 118.

³⁷ "I naša sudska praksa slijedila je teoriju podjele uloga. Pritom u rješidbama nema izražavanja načelnih stajališta o tome kad i pod kojim uvjetima jedan sudionički prilog, koji nije radnja izvršenja, znači supočiniteljstvo, što je bilo potrebno posebice u razdoblju do 1977. god., kad nismo uopće imali u zakonu odredbu o supočiniteljstvu". F. Bačić, str. 315.

³⁸ Tako i: I. Bojanić, str. 20.

kojoj bi se zatim izdiferenciralo i preciziralo saučiniteljstvo.³⁹ To je razlog zbog kojeg se ona ne može primijeniti na posredno učiniteljstvo.⁴⁰

Međutim, osnovne slabosti te teorije odnose se na objektivnu komponentu koja nekom od učesnika u ostvarenju djela daje status saučinitelja, a to je onaj saučesnički doprinos koji je izvan bića djela, odnosno koji ne predstavlja ni djelimično preduzimanje radnje iz zakonskog opisa djela. Kako to, u načelu, može biti bilo koja i bilo kakva radnja koja predstavlja dio izvedbenog plana, ova teorija pri određivanju saučiniteljstva ne može da ponudi prihvatljive kriterije za vrednovanje pojedinih doprinosa, a time otežava i razlikovanje saučiniteljstva od pomaganja. Naime, neovisno od toga što podjela rada ili podjela uloga nije nebitna kod saučiniteljstva, ta podjela sama za sebe ne može biti ključno mjerilo ili odlučujući kriterij prema kojem bi se neka radnja, koja ni djelimično nije radnja učinjenja, vrednovala i rangirala kao saučiniteljska radnja.⁴¹ U okviru isplanirane podjele rada moguće su i takve radnje pojedinih saučesnika koje sa svog kvalitativnog i kvantitativnog gledišta predstavljaju potpuno beznačajne, nebitne ili minorne doprinose učinjenju nekog krivičnog djela koji se ni u kojem slučaju ne bi mogli vrednovati kao radnje saučinitelja. Takav primjer je čuvanje straže kod krađe i drugih krivičnih djela, koje radnje se smatraju saučiniteljskim radnjama samo zbog toga što su prethodno dogovorene, iako te radnje po svom kvalitetu ne mogu imati karakter učiniteljske radnje.⁴² Dajući učiniteljski, odnosno saučiniteljski karakter jednoj radnji isključivo u zavisnosti od prethodnog dogovora o podjeli rada, ova teorija potpuno zapostavlja činjenicu koliko je jedna radnja objektivno doprinijela učinjenju krivičnog djela u nekom konkretnom slučaju. Drugim riječima, ova teorija daje prevelik značaj podjeli rada u određenju

³⁹ “Toj bi se teoriji moglo prigovoriti sljedeće: na čisto teorijskom planu, posebice kako se ona kod nas predstavlja, da se ona ne veže uz određeni pojam počiniteljstva, za određeni cjeloviti počiniteljski koncept, da bi se onda na toj osnovi preciziralo supočiniteljstvo”. F. Bačić, str. 315.

⁴⁰ “Tom shvaćanju se s pravom prigovara da se ograničava na razgraničenje počiniteljstva i pomaganja te da mu nedostaje prethodni koncept cjelokupnog počiniteljstva, zbog čega se ne može primijeniti na posredno počiniteljstvo”. P. Novoselec, str. 296.

⁴¹ “Tako podjela rada nije bez značaja kod saizvršilaštva, ona sama po sebi nije mjerodavno mjerilo, jer su u okviru toga mogući i sasvim beznačajni doprinosi pojedinih učesnika u djelu koji ne mogu opravdati status saizvršioca”. M. Babić – I. Marković, str. 338.

⁴² “Tako je npr. upitno stajalište naše sudske prakse koja čuvanje straže kod krađe i drugih kaznenih djela uvijek smatra supočiniteljstvom, dok bi, zapravo, trebalo ispitati značenje tog doprinosa u svakom pojedinačnom slučaju”. P. Novoselec, str. 296.

saučiniteljstva⁴³ i na taj način suviše proširuje saučiniteljstvo na račun pomaganja.⁴⁴

Izjednačavanjem značaja svih saučesničkih doprinosa učinjenju krivičnog djela, ova teorija je u neskladu sa zakonom koji definiranjem pojedinih oblika saučesništva upravo hoće da izdiferencira saučesnike prema značaju njihovih radnji.⁴⁵ Kako je prema ovoj teoriji težište na subjektivnom elementu, tj. na odluci o zajedničkom učinjenju krivičnog djela uz dogovorenu podjelu rada, što po prirodi stvari podrazumijeva da svaki od tih saučesnika hoće djelo kao svoje i kao zajedničko, uz zanemarivanje objektivnog elementa u smislu vrednovanja objektivnog doprinosa učinjenju krivičnog djela u svakom pojedinom slučaju,⁴⁶ u našoj ranijoj,⁴⁷ ali i

⁴³ “Ta kategorija podjele uloga prisutna je u svim teorijama o supočiniteljstvu, kao nešto što prirodno proizlazi iz činjenice da se radi o zajedničkom djelovanju više osoba. S druge strane, podjela uloga gotovo uvijek postoji na relaciji počinitelj – pomagatelj, dakle kod dioništva. To govori da ta kategorija – podjele uloga – nije takva vrijednost koja bi sama po sebi mogla biti konstitutivno obilježje supočiniteljstva, odnosno kriterij koji bi jednoj radnji, koja nije radnja izvršenja djela, dao rang supočiniteljske radnje.. Nije ni realno, da se svako sudjelovanje, bilo kakvo sudjelovanje u ostvarenju djela, na osnovi podjele uloga, tretira kao supočiniteljska djelatnost”. F. Bačić, str. 316.

⁴⁴ “Općenito uzevši, teorija o podjeli rada odviše proširuje polje supočiniteljstva na račun pomaganja. Zlatarić je ipak pokušao izbjeći tu negativnu posljedicu i suziti supočiniteljstvo time što je tražio da svi supočinitelji moraju djelovati u vrijeme počinjenja djela, no to je sastojak preuzet iz teorije istodobnosti koja, kako je već obrazloženo, ne vodi uvijek do ispravnih rješenja”. P. Novoselec, str. 296. Na takav način razmišlja i Stojanović kad kaže: “Međutim, činjenica da se više lica unapred dogovorilo kako da ostvare krivično delo, da su pri tome podelili uloge i napravili plan, ipak ne može nekoga ko je u tom planu dobio ulogu pomagača, i kasnije zaista i preduzeo radnju pomaganja, da transformiše u saizvršioca”. Z. Stojanović, str. 265-266.

⁴⁵ “Svojim niveliranjem (uravnilovkom) značenja svih sudioničkih priloga ta je teorija došla u sukob sa zakonom, koji baš hoće diferencirati sudionike u izvršenju djela, i to upravo prema značenju njihovih radnji. Ne može se poreći da je to smisao zakonskog razlikovanja počinitelja i pomagatelja”. F. Bačić, str. 316.

⁴⁶ “Posebno isticanje podjele uloga, koja inače postoji i u odnosu počinitelja i pomagatelja, uz zanemarivanje stvarnog značaja ostvarenog doprinosa, nužno pojačava značenje subjektivnog elementa i približava ovu teoriju subjektivnim shvaćanjima počiniteljstva”. I. Bojanić, str. 20.

⁴⁷ “Kako ovoj teoriji nedostaje jasno izražena principijelna osnova za određivanje pojma izvršilaštva (saizvršilaštva), moguće je da ista djelatnost jedanput bude saizvršilaštvo, a drugi put saučesništvo...Zato ove teorije i ne sadrže niti uvažavaju neki objektivni kriterijum za diferenciranje izvršilaštva od pomaganja. One to diferenciranje mogu sprovesti samo pomoću subjektivnog kriterijuma – animus formule. One su u suštini subjektivne teorije». Komentar Krivičnog zakona SFRJ, Savremena administracija, Beograd, 1978., str. 129.

aktuelnoj krivičnopravnoj literaturi⁴⁸ nailazimo i na mišljenja prema kojima je ova teorija samo jedna posebna varijanta subjektivnih teorija.

Teorija o vlasti nad djelom je, zapravo, jedna varijanta materijalno-objektivnih teorija.⁴⁹ Ona je nastala tridesetih godina prošlog vijeka u Njemačkoj kao rezultat nastojanja da se iznađu novi pristupi radnji u jedinstvu objektivnih i subjektivnih elemenata, da bi se na taj način otklonile slabosti kako formalno-objektivnih, tako još i više nedostaci subjektivnih teorija u problematici saučesništva u ostvarenju krivičnog djela.⁵⁰ Ta teorija saučiniteljstva, koja danas ima dominantno mjesto u njemačkoj krivičnopravnoj doktrini, smatra se jednim od vladajućih shvatanja u savremenoj krivičnopravnoj teoriji, sve šire dobija svoje mjesto u savremenim krivičnim zakonodavstvima, a na taj način postepeno prodire i u sudsku praksu potiskujući neke druge starije subjektivno obilježene teorijske koncepte, kao što je kod nas donedavno vladajuća teorija o podjeli rada. Ova teorija se zasniva na finalnom shvatanju radnje prema kojem radnja predstavlja voljno ostvarenje postavljenog cilja, zbog čega se u literaturi još naziva i “finalnom-objektivnom teorijom”.⁵¹ Njenim utemeljiteljem se smatra Hans Welzel (Welzel) koji je na bazi svoje finalne teorije radnje uveo pojam “finalne vlasti nad

⁴⁸ “U svojoj suštini ove teorije predstavljaju samo jednu varijantu subjektivnih teorija, jer iz postojanja dogovora o zajedničkom izvršenju djela, koji implicira htijenje djela kao vlastitog, zapravo proizilazi teorija volje ili teorija animusa. Prema tome, i ova teorija slično subjektivnim, u osnovi izjednačava sve saučesnike i time otklanja njihovo diferenciranje na osnovu doprinosa u djelu, na čemu se i bazira uređenje saučesništva u savremenom krivičnom zakonodavstvu. One time neprihvatljivo proširuju saizvršilaštvo i u načelu vode strožijem kažnjavanju onih saučesnika koji imaju status pomagača”. M. Babić – I. Marković, str. 338. Ovakvo shvatanje nalazimo i kod drugih autora: “Teoriji diobe rada prigovara se da ne rješava bitnu zadaću utvrđivanja jasnoga kriterija za razgraničenje supočiniteljstva i suučesništva, nego ostajući na posljedici (diobi rada) zapravo prepušta pojedinačnoj ocjeni suda hoće li jedno te isto postupanje jednom uzeti kao supočiniteljstvo, a drugi puta kao suučesništvo nalazeći konačno uporište za to u volji sudionika iz čega prema nekima slijedi da je riječ o posebnoj subjektivnoj teoriji”. B. Pavišić – V. Grozdanić – P. Veić, “Komentar kaznenog zakona”, Narodne novine d.d., Zagreb, 2007., str. 157.

⁴⁹ Zbog njene široke zastupljenosti u krivičnopravnoj literaturi i uglavnom slabog prihvatanja nekih drugih starijih materijalno-objektivnih teorija, kao što su kauzalno-objektivna i teorija istovremenosti, jedan broj autora za ovu teoriju koristi i naziv “materijalno-objektivna teorija”, vjerovatno imajući u vidu njen naglašen materijalno-objektivni pristup određenju saučiniteljstva. U tom smislu vidi: N. Srzentić – A. Stajić – Lj. Lazarević, str. 294 – 295; Z. Stojanović, str. 265; M. Babić – I. Marković, str. 339.

⁵⁰ “Nedostaci subjektivnih, ali i formalno-objektivnih teorija potakli su nova traženja čiji su rezultat materijalno-objektivne teorije kao sintetički pristupi radnji u cjelini objektivnih i subjektivnih sastojaka. Među njima je i teorija vlasti nad djelom”. B. Pavišić – V. Grozdanić – P. Veić, str. 157.

⁵¹ Vidi: N. Srzentić – A. Stajić – Lj. Lazarević, cit. rad, str. 295.

djelom”.⁵² Prema tom shvatanju, kod umišljajnih delikata učinitelji imaju finalnu vlast nad djelom, jer svoju voljnu odluku svrhovito usmjeravaju prema postavljenom cilju, s tim da je kod saučiniteljstva nužna i zajednička odluka o radnji čije je provođenje svrhovito podijeljeno na više osoba. S druge strane, podstrekači i pomagači nemaju vlast nad samim djelom, već imaju samo vlast nad svojim saučesničkim djelovanjem. Međutim, kad su u pitanju nehatni delikti radnje pojedinih učesnika se javljaju samo kao suuzroci ostvarene posljedice, a kako su svi uzroci jednako vrijedni ne može se ni napraviti razlika između učiniteljstva i saučesništva, pa se tu primjenjuje pojam jedinstvenog učinitelja.⁵³

Najpoznatiji predstavnik savremene varijante učenja o vlasti nad djelom u krivičnopravnoj teoriji je svakako Klaus Roxin (Claus Roxin),⁵⁴ koji je to učenje opširno razradio polazeći od formalno-objektivne teorije, s tim da ispunjenje bića djela ne mora u svakom konkretnom slučaju biti vlastoručno, već je ono moguće i preko druge osobe kao sredstva za učinjenje djela ili kroz zajedničko djelovanje s drugim osobama. Drugim riječima, učenje o vlasti nad djelom omogućava da se učiniteljem ne smatra samo onaj ko vlastoručno ostvari posljedicu iz bića djela, već je takav subjekt djela svako onaj ko tu posljedicu ostvari pod svojom vlasti ili u zajedničkoj vlasti s drugim osobama. Vlast nad djelom prema tom autoru nije neki pojam koji se može odrediti iscrpnim deskriptivnim pristupom, to nije ni potpuno neodređen pojam ili generalna klauzula, već samo “vodeće načelo” koje označava “centralnu figuru” nekog zbivanja koje odgovara biću određenog krivičnog djela “koje se mora oblikovati do sadržajno konkretnih određenja na temelju proučavanja i analize cjelokupnog pravnog materijala”.⁵⁵ U tom smislu se vlast nad djelom kao rukovodno načelo na različite načine ostvaruje, odnosno različito ispoljava kod pojedinih oblika učiniteljstva, uz uvažavanje tradicionalne podjele učiniteljstva na neposredno i posredno učiniteljstvo, te na saučiniteljstvo. Kod neposrednog učiniteljstva ta vlast se manifestira kao vlast nad radnjom, kod posrednog

⁵² “Zbog utjecaja koji je njegovo djelo (Studien zum System des Strafrechts, 1939., op. aut.) ubuduće imalo na razmišljanja drugih autora, Welzel se smatra utemeljiteljem teorije vlasti nad djelom. Njegov doprinos oblikovanju teorije vlasti nad djelom očituje se prije svega u tome da takvu vlast može imati samo počinitelj koji postupa s namjerom (finalno)”. I. Bojanić, op. cit., str. 23.

⁵³ O drugim teorijskim pristupima učenju o vlasti nad djelom u njemačkoj krivičnopravnoj dogmatici prije i poslije Drugog svjetskog rata vidi više kod: I. Bojanić, cit. rad, str. 21 – 24.

⁵⁴ “U suvremenoj kaznenopravnoj dogmatici vodeća pozicija u učenju o vlasti nad djelom pripada Roxinu. Njegova monografija Taterschaft und Tatherrschaft prvi put je objavljena 1963. godine, a posljednje, 7. izdanje pojavilo se 2000. godine. Pri tome se izvorni tekst nije mijenjao, nego su u svakom novom izdanju objavljavani suplementi s prikazom najnovijeg stanja u teoriji i sudskoj praksi”. Ibidem, str. 25.

⁵⁵ Ibidem, str. 25.

učiniteljstva kao vlast nad voljom drugog, a kod saučiniteljstva kao funkcionalna vlast nad djelom.⁵⁶

Teorija o vlasti nad djelom, od formalno-objektivne teorije se razlikuje po tome što ne ostaje strogo na zakonskom biću djela, odnosno na radnji učinjenja kao formalnom kriteriju u određenju saučiniteljstva i njegovom razgraničenju od pomaganja, već nudi materijalni kriterij prema kojem bi određena radnja dobila kvalitet saučiniteljske radnje. U odnosu na čisto subjektivne teorije, razlika se ogleda u tome što ova teorija ne pridaje samo minoran značaj objektivnom doprinosu učinjenju djela i što se materijalni element saučiniteljstva ne veže isključivo za učiniteljsku volju kao problematičnu subjektivnu kategoriju. Ova teorija polazi od stava da sama radnja predstavlja čvrsto jedinstvo objektivnog i subjektivnog supstrata, te da se i rješenje u određenju saučiniteljstva i njegovom razgraničenju od saučesništva u užem smislu nalazi u sintezi objektivnih i subjektivnih sastojaka. Ta teorija je ustvari i nastala kao rezultat nastojanja da se na najrealniji mogući način izraze i vrednuju pojedine djelatnosti raznih učesnika u ostvarenju djela i da se prvenstveno ima u vidu stvarni značaj svakog pojedinog doprinosa u procesu zajedničkog ostvarenja krivičnog djela. Zbog toga se i kriterij za određenje saučiniteljstva ne nalazi na terenu subjektivnog, iako je i subjektivna komponenta važna, već se taj materijalni element nalazi na području objektivnog, a to je kvalitet radnje s kojom se učestvuje u djelu, kvalitet doprinosa zajedničkom ostvarenju djela. To znači da ta radnja po svom kvalitetu mora biti takva da od nje, s obzirom na okolnosti konkretnog slučaja, uopće zavisi ostvarenje određenog krivičnog djela, njen nositelj ima vlast nad djelom, on ima moć da upravlja cijelim procesom izvršenja djela. Kvalitet učesća u djelu je onaj parametar koji bitno odvaja saučiniteljski od pomagačkog doprinosa djelu, on je, prema tome, po ovoj teoriji glavni kriterij za određenje saučiniteljstva i za njegovo razgraničenje prema pomaganju, i on predstavlja objektivnu komponentu saučiniteljstva.⁵⁷

⁵⁶ “Vlast nad radnjom je ekvivalent za pojedinačno ili neposredno počiniteljstvo, pa je počinitelj uvijek onaj tko vlastoručno ostvaruje sva obilježja bića kaznenog djela. Vlast nad voljom, koja odgovara posrednom počiniteljstvu, raščlanjuje se prema načinima oblikovanja koji izvire iz načela odgovornosti na vlast nad voljom na temelju prisile, na četverostupanjsku vlast nad voljom na temelju zablude i na vlast nad voljom na temelju organiziranog aparata moći. Funkcionalna vlast nad djelom predstavlja ideju vodilju za određivanje supočiniteljstva. Supočiniteljski doprinos djelu u stadiju izvršenja mora biti funkcionalno bitan dio zajedničkog ostvarenja djela na temelju zajedničke odluke. Propuštanjem planiranog doprinosa propada i djelo u obliku koji je predviđen zajedničkim planom i podjelom uloga”. Ibidem, str. 25 – 26.

⁵⁷ “Određivanjem, uzimanjem kategorije vlasti nad djelom za materijalnu oznaku počiniteljstva, postavljena je i osnova za razgraničenje počiniteljstva od dioništva: u takvoj poziciji da upravlja procesom izvršenja djela nikada nije jedan dionik. U tome je upravo ona više puta isticana kvalitativna razlika između počiniteljstva i dioničkog doprinosa izvršenju djela. Dionik je onaj sudionik koji bez vlasti nad djelom sudjeluje u njegovu izvršenju, kao poticatelj ili kao pomagatelj”. F. Bačić, str. 306.

Saučiniteljstvo prema toj teoriji predstavlja zajedničko učinjenje krivičnog djela od strane više osoba učešćem u radnji učinjenja ili na drugi odlučujući način. Kod učešća u radnji učinjenja problem praktično i ne postoji, jer je takav saučinitelj uvijek nositelj formalne vlasti nad djelom, jednako kao i samostalni, pojedinačni ili neposredni učinitelj djela. Prema tome, nesporno je da je saučinitelj uvijek ona osoba koja je, ispunjavajući sve uvjete koji se prema zakonskom biću određenog krivičnog djela traže za njegovog učinitelja, preduzela radnju učinjenja tog djela ili makar jedan njen dio.⁵⁸ Problem se može javiti isključivo kod doprinosa koji ne ulaze u samu radnju učinjenja, jer upravo kod učešća u djelu na drugi način preduzeta radnja mora predstavljati bitni dio u procesu izvršenja djela, ona po svom kvalitetu mora biti takva da se izjednačava s radnjom učinjenja, da je po svojoj težini i svom značaju jednako vrijedna kao i sama radnja učinjenja, da se bez nje djelo ne bi moglo izvršiti, da je *conditio sine qua non* za ostvarenje djela. Drugim riječima, na takve saučiniteljske radnje, koje ni djelimično ne predstavljaju radnju učinjenja, ima se primijeniti klauzula jednake vrijednosti u odnosu na radnju učinjenja. Stoga i saučinitelj koji preduzima takvu radnju tokom cijelog procesa ostvarenja djela mora imati mogućnost da na odlučujući način utiče na tok zbivanja, mogućnost da bitno utiče na nastanak, izmjenu ili izostanak posljedice, jer i takav saučinitelj djelo drži u svojim rukama, i on ima efektivnu vlast nad bitnim činjenicama djela, odnosno ima vlast na djelom. No, kako se djelo ne može ostvariti bez djelovanja drugih saučinitelja, ni takav saučinitelj nema sam vlast nad djelom, ta vlast je zajednička, jer se dijeli sa drugim saučiniteljima koji svojim radnjama takođe bitno doprinose učinjenju djela, što znači da on ima funkcionalnu vlast nad djelom,⁵⁹ ukoliko je njegova radnja, prema okolnostima konkretnog slučaja, u funkcionalnom smislu bitna za realizaciju plana o ostvarenju djela.⁶⁰

Sa subjektivne strane za saučiniteljstvo je potrebna zajednička učiniteljska volja, što znači da kod svakog saučinitelja postoji svijest i volja da se zajedničkim

⁵⁸ “No, osim ove ‘formalne vlasti nad delom’ za ovu teoriju je karakteristično da uzima da je saizvršilac i svako ono lice koje je nosilac materijalne vlasti nad delom. To može biti i lice koje se ograničilo samo na preduzimanje psihičkih akata koji su usmereni na ostvarenje određenog cilja. Suština ove teorije proizlazi iz finalnog pojma radnje”. Z. Stojanović, cit., str. 265.

⁵⁹ “Konceptija na kojoj je utemeljena odredba da su supočinitelji uključeni u proces počinjenja barem djelimično istoga djela i da su međusobno subjekt i sredstvo drugoga, izražava stajalište da supočinitelj i onda kad djelo ostvaruje na drugi način, a ne sadržajem radnje počinjenja, ima funkcionalnu vlast nad djelom (*funktionelle Tatherrschaft*)”. B. Pavišić – V. Grozdanić – P. Veić, str. 157.

⁶⁰ “Od više sudionika, pojedini supočinitelj nema sam vlast nad djelom, već je dijeli s drugim; ni jedan od njih nije u toj poziciji. Vlast nad djelom je zajednička. Ali svaki odgovara za cijelo djelo, jer bez toga nema ostvarenja djela. Ono se ostvaruje dopunjavanjem njihovih priloga (funkcionalna vlast nad djelom)”. F. Bačić, str. 307.

djelovanjem izvrši djelo, svaki saučinitelj postupa s voljom da zajedno s drugima ostvari krivično djelo na osnovu zajedničke odluke koja ih povezuje, koja koordinira njihove djelatnosti i koja pojedinačne doprinose povezuje u jednu cjelinu. Takva odluka podrazumijeva plan izvršenja djela i podjelu uloga na način da svaki pojedini saučinitelj ima bitnu i odlučujuću ulogu u ostvarenju djela, tako da svaki saučinitelj objektivno gledano ima mogućnost da, zajedno s drugima, upravlja procesom realizacije djela, da presudno utiče na tok izvršenja djela. Međusobna subjektivna povezanost znači da svaki saučinitelj hoće da svoj doprinos poveže i dopuni doprinosom drugog, a to daje mogućnost da se doprinos jednog pripiše ili uračuna doprinosu drugog, tako da svi saučinitelji odgovaraju za ostvareno djelo kao jednu funkcionalno povezanu cjelinu.⁶¹

Međusobna subjektivna povezanost izražena kroz zajedničku odluku o izvršenju djela koja podrazumijeva podjelu uloga i zajedničko izvršenje djela je vrlo bitna, jer ona i zasniva i ograničava saučiniteljstvo. To je značajna odlika saučiniteljstva jer se preko toga omogućava da se svi pojedini doprinosi izvršenju djela u okviru kolektivne odluke uračunavaju svim saučiniteljima.⁶² To je nesporno ne samo u slučajevima u kojima više osoba kao saučinitelji neposredno preduzimaju radnju izvršenja, kao što je to kod linča gdje više saučinitelja žrtvi zadaju udarce koji dovode do nastupanja smrti, već i kod složenih krivičnih djela kod kojih neki saučinitelji preduzimaju samo jednu od radnji koje su obuhvaćene njihovim zakonskim opisom. Tako je, na primjer, kod razbojništva čest slučaj da neki saučinitelji primjenjuju samo silu ili prijetnju, dok drugi od žrtve oduzimaju pokretne stvari. U takvim slučajevima, zajednička odluka te različite i odvojene radnje povezuje u jednu cjelinu, koja je i inače nužna za postojanje tog djela, pa će svi takvi saučinitelji odgovarati za to djelo u cjelini, odnosno za ukupnu posljednicu koja je nastala kao rezultat tih radnji, potpuno neovisno od toga što su pojedini saučinitelji preduzeli samo jednu od radnji koje su obuhvaćene u zakonskom opisu tog djela kao njegova radnja učinjenja i bez obzira koliko je svaki pojedini saučinitelj participirao u koristi od učinjenja djela.⁶³

⁶¹ Takvo shvatanje je i F. Bačića, cit. rad, str. 308.

⁶² Tako i: F. Bačić, str. 307; P. Novoselec, str. 307; M. Babić – I. Marković, str. 339.

⁶³ “U tijeku postupka je utvrđeno da se optuženik postavio tako da je oštećeniku onemogućio povlačenje, prijetio mu zlom ako progovori o tome što mu se dogodilo, a novac su zajedno trošili on i maloljetnik... Opravdano prvostupanjski sud zaključuje da se u konkretnom slučaju radi o supočiniteljstvu, neovisno o tome što je nož imao maloljetnik, s obzirom da je iz cjelokupnog njihovog ponašanja, kako ga je opisao oštećenik po objektivnoj procjeni nedvojbeno proizilazi zaključak da su obojica optuženika imali svijest i volju za zajedničkim djelovanjem, čime su manifestirali i vlast nad djelom odnosno zajedničku namjeru na počinjenje ovog kaznenog djela”. B. Pavišić – V. Grozdanić – P. Veić, cit. rad, str. 160 (prema odluci VSRH I Kž 23/07 od 21. 02. 2007.).

Svi pojedinačni doprinosi ostvarenju djela u okviru zajedničke odluke uračunavaju se i svim saučiniteljima u slučajevima u kojim neki od njih ni djelimično ne preduzimaju radnju iz zakonskog opisa djela. Takve situacije su posebno česte kod imovinskih delikata, kao što bi npr. bilo u slučaju teške krađe provaljivanjem koja bi bila izvršena tako da je jedan od saučinitelja samo čuvao stražu bez čijeg čuvanja se, prema okolnostima konkretnog slučaja, ta provalna krađa nikako ne bi mogla izvesti. Zajednička odluka o učinjenju tog djela, s podjelom bitnih uloga u samoj njegovoj realizaciji, povezuje radnju neposrednog učinjenja s radnjom čuvanja straže u jednu funkcionalnu cjelinu, zbog čega će oba takva saučesnika odgovarati kao saučinitelji u tom djelu u cjelini, bez obzira na dijelove koristi s kojim će svaki od njih participirati nakon ostvarenja djela.⁶⁴ Čuvanje straže se i u teoriji i u sudskoj praksi uglavnom smatralo bitnim doprinosom izvršenju krivičnog djela, pa prema tome i oblikom saučiniteljstva, s izuzetkom situacija u kojima je osoba koja je čuvala stražu imala nebitnu ulogu u ostvarenju djela, s obzirom da se konkretno djelo na planirani način moglo izvršiti i bez tog doprinosa, zbog čega su takvi učesnici u djelu smatrani pomagačima. Međutim, u novijoj literaturi se zapaža da se u posljednje vrijeme u sudskoj praksi čuvanje straže sve više tretira kao pomaganje, što je nesumnjiv uticaj teorije o vlasti nad djelom.⁶⁵

Uprkos tome što teorija o vlasti nad djelom u poređenju s drugim teorijama o učiniteljstvu odnosno saučiniteljstvu na najprikladniji način određuje suštinu saučiniteljstva kao oblika učiniteljstva i daje najpotpunije i najprihvatljivije kriterije za njegovo razgraničenje od podstrekavanja i pomaganja kao saučesništva u užem smislu, ni to učenje nije bez nedostataka. Naime, u literaturi preovladava shvatanje da ta koncepcija ima ograničen domašaj jer nije primjenjiva na sva krivična djela. Kako suština teorije o vlasti nad djelom proizlazi iz finalnog pojma radnje ona, prije svega, nije primjenjiva na nehatna krivična djela, što znači da se i saučiniteljstvo priznaje samo kod umišljajnih krivičnih djela, dok se negira kod nehatnih delikata. Stoga se i kaže da vlast nad djelom nije “univerzalno”, već samo “rukovodno” načelo koje se i primjenjuje samo na one delikte kod kojih je ta vlast

⁶⁴ “Kod krađe svi supočinitelji odgovaraju za sve ukradene stvari, a ne samo za onaj dio plijena koji je pripao svakome od njih. Po tome se supočiniteljstvo razlikuje od namjernih oblika paralelnog počiniteljstva, pa i slučajnog stjecaja odvojenih pojedinačnih počiniteljstva, kao u primjeru tri radnika koji su u poduzeću krali robu neovisno jedan od drugoga, kada svaki odgovara samo za robu koju je ukrao (VSRH, I Kž-184/90)”. P. Novoselec, str. 307.

⁶⁵ “U novije vrijeme sudovi sve češće čuvanje straže smatraju samo pomaganjem, pri čemu se pozivaju na nepostojanje vlasti nad djelom, npr. pomagateljem u razbojništvu smatra se sudionik koji čuva stražu izvan kladionice, dok drugi unutar kladionice izvršava razbojništvo (VSRH, I Kž – 198/02)”. Ibidem, str. 307.

moguća, a to su umišljajni komisivni delikti čiji učinitelj može biti svaka osoba.⁶⁶ Kod nehatnih krivičnih djela vrijedi pojam jedinstvenog učinitelja zbog čega pojam vlasti nad djelom nema nikakvo značenje, s obzirom da se učiniteljstvo utvrđuje prema kriteriju zajedničke povrede dužne pažnje, pa se zbog toga ova teorija ne može primijeniti na nehatno saučiniteljstvo. Osim toga, teorija o vlasti nad djelom ne može se primijeniti ni na posebna krivična djela, tzv. *delicta propria*, jer kod njih učinitelji, pa time i saučinitelji, ne mogu biti osobe koje nemaju posebno svojstvo koje se po zakonu traži za njihovog učinitelja, neovisno od toga što u konkretnoj situaciji takve osobe bez potrebnog posebnog svojstva mogu vladati djelom. Ova teorija je neprimjenjiva i na vlastoručna krivična djela, jer se kod tih djela učiniteljstvo određuje prema kriteriju osobnog preduzimanja radnje iz bića djela, zbog čega čak i bitni doprinosi učinjenju djela na drugi način kod saučiniteljstva nemaju nikakav značaj. Konačno, vlast nad djelom ne može postojati ni kod nepravih krivičnih djela nečinjenja, s obzirom da je vlast nad tokom zbivanja moguća isključivo na osnovu aktivnog djelovanja.⁶⁷

Završna napomena

Sagledavajući rješenja o saučiniteljstvu koja su prisutna u našem važećem sistemskom krivičnom zakonodavstvu kroz prizmu naprijed izloženih teorijskih koncepcija može se zaključiti da je naše krivično pravo u pogledu poimanja saučiniteljstva i dalje na pozicijama objektivno-subjektivnih ili mješovitih teorija. U odredbama o saučiniteljstvu, kao i u drugim odredbama o saučesništvu, nema elemenata koji bi upućivali na to da bi odlučujući kriterij saučiniteljstva i njegovog razgraničenja od saučesništva u užem smislu bio neka subjektivna vrijednost kao što je izvršilačka volja (*animus auctoris*), što znači da nisu prihvaćena subjektivna shvatanja o saučiniteljstvu. Isto tako, kao isključiva nije prihvaćena ni formalno-objektivna teorija. Mješovite koncepcije saučiniteljstva bile su, uostalom, vladajuće shvatanje i u našoj dosadašnjoj krivičnopravnoj teoriji, kao i u sudskoj praksi, ponekad s nešto širim tumačenjem tog oblika saučesništva. Međutim, reforma našeg krivičnog zakonodavstva od 2003. godine je ipak dovela do stanovitih promjena na tom planu. Naime, sa izuzetkom KZ RS koji je zadržao ranije rješenje, ostali sistemski krivični zakoni, dakle KZ BiH, KZ FBiH i KZ

⁶⁶ “Vlast nad djelom moguća je samo kod namjernih kaznenih djela, pri čemu «subjektivnom biću djela» uz namjeru pripada i svijest o svim čimbenicima koji utemeljuju vlast nad djelom. Tko nije svjestan osobnog ispunjenja bića djela ili svoje dominirajuće uloge, ne može ostvarivati vlast nad zbivanjem i biti počinitelj”. I. Bojanić, str. 25.

⁶⁷ Ibidem, str. 183 – 184.

BDBiH, su prihvatili restriktivnije određenje saučiniteljstva prema kojem je učešće u ostvarenju djela koje ni djelimično ne predstavlja radnju učinjenja ograničeno samo na one radnje ili one djelatnosti kojima se «na odlučujući način» doprinosi učinjenju krivičnog djela. To je svakako značajan pomak u odnosu na ranije rješenje jer se jasnije određuju granice saučiniteljstva, a ujedno nudi i precizniji kriterij za njegovo razgraničenje od pomaganja kao oblika saučesništva. Novim rješenjem je praktično napuštena teorija o podjeli rada koja je znatno bila zastupljena i u našoj sudskoj praksi, jer naglašavanjem da svaki saučinitelj mora «na odlučujući način» doprinijeti izvršenju djela zakonodavac jasno stavlja do znanja da bilo kakav doprinos u okviru podjele rada nije dovoljan za postojanje saučiniteljstva. Na taj način su se naši zakonodavci, iako ne baš izričito, ipak jasno i nedvosmisleno opredijelili za teoriju o vlasti nad djelom, ujedno prepuštajući pravnoj teoriji i sudskoj praksi njezino pobliže određenje u konkretnim slučajevima.

prof. dr. Nurko Pobrić

USTAV KAO AKT POZITIVIRANJA DRUŠTVENOG UGOVORA*

Jedno od značajnih pitanja u odnosu na fenomen ustavne demokratije je pitanje o identitetu ili pitanje identiteta političke zajednice. Pitanje o identitetu političke zajednice može se preformulirati i kao pitanje – šta je zajedničko njenim pripadnicima, odnosno u čemu je smisao zajedništva? Ako nedostaje smisao zajedništva, ne postoji ni politička zajednica – može postojati neki status, manje ili više stabilan i održavan najčešće sredstvima prinude, pa su pripadnici tog statusa (koji su, u osnovi, podanici) stoga prinuđeni da žive unutar granica tog statusa. Kako odrediti i prepoznati moguće zajedništvo, to za - jedno koje bi dalo smisao činjenici zajedničkog života? “Identitet političke zajednice sastoji se od konstitutivnih značajki koje ju određuju i odvajaju od ostalih i čine je baš tom i takvom zajednicom, a ne nekom drugom. Ove značajke uključuju: teritorij koji, grubo gledano, igra sličnu ulogu kao tijelo u osobnom identitetu, jezik ili jezike kao i formativna povijesna iskustva, uključujući ona koja opisuju porijeklo zajednice i njen razvoj.”¹ Političke zajednice danas egzistiraju kao države. U vezi s naznačenim, pitanje bi moglo glasiti – koje uslove država treba da ispuni kako bi “zaslužila” da se nazove političkom zajednicom. Identitet političke zajednice, odnosno državni (nacionalni) identitet pronalazi svoj djelomični, ali najjasniji izraz u državnom ustavu, samosvjesno formuliranom i autoritativnom pravnom aktu u kojem zajednica sebi i svijetu pokazuje što je i čemu teži. Svakako, “duh i slovo ustava zaživjet će kad ustav izražava dominantne interese i vrijednosti.”²

Polazimo od stava da država postaje zajednicom ako se i u normativnom i u praktičnom pogledu temelji na principu jednake individualne slobode za sve svoje pripadnike. Izrečeni stav mogao bi se situirati u klasičnu liberalnu poziciju. Nadalje, prethodno “opisana” država, kao politička zajednica, uz to i pravedna država, može se objasniti (prilično uvjerljivo) konceptom društvenog ugovora, kao misaonog eksperimenta. Društveni ugovor, kao koncept objašnjenja (i opravdanja) pravedne političke zajednice (države) upućuje na potrebu određene analize ustava, kao akta nastalog pozitiviranjem društvenog ugovora. Treba dodati i slijedeće:

* *Rad recenzirao: prof.dr. Kasim Trnka*

¹ Bhikhu Parekh: *Nova politika identiteta*, Zagreb, 2008., str. 54.

² Rod Hague, Martin Harrop, Shaun Breslin: *Komparativna vladavina i politika*, Zagreb, 2001., str. 250.

“Ustav je sposoban za život samo ako nailazi na konsenzus, a to znači ako i dok ga podržavaju politički relevantne snage. Nijedna po broju i težini bitna grupa ne smije ostati vani, ne smije biti isključena ili oslabljena ako ustav treba dobiti solidan temelj.”³

Ako analiza o ustavu treba biti razvijena u domenu hipotetskog ugovora, fokusiranje na ustav može biti označena i kao metodski neuvjerljiv i rizičan poduhvat. Ovo iz razloga, što izabrani princip želi da pripiše jednom sasvim postojećem, “praktičnom” institutu (ustavu) značenje kome je politička teorija odredila kao “izvor” i legitimirajuću osnovu (društveni ugovor), primarno hipotetsko polazište. Iz tog razloga prihvatljiva je i primjedba o određenom nasilnom kauzalnom povezivanju apstraktne normativne teorije i pravnog akta najviše pravne snage. Ipak, ponuđeni metodski obrazac ne može se jednostavno odbaciti. Mogao bi se zastupati i stav da je teorija o ustavu koja koristi historijsku perspektivu sposobna da uspješno odbrani ugovornu predstavu ustava. Sumirat ćemo moguću liniju argumenata. Politički projekt moderne zasniva se na dva temeljna iskustva. Prvo iskustvo je izražena kriza premodernih zajednica, s posljedicama destabilizacije i postupnog rastvaranja tradicionalnog poretka. Drugo iskustvo je radikalna kritika starog autoriteta. Šta su alternative navedenim iskustvima? Uništivši “posljednju istinu” kao legitimacijski temelj starog režima, revolucionarna teorija (ideologija) morala je dokazati sopstvenu sposobnost da odredi normativne osnove reintegracije društva. Ako je uništena “posljednja istina” kao legitimacijski osnov starih režima, onda je čovjek ostao u praznom političkom prostoru. Praktična argumentacija revolucionarne ideologije kaže da u navedenoj situaciji sam identitet zajednice mora proisteći iz identiteta pojedinaca. Na mjesto starih osnova političke oblagacije stupa sporazum slobodnih pojedinaca. Zajednica se više ne zasniva na zadatoj lojalnosti, nego na saglasnosti pojedinaca, da se radi očuvanja stečene slobode udruže u političku zajednicu. U ovom slučaju društveni ugovor se smatra kao čin stvaranja, a ne kao tek puka normativna potvrda postojećeg. Inače, pojava kontraktualizma, najneposrednije je povezana s pojmom i širenjem moderne ideje građanskog društva i širenjem privatnih i nepolitičkih odnosa autonomnih i slobodnih aktera tumačenih kao ugovorni odnosi na račun i na uštrb javnih odnosa kao odnosa nejednakosti i dominacije. Kontraktualizam je način da se nadvlada korporativno (statusno) šarenilo nejednakosti i pluralizam “parcijalnih društava”. “Prvo-bitni ugovor, odgovor je kako da se u šarenilu nejednakih statusa i ‘parcijalnih društava’ osigurava jedinstvo političkog poretka, druga je funkcija ugovora bila usmjerena na potrebu da se očuva preddruštveni individualizam.”⁴

³ Josef Isensee: *Dražava, ustav, demokracija*, Zagreb, 2004., str. 152. i 153.

⁴ Prof. dr. Milan Matić, prof. dr. Milan Podunavac: *Politički sistem*, Beograd, 2007., str. 105.

Dakle, prema ovom ideološkom konstrukt, porijeklo i legitimitet zajednice proizilaze iz ugovora. Nakon uspostave ovakvog legitimacijskog osnova zajednice, u legitimacijski diskurs uvodi se pozitivno pravo, s veoma kompleksnim zadatkom, da garantuje stabilnost i važenje, te da identificira i formalizira moralni osnov nove zajednice. Pošto država (prema konceptu društvenog ugovora) može biti zasnovana samo na konsenzualno prihvaćenom individualizmu individualnih autonomija, pozitivno pravo se najefikasnije legitimira kao pravno pozitiviranje originalnog ugovora. Američke kolonijalne povelje, te Francuska deklaracija o pravima čovjeka i građanina na različite načine i s različitim političkim posljedicama, ostvaruju se uvidima u ideološki vladajuće razumijevanje racionalnog odnosa između ljudi kao prirodnog odnosa, s jedne strane, a s druge strane ovi dokumenti sadrže izričite reference na prirodno pravo. Pozitivno pravo prezentira se kao rezultat dogovora racionalnih pojedinaca da se temeljne vrijednosti i principi pozitivnog prava formaliziraju i učine obaveznim. "Uprkos činjenici da su hipotetički društveno-ugovorni dokazi zapravo misaoni eksperimenti, njihovi zastupnici smatraju da će oni dovesti do opipljivih rezultata po pitanju politike u realnom svijetu."⁵

Na ovom mjestu nije nam cilj analizirati postojeće ustave, nego razumijevanje o ustavu kao normativnom konceptu. Ustav neće biti pojmljen kao pojam koji pokriva mnoštvo historijski neponovljivih najviših akata raznih zemalja već kao apstraktan koncept sposoban da se suoči s nizom legitimacijskih problema zbog kojih politička filozofija uvodi kategoriju društvenog ugovora. Ovaj tekst, dakle, neće nuditi generalizirane stavove o postojećim ustavima. Bit će naznačene tek neke moralne i normativne pozicije i stavovi na osnovu kojih bi se mogla formulirati pitanja o čovjekovoj situaciji u političkoj zajednici. (Ipak, na kraju priloga, u kontekstu razmatrane teme, ukratko ćemo se dotaći Ustava Bosne i Hercegovine).

Sljedeću kritičku primjedbu lako je predvidjeti. Normativna teorija ustava koja ne uzima u obzir političke i socijalne okolnosti unutar kojih ustav egzistira nije ništa drugo do apstraktni dogmatizam. Ali, ova konstatacija ne mora biti tačna, bar pod uslovom ako teorijsku kritiku shvatimo u etimološkom smislu kao vještinu razumijevanja zasnovanom na metodskom razlikovanju između teorije i prakse. Skoro da je trivijalno reći da akcija prethodi kritici, tj. da kritika (kao teorija) postoji samo u odnosu na akciju, kao njena refleksija čiji je cilj da otkrije osnovne pretpostavke onoga što se već dogodilo. Neke od modernih revolucija mogu biti shvaćene kao ozbiljan izazov iznijetoj konstataciji.

Nova kritička primjedba može se temeljiti na prigovoru da metodski stav koji odvaja teoriju od prakse treba odbaciti kao mehanicističko pojednostavljenje.

⁵ Jan Šapiro: *Moralni temelji politike*, Beograd, 2008., str. 112.

Preliminarni odgovor bio bi da razlikovanje između teorije i prakse nije u njihovom definitivnom razdvajanju. Ideja je da normativna politička teorija o ustavu i ustav kakvim ga poznajemo “u praksi” treba u prvom koraku da budu razdvojeni kako bi se u sljedećem koraku ponovo sreli. Ovakav “spoznajni rez” između teorije i prakse ne implicira zaključak kako sam fakticitet nije normativno struktuiran. Riječ je samo o tome da se normativna osnova fakticiteta ne može spoznati dok ne učinimo konceptualni korak koji će nas odvojiti od datosti, što znači da normativna teorijska analiza ne može biti ograničena na istraživanje socijalne i političke realnosti. Znači, teorija nema zadatak da zamijeni iskustvo – njen je zadatak da formulira prve korake u procesu argumentacije.

Temeljne teorijske kategorije (u ovom slučaju društveni ugovor) ne uvode se u analizu radi provjere njihove istinitosti. Takva bi analiza završila u potrazi za apstraktnim tačkama oslonca. Opravdanje za korištenje apstraktnih teorijskih kategorija vidi se u načinu na koji se one koriste u analizi određene teme. U ovom prilogu, društveni ugovor je metodski instrumentarij za analizu problema legitimiteta. “U savremenoj političkoj raspravi legitimitet se obično manje shvata kao kategorija moralne obaveze, a više kao političko ponašanje i uvjerenje.”⁶ U vezi s naznačenim, prvo postavljeno pitanje moglo bi da glasi: Da li je moguće opravdati postojanje države kao takve? Ovo je normativno pitanje izvornog legitimiteta. Ako odgovor na postavljeno pitanje bude pozitivan, slijedi pitanje – koje normativne uslove državna vlast treba da ispuni da bi je oni “kojima vlada” priznali kao opravdanu. Ovo je normativno pitanje političkog legitimiteta. “Legitimnost države se više ne promatra kao pitanje o tome da li je država u stanju zajamčiti ostvarivanje temeljnih ljudskih ciljeva, već se razmatraju uvjeti koji moraju biti ispunjeni kako bi ljudi mogli težiti svojim dobrima na svoj vlastiti način: dakle težište se pomjerilo s brige za ciljeve na brigu za prava.”⁷ Nastojat ćemo pokazati kako je društveni ugovor pogodan model za istraživanje o izvornom legitimitetu, mada društveni ugovor (sam) za navedeno istraživanje nije dovoljan. Dakako, ovo ne znači da koncept društvenog ugovora treba napustiti u analizi političkog legitimiteta. Pokušat ćemo zato da proširimo okvir društvenog ugovora, uvodeći kategoriju ustava kao dodatnog društvenog ugovora. Osnovno polazište ideje je da se ustav uklapa u kontraktualni okvir. Pojednostavljeni pristup problemu glasi da je ugovorno donošenje ustava neophodan uslov za afirmaciju ustava kao temeljnog konsenzusa o uspostavi političke zajednice. Misaoni model društvenog ugovora, ističe Josef Isensee, postiže svoj najdiferenciraniji oblik kod Samuela von Pufendorfa koji razlikuje tri stupnja: na prvom stupnju *pactum unionis*, u kojem se budući građani

⁶ Endru Hejvud: *Politika*, Beograd, 2004., str. 400.

⁷ Raymond Plant: *Suvremena politička misao*, Zagreb, 2002., str. 217. i 218.

među sobom kao pojedinci s pojedincima (*singuli cum singulis*), obavezuju na trajno sjedinjenje i udruženje u državni narod, na drugom stupnju jednoglasno utvrđuju oblik vlasti, *decretum* ili *constitutum*, modernim pojmovima: pravo ustavotvorstvo i na trećem stupnju postavljanje vlade u *pactum subiectionis*, u kojemu se sporazumijevaju budući nosioci dužnosti i budući podanici, jedni se obavezuju na brigu za zajedničku sigurnost i blagostanje, a drugi na dužnu poslušnost, radi se dakle o tome da se konstituiraju državni organi.⁸

O pitanjima ustavotvorne procedure i o organu kome treba povjeriti donošenje ustava, iako su ta pitanja vrlo važna, nećemo se baviti u ovom prilogu. Za jedan pozitivni pravni sistem kaže se da važi. Šta to znači? Značenje iskaza o važenju zavisi od toga kako razumijemo postavljeno pitanje. Ako zanemarimo važenje nekog konkretnog poretka, na raspolaganju nam ostaje nekoliko apstraktnih teorijskih pristupa. Na primjer, prihvatajući pravni pozitivizam možemo ustvrditi da pitanje o važenju pravnog poretka uopće ne predstavlja pravni problem, jer je suština prava sadržana upravo u prinudnom karakteru njegovog važenja. Teorijske rasprave o pravu moraju biti isključivo usmjerene ka pozitivnom pravu zato što ono (pozitivno pravo), bez obzira na druge kvalitete koje ima ili nema, važi. Svaki "izlet" u vanpravne osnove važenja shvata se kao nastojanje da se u određenim okolnostima "uđe" u ideološki teren, što nema spoznajno-teorijsku važnost. Pozitivno pravo se ne može zasnivati na vrijednostima, jer vrijednosti u javnom životu figuriraju kao iracionalne kategorije subjektivne etike, te bi njihovo uzimanje za kriterij pravnog važenja razorilo neophodnu koherentnost pravnog sistema, negirajući načelo pravne sigurnosti i u krajnjoj instanci dovodeći u pitanje i samu egzistenciju države.

Spoznajne konsekvence pravno pozitivističkog prilaza razmatranom problemu su slijedeće: Pravo je sadržajno i vrijednosno neodređeno. Sadržaj bilo kojeg društvenog odnosa može postati predmetom prava, ako onaj ko je ovlašten za stvaranje prava tako odluči. Predmet pravne regulacije ne mora biti u domenu "smisla" zajedničkog života u političkoj zajednici. Pravno reguliranje posljedica je imperativa da se zajednički život učini podnošljivim. Ne pripisujemo stabilnost pravnog važenja nekom još stabilnijem, još višem važenju. Slučaj je obrnut. Potreba za važenjem prava proizilazi iz stalne promjene i nepredvidljivosti supstantivnih značenja. Iz navedenog razloga ultimativni kriterij pravnosti norme može se nalaziti samo unutar samog pravnog sistema i treba ga razumjeti kao poštovanje stvaranja i revizije prava. Pozitiviranje prava znači da svaki pravni sadržaj može dobiti legitimno pravno važenje posredstvom odluke kojom pravo stupa na snagu, a koja (odluka) također može i ukinuti važenje tog prava. Znači, pozitivno pravo

⁸ Vidjeti: Josef Isensee, nav. rad, str. 150.

važi na osnovu odluke. Prevedeno na odnos građana i državne vlasti, spomenuti stav znači da je legitimiranje političke vlasti uvijek samolegitimiranje.

Navedena, veoma sofisticirana teorija mogla bi se nazvati sociološkim realizmom obučenim u ruho pravnog pozitivizma, i obrnuto. Bez njene detaljne analize, neophodno je ukazati na jednu temeljnu postavku. Stav koji izražava samodovoljnost modernog prava i politike upućuje nas da važenje prava i legitimitet političke vlasti nisu izvedene kategorije. Pravo samo sebe reproducira, a politička vlast samu sebe opravdava. Bilo kakav pokušaj da se identifikira metapравни osnov važenja i političkog legitimiteta stran je osnovnom razumijevanju moderne, jednostavno iz razloga što nas vraća predmodernoj logici. Sada dolazimo do jednog relevantnog pitanja: da li normativna analiza ljudske situacije i ljudskih odnosa u društvu, zasnovana na postavci o “posljednjem pitanju” nužno vodi uspostavljanju predmodernog shvatanja prava i poretka, gdje je pozicija pojedinca bila strogo određena referencom na neupitne izvore važenja? Pozitivan odgovor na postavljeno pitanje dijele i mnogi teoretičari liberalne orijentacije. Oni tvrde da princip neutralnosti države podrazumijeva nezainteresiranost prema posljednjim pitanjima važenja, jer takva pitanja nisu otvorena za kompromise. Ova konstatacija može se uzeti tačnom u mjeri u kojoj je neutralnost države fundamentalno svojstvo moderne. Međutim, može se ustvrditi da liberalna ustavna država ipak počiva na specifičnoj percepciji posljednjih pitanja. Ova percepcija postaje manifestna, ako ono što je mogući centralni problem političke filozofije i političke teorije iskažemo u pitanju: zašto nam je potrebna država? Da li ljudi zaista trebaju državnu pravnu prinudu, odnosno postoji li opravdanje da ljudi vladaju jedni nad drugima putem pravila čiju obaveznost osigurava represivni aparat? Ovo je inherentno moderno pitanje. U vezi s istaknutim konstatacijama je i slijedeći stav. “Među filozofima je uobičajeno da se problem opravdanja i granica vladinih moći posmatra kao identičan s problemom legitimacije i granicama vlasti vlade.”⁹ I predmoderni sistemi morali su tražiti postupak racionalizacije vlasti kako bi osigurali lojalnost podanika. Za ova društva bila je karakteristična neupitnost važećeg pogleda na svijet, te se jedno sveobuhvatno, prije svega religiozno tumačenje datosti, nametalo kao jedina moguća objektivna istina.

Ako je izvorni koncept moderne individualna sloboda, tada zajednica prestaje biti neupitna datost. Teorija koja promišlja odnos čovjeka i državne vlasti postavlja pitanje na koji način nešto treba biti da bi se moglo reći da ima pravo da bude. Kroz ovakvo određenje posljednjeg pitanja, problem legitimiteta dobija svoje specifično moderno značenje. Pitanje: “Zašto država postoji?” - kao pitanje izvornog legitimiteta, zahtijeva novi tip normativnog uporišta, koje neće uklopiti

⁹ Džozef Raz: *Etika u javnom domenu*, Podgorica, 2005., str. 387.

pojedina u “vječni poredak stvari”, već se zasnivati na njegovom subjektivitetu. “Legitimnost moderne demokratije (demokratske države, op. aut.) zasniva se na ideji da građani moraju imati mogućnost da konkretno vrše svoja prava i na težnji da se dalje od formalne jednakosti, obezbijedi jednakost na djelu.”¹⁰ Međutim, odbacivanjem zahtjeva za bezuslovnim važenjem očito slabi integrativne kapacitete zajednice. Kako legitimirati jedinstvo zajednice polazeći od izvornog individualizma i pluralizma? “Bez minimuma unutrašnje, dakle, intimne saglasnosti podvlašćenih, nikakva vlast, čak ni ona nabolje organizovana, ne može računati na trajnost i postojanost.”¹¹ Zahtjev za legitimnošću vlasti istovremeno je i zahtjev za socijalnom integracijom i očuvanjem normativno određenog političkog poretka.

Mogli bismo reći da je postojanje države opravdano njenom sposobnošću da harmonizira svijet života za mnoštvo pojedinaca za koje je sloboda najviša vrijednost. Ovim se otvara težak problem. Ako slobodu shvatimo ozbiljno, dolazimo do logičkog zaključka da njen primat producira mogućnost za kontinuirano preispitivanje osnovnog pitanja, onog o karakteru i samoj mogućnosti zajednice. Strogo govoreći, problem se može naznačiti u vidu pitanja – kako sačuvati individualnu slobodu i smisao postojanja političke zajednice. Rješenje je, čini se, u uspostavi apstraktnog identiteta te zajednice. Ako zajednica izgubi predmoderni tip normativnog utemeljenja, a da pri tome imperativ očuvanja stabilnog zajedničkog života ne gubi na snazi, ona mora da se zasnjuje na novom razumijevanju čovjekovog položaja. Tačnije kazano, zahtjev nije da čovjek ostane u praznom prostoru, već da njegova normativno definirana pozicija ne smije podrivati ni njegovu slobodu ni zajednicu. Kako je to moguće?

Ostajući s one strane iskustva, posegnut ćemo za jednom eksplikativnom šemom koja je sposobna da uspostavi apsolutno opravdanje države. (Izraz “apsolutno”, u ovom kontekstu, upućuje na normativnu kategoriju koja nije rezultat kompromisa s drugim normativnim kategorijama, već je osnov i uslov i njihove normativne validnosti). Nije dovoljno da to opravdanje bude apstraktno u smislu da pojedincima ne nameće nikakvo supstancijalno normativno određenje. Ako država treba da bude legitimirana zahtjevima slobode i ako je država istovremeno identificirana kao moguća prijetnja toj slobodi, državu ćemo moći opravdati jedino ako je predstavimo kao konsenzualno prihvaćeni rezultat slobodne deliberacije slobodnih ljudskih bića. Ovakav pristup mogao bi se označiti jezgrom teorije društvenog ugovora u njenoj standardnoj modernoj formi, s napomenom “da u državi društvenog ugovora narod je i suveren i podanik.”¹² Ta teorija određuje

¹⁰ Dominik Šnaper: *Zajednica Građana*, Novi Sad, 1996., str. 258.

¹¹ Ljubomir Tadić: *Nauka o politici*, Beograd, 1996., str. 126.

¹² Charles Taylor: *Politika priznavanja*, Sarajevo, 1995., str. 43.

apstraktno moralno utemeljenje zajedničkog života. Ona legitimira postojanje države s tvrdnjom da jednaka sloboda pojedinaca u društvu predstavlja pojavnost čiji se smisao uobličava tek kroz njihovu neprinudnu, racionalnu i pravednu komunikaciju. Ako je postavljanje određenih granica izvornoj slobodi nužno za očuvanje suštine te slobode, tada se mora postići konsenzus o pitanjima šta je suština i šta je legitimna država, odnosno gdje su granice opravdane upotrebe državne prinude. Harmoniziranje kontingentnih individualnih zahtjeva u socijalno kontingentnom svijetu može se realizirati jedino na osnovi logički prethodeće, hipotetičke saglasnosti o temeljnim moralnim principima. U kontekstu rečenog, važno je istaći da ljudi u zajednici moraju biti svjesni da je efektivna odbrana njihove slobode moguća samo unutar općeprihvaćenog okvira, odnosno unutar i pod uslovom postojanja apstraktnog identiteta. Sadržinu apstraktnog identiteta čine vrijednosti koje povezuju vladajuće i podvlašćene na ne-tehnički, ne-hijerarhijski i ne-pozitivistički način.

Da li je društveni ugovor shvaćen na ovaj način, kao apsolutna eksplikativna šema koja uokviruje pristup pitanju izvornog legitimiteta podložan konvencionalnoj kritici koja tvrdi da ništa što bi podsjećalo na društveni ugovor ne može se historijski ili empirijski identificirati? Egzistencija u zajednici, prema kritičarima društvenog ugovora, ovisna je o pravu i prinudnom poretku koje nam nameće drugi, prosto iz razloga što ne postoji alternativni način da se organizira zajednički život. Svaki stav o zajedničkim moralnim vrijednostima, konsenzualno transformiranim u pravo, prazan je i beskoristan. Pravo koje zaslužuje taj naziv uvijek je bitno heteronomno. Ipak, skicirani methodski okvir (u smislu koncepta društvenog ugovora), navedena primjedba ne dovodi u pitanje. Vjerujemo da obavezujuća distinkcija između ispravnog i pogrešnog ponašanja (što je definicija prava) pretpostavlja saglasnost o nekim temeljnim vrijednostima. Vjerujemo da, bez obzira na sve određive razlike, svaki čovjek ima jednako pravo na slobodu. Vjerujemo da je ovo pred-pravni kategorički imperativ. Bez ove pretpostavljene moralnosti slobode, država i pravo, bez obzira na proceduralna ograničenja, pokazuju tendenciju da završe kao instrumenti gole moći. To se ne može ni dokazati ni osporiti pozivanjem na historiju ili iskustveno određivu realnost. Taj, rekli bismo, logički apsolutizam može se samo objasniti, polazeći od jedne generalne eksplikativne šeme koju ćemo ukratko skicirati.

Polazimo od pretpostavke o jednakoj slobodi za sve do metafore društvenog ugovora, od društvenog ugovora do izvornog legitimiteta države, od države koja je predstavljena kao ugovorna konstrukcija do pitanja o njenom političkom legitimitetu, od pitanja političkog legitimiteta do poimanja ustava kao ugovora. Prethodna "skica" trebala bi nam biti dostatna pomoć da rekonstruiramo jednu političku teoriju ustava. Ovo je "grubo ocrtano" značenje društvenog ugovora kao apsolutne

eksplikativne šeme. Ovdje se teorija društvenog ugovora razumije kao konceptualni okvir koji sadrži sva neophodna pitanja za odgovore koji su nam već poznati. Zadaća normativne teorije je da rekonstruira ova pitanja, da bi potom mogla da vrednuje odgovore. Šema će, moguće, postati jasnija kad se suočimo s pitanjem o političkom legitimitetu koji govori o odnosu vladajućih i podvlašćenih. Obrasci važenja na kojima se zasniva jedan vladavinski sistem moraju biti kreirani i reproducirani tako da zaslužuju povjerenje i pristanak podvlašćenih, ukratko, da budu legitimni. Razumijevanje političkog legitimiteta zasniva se na subjektivitetu podvlašćenih i na instrumentalnom pozicioniranju vlasti, u smislu da je vlast legitimna ako je svrha njene egzistencije zaštita jednake slobode svih članova zajednice. Zahtjev za jednakom slobodom podrazumijeva “konstrukciju” racionalnog pojma individue, čija će ponašanja u socijalnim odnosima uključujući i pluralizam i konflikte različitih svjetonazora, biti proračunljiva sa stajališta sistema. Stoga se individualna autonomija definira kroz ustavnu kategoriju osnovnih prava. Sam legitimacijski proces prezentira se u vidu komunikacije dvije načelno autonomne sfere: autonomija podvlašćenih, u njihovom kapacitetu građana, susreće se s autonomijom političke vlasti, u njenom kapacitetu “čuvara” općeg interesa. Navedene autonomije, naravno, nisu ravnopravne, jer država raspolaže monopolom fizičke prinude i oličava zajednicu, odakle i proizilazi njena potencijalno monopolna pozicija. Da li se ovim u pitanje dovodi naznačena početna pozicija političkog legitimiteta o konceptualnom primatu individualne slobode (autonomije podvlašćenih)? Odgovor ovisi od toga kako shvatamo komunikaciju, što nazivamo procesom legitimacije. Građani priznaju politički autoritet, na način što pod određenim uslovima prihvataju političke odluke kao važeće, kao pravno i politički obavezujuće. Ono što pojedinci ulažu u legitimacijski kompleks može se nazvati vjerom u važenje. Iz toga politička vlast izvodi pravo na vladavinu. Državna vlast je legitimna sve dok se kreće u okvirima važećeg prava, bez obzira na porijeklo i sadržaj tog prava, odnosno, bez obzira na karakter procedura. Proceduralni legitimitet podrazumijeva vladavinu prava, a ne vladavinu ljudi. Međutim, vlast mora biti spremna da opravda bilo koji svoj akt, uvijek kad građani postave zahtjev za takvo opravdanje. Pravo na vladavinu treba moralno opravdanje, ili drugačije kazano, politička obligacija građana može biti shvaćena kao imperativ generalne vjernosti pravu samo ako se legitimitet prava na vladavinu učini nedvosmisleno ovisnim od vjernosti političkog autoriteta principu jednake slobode. “U strožijem, političkom značenju, obligacija (politička obligacija, op. aut.) označava individualnu dužnost prema zakonu, političkoj vlasti i ostalim pripadnicima političke zajednice.”¹³ Iz navedenog slijedi da politička vlast ne može biti legitimirana figu-

¹³ Prof. dr. Milan Matić, prof. dr. Milan Podunavac, nav. rad, str. 181.

rom društvenog ugovora. Stav da je konceptualno moguće zamisliti kako su se pojedinci udružili u političku zajednicu da bi sačuvali svoju slobodu nije u stanju da nam objasni bilo šta definitivno o odnosu političke vlasti i građana. Društveni ugovor nam govori tek o racionalnim očekivanjima koja građani imaju u odnosu na državu. Drugim riječima, metafora društvenog ugovora kaže da smo se saglasili da obrazujemo političku zajednicu, ali ona ne pokazuje kako odavde slijedi da država treba da vlada na način koji će poštovati izvornu slobodu. Tvrdnja o društvenom ugovoru kao osnovu političkog legitimiteta vodi zaključku koji nalazimo kod Hobsa, tj. da činom dobrovoljnog prihvatanja pravila društvenog ugovora, podvlašćeni su se istovremeno saglasili da bezuslovno poštuju vlast. U tome slučaju neupitna politička obligacija bila bi naprosto tek tehnička konsekvenca življenja u državi.

Vjerujemo da je princip jednake slobode osnov političke obligacije i jezgro političkog legitimiteta. Također vjerujemo da je sloboda moralna kategorija, koja podrazumijeva da se uvijek uzme u obzir, kao važna, sloboda drugih. Znači, individualna sloboda u društvu moguća je samo u komunikaciji unutar okvira zajedničkih vrijednosti. Ovakav prikaz realiziranja individualne slobode čini relevantnim naslijeđe kontraktualizma. Kako, onda, pronaći konceptualni instrument koji bi mogao nadoknaditi deficit teorije društvenog ugovora u odnosu na pitanje političkog legitimiteta? Pri tome treba imati u vidu još neke specifične prigovore usmjerene “protiv” društvenog ugovora.

Kontraktualizam, tvrde neki teoretičari, proglašava značaj volje slobodnih pojedinaca, na račun kulturno specifičnih, konkretnih tradicija zajednice, koje odlučujuće uobličavaju moralni život pojedinca. Ovaj prigovor može se pročitati i kao prigovor pravne prirode, jer ugovor nije moguć ako nije postignut na osnovu postojećih pravila, ili bar ukoliko mu ne prethodi jedno osnovno pravilo – pravilo *pacta sunt servanda*. Ako ugovor nije dio pravnog poretka, pravo na raskid ugovora ostaje u sferi proceduralno neregulirane slobodne volje ugovarača, čime se ukida i sama mogućnost obaveze, odnosno čime ugovor gubi smisao. Navedeni prigovor bio bi relevantan u odnosu na pitanje o izvornom legitimitetu, odnosno ako bi se društveni ugovor promatrao kao historijski određiva kategorija. Međutim, ako imamo u vidu hipotetički ugovor kao metaforu kojoj pripisujemo određeni konceptualni značaj za teoriju o odnosu pojedinca i države, tada opisani pravni prigovor ne predstavlja ozbiljan problem. Klasični moderni kontraktualizam nas poučava da je moguće da zamislimo kako su neka pravila egzistirala i u pred-ugovornom, odnosno pred-državnom stanju. Pravna formulacija prigovora je mnogo ozbiljnija kada je u pitanju politički legitimitet. Zadatak ugovora je da kreira političku zajednicu koja će pravno i politički formalizirati moralni princip jednake slobode za sve. Država koja je legitimirana na ovaj način svjetonazorski će nužno

biti neutralna. U svijetu života supstancijalno oformljeni identiteti, ovdje se još ne uzimaju u obzir. Pri tome nije riječ o njihovom odbacivanju. Pluralizam apstraktne slobode zapravo je neophodan uslov za afirmaciju etički-supstancijalno utemeljenih prava na razlikovanje. “Samo postojanje različitosti je univerzalno, kao što je univerzalno i njegovo društveno priznanje.”¹⁴ Za razrješenje ovog odnosa nužno je uvođenje kategorije ustava.

U jednom početnom smislu, ustav će biti shvaćen kao akt čiji je zadatak da odredi osnove političkog legitimiteta, nudeći odgovore na pitanja u kakvoj državi živimo, kakav treba da bude njen odnos prema građanima i, što je naročito značajno, da odgovori na pitanje zašto je važno da taj odnos bude baš takav. Kazano drugačije, ustav definira zajednicu i položaj pojedinaca u njoj provodeći u pozitivno pravo osnovna prava građana, zaštitu tih prava, pravnu sigurnost, poštovanje načela neutralnosti u aktivnostima državnih organa, pravo građana da zahtijevaju od države opravdanje bilo kojeg njenog akta, te obaveze građana prema državi. Sve navedeno uključuje postojanje političke obligacije ili obavezu na lojalnost političkoj vlasti.

Relativno je lako uočiti da spomenuti zadatak ustava proizilazi iz određenja slobode kao moralne kategorije. Ustav pozitivira upravo ona prava koja građani moraju priznati jedni drugima ukoliko žele da uređenje svog zajedničkog života pomoću pozitivnog prava učine legitimnim. Iako određena najčešće na negativan način, prava su izvedena iz intersubjektivnog priznanja. Odavde i slijedi konsenzualno određenje ustava. Ustav je realizacija konsenzusa o temeljnim vrijednostima na osnovu čijeg prihvatanja se pojedinci udružuju u političku zajednicu. Kada govorimo o inegrativnim i legitimacijskim kapacitetima ustava, moramo prethodno odrediti konsenzus i način njegovog postizanja.

Ako konsenzus shvatimo kao osnov ustavno određene političke zajednice, on neće imati ništa zajedničko s empirijskom jednoglasnošću ili “općom voljom”, shvaćenoj kao pripisana saglasnost predmodernog ili totalitarnog tipa. Ustavni konsenzus pozitivira jedan nivo identiteta koji prevazilazi specifične identitete, interese i svojstva pojedinaca i grupa, ali koji će od tih istih pojedinaca i grupa biti prihvaćen kao autentično njihov. “Otuda etnička integracija grupa i supkultura s njihovim vlastitim kolektivnim identitetima mora biti odijeljena od apstraktne političke integracije koja sve građane uključuje na jednak način”.¹⁵ Drugim riječima, treba pronaći i ustavno definirati jednu neprotivrječnu instancu identiteta. Iako je to, u osnovi, prilično teško, rješenje, bar na načelnom nivou, postoji.

¹⁴ Brian Barry: *Kultura i jednakost*, Zagreb, 2006., str. 22.

¹⁵ Jurgen Habermas: *Borba za priznanje u ustavnim demokratskim državama*, Sarajevo, 1996., str. 44.

Konsenzualno prihvaćena definicija normativnih načela zajedničkog života je jedini način da se razriješi (odnosno nenasilno ne rješava) napetost između izvornog doživljaja slobode i imperativa očuvanja zajednice. Konsenzualno određeni identitet znači da svako prihvata i zna da i svi drugi prihvataju određenje slobode u obliku osnovnih prava i da društvene institucije udovoljavaju zahtjevima osnovnih prava. Ustav koji kreira ovu vrstu konsenzusa predstavlja temeljnu povelju dobro uređene političke zajednice. Pri svemu navedenom, treba istaći da naprijed “opisani” univerzalistički identitet ne nadilazi identitete konkretnih životnih formi (posebne identitete), niti ih poništava, jer to praktično nije moguće. Također, u vezi s istaknutim, treba imati u vidu da “glavno načelo demokratskog kulturnog pluralizma jeste da prava i politika specifična za skupine trebaju pratiti opća građanska i politička prava sudjelovanja i uključivanja. Politika koja priznaje razlike ne može se koristiti kao opravdanje za isključivanje i diskriminaciju pripadnika skupina na području građanskih i političkih prava.”¹⁶

Kako koncept ustava kao izvedenog društvenog ugovora može odgovoriti na prigovore o nemogućnosti uspostave konsekvencijalno određenog (univerzalističkog) identiteta. Filozofska predstava “potpuno slobodnih ljudi” koji, sklapajući društveni ugovor i napuštaju prirodno stanje, dopunjava se predstavom slobodnih građana koji su saglasni da donesu ustav kako bi odredili okvir svog zajedničkog života. Dakle, klasični društveni ugovor nadograđuje se ugovornom predstavom ustava kao apsolutnom osnovom pravnog važenja i političkog legitimiteta. Ovaj koncept mora se suočiti s mnogim poteškoćama. Naznačit ćemo samo jedan teorijski stav koji, možda, predstavlja najmoćniji pokušaj da se ospori kontraktualno razumijevanje ustava. Taj stav, ukratko, polazi od slijedećeg. Ustav stupa na snagu aktom naroda koji je praktički sposoban da djeluje, dok ugovorne teorije tek uspostavljaju političko jedinstvo naroda. (Stav K. Šmita). Navedeni argument je radikalno demokratski. Ustav može pribaviti legitimitet samo ako se ustavotvorni postupak odvija kao direktna realizacija principa narodne suverenosti. Donosilac ustava može biti samo “narod kao nacija” (ein Volk als Nation), odnosno ujedinjen i politički već egzistentan korpus. Shvaćena na navedeni način, konstitutivna vlast ne izrasta ni iz kakvog “prirodnog stanja”. Nacija kao ustavotvorac nije pravno ograničena, ali bez obzira na ovu činjenicu, ona u trenutku donošenja ustava već ima politički kapacitet da funkcionira kao izvor prava.

Kritički pristup o kome je riječ, insistira na prividno isključivo pravnom prigovoru protiv razumijevanja ustava kao ugovora, ukazujući kako na problematičan kontekst nastanka, tako i na strukturne limite tako pojmljenog ustava – limite koji bi potom doveli u pitanje i njegovu pravnu validnost. Jer, suštinsko

¹⁶ Iris Marion Young: Pravednost i politika razlika, Zagreb, 2005., str. 211.

formalno svojstvo ustava jeste da je on najviša norma političke zajednice. S druge strane, pravni rezon će ustvrditi da je sposobnost ugovornih strana da otkazu ugovor jedno od njegovih osnovnih svojstava. Primijenjeno u odnosu na problem koji razmatramo u ovom prilogu, to znači da je ustav kao ugovor izvor stalne mogućnosti napuštanja kontraktualno formirane i strukturirane zajednice. Ustav kao ugovor ostavlja nedirnutim isuviše veliki dio izvorne slobode, jer jednom uspostavljena zajednica ostaje dobrovoljna asocijacija. Pored navedenog, voluntarizam ukida kvalitet ustava kao najvišeg pravnog akta, jer je suočen (ustav) sa pretpostavkama koje mogu dovesti u pitanje naznačeni kvalitet, a to su: ustav nije pravno govoreći bezuslovno važeći (ugovorna strana može da istupi iz ugovora) i ustav, kao i svaki ugovor, mora da upućuje na neku višu normu koja obavezuje ugovorne strane, a takve norme jednostavno nema. Zaključak bi glasilo: ustav kao ugovor nema i ne može imati unutrašnje mehanizme za rješavanje sukoba povodom primjene prava, pošto je strukturalno upućen ka nedokučivom metaustavnom nivou. Međutim, na ovoj tački navedeni teorijski stav dolazi u sukob sa sopstvenim premisama. Spomenuta argumentacija bi imala smisla ako bi se ideja o pravnoj obaveznosti ustava kao ugovora i slobodnog istupanja iz tog ugovora temeljila na tipično privatno-pravnom određenju ugovora. Preciznije, argumentacija bi imala smisla ako bi ideja ustava kao ugovora podrazumijevala ideološku vjernost principu narodnog suvereniteta, uz istovremeno sprečavanje da se ovaj institucionalizira u “government of laws and not of men”. Međutim, teorija čiji je zagovornik (uz ostale) K. Šmit izvodi upravo suprotan zaključak. Ustav se definiše kao politička odluka nacije o načinu i formi njene političke egzistencije. Konstitutivna vlast nikad ne može biti ustavno-pravno ograničena. Narod kao nacija nikad ne može biti podređen nekom trajnom poretku, jer je on (narod kao nacija) ultimativni izvor svih političkih procesa. Na ovoj tački zalaganje protiv kontraktualnog pristupa ustavu gubi na snazi. Moglo bi se tvrditi kako legalistička interpretacija društvenog ugovora bolje služi njegovoj svrsi. Ako je ustav reduciran na tek jedno od mogućih ispoljavanja izvorne i neotuđive suverenosti, tada se ideja ustava kao privatno-pravno shvaćenog društvenog ugovora čini gotovo idealnim rješenjem.

Ipak, riječ je o izvanredno značajnom teorijskom pristupu, između ostalog i zato što je učinjen pokušaj da se na sistematski način postavi pitanje odnosa između kontraktualizma i koncepta ustava. Da li je moguće redefiniirati skicirani dvo-stepeni pristup, odnosno da li je moguće koristiti metaforu dvostrukog donošenja ugovora, u kojoj bi se ustav pojavio kao drugi, izvedeni društveni ugovor? U pravu je K. Šmit kada kaže da ustav ne može biti donijet, politički govoreći, *ex nihilo*. Činjenica da se ustav ne može teorijski zasnovati niti opravdati pozivanjem na metaforu prirodnog stanja, još uvijek ne poništava mogućnost da se ustav situira u teorijski koncept društvenog ugovora. Ponoviti ćemo stav da hipotetički društveni

ugovor može ponuditi teorijsko opravdanje za postojanje države. Pošto su sklopili pactum unionis kojim su se saglasili da napuste prirodno stanje, situacija u kojoj se tada nalaze pojedinci može biti određena kao političko stanje. Ovo određenje zajedničkog političkog okvira još uvijek je vrlo ograničeno i ambivalentno. Distinkcija između dva ugovora implicira da pactum unionis uspostavlja političku zajednicu, ali da se ovim činom nužno ne stvara pravno-politički okvir zajedničkog života. Prvi ugovor je paradigma samopreuzete obaveze. Sadržaj tog ugovora je moguće shvatiti i provizornim, ali ipak riječ je o svjesnom činu ljudi, kojim se uspostavlja okvir zajedničkog života. Možemo hipotetički zamisliti da su se pojedinci saglasili da odrede slobodu svakog od njih kao primarnu vrijednost i kao osnov njihovog života u političkoj zajednici. Princip jednake slobode za sve očigledno je nedovoljan, jer rudimentarna pravila koja u takvoj situaciji postoje ne proizvode političku obligaciju. Može se ipak reći da postavljajući fundamentalni princip-sloboda u jednakosti, kao vodeće pravilo uzajamnog priznavanja, pojedinci kreiraju definiciju zajedničke situacije. Ovo je, zapravo, preliminarna predstava političke zajednice, bez obzira na nepostojanje formalno obavezujućih pravila i političkih institucija. Stanje kreirano prvim ugovorom možemo nazvati političkim i zato što se njime uspostavlja mogućnost za identificiranje i razvoj različitih identiteta. Univerzalistički određen imperativ uzajamnog priznavanja, koji je apstraktan, otvara prostor za slobodnu afirmaciju partikularnih identiteta. Istovremeno, pojedinac prihvata svoju pripadnost zajednici, što je također priznanje apstraktne prirode, pošto zajednica ne uzima sadržaje specifičnih identiteta kao osnov svog postojanja, niti kao osnov legitimnih zahtjeva za lojalnost. Ovo bi nas moglo približiti objašnjenju osnova političkog legitimiteta i političke obligacije. Jedinstvo političke zajednice ne određuje se kao politički struktuirana suverena narodna volja, već kao politički struktuirana moralnost slobode. Zato se i pitanju političkog legitimiteta (za razliku od shvatanja K. Šmita) može pristupiti i na drugačiji način, odnosno na način traženja razloga za uvođenje koncepta ustava kao ugovora.

Konsenzualna (ugovorna) procedura donošenja ustava nužna je iz ponuđene perspektive razumijevanja prvog ugovora. Ako pojedinci koji obrazuju političku zajednicu moraju da se suoče sa neophodnošću prinudnog poretka, te ako ne žele da budu lišeni slobode, tada sloboda (kao temeljna vrijednost) mora biti ugrađena u same osnove prinudnog poretka. Kazano drugačije, pošto slobodni pojedinci uspostavljanjem političke vlasti postaju podvlašćeni, njihovo učešće u procesu donošenja ustava (pactum subiectionis) mora da predstavi prinudni poredak kao instrument slobode. U mjeri u kojoj se taj instrumentalni karakter može identificirati, pravni i politički poredak smatrat će se legitimnim.

Na ovom mjestu moramo se vratiti problemu identiteta. Zapravo, potrebno je odgovoriti na pitanje – u kome svojstvu se pojedinci pojavljuju kao ugovorne

strane – kao apstraktni građani ili kao etički i socijalno identificirani akteri. Za razliku od prvog ugovora, saglasna uspostava ustavnog sistema ne može se zasnivati isključivo na idealnoj predstavi pojedinca kao nosioca univerzalne moralnosti. Posebni identiteti moraju se uzeti u obzir. Da li to znači da se ni sadržaj ni motivacijska snaga ustava kao ugovora ne mogu objasniti bez uključivanja partikularnih identiteta? Jednoznačno bi pozitivan odgovor obesmislio i samu mogućnost konstitucionalizma. Pošto su međusobni odnosi partikularnih identiteta neponovljivi u njihovoj sadržajnoj raznolikosti, jednako neponovljivi morali bi biti i pravno-politički aranžmani koji ih reguliraju. Ovaj relativizam se ne bi mogao ograničiti samo na pravno-institucionalno uređenje političkog poretka već bi na direktan način doveo u pitanje i pretpostavljeni status slobode. Zato, ni apstraktna sloboda ni etički određeni identitet ne mogu egzistirati kao ekskluzivni obrasci kreiranja identiteta za ugovorno donošenje ustava. Donošenje ustava za dobro uređenu ljudsku zajednicu mora udovoljiti suprotstavljenim zahtjevima: primat slobode ne smije biti osporen, određenje općeg interesa mora biti obavezujuće, ali i prihvatljivo za članove zajednice i situirane etike (posebne identitete) koje moraju biti poštovane. Strane koje pristupaju ugovornom kreiranju ustava uvijek su socijalno-interesno-etički određeni akteri. Stoga, ugovorne strane u ustavotvornoj deliberaciji trebaju da priznaju princip jednake slobode kao polaznu tačku procesa. Akteri će prihvatiti ovaj princip iz razloga što na osnovu njihovog početnog iskustva življenja u političkoj zajednici znaju da očuvanje njihovih partikularnih identiteta zahtijeva uvažavanje primata slobode. Snošljiva socijalna i politička komunikacija u zajednici moguća je samo pod uslovom očuvanja jednake slobode uzajamno zainteresiranih pojedinaca. Samo ako članovi zajednice kao pojedinci prihvate imperativ da njihova sloboda nije prosto limitirana slobodom drugih, nego da postaje moguća tek u komunikaciji s apstraktno jednakim drugim, bit će moguće štititi i razvijati partikularne identitete. Dakle, veze između apstraktne univerzalne slobode i etički utemeljenih posebnih identiteta predstavljaju osnovna ustavna prava. Strane u procesu ugovaranja usaglašavat će pozitiviranje jednake slobode iz perspektive njihovih etičkih i interesnih pozicija koje su različite (posebne). Ustavni oblik posebnih prava bit će izveden iz konstelacije univerzalnog morala i partikularnih identiteta. Političko-institucionalni aranžmani, kao drugi glavni dio ustavnog ugovora, mogu i moraju biti prilagođavani zahtjevima etičkih identiteta, ali samo do mjere do koje to prilagođavanje ne ugrožava primat osnovnih prava, jer je poštivanje osnovnih prava osnov za vrednovanje legitimiteta državne vlasti i njenog prava da od građana zahtijeva lojalnost, te konačno i osnov realiziranja posebno utemeljenih identiteta.

Da zaključimo. Ustav kao pozitivirani društveni ugovor nije na voluntaristički način slobodan od socijalnih, etičkih i interesnih posebnosti članova političke

zajednice. Ustav ne kreira državu i političke oblige u moralno i politički praznom univerzumu. Osnovna prava, pojmljena principijelno kao prava uzajamnog priznavanja, predstavljaju tačku posredovanja između apstraktnog principa jednake slobode i situiranih partikularnih posebnosti. Susret “idealnog” i “realnog”, odnosno vrijednosno-normativnog i pozitivno-pravnog odigrava se u ustavu. Cjelina ustavnog ugovora izvodi se iz osnovnih prava. Način formuliranja osnovnih prava treba da bude ugovoren iz razloga što je od odlučujućeg značaja da nosioci partikularnih identiteta prihvate ustav kao okvir koji je nužan za očuvanje njihovih posebnosti i koji je dovoljno fleksibilan da omogući njihovu kohabitaciju sa drugim formama života. Zajednica može opstati jedino ako kohabitacija bude zasnovana na onome što kao zajedničko nadilazi partikularne identitete, ne poništavajući ih. Postizanje temeljnog konsenzusa i njegovo transformiranje u ustav čini da ovaj dokument ne bude samo najviši pravni akt, nego i da postane simbol zajednice. Na ovom putu konstitucionalizam treba da slijedi “logiku ustava” kao izvedenog društvenog ugovora.

Ustavna kriza (i politička kriza uopće) u Bosni i Hercegovini u postdejtonskom periodu je trajna kategorija jer faktički ne postoji (još) “novi dogovor naroda” (građani, državljani BiH nisu posebno bitna ustavna kategorija) o uspostavi države Bosne i Hercegovine, kao političke zajednice. Ustrajno ponavljanje (posebno od nekih predstavnika međunarodne zajednice) da je bosansko-hercegovačka država takva jer se njeni lideri ne mogu dogovoriti o novom, drugačijem ustavnom uređenju Bosne i Hercegovine u odnosu na postojeće (i drugim važnim pitanjima), krajnji je cinizam, jer u istu ravan stavlja i one koji su za Bosnu i Hercegovinu i oni koji je očigledno neće. I zaista, da li je moguć dogovor između onih koji hoće i priznaju državu Bosnu i Hercegovinu kao svoju državu i onih koji tu državu niti priznaju niti hoće. Naravno, prvenstveno mislimo na dogovor o novom Ustavu Bosne i Hercegovine, te smatramo da ovaj problem treba tretirati onakvim kakav on stvarno jeste, bez uopćenih “diplomatskih” određenja, koja su, zapravo, kao što smo već istakli, ne samo cinična, nego i neistinita. Faktički, građani, državljani Bosne i Hercegovine još se nisu udružili u političku zajednicu – nisu putem ustava uspostavili demokratsku i stabilnu državu. Narod – etnos – (“konstitutivni narod”, prema Ustavu BiH) se shvata kao nedjeljivi organizam koji se mora spojiti sa svojim “etničkim tlom” (teritorijem). Ovakvo zamišljena organska zajednica je po logici stvari autoritarna i “antidržavna”, u smislu da bitno priječi uspostavu države, kao političke zajednice građana. Poznato je da neke “moderne demokratije često – na konstitucionalnom nivou – predstavljaju spoj elementa državno-teritorijalnog i kulturno-etničkog pojma nacije.”¹⁷ Ako govorimo o

¹⁷ Slobodan Divjak: Problem identiteta, Beograd, 2006., str. 44.

navedenom “spoju elemenata” – državno-teritorijalnog i kulturno-etničkog poimanja nacije, valja imati u vidu da je uslov bez koga nema moderne demokratije primat individualnih prava. Može se pouzdano ustvrditi, kako normativno (po samom Ustavu), tako i u socijalnoj i političkoj zbilji, kao i u dijelu pravne i političke “nauke i teorije” u Bosni i Hercegovini, postoji tendencija spajanja kulturnog (etničkog) i političkog, što je u suprotnosti s modernim dosezima ustroja demokratske ustavne države.

Sadašnje (važće) ustavno rješenje za Bosnu i Hercegovinu se ne može razumjeti izvan vojnih i mirovnih rješenja, izvan vojnih i političkih intervencija međunarodnopravnim instrumentima. Bitne karakteristike dejtonskog ustavnog modela su:

- regulacija ustavnopravne materije međunarodnim ugovorom,
- etnizacija ustavotvorca uz otklanjanje apstraktnog građanina kao nosioca ustavotvorne vlasti,
- privremenost koja je u funkciji održavanja ustavnopravnog provizorija,
- “poustavljenje” ne-prava kojim se rezultati rata i ratni zločini transformiraju u javnopravni odnos,
- etnička konsenzus-demokratija koja podrazumijeva etnički dogovor o svim općedržavnim pitanjima i latentni sukob “konstitutivnih naroda” oko državnopravnih premisa,
- etnički determinizam kod donošenja odluka u državnim tijelima i organima,
- asistencija izvana u upravljanju državom,
- gubitak unutrašnjeg suvereniteta u formi obesnaženja sociološkog suvereniteta državnih organa,
- suspenzija efektivne zaštite proklamiranih ljudskih prava,
- antinomičnost koja zadire u noseće principe i temeljne ustavne odluke.¹⁸

¹⁸ Navedeno prema: Edin Šarčević: Dejtonski Ustav: karakteristike i problemi, “Status”, br. 13/2008., str. 163.

mr. Nermin Halilagić

POSEBNE ISTRAŽNE RADNJE U KRIVIČNOPROCESNOM ZAKONODAVSTVU BOSNE I HERCEGOVINE*

Sažetak

U prilogu pod naprijed navedenim naslovom pažnja autora je usmjerena na problematiku posebnih istražnih radnji u krivičnoprocenom zakonodavstvu u Bosni i Hercegovini. U uvodnim napomenama autor ukazuje na značaj posebnih istražnih radnji kada je u pitanju efikasnost krivičnog postupka. Složeni oblici organizovanog kriminaliteta zahtijevaju stalno usavršavanje metoda borbe protiv njih. S obzirom na svoju efikasnost na planu otkrivanja, razjašnjavanja i dokazivanja krivičnih djela organizovanog kriminaliteta, ove mjere su danas prihvaćene kao nezaobilazno sredstvo djelovanja u savremenom društvu protiv ovog vida kriminaliteta. U tom smislu autor se osvrnuo i na međunarodno utemeljenje posebnih istražnih radnji, te konstatira da je prvi međunarodni dokument koji predviđa neku od posebnih istražnih radnji Konvencija UN protiv nezakonitog prometa opojnih droga i psihotropnih supstanci. Autor također navodi kriterije klasifikacije posebnih istražnih radnji. U krivičnoprocenom zakonodavstvu Bosne i Hercegovine predviđeno je sedam posebnih istražnih radnji. Posebno su obrađeni temeljni uslovi za primjenu posebnih istražnih radnji (osnovi sumnje, nemogućnost ili poteškoće u pribavljenju dokaza, posebnost krivičnih djela, odgovarajuća odluka suda). U nastavku rada detaljno su pojašnjenja pitanja nadležnosti za određivanje, izvršenje i obavještanje o poduzetim radnjama. I u završnoj napomeni autor još jednom naglašava na delikatnost posebnih istražnih radnji, te posebno ukazuje na činjenicu da je dio materijalnog uvjeta koji se odnosi na krivična djela u pogledu kojih je moguće određivanje posebnih istražnih radnji preširoko određen.

Ključne riječi: organizovani kriminalitet, posebne istražne radnje, ljudska prava.

1. Pojam i značaj posebnih istražnih radnji u savremenoj borbi protiv kriminaliteta

Pojava novih, organizovanih formi kriminaliteta nužno je zahtijevala iznalaženje i primjenu novih, adekvatnih metoda kojima će se država i policija kao njena osnovna poluga koristiti za borbu protiv organizovanog kriminaliteta. Dosa-

*Rad recenzirao: prof. dr. Zvonimir Tomić

dašnji načini suprostavljanja organizovanom kriminalitetu nisu davali zadovoljavajuće rezultate, te imaju niz nedostataka iz razloga što otkrivanje, razjašnjavanje i dokazivanje krivičnih djela organizovanog kriminaliteta zahtijeva složeniji i kvalitetniji pristup u odnosu na ona krivična djela redovnog krivičnog postupka. Razlog složenijeg pristupa nalazimo u tome da je potrebno otkriti kriminalnu organizaciju, razjasniti njenu kriminalnu djelatnost kao i utvrditi učešće svakog njenog pripadnika u izvršenju pojedinog krivičnog djela. "Policija tradicionalnim policijskim metodama može u organizovanim skupinama, uglavnom, uhvatiti samo one počinitelje krivičnih djela koji obično imaju podređenu ulogu, a obzirom da su takvi pripadnici kriminalnih organizacija zamjenjivi i nadomjestivi, njihovim otkrivanjem ne završava se kriminalna djelatnost organizacije".¹ Zbog toga kod organizovanog kriminaliteta postaje aktualna konstatacija da "visokoj tehnici kriminalnih organizacija treba odgovoriti još višom tehnikom kriminalista".² Zbog navedenih razloga međunarodna zajednica kao i savremene države pokušavaju da iznađu adekvatne metode, načine, sredstva te u tom smislu donose posebne materijalno-pravne i procesne propise za njegovo sprečavanje, otkrivanje i suzbijanje. U tom kontekstu efikasnije borbe protiv organizovanog kriminaliteta ustanovljen je jedan korpus mjera koje nisu svakodnevnne i uobičajene kao kod 'klasičnog' i 'konvencionalnog kriminaliteta'. Ustanovljene radnje ili mjere za što potpuniji krivično-pravni sistem reakcije na ovaj oblik kriminaliteta koji odgovara i međunarodno prihvaćenim zahtjevima, najčešće se nazivaju specijalnim istražnim tehnikama, posebnim istražnim radnjama ili posebnim dokaznim radnjama. U uporednom krivičnoprocesnom zakonodavstvu, čak i u bivšim jugoslovenskim republikama gdje nema jezičkih barijera i različite pravne tradicije posebne istražne radnje različito se nazivaju.³

"Posebne istražne radnje predstavljaju određene načine prikupljanja dokaza

¹Modly, D.; Informatori, Ministarstvo unutarnjih poslova Republike Hrvatske, Zagreb, 1993., str. 39.

² Krivokapić, V., Bejatović, S., Banović, B.; Zbornik, Organizovani kriminalitet stanje i mjere zaštite, Policijska akademija, Beograd, 2005., str. 69.

³ U pravnoj literaturi koristi se i drugi nazivi, kao, npr., posebne mjere i radnje za otkrivanje i suzbijanje krivičnih djela organiziranog kriminaliteta i posebne prikrivene metode i sredstva izvida (Hrvatska), prikrivene istražne metode i posebne metode i sredstva (Slovenija), posebne dokazne radnje (Srbija), mjere tajnog nadzora (Crna Gora), prikrivene istrage (Njemačka) ili prikrivene metode (anglosaksonsko pravno područje). Vidjeti Sačić, Ž.; Primjena prikrivenih, posebnih izvidnih mjera za suzbijanje organiziranog i drugog teškog kriminala na području Republike Hrvatske, Hrvatski ljetopis za krivično pravo i praksu 7 (2000.) 2, str. 741., Grubać, M.; Demokratski nadzor nad primjenom posebnih ovlašćenja, Zbornik radova-elektronsko izdanje, Centar za civilno-vojne odnose www.ccmr-bg.org, Beograd, 2008., str. 48.

koji su po svom karakteru atipični, te se primjenjuju samo u odnosu na neka krivična djela koja su, s jedne strane, veoma teška, odnosno veoma ozbiljna, kako u faktičkom pogledu s obzirom na posljedice koje prouzrokuju u jednom općem životnom smislu, tako u krivičnopravnom pogledu, s obzirom na kaznu koja je za njih propisana, dok se, s druge strane, takva djela zahvaljujući nekim njihovim fenomenološkim karakteristikama, te psihološkim i drugim osobinama njihovih učinilaca, veoma teško otkrivaju, razjašnjavaju i dokazuju korišćenjem uobičajenih, odnosno redovnih dokaznih metoda”.⁴ S obzirom na svoju efikasnost, ove su mjere danas prihvaćene kao nezaobilazno sredstvo djelovanja te se smatraju imperativom u savremenim uvjetima od strane većine savremenih država u borbi protiv organizovanog kriminaliteta.

2. Osvrt na pojavu posebnih istražnih radnji

Prema historijskim bilješkama, korištenje doušnika i špijuna, uhođenje i tajno osmatranje, kao i pribavljanje tajnih planova i drugih dokumenata, takvi su metodi korišteni još od strane policije starog Rima (frumentari – istražitelji zločina u doba imperatora Trajana, agentura u doba Dioklecijana), dok se arhivom detaljnih informacija o ponašanju i opasnim namjerama privatnih lica, prikupljenih preko agenata i doušnika, naročito ponosila prva moderna tajna policija – Biro bezbjednosti u Parizu, osnovan 1667. godine, u doba Luja XIV.⁵ Rečenica koja se pripisuje jednom od šefova policije (Sartine) za vreme narednog vladavca, Luja XV, svjedoči o glavnom načinu prikupljanja podataka u to vrijeme: “Sire, kad tri čovjeka razgovaraju na ulici, jedan od njih je moj čovjek”.⁶

3. Uvođenje posebnih istražnih radnji na međunarodnom planu

Složeni oblici organizovanog kriminaliteta zahtijevaju stalni razvoj i prilagođavanje metoda borbe protiv njih, te je nužno savremenim oblicima kriminaliteta suprotstaviti na jedan ‘fleksibilan način’ odgovarajuće razvijene metode. Zbog prirode istraživanih složenih krivičnih djela i njihovih učinilaca, primjena

⁴ Škulić, M.; Komentar zakonika o krivičnom postupku, Službeni glasnik, Beograd, 2007., str. 479.

⁵ Mada se posebne istražne radnje uobičajeno nazivaju nove metode ipak se ne radi o metodama koje su nastale u novije vrijeme razvoja krivičnopravne nauke. Naime, ove metode su korištene u obavještajno-bezbjednosnoj ili kriminalističkoj praksi protiv, uglavnom, političkih delikventa u vrijeme nastanka buržoaskih država, dok je njihova primjena u borbi protiv tzv. klasičnog kriminala bila direktno i zakonom zabranjena. - Krivokapić, V., Bejatović, S., Banović.B.; op .cit., Zbornik..., str. 77.

posebnih istražnih radnji je krajem XX vijeka stekla i svoje međunarodno utemeljenje, pored onog u nacionalnim zakonodavstvima. Sve do tada nije bilo uobičajeno da se međunarodni akti upuštaju u rješavanje određenih konkretnih dokaznih pitanja, vezanih za primjenu posebnih istražnih radnji. Kao razlog rješavanja ovih pitanja na međunarodnom planu jest razvoj i priroda najtežih oblika kriminaliteta. Kao prvi dokument međunarodnog karaktera koji predviđa neku od posebnih istražnih radnji je Konvencija UN protiv nezakonitog prometa opojnih droga i psihotropnih supstanci (Bečka konvencija).⁷ Također, Konvencija UN protiv transnacionalnog organizovanog kriminala⁸ u odredbi člana 20. eksplicitno predviđa primjenu posebnih istražnih radnji, te se ističe da bi države potpisnice trebale da preduzmu neophodne mjere, ako to dozvoljavaju osnovni principi nacionalnog pravnog sistema, kako bi omogućile upotrebu posebnih istražnih radnji. U tom kontekstu možemo izdvojiti i "Palermku konvenciju" iz 2000. godine, u kojoj se ističe potreba za preduzimanje potrebnih mjera u cilju omogućavanja ispravne primjene kontrolisanih isporuka i drugih posebnih istražnih radnji od strane država potpisnica.⁹

4. Kriteriji klasifikacije

Na temelju različitih obilježja se mogu kategorizirati posebne istražne radnje. Prema sadržaju, neke radnje upotrebljavaju tehnička pomagala i metode (u ovu grupu ulaze svi oblici tehničkog snimanja osoba, prostorija, predmeta i telekomunikacija) dok druge nemaju te sadržaje. Pojedine posebne istražne radnje su isključivo kriminalističke radnje (primjerice opservacijske radnje, tajno praćenje) dok druge, prema vanjskom sadržaju (simulirani otkup predmeta), pripadaju pravnim poslovima.¹⁰

Prema vremenu trajanja, posebne istražne radnje možemo podijeliti u tri grupe. U prvu grupu ubrajaju se radnje s kratkim vijekom trajanja, koje u praksi najčešće traju do mjesec dana. Radnje sa srednjim vijekom trajanja koje obično traju nekoliko nedjelja, a najduže do šest mjeseci ubrajaju se u drugu grupu posebnih istražnih radnji. U treću grupu ubrajaju se radnje koje nisu vremenski ograničene što je posljedica naravi njihova djelovanja (npr. radnje infiltriranja).

Prema metodama prikupljanja podataka i informacija, posebne istražne rad-

⁶ Milosavljević, B.; Nauka o policiji, Beograd, 1997., str. 77.

⁷ Potpisana je u Beču 20. decembra 1988. godine.

⁸ Konvencija je usvojena na 55. sjednici Generalne skupštine UN-a 15. novembra 2000. godine.

⁹ Krivikapić, V., Bejatović, S., Banović, B.; op.cit., Zbornik..., str. 71.

¹⁰ Pavišić, B., et al.; Komentar zakona o kaznenom postupku s priložima, Knjiga prva, Rijeka, 2001., str. 333.

nje možemo podijeliti u nekoliko grupa. Prva grupa obuhvata mjere nadzora i praćenja, kraće rečeno, tradicionalnog kriminalističkog opserviranja. Kao druga grupa posebnih istražnih radnji javljaju se mjere koje za rezultat imaju audio i video zapise, odnosno snimke isključivo tehničkog karaktera (u ovu grupu ulaze svi oblici tehničkog snimanja osoba, prostorija, telekomunikacije i predmeta, ali u određenim slučajevima može to biti i tehnički snimak simuliranog otkupa predmeta i davanja potkupnine). Treća grupa su mjere koje podrazumijevaju ubacivanje, odnosno infiltraciju u kriminalno okruženje (ovakav vid djelovanja i prikupljanja podataka karakterističan je za prikrivenog istražitelja). I na kraju dolaze mjere u okviru kojih se vrši pribavljanje izvjesnih predmeta kao što je to slučaj sa simuliranim otkupom predmeta, odnosno simuliranim davanjem potkupnine.¹¹

Prema učešću policijskih službenika, posebne istražne radnje moguće je podijeliti na radnje koje zahtijevaju aktivno učešće na prikupljanju podataka i informacija (npr. prikriveni istražitelj), kao i one koje zahtijevaju pasivnu ulogu policije (npr. informator).

5. Posebne istražne radnje u Bosni i Hercegovini

Zakonima o krivičnom postupku u BiH (dalje u tekstu ZKP BiH) predviđene su posebne istražne radnje koje predstavljaju poseban oblik prikupljanja dokaznog materijala. Dotadašnja iskustva u borbi protiv organiziranog kriminaliteta, a posebno rješenja prisutna u komparativnom krivičnoprocesno zakonodavstvo, kao i iskustva u njihovoj primjeni dovela su da novim krivičnoprocesnim zakonodavstvom u Bosni i Hercegovini (1. marta 2003. godine) uvedene su po prvi put, posebne istražne radnje. Na ovaj način i krivičnoprocesno zakonodavstvo Bosne i Hercegovine se priključilo čitavom nizu evropskih zakonodavstva koja su počela s primjenom posebnih istražnih radnji. Pravni okvir za primjenu posebnih istražnih radnji u Bosni i Hercegovini određen je naročito ratifikovanim međunarodnim konvencijama, Ustavom Bosne i Hercegovine, zakonima o krivičnom postupku i krivičnim zakonima. Predviđeno je ukupno sedam vrsta posebnih istražnih radnji: 1) nadzor i tehničko snimanje telekomunikacija, 2) pristup kompjuterskim sistemima i kompjutersko sravnjenje podataka, 3) nadzor i tehničko snimanje prostorija, 4) tajno praćenje i tehničko snimanje osoba, transportnih sredstava i predmeta koji stoje u vezi s njima, 5) korištenje prikrivenih istražitelja i korištenje informatora, 6) simulirani i kontrolirani otkup predmeta i simulirano davanje potkupnine, 7) nadzirani prijevoz i isporuka predmeta krivičnog djela.¹²

¹¹ Halilović, H.; Prikriveni istražitelj: pravno-kriminalistički pristup, Sarajevo, 2005., str. 22.

¹² Čl. 116. st. 2. tač. a) do g) ZKP BiH i čl. 33. ZKP ZID ZKP, Čl. 130. st. 2. tač. a)-g) ZKP FBiH i čl. 226. st. 2. tač. a)-e) ZKPRS, ČL. 116. st. 2. tač. a)-g) ZKP BD BiH

6. Temeljni uvjeti posebnih istražnih radnji

Za primjenu posebnih istražnih radnji vrijede određeni uvjeti koji se dosljedno naglašavaju i u krivičnoprocesnom zakonodavstvu Bosne i Hercegovine, te su zajednički za sve navedene posebne istražne radnje.

Temeljni uvjet koji mora biti ispunjen za poduzimanje bilo koje od posebnih istražnih radnji jeste postojanje osnova sumnje¹³ da je osoba sama ili s drugim osobama učestvovala ili učestvuje u izvršenju krivičnih djela predviđenih u čl. 117. ZKP BiH i čl. 34. ZID ZKP BiH (čl. 116. st. 1. ZKP BiH i čl. 33. ZID ZKP BiH).¹⁴ Drugim riječima, protiv osumnjičenog, za koga postoje osnovi sumnje da je sam izvršio krivično djelo iz zakonom izdvojene grupe krivičnih djela ili učestvuje u izvršenju takvog krivičnog djela, kao i protiv osumnjičenog za koga postoje osnovi sumnje da je s drugim osobama sudjelovao u izvršenju krivičnog djela navedenog u čl. 117. ZKP BiH i čl. 34. ZID ZKP BiH, odnosno učestvuje s drugim osobama u izvršenju takvog krivičnog djela mogu se primijeniti posebne istražne radnje. Temeljni uvjet, odnosno osnovi sumnje, moraju se odnositi na konkretnu osobu kao pretpostavljenog izvršioca određenog krivičnog djela. Osnovi sumnje trebaju da predstavljaju izvore saznanja o činjenicama iz kojih proizilazi vjerovatnost da je određena osoba izvršila krivično djelo za koje zakon dopušta primjenu posebnih istražnih radnji. Osnovi sumnje da je određena osoba sama ili s drugim osobama učestvovala ili učestvuje u izvršenju krivičnog djela moraju postojati prije određivanja neke od posebnih istražnih radnji.

Drugi opći uvjet za određivanje posebnih istražnih radnji dijeli se u dva pravca.¹⁵ Prvi se pravac odnosi na nemogućnost pribavljanja dokaza na drugi način, a za drugi pravac ovog uvjeta potrebno je utvrditi da je njihovo pribavljanje povezano s nesrazmjernim teškoćama. Tužioc, da bi koristio neku od posebnih istražnih radnji, mora prethodno iskoristiti druge načine da pribavi dokaze, i tek u nemogućnosti da na druge načine pribavi dokaze ili je prikupljanje dokaza povezano s nesrazmjernim teškoćama, može koristiti posebne istražne radnje.

¹³ Osnovi sumnje su minimalni pravni standard da je počinjeno krivično djelo koje, za razliku od općih istražnih radnji, moraju biti usmjereni i prema određenoj osobi kao mogućem počinitelju. Posebne istražne radnje, osim osoba za koje postoje osnove sumnje da su počinile krivično djelo, mogu se odrediti i prema osobama za koje postoje osnovi sumnje da počinitelju ili od počinitelja prenose informacije u vezi s krivičnim djelom, odnosno da se počinitelj koristi njihovim telefonom, telefaksom ili nekim drugim telekomunikacijskim uređajem (čl. 116. st. 3. ZKP BiH).

¹⁴ Čl. 130. st. 1. ZKPF BiH, čl. 116. st. 1. ZKPB BiH, čl. 226. st. 1. ZKPRS.

¹⁵ Up. čl. 116. st. 1. ZKP BiH, čl. 130. st. 1. ZKPF BiH, čl. 116. st. 1. ZKPB BiH, čl. 226. st. 1. ZKPRS

Nemogućnost, odnosno povezanost s nesrazmjernim teškoćama prikupljanja dokaza predstavljaju takve okolnosti zbog kojih tužioc ne može uopće doći do dokaza o pravno relevantnim činjenicama i sve to da bi uticalo na produženje istrage, odnosno na njeno duže trajanje.

Primjena posebnih istražnih radnji dozvoljena je samo za određena krivična djela, te bi to bio treći uvjet.

Četvrti formalni uvjet za primjenu posebnih istražnih radnji jeste postojanje odgovarajuće odluke suda, odnosno naredbe sudije za prethodni postupak. Navedenoj naredbi predhodi inicijativa nadležnog državnog organa – Tužioca. Tužioc daje obrazloženi prijedlog sudiji za prethodni postupak radi primjene neke od posebnih istražnih radnji ako to ocijeni potrebnim. Naredba o primjeni neke od posebnih istražnih radnji odnosi se na tačno određeno lice ili lice za koje postoje osnovi sumnje da su učinioci ili učesnici u tačno određenom “kataloškom” krivičnom djelu. Često se u jednoj naredbi prema određenom licu određuje primjena više posebnih istražnih radnji. Koliko će biti navedeno posebnih radnji u naredbi, zavisi od sudske ocjene svrsishodnosti njihove primjene. Tu naredbu sudija za prethodni postupak dostavlja tužiocu koji je prosljeđuje policijskom organu na izvršenje. Pravilo je da naredba mora biti srazmjerna između težine samog krivičnog djela i radnje.

7. Nadležnost za određivanje i izvršenje posebnih istražnih radnji kao i obavještanje o poduzetim radnjama

Posebne istražne radnje, što smo već prethodno naglasili, mogu se preduzeti samo na osnovu (pisane ili usmene) naredbe sudije za prethodni postupak.¹⁶ Na osnovu navedenog može se zaključiti da je ZKP BiH nadležnost odlučivanja o primjeni posebne istražne radnje ostavio isključivo sudiji za prethodni postupak.

Sudska pisana naredba po pravilu mora biti u određenoj formi i s propisanim sadržajem, dok je usmena naredba izuzetak. Zakon iz razloga efikasnosti sprovođenja krivičnog postupka izuzetno dozvoljava da prvi korak u određivanju posebnih istražnih radnji bude usmena naredba sudije za prethodni postupak.¹⁷ Za donošenje usmene sudske naredbe o preduzimanju posebne istražne radnje postoje dva uvjeta koja moraju biti kumulativno ispunjena.¹⁸ Prvi uvjet je da se pisana naredba ne može dobiti na vrijeme, dok se za drugi uvjet zahtijeva postojanje opasnosti od odlaganja.

¹⁶ Up. čl. 118. st. 1. ZKP BiH (čl. 132. ZKPF BiH, čl. 228. ZKPRS, čl. 118. ZKPBD BiH)

¹⁷ Sijerčić-Čolić, H. et al.; Komentari zakona o krivičnom/kaznenom postupku u Bosni i Hercegovini, Sarajevo, 2005., str. 366.

¹⁸ Up. čl. 118. st. 2. ZKP BiH

Usmena sudska naredba podrazumijeva da je za njeno daljnje preduzimanje potrebno pribaviti i sudska naredbu u pisanoj formi. Rok za pribavljanje pisane sudske naredbe iznosi 24 sata od izdavanja usmene naredbe.

Inicijativa za određivanje posebnih istražnih radnji potiče od tužioca. U svom prijedlogu koji podnosi sudiji za prethodni postupak, tužioc mora obrazložiti potrebu za preduzimanjem posebne istražne radnje i postojanje uvjeta za njenu primjenu. Prijedlog tužioca sadrži i podatke o osobi protiv koje se radnja preduzima u smislu identifikacije bilo osumnjičene osobe (V. čl. 116. st. 1. ZKP BiH), bilo treće osobe za koju postoje osnovi sumnje da se nalazi u specifičnoj komunikacijskoj vezi s osumnjičenim (V. čl. 116. st. 3. ZKP BiH), osnove sumnje za navedene osobe, razloge za preduzimanje radnji (npr. težina krivičnog djela, odnosno djela koje se vrši, posljedice krivičnog djela i sl.).

Također, u obrazloženom prijedlogu sudiji za prethodni postupak, konkretizuje se posebna istražna radnja ili više njih. One su određene u smislu da nije ostavljeno sudiji za prethodni postupak da ih on određuje. Ako je u prijedlogu zatraženo primjena dvije ili više posebnih istražnih radnji, u tom će slučaju sudija za prethodni postupak morati za svaku od njih procijeniti postojanje zakonskih uvjeta za njenu primjenu. Način izvršavanja svake pojedinačno posebne istražne radnje se također navodi u obrazloženom prijedlogu koji upućuje tužioc.

Naredba sudije za prethodni postupak kojom se određuje i produžava posebna istražna radnja, mora se zasnivati na dva osnovna uvjeta. Za prvi uvjet potrebno je utvrditi neophodnost baš te posebne istražne radnje, odnosno ocjena nemogućnosti ili nesrazmjerno otežanog prikupljanja dokaza na drugi način. Prema drugom uvjetu, potrebno je utvrditi mogućnost da li bi se drugim mjerama mogli prikupiti potrebni dokazi kojima se manje ograničava prava i sloboda građana. Ovakva procjena sudije za prethodni postupak se zasniva na njegovoj procjeni svih postojećih i relevantnih objektivnih i subjektivnih okolnosti koje govore u prilog, odnosno obrnuto, ukazuju da bi se isti rezultati eventualno mogli postići i nekim drugim mjerama kojima se manje ugrožavaju ljudska prava.¹⁹ U slučaju da sudija za prethodni postupak ocijeni da se isti dokazi mogu prikupiti na drugi način kojim se manje ograničavaju prava i slobode građana, on ne smije odobriti niti produžiti neku od posebnih istražnih radnji. Pisana naredba sudije za prethodni postupak mora imati određeni sadržaj, odnosno imati iste elemente kao obrazloženi prijedlog koji upućuje tužioc. Na taj se način naredba sudije dovodi u vezu s obrazloženim prijedlogom, što znači da i sudska naredba mora sadržavati: podatke o osobi

¹⁹ Škuljić, M.; Organizovani kriminalitet-pojam i krivičnoprocesni aspekti, Dosije, Beograd, 2003.,str. 392.

protiv koje se naređuje sprovođenje posebnih istražnih radnji, kao i materijalno pravni uvjet da je određena osoba izvršila ili učestvuje u izvršenju određenog “kataloškog” krivičnog djela iz čl. 117. ZKP BiH i čl. 34. ZID ZKP BiH, odnosno da je zajedno s drugim osobama učestvovao ili učestvuje u izvršenju krivičnog djela iz zakonom propisane grupe krivičnih djela.

Pored navedenih elemenata, sudska naredba mora sadržavati činjenični i zakonski opis krivičnog djela. U sudskoj naredbi, pored ostalog, moraju biti naznačeni i razlozi kao i ostale bitne okolnosti koje zahtijevaju poduzimanje mjera ili radnji, kao i navođenje prikrivane radnje (ili radnji) koje se odobravaju od strane sudije za prethodni postupak, te način njegovog izvođenja, kao i obim i vrijeme trajanja odobrene, odnosno naređene radnje. Vremenski početak primjene mjere, tj. trenutak od kog se računa vremenski okvir njenog trajanja također se mora naznačiti u sudskoj naredbi.

Ukoliko se radi o osobi koja nije učinitelj krivičnog djela, onda tužilac mora navesti osnove sumnje iz kojih se vidi da određena osoba prenosi učinitelju ili od učinitelja informacije o određenom krivičnom djelu, ili mu stavlja na raspolaganje svoje sredstvo telekomunikacije. Prema odredbama ZKP BiH, posebne istražne radnje provode, odnosno sudsku naredbu izvršavaju policijski službenici, a preduzeća koja vrše prenos informacija dužna su pružiti neophodnu pomoć te omogućiti tužiocu i policijskim službenicima provođenje mjera iz člana 116. ZKP BiH i čl. 33. ZID ZKP BiH.²⁰

Prema odredbi člana 119. st. 3. ZKP BiH sudija za prethodni postupak će, bez odlaganja, a nakon preduzimanja posebnih istražnih radnji iz člana 116. ZKP BiH i 33. ZID ZKP BiH, obavijestiti osobu protiv koje je radnja preduzeta.²¹ Bez odlaganja, tumači se kao odmah. Zakon ne određuje oblik ili formu ovog obavještanja. U praksi se može uzeti da je riječ o pisanom obavještenju koje mora sadržavati podatke: o razlozima za preduzimanje mjere (npr., nesrazmjerne teškoće u prikupljanju dokaza), o vrsti mjere koja je preduzeta (npr., nadzor i tehničko snimanje prostorija), osnovima sumnje iz člana 116. st. 1. i 3. ZKP BiH vezanim uz neko od krivičnih djela navedenih u članu 117. ZKP BiH i članu 34. ZID ZKP BiH kao i trajanju radnje.²² Osumnjičeni ima pravo da bude obaviješten o preduzetoj

²⁰ Up. čl. 118. st. 6. i čl. 72.a ZID ZKP BiH

²¹ Stav Evropskog suda za ljudska pitanja u vezi s ovim pitanjem je da nije neophodno, bez izuzetka, postaviti pravilo o obavještanju lica koje je bilo pod prismotrom jer to može ugroziti dugoročni cilj koji je doveo do prisмотрe. Tamo gdje nema opravdanog razloga za izostavljanje obavještanja lica da je bilo pod prismotrom, neobavještanje bi predstavljalo povredu Evropske konvencije o ljudskim pravima. prema Krivkapić, V., Bejatović, S., Banović, B., op. cit., Zbornik..., str. 76.

²² Sijerčić-Čolić, H. et al.; op. cit., Komentari..., str. 371.

radnji tako da se ovo obavlještenje ne može davati u štucrom ili nepotpunom obliku. Nije utvrđeno propisom pravo osobe da od suda zatraži preispitivanje osnovanosti i zakonitosti naređenih posebnih istražnih radnji, ali to pravo bez sumnje postoji.²³

8. Krivična djela za koja se mogu primjenjivati posebne istražne radnje

Prilikom primjene posebnih istražnih radnji na suzbijanju organizovanog kriminaliteta, nameće se pitanje obima krivičnih djela za koje se mogu primjenjivati specijalne tehnike ili posebne istražne radnje. Pritom je potrebno obratiti pažnju da, prilikom normiranja, obim ovakvih krivičnih djela ne bude ni preuzak, a ni preširoko postavljen. Preusko postavljen obim donosi izostavljanje očekivanih efekata dok bi u drugom slučaju ove metode bile stavljene u istu ravan s drugim tradicionalnim metodama prikupljanja dokaza.

Koriste se uglavnom dva načina određivanja obima krivičnih djela u državama koja primjenjuju posebne istražne radnje. Kao prvi način javlja se princip enumeracije (kataloga). Prema ovom principu, u zakonu se navode ona krivična djela za koja se mogu primijeniti posebne istražne radnje. Prema drugom principu, osnovni kriterij za primjenu ovih mjera predstavlja visina zakonom predviđene kazne.²⁴ Prema ZKP BiH, prilikom određivanja krivičnih djela zakonodavac se opredijelio za kombinaciju principa enumeracije (kataloga) krivičnih djela, kada je u odredbama ZKP naveo krivična djela za koja se mogu odrediti posebne istražne radnje, kao i princip gdje visina zakonom predviđene kazne zatvora predstavlja osnovni kriterijum za primjenu ovih mjera. Posebne istražne radnje navedene u članu 116. ZKP BiH i čl. 33. ZID ZKP BiH, mogu se odrediti za sljedeća krivična djela: protiv integriteta Bosne i Hercegovine, protiv čovječnosti i vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom, terorizma i na kraju, za krivična djela za koja se prema zakonu može izreći kazna zatvora tri godine ili teža kazna.²⁵

Posebne istražne radnje, prema službenim navodima, sve se više upotrebljavaju od strane državnih organa u BiH u otkrivanju i procesuiranju najsluženijih oblika kriminaliteta, uključujući i terorizam, tako da danas predstavljaju nezamjenjivo sredstvo u toj borbi.

²³ Ibidem, str. 370.

²⁴ Više o tome Matić G.; Specijalne istražne tehnike u krivično-procesnom zakonodavstvu Republike Srbije, Pravni život broj 10, 2007., str. 98.

²⁵ Up. čl. 117. ZKP BiH i čl. 34. ZID ZKP BiH

9. Završne napomene

Pored nesumnjivih i očiglednih prednosti, posebne istražne radnje imaju i negativnu stranu. Naime, njihovom primjenom se najviše zadire u zonu zaštićenih i garantovanih prava i sloboda građana, a prvenstveno u pravo na privatnost. Zaštita prava pojedinca na privatnost od nedopuštenog miješanja proklamovana je u međunarodnom pravu i ustavima većine država kao fundamentalno ljudsko pravo koje uživa pravnu zaštitu. I upravo polazeći od ovoga u normiranju, kao i u primjeni posebnih istražnih radnji, mora se stalno imati u vidu njihova delikatnost i opasnost. Ta njihova opasnost se sastoji u tome što one veoma lako mogu da budu zloupotrijebljene i da dođu u sukob s odredbama o ljudskim pravima. Naše mišljenje je da su posebne istražne radnje uprkos navedenim strahovima u vezi s kršenjem ljudskih prava neophodne u uspješnom suprostavljanju organizovanom kriminalitetu, a da je ugrožavanje ljudskih prava njihovom zakonskom primjenom žrtva koju moramo svi podnijeti u toj borbi protiv složenog kriminaliteta. Međutim, potrebno je naglasiti da to ni u kom slučaju ne daje pravo državi da neograničeno podvrgava svoje građane primjeni ovih mjera. Država, dakle, nema neograničeno diskrecijsko pravo da svoje građane podvrgne tajnom nadzoru.

Kao jedan od načina koji će omogućiti manju zloupotrebu korištenja posebnih istražnih radnji, a time i stvoriti veću sigurnost po zaštitu ljudskih prava, trebalo bi da se kao uvjet za primjenu navedenih radnji polazi od osnovane sumnje. Razlog takvog zahtjeva pronalazimo u činjenici da je osnovana sumnja veći stepen izvjesnosti i veći garant poštivanja ljudskih prava u odnosu na osnove sumnje kako je to sad prema ZKP BiH.

Mišljenja smo da, zbog mogućnosti zloupotrebe, dio materijalnog uvjeta koji se odnosi na krivična djela u pogledu kojih je moguće određivanje preduzimanja posebnih istražnih radnji, preširoko određen. Naime, Zakonom o izmjenama i dopunama ZKP BiH iz avgusta 2008. godine ("Službeni glasnik BiH" br. 58/08) propisano je da se primjena posebnih istražnih radnji može odrediti bez ikakvih dodatnih uvjeta, kao i za krivična djela za koje je propisana kazna od tri godine. Na ovaj način stvorena je situacija da se posebne istražne radnje mogu odrediti u odnosu na najveći broj krivičnih djela i s obzirom na tu činjenicu imaju gotovo rutinski karakter, a što je s obzirom na njihove specifičnosti veoma loše rješenje.

Literatura

1. **Grubać, M.**; Demokratski nadzor nad primjenom posebnih ovlaštenja, Zbornik radova-elektronsko izdanje, Centar za civilno-vojne odnose www.ccmr-bg.org., Beograd, 2008.
2. **Halilović, H.**; Prikriveni istražitelj: pravno-kriminalistički pristup, Sarajevo, 2005.
3. **Krivić, V., Bejatović, S., Banović, B.**; Zbornik, Organizovani kriminalitet stanje i mjere zaštite, Policijska akademija, Beograd, 2005.
4. **Matić, G.**; Specijalne istražne tehnike u krivično-procesnom zakonodavstvu Republike Srbije, Pravni život - časopis za pravnu teoriju i praksu, broj 10/2007.
5. **Milosavljević, B.**; Nauka o policiji, Beograd, 1997.
6. **Pavišić, B.**; Komentar zakona o kaznenom postupku, 5. izdanje, Rijeka, 2005.
7. **Pavišić, B. et. al.**; Komentar zakona o kaznenom postupku s priložima, Rijeka, 2003.
8. **Petrović, B.**; Narkokriminal, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2004.
9. **Sačić, Ž.**; Primjena prikrivenih, posebnih izvidnih mjera za suzbijanje organiziranog i drugog teškog kriminala na području Republike Hrvatske. Hrvatski ljetopis za krivično pravo i praksu 7 (2000.) 2.
10. **Sijerčić-Čolić, H.**; Prikrivene istražne mjere u svijetlu efikasnosti krivičnog postupka i zaštite osnovnih prava i slobode čovjeka. Pravo i pravda, br.1, 2002., str. 27. - 47.
11. **Sijerčić-Čolić, H.**; Skrivno sodelovanje s policijo-kriminalistični in kazenskoprocesni vidik, Revija za kriminalistiko in kriminologijo, vol. 46. Ljubljana, 1995.
12. **Sijerčić-Čolić, H.**; Krivični postupak i zaštita prava i sloboda čovjeka, Čitanka ljudskih prava-zbirka tekstova, Centar za ljudska prava, Sarajevo, 2001.
13. **Sijerčić-Čolić, H.**; Krivično procesno pravo, Knjiga prva, Krivičnoprocesni subjekti i krivičnoprocesne radnje, Sarajevo, 2005.
14. **Sijerčić-Čolić, H.**; Krivično procesno pravo, Knjiga prva, Krivičnoprocesni subjekti i krivičnoprocesne radnje, Sarajevo, 2008.
15. **Sijerčić-Čolić, H., et. al.**; komentari zakona o krivičnom/kaznenom postupku u Bosni i Hercegovini, Sarajevo, 2005.
16. **Sijerčić-Čolić, H., Vuleta, D., Hadžiomerađić, M.**; Komentar Zakona o krivičnom postupku, Sarajevo, 1999.
17. **Simović, M.**; Krivično procesno pravo, Uvod i opšti dio, Bihać, 2006.
18. **Simović, M.**; Praktični komentar zakona o krivičnom postupku Republike Srpske, Visoka škola unutrašnjih poslova, Banja Luka, 2005.
19. **Škulić, M.**; Prikriveni isljednik - zakonsko rješenje i neka sporna pitanja,

Bezbjednost, Beograd, br. 3/05, str. 390. - 392.

20. **Škulić, M.**; Organizovani kriminalitet-pojam i krivičnoprocesni aspekti, Dosije, Beograd, 2003.
21. **Škulić, M.**; Komentar zakonika o krivičnom postupku, Službeni glasnik, Beograd, 2007.

Pravni izvori :

1. Zakon o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine (“Službeni glasnik BiH”, 3/03, 32/03, 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 58/08)
2. Zakon o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine (“Službene novine Federacije BiH”, br. 35/2003)
3. Zakon o krivičnom postupku Republike Srpske (“Službeni glasnik Republike Srpske”, br. 50/2003)
4. Zakon o krivičnom postupku Brčko Distrikta BiH (“Službeni glasnik Brčko Distrikta BiH”, br. 10/200)
5. Zakon o Tužilaštvu BiH (“Službeni glasnik BiH”, br. 3/03, 37/03, 42/03, 9/04, 4/04, i 61/04)
6. Zakon o Sudu BiH (“Službeni glasnik BiH”, br. 9/04, 4/04, 35/04, 61/04, 32/07)
7. Krivični zakon BiH (“Službeni glasnik BiH”, br. 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07)
8. Napuljska politička deklaracija i globalni akcioni plan u borbi protiv organiziranog transnacionalnog kriminaliteta (1994.)
9. Konvencija UN-a protiv nezakonitog prometa opojnih droga i psihotropnih supstanci (1998.)
10. Konvencija Ujedinjenih nacija protiv transnacionalnog organizovanog kriminala (2000.)

dr. Sanjin Omanović, redovni profesor
dr. Fuad Purišević, docent

COMMON LAW PARNICA*

Sažetak

U ovom radu, autori su nastojali prezentirati temeljne odrednice Common Law parničnog sistema u Sjedinjenim Američkim Državama i Velikoj Britaniji, sagledavajući historijske, političke, pravne, normativne i aspekte sudske prakse na kojima se, u biti, zasniva Case law sistem. Pri tome je naročito akceptiran faktor prakse angloameričkih sudova pa su autori na nekoliko karakterističnih primjera praktično ukazali na sve bitne postulate na kojima se temelji ovaj parnični model.

Ključneriječi: *Common Law, parnica, sud*

I. SJEDINJENE AMERIČKE DRŽAVE

1. Opće napomene

Od kako je 1789. godine američki Kongres donio prvi Zakon o sudstvu kojim je data važnija uloga federalnom pravosuđu, tj. mogućnost revizije federalnih sudova u odnosu na odluke pojedinih saveznih država, počinje nova epoha u razvoju američkog pravosuđa nakon teških godina građanskog rata (1861.-1865). Već naredne, 1890. godine doneseni su poznati Šermanovi zakoni u borbi protiv trustova, čime je trasiran put formiranju zakonodavstva.

Kao zemlja s tradicijom običajnog komon lou (*common law*) prava, Sjedinjene Američke Države (skraćeno: SAD) su svoj pravni sistem izgradile na precedentnom kejš lou (*case law*) pravu i pisanim zakonima. U federalnom ustrojstvu svaka od država-članica je razvila svoje samostalno zakonodavstvo i sistem sudova na čijem vrhu se nalazi Apelacioni sud. Naime Federalni sud SAD-a je ustrojen na tri nivoa, i to kao okružni (*district court*), apelacioni (*court of appeal*) i vrhovni sud (*supreme court*), s tim da postoje i posebni sudovi kao što su carinski, vojni i dr.

Sudovi su organizovani na teritorijalnom i instancionom principu, a sa stanovišta stranaka u sporu, građanskopravne stvari se mogu podijeliti na tri vrste sporova: u vezi s nadležnošću povodom federalnih pitanja, zatim sporovi u kojima

* Rad recenzirao: doc. dr. Suad Hamzabegović

je jedna strana u sporu SAD i treće, sporovi između građana različitih država - članica.

Za neke sporove je Kongres odredio isključivu nadležnost federalnih sudova (pomorski, stečajni, patentni, autorski sporovi), a u ostalim slučajevima postoji takozvana "konkurentna sudska nadležnost".¹

Praktikuju se dva osnovna načina vršenja revizije do strane Vrhovnog suda: putem instituta *writ of certiorari*, tj. naredbe nižem sudu da predmetni spor dostavi na rješavanje, te putem žalbe. U pogledu prava koje primjenjuju federalni sudovi važi novije procesno pravilo *diversity jurisdiction* što znači da primjenjujući pravo države-članice u slučajevima iz domena različite sudske nadležnosti, federalni sud dolazi do istih rješenja do kojih bi došao i sud države-članice na čijoj se teritoriji on nalazi.²

Civilna jurisdikcija se generalno klasificira s obzirom na prirodu samog spora i prema kriterijumu stranaka u sporu³. Funkcija građanskih *common law* sudova je limitirana s jedne strane s pravilima presuđene stvari (*res iudicata*), a s druge strane doktrinom sudskih precedenata, shodno latinskoj maksimi: *Stare decisis, et non quicta movere* (Sec. C. J. 7., 52., 1.), tj., treba držati odlučenom i ne pokretati ono što je mirno (rješeno).⁴

Mada u SAD-u precedentno pravo nije tako kruto kao u Engleskoj, ono predstavlja element tradicije običajnog prava koje se temelji na četiri fundamentalna postulata: *equality* (jednakost građana pred sudom), anticipativnog (*anticipating*) faktora, tj. predvidljivosti mogućeg rješenja budućih sporova i ekonomskom (*economical*) faktora koji se ogleda u racionalizaciji novca i vremena u pogledu rješavanja novih slučajeva i poštivanja (*respectability*) vjerodostojnosti ranije donesenih sudskih odluka.⁵

2. Parnični postupak u SAD-u

Parnični postupak je uređen zakonima o građanskom postupku država-članica, uz postojanje federalne civilne sudske procedure i pravila koje je 1938. godine objavio Vrhovni sud SAD-a, a do danas je više puta dopunjavana i mijenjana amandmanima.

¹Allan Farnsworth: An introduction do the legal system of the United States, Oceana Publication, New York 1963., str. 39. (Reprint 2003.)

²Farnsworth: op. cit. str. 43.

³Henry J. Abraham: The Judicial process, 5th edition, Pennsylvania 1998., str. 157. i dalje » The courts may hear and dispose of cases and controversies in law and equity...«

⁴Prema: Stojčević-Romac, *Dicta et regulea juris*, II. izdanje, Beograd 1971., str. 480.

⁵Benjamin Nathan Cardozo: *The Nature of the Judicial Process*, New York 1921., str. 20.

U strukturi sporova dominiraju parnice za naknadu štete (tzv. kompenzatorni sporovi) koje egzistiraju uporedo sa sporovima o povraćaju stvari i prava (*in personam – in rem*) i onim povodom tzv. restitucionih zahtjeva, te porodični sporovi i sporovi u kojima se razrješavaju sporna pitanja i utvrđuju prava među parničarima, kao i oni koji se odnose na zaštitu ličnih sloboda čovjeka i građanina.⁶

a) Prethodni postupak

Parnični postupak se dijeli na prethodni (pripremni) postupak i na samo suđenje, koje uglavnom ima karakter porotnog suđenja. U prethodnom postupku odlučuje sudija pojedinac, bez učešća porote, a stranke u pravilu zastupaju advokati. Akt tužbe (*action*) materijalno se sastoji iz dva dijela. Tužbenog zahtjeva (*claim*) i poziva na sud, koji se sastavlja na strogo formalan način (*iudicial writ*), što je relikv starog *common law* instituta sličnom *in ius vocatio*.

U američkoj procesualističkoj terminologiji, ovaj se poziv s tužbom naziva *summ*-om, što bi se u slobodnom prijevodu dalo protumačiti i kao opomena tuženom (*defendant*) da se odazove pozivu, a sadrži ga i pravilo 4. Federalne civilne procedure.⁷

Tuženi ulazi u spor činom popunjavanja odgovarajućeg formulara kojim odgovara tužitelju nakon zasnivanja litispendencije, tj. primitka tužbe sa sudskim pozivom. Propuštanje ove radnje može biti sankcionisano sudskom kaznom izrečenom od strane suda! Kontradiktornost predhodnog postupka je naglašena, pri čemu sud ima pasivnu ulogu, a sudski istražni metod sveden na minimum.⁸

Američki pravnici smatraju da su aktom podnošenja tužbe tužitelji (plaintiff) imovinski interesi u opasnosti jer su izloženi riziku da tuženi kao dužnik (debtor) otuđi svoju imovinu kao predmet mogućeg izvršenja. Stoga tužitelj može tražiti obezbjeđenje od suda u vidu donošenja mjere zabrane raspolaganje dužnikovom imovinom, slično kao u našem pravu (izdavanje privremene mjere).

Pravo na tužbu je ekstenzivno koncipirano u američkom civilnom procesu, što se smatra baznom ustavnom garancijom zaštite interesa i imovine svakog pojedinca. Tužba u pravilu treba da sadrži samo osnovna i kratka činjenična tvrđenja koja ukazuju na osnovanost traženja sudske zaštite, s tim da ona ne moraju biti utemeljena na konkretnim argumentima i dokazima u fazi podnošenja tužbe.

⁶ Farnsworth: op. cit. str. 96.

⁷ Federal Civil Judicial Procedure and Rules, West Publishing Company, St Paul 2001 ed. str. 18.

⁸ U tom smislu, Rosenbegr-Weinstein: Elements of Civil Procedure, Oxford 1962., (Copy right 2002.), str. 29. i 30.

Svrha pripremnog ročišta je upravo da se prethodno razriješe sva sporna pitanja među strankama na kontradiktoran način.⁹

Svakako da se, kao i u našem parničnom postupku, spor može meritorno okončati već i na pripremnom ročištu poravnanjem stranaka, priznanjem tužbenog zahtjeva od strane tuženog, odricanjem tužitelja od tužbenog zahtjeva i sl. - dakle, dispozitivnim radnjama samih parničara.

Međutim, moguće je da tuženi podnese kontra zahtjev (*cross-claim*) u vidu protivtužbe kod istoga suda, što predviđa sedmo i trinaesto pravilo Federalne civilne procedure novelirane 1991. godine.¹⁰

U svakom slučaju, od ponašanja parničara zavisi dalji tok postupka: ako su njihova stanovišta suprotstavljena po svim segmentima tužbenog petita, sudiji ostaje jedino da zaključi pripremni postupak i predmetni spis dostavi u pisarnicu (Amerikanci kažu *secretary*, sekretarijat) suda radi uvrštavanja predmeta u sudski kalendar (*Judicial calendar*) i zakazivanja glavne rasprave.

b) Glavna rasprava

Profesor Jolović, s Kembridž Univerziteta¹¹, funkciju suda na glavnoj raspravi u američkom civilnom procesu vidi odvojenu od uloge stranaka.

Sistemom porotnog presuđivanja, sud je usredsređen na tkz. Proizvođenje prava (*law making*) i interpretiranje propisa (*interpretation of statutes*), dok stranke putem svojih advokata slobodno disponiraju svojim parničnim ovlaštenjima i procesnim instrumentarijem-međusobno suprotstavljenim - i važno je ponoviti, na izrazito kontradiktoran način.¹²

Profesor Morgan¹³ s Kolumbije univerziteta, stranačkom disponiranju na glavnoj raspravi daje krucijalan značaj za ishod parnice: u onom omjeru u kom parničari odnosno njihovi advokati uspješno prezentiraju i potkrijepe tužbeni zahtjev (*defense*) pred sudijom i porotnicima, u mnogome zavisi i mogućnost da uspiju u sporu.

⁹ Tako, Clark: Handbook of the Law of Code Pleading, 5th edition, Oxford, 2003.

¹⁰ » There shall be a complaint and an answer; a reply to a counterclaim denominated as such; an answer to a cross-claim, if the answer contains a cross-claim«-Rule7.

¹¹ J. A. Jolowicz: The active role of the Court in the civil litigation, Oceana Publications, inc. New York, 1995., str. 238.

¹² » The adversary system as it operates at the trial an action...«Jolowicz, ibidem.

¹³ Edmund Morris Morgan: Some problems of proof under the Anglo-american system of litigation, New York 1996., str 34. Dispozitivnost i kontradiktornost su temeljne maksime u parnici, a za stranke je bitno da nastupaju bona fide i da ne čine zloupotrebu procesnih ovlaštenja

Zato se u anglo-američkom civilnom procesu veliki značaj posvećuje upravo tim legalnim mogućnostima dispozicije, koje su advokati u savremenom pravu pretvorili u pravu vještinu.

Porota se sastoji od 12 porotnika koji se biraju pojedinačnim konsenzusom stranaka. Porota ne odlučuje u svim građanskim stvarima. Pravilo je da zakleti porotnici razmatraju samo činjenično stanje u sporu, a sudija pravno. Svjedoci se pozivaju u ime stranaka (a ne u ime suda), ali ipak moraju pristupiti pred sud kada su pozvani, pod prijeljnom kazne, a u nekim saveznm državama čak i prinudnog privođenja!

Američki civilni proces promovira jedno od osnovnih ustavnih načela, a to je jednakost stranaka pred sudom koja je zagantovana i ogleđa se kako u jednakopravnom tretmanu parničara tokom cijelog toka postupka, tako i ekvivalentnim parničnim sredstvima za napad i odbranu – pa se može reći da šanse za uspjeh u sporu uistinu zavise od činjeničnih i pravnih pitanja u konkretnoj stvari, u čemu se procesualisti uglavnom slažu.¹⁴

Ugledni praktičar, profesor Blum s Univerziteta u Mičigenu, u djelu *American civil procedure*, navodi¹⁵ uslove i slučajeve u kojima civilni sud odlučuje bez porote (Federalni i sudovi države-članice), koji se generalno mogu sagledati kroz tri aspekta: suda, presude i pravnih lijekova, a zajedničko im je da se baziraju na faktu pravne konkluzije uobičenom u formu precedenta. O čemu se ovdje zapravo radi? Pojednostavljeno rečeno, kada pravni zaključak suda ukazuje da tužitelj i tuženi teže ishodovanju presude kao rezultata primjene odgovarajuće pravne norme na utvrđeno činjenično stanje, a konkretna situacija je već sadržana u pravnom procedentu, stekle su se i faktička premisa (factual premise) i zakonska premisa (legal premise) za izravno presuđivanje predmetne građanskopravne stvari.¹⁶ Na glavnoj raspravi je moguće da i same stranke svjedoče o određenim spornim okolnostima pod zakletvom.

Ukoliko se pak radi o svjedočenju trećih lica u svojstvu svjedoka, stranke mogu da im izravno postavljaju pitanja. Međutim, u američkoj parnici to obično rade advokati (attorney) pred porotom, po odobrenju sudije.

Tužbena stranka ima aktivnu ulogu u sporu jer na njoj leži većinom teret dokazivanja. Međutim, tužena stranka mora biti na oprezu i voditi računa da

¹⁴ O tome Morgan kaže: "... both parties would have the same opportunities and capacities for investigation, including the resources to finance them, equal facilities for producing all the discoverable materials, equal good or bad fortune with reference..." (ibid)

¹⁵ William Wirt Blume-izdanje: Prentice-Hall, inc. 2005., str. 167., VI. ed.

¹⁶ "Conclusions of law indicate whether the plaintiff or the defendant should have judgment as a result of applying the applicable law to the facts found", Blume, ibidem.

argumentovano ospori tužbene navode, prezentirane činjenice tužitelja i izvedene dokaze pred sudom koji joj ne idu u korist, pod prijetnjom mogućnosti da izgubi spor.¹⁷

Dalji tok odbrane tuženog u mnogome zavisi od njegovog odgovora na tužbu koji je, prema odredbi 12. Federalne procedure iz 1991. godine, ovlašten uložiti u roku od 20 dana od dana njenog primitka.¹⁸

Četrnaesto pravilo predviđa mogućnost učešća trećeg lica parnice na aktivnoj ili pasivnoj strani i na inicijativu obje stranke. Primjetno je da se ovdje ne radi o klasičnoj parničnoj intervenciji sa svim njenim posljedicama, niti je u pitanju zasnivanje suparničarstva kao u našem parničnom postupku: riječ je o čisto procesnom pravnom institutu sui generis, karakterističnom za *common law* građansku proceduru, gdje mogućnost množine subjekata u parnici ne ovisi samo od materijalnopравnih pretpostavki (npr. Ovlaštenici iz istog pravnog odnosa), već i od procesualnih okolnosti (*circumstances*) baziranih najprije na pravnom i ekonomskom interesu stranaka. Mogućnosti parnilnog disponiranja u tom pogledu su velike, no one su limitirane adekvatnim kontra-ovlaštenjem druge stranke i zabranom procesne šikane.

Pravnofilozofsko načelo da sloboda pojedinca počinje ondje gdje se završava sloboda drugog pojedinca, u *common law* civilnom procesu bi značili tolerantnu dispoziciju čije preduzimanje ne onemogućava protivnu stranu u disponiranju njenim ovlaštenjima. Momenat šikane je u američkom pravosuđu ekonomski mjerljiv (u vidu nematerijalne štete za šikaniranoga), pa je usvojen takav sistem zaštite od zloupotrebe procesno-pravnih ovlaštenja, da se šikaniranje uistinu (finansijski) ne isplati!

U pogledu tehnike preduzimanja procesnih radnji pred sudom i taktike iznošenja činjenica pred porotom, Blum kaže da je bolje bazirati argumente na materiji poznavanja *common law*-a, nego na advokatovom ličnom ubjeđenju i njegovoj visprenosti.¹⁹ Naime, nije dovoljno interpretirati i tumačiti propise poroti, niti postavljati sudu pitanja u tom smislu. Takođe, prilikom ispitivanja svjedoka nije dopušteno postavljati im sugestivna ili provokativna pitanja koja nisu u vezi sa predmetom svjedočenja.

¹⁷ U tom smisli: Morgan-Moguire-Weinstein, *Cases and Materials on Evidence*, IV. edition, Oceana Publication, inc., str. 420.

¹⁸ "A defendant shall serve an answer within 20 days after the service of the summons and complaint upon the defendant..."- Rule 12.

¹⁹ Blume: "The attorney's personal beliefs and opinions are not in evidence, and should not be made a basic of argument." op. cit. str. 409.

Argumenti se moraju ograničiti na dokazni materijal prezentiran sudu, a svaka stranka, analizirajući dokaze nastoji ubijediti porotu da slučaj valja riješiti u njenu korist.²⁰ Nakon toga, smatra se da je stvar zrela za presuđivanje, pa sudija ustupa predmet poroti da donese odluku. Kako to izgleda u praksi, sagledat ćemo kroz jedan primjer sadržan u zbirci presuda i precedenata od Bluma i Džoinera.²¹

U predmetu Bučenen protiv Dženeral Motors korporacije iz 1946. godine, pred Okružnim sudom u Njujorku, tužitelj Majkl K. Bučenen je ustao s tužbom protiv korporacije u kojoj se navodi da je Dženeral Motors imao zaključen licencni ugovor sa Mechanical Ice Tray korporacijom, prema kome je proizvodio i prodavao hladnjake - kilere pod uslovima utvrđenim patentnim pismom, za što je bio obavezan sukcesivno isplaćivati utvrđenu naknadu. Međutim, tužena je platila samo jednu dospjelu ratu po ovom osnovu, a ostale nije. Pored toga, tužena je proizvođila dva tipa hladnjaka: jedan, za koji je držala da potpada pod licencni ugovor, i drugi tip za koji je smatrala da nije u vezi s njim, za što nije plaćala naknadu, tvrdeći da ne potpada pod licencni ugovor i patent. Tužitelj je kao patentor i suvlasnik licence bio materijalno zainteresovan da tužena plati korištenje licence za cjelokupni proizvodni program, ukazujuću da nema bitnije razlike između navedenih prizvoda, tj. da se i drugi tip hladnjaka zasniva na istom patentu, dakle, da potpada pod datu licencu. S tim u vezi, tužitelj je zatražio da se izvede vještačenje poslovnih knjiga i dokumentacije tuženog kako bi se tačno utvrdio obim i struktura tuženikove realizacije proizvodnje i prodaje spornih artikala. Nakon toga je tužitelj proširio tužbu, tražeći odštetu POJEDINAČNO za svaki proizvodni i prodati artikal po kome nije plaćena licencna naknada.

Advokat tuženog se usprotivio ovakvom zahtjevu s pozivom na pravilo 15. Federalne civilne procedure, ukazujući da se ne radi o istorodnim artiklima koji su predmet spora, te da je tužbovna metodologija neispravna, a tužba neosnovana.

Sud je prvo presudom uvažio tužbeni zahtijev u pogledu plaćanja dospjelih, a neisplaćenih obroka naknade za korištenje licence po ugovoru, a potom je drugi dio tužbenog zahtjeva ODBACIO zbog takozvane nedovoljne osnovanosti, ne ulazeći meritorno u razmatranje pitanja da li artikli koje je tužena proizvođila i prodavala predstavljaju isti ili različit proizvod, tj. da li se u predmetnom radi o zloupotrebi patenta i licence. Naime, ovdje je sud našao da tužitelj nije imao zakonskog osnova naknadno proširiti i precizirati tužbu pojedinačnim zahtijevima iz dva razloga: prvo, zato što je u vrijeme podnošenja tužbe znao, odnosno morao

²⁰ Farnsworth: op. cit. str. 101.

²¹ Blume-Jiner: Jurisdiction and Judgement (cases and statues), Prentice-Hall, inc. New York, 2002. str. 464., third ed.

znati za okolnosti koje je naknadno iznio, a koje ne predstavljaju novotu u odnosnom. Drugo, osvrćući se na pravilo: *genera non pereunt*, sud je kao ispravan uvažio prigovor tužene da se kod množine generičnih stvari ne može pojedinačno postavljati tužbeni zahtjev spram svake od njih, navodeći kao primjer zahtjev za isporuku hiljadu barela brašna, gdje bi bilo nedopustivo dozvoliti odvojene tužbe za svaki barel ponaosob.²²

Neko će možda ovdje primjetiti da hladnjaci nisu generičke stvari i da je nesuisla njihova usporedba s brašnom. Međutim, prema patentnom pravu SAD-a, svaka patentirana stvar koja se na osnovu zaštićenog patenta može proizvesti u identičnom svojstvu i neograničenom broju primjeraka, faktički ima karakter generičke stvari!

c) Revizijski i žalbeni postupak

Prema profesoru Farnsvortu²³ s Kolumbijskog univerziteta, poslije presude koju je donijela porota, stranka koja je izgubila spor može prvo, pokrenuti novo suđenje na drugačijim osnovama, uključujući tu i mogućnost greške sudije u pogledu prihvatljivosti dokaza ili u davanju pouke poroti, kojom je stranki pričinjena šteta. Drugo, tvrditi da je presuda donijeta u nesaglasnosti s utvrđenim dokazima. Treće, zahtijevati od suda donošenje specijalne odluke (bez obzira na konačnu presudu) u namjeri da se sudiji omogući da donese presudu tamo gdje je odbio raniji zahtjev, te da tu presudu usmjeri u korist ove stranke. Osnov ranijeg i kasnijeg zahtjeva je ISTI, a novo suđenje ide na trošak stranke koja je izgubila spor (uzimajući advokatski honorar), pod prijetnjom prinude naplate ovih troškova!²⁴

Žalbeni ili apelacioni postupak započinje pravovremenim ulaganjem žalbe na prvostepenu presudu instancionom sudu, koji je u pravilu dvostran, devolutivan i suspenzivan pravni lijek, uz napomenu da se praktikuje neka vrsta privremene mjere, stavljanjem sudske zabrane na imovinu apelanta.

Pred drugostepenim sudom se ne provodi ponovno suđenje, pa stoga nema ni porote, svjedoka, vještaka i sl. – već sud odlučuje o žalbi na osnovu stanja u predmetnom spisu, pa apelant zato mora nastojati da žalbu potkrijepi sa što više validnih argumenata. Ovaj sud može usmeno saslušati stranke i odrediti da se očituju po određenom PRAVNOM pitanju, gdje se parničari mogu pozivati na odgovarajuće precedente iz sudske prakse i sl.

²² » Supposed a trespass or a conversion of a thousand barrels of flour, would it not be outrageous to allow a separate action for each barrel?! – Blume-Joiner, op. cit. str. 467.«

²³ Farnsworth: op. cit. str. 102.

²⁴ U tome više: Barron-Holtzoff: Federal Practice and Procedure, » Wright ed.«, New York, 1998., 4th edition.

Prema tome, apelacioni sud ne ulazi u ocjenu činjeničnih pitanja o čemu je svoju riječ dala porota, ali on može ispitati i odlučiti da li je porota pri tom prekorčila takozvane “okvire razumnosti u izricanju presude”,²⁵ ukoliko su ova pitanja pokrenuta valjanim podneskom.

Odluke drugostepenog suda po žalbi mogu biti: odbijanje žalbe kao neosnovane i potvrđivanje prvostepene presude, zatim, prihvatanje žalbe kao osnovane i ukidanje prvostepene presude, te stavljanje van snage žalbene sudske odluke i vraćanje predmeta na obnovljeno prvostepeno suđenje.

Troškovi apelacionog postupka su veliki, pa će se na njegovo pokretanje odlučiti samo ona stranka koja ocijeni da postoje realni izgledi da se žalbom i uspije!

Pored opštih žalbenih principa, pravila Federalne apelacione procedure (s amandmanima od 1. 1. 1991. godine) predviđaju i poseban žalbeni postupak u stvarima bankarstva (VI. pravilo) i stečaja, a deveto pravilo se odnosi na tzv. kriminalne slučajeve, itd.

II. VELIKA BRITANIJA

1. Opće napomene

Poznato je da pravni sistem Velike Britanije ne počiva na ustavu kao najvišem pravnom aktu zbog doktrine supremacije parlamenta, stoga Kraljevina i nema pisani ustav - što je donekle i posljedica historijskih okolnosti. Naime, još od vremena Velike povelje sloboda (*Magna Carta Libertatum*) iz 1215. godine, pa do Peticije prava (*Patition of Right*) iz 1628. godine, Parlament je formalno figurirao kao najveće zakonodavno tijelo u Velikoj Britaniji, mada su njegove pravne odluke u biti bile u funkciji ostvarivanja kraljevske vlasti. Ovako inauguriran, sistem je u dugom vremenskom periodu bio ugrožen direktnom supremacijom dinastija kraljeva koji su vladali Engleskom.²⁶

Tako je za vrijeme vladavine Džejmsa I (1603.-1625.) i njegovog nasljednika Čarlsa I (1625.-1649.), sudstvo bilo u funkciji njegovog visočanstva i na zadovoljstvo sudija (durante bene placito nostro). No, ovakvo stanje je donekle promijenila Povelja prava (*Bill of Rights*) iz 1688. godine, a još više tzv. Settlementarni akt iz 1701. godine (*Settlement*) koji je uveo kategoriju nezavisnog

²⁵ Pound: Appellate Procedure in Civil Cases, Englewood Cliffs 2001., str. 19.

²⁶ J.A.Jolowicz: Fundamental guarantees in civil litigation:England, Dobbs Ferry, New York, 2003., str. 123. i 124. (3 rd ed.)

sudstva i slobodnog sudijskog uvjerenja (*quam diu se bene gesserint*), te obezbijedio zagaranovane plaće sudijama kao profesionalcima.²⁷

2. Ustrojstvo sudova i advokatura

Na ovakvom historijskom naslijeđu se razvio sudski sistem Velike Britanije, koji je bitnu reformu u 20. stoljeću doživio na osnovu *Contry Courts Act*-om iz 1934. godine, s amandmanima donesenim 1959. godine. Kada govorimo o Ujedinjenom Kraljevstvu (*United Kingdom*) treba imati u vidu bitne razlike između engleskog i škotskog pravosudnog sistema, koji se razlikuje u organizaciji, strukturi i jurisdikciji mnogo više nego npr. Engleska i Sjeverna Irska.²⁸

Ustrojstvo civilnih sudova i postupak u Velikoj Britaniji su bazirani na tzv. Aktu o konsolidaciji iz 1925. godine (*Supreme Court of Judicature*) koji se temeljio na predhodnom Aktu iz 1875. godine, kojim je ustrojena jurisdikcija nižih sudova i Visokog suda (High Court) i Apelacionog suda (Court of Appeal). Današnji izgled je englesko pravosuđe steklo sudskim reformama iz 1962.-1965. godine.

Osnovni princip na kojem je utemeljen engleski sud je sudska nezavisnost koja se ogleda u slobodi od državnog uplitanja i uticaja (*state interference and influence*), odnosno intervencije i protekcije (*bias*) – čime se obezbjeđuje potpun integritet sudova (*the integrity of the judges*).²⁹

Poseban fenomen u engleskom pravosuđu je advokatura. Dvije su osnovne vrste advokata (koje međusobno nisu konkurentne): solisitori (solicitors), koji kao najbrojniji (95%) obavljaju, najčešće udruženi, neposrednu, operativnu advokaturu; i baristeri (barristers) koji su usko specijalizirani pojedinci-profesionalci.³⁰

3. Karakteristike engleske parnice

Izuzev rijetkih situacija u kojima civilni postupak pokreće javni pravobranilac ex officio zbog povrede javnog interesa, u svim drugim slučajevima engleska parnica započinje podnošenjem tzv. privatne tužbe.

Litispendencija se, kao i u američkom civilnom procesu, zasniva uručivanjem tužbe sa sudskim pozivom (*a writ of summons*) tuženom – čime se sudski

²⁷ Henry J. Abraham: *The Judicial process*, 2 nd ed 1968., str.47. Više pojedinosti o tome u djelu Pollock-Maitland: *History of English Law*, 2nd edition, London, 1899.

²⁸ O tome više: Thomas Smith, *British Justice-The Scottish contribution*, Hamlyn, London, 2001. (2.nd.ed.).

²⁹ Jolowicz: op. cit. str. 139.

³⁰ Tako, R.E. Megarry: *Lawyer and litigant in England*, »Stevens.Sons« itd. London, 2002. str.14., IV.ed.

spor smatra začetim. Prema tome, ovdje važi pravilo da bez tužbe nema ni spora pred sudom, a sadržaj prava na tužbu je jednak kao i u drugim *common law* civilnim procesnim sistemima.

Profesor Jolović³¹ s Kembridž univerziteta, analizirajući jedan slučaj iz sudske prakse (Venlok protiv Moloneja - *Wenlick vs Moloney* iz 1965. godine) je došao do zaključka da tužitelj ne mora imati obavezno vidljiv pravni interes da bi podnio tužbu, jer i u odsustvu interesa sud ne može zaključiti da ne postoji razuman povod za njeno podnošenje (*a reasonable cause of action*). Uočljivo je da u deskripciji ovog slučaja autor koristi negativna pojmovna određenja, što je i razumljivo, jer je u pitanju precedenti izuzetak koji potvrđuje pravilo da interes ipak pokreće postupak u cjelosti!

Taj se interes oživotvoruje u postupku, kako kažu Englezi, civilne pravde (*civil justice*), umjesto civil procedure. U još nekim pravnim sistemima je ovakav slučaj – npr. slovenačkom (civilni pravdni postupak).

Dakle, litispencijom se zasniva takozvani adversarni parnični sistem (*The adversary system*). Šta ovaj termin izvorno znači u parnici, komplikovano je objasniti i engleskim procesualistima pa ga Bentam³² tumači kao nadmetanje, dok Ser Džekob³³ upotrebljava alternativne idiome: kontradiktorni (*contradictory*), konfrontirajući (*confrontational*) odnosno akuzatorni (*accusatorial*) sistem, s tim što je posljednji termin karakterističan za krivični postupak.

Kako *adversary* na engleskom leksički znači suprotstavljan,³⁴ nećemo pogriješiti ako kažemo da je u pitanju princip kontradiktornosti kao temeljno načelo *common law* parnice! Inače, engleski kontradiktorni sistem vuče svoje porijeklo još iz sredine 13. stoljeća, kada je zamijenio stari inkvizitorni sistem.

Pasivna uloga suda i aktivan položaj stranaka su osnovna značajka ovog sistema. Postupak stranačkog usmjeravanja toka parnice kao element načela dispozitivnosti engleski procesualisti nazivaju *party control*.³⁵

Evidentno je da stranke imaju punu inicijativu cijelim tokom parnice. Ta se sloboda iskazuje naročito u tzv. pravu obraćanja sudu (*access to the court*), najprije

³¹ Cappelletti- Jolowicz: Public interest parties and the active role of the judge in civil litigation, Dobbs Ferry, inc.1995., str. 183., 2nd edition

³² Jeremy Bentham: The principles of Judicial procedure, John Bowring ed.Edinburg 1947.(Repring 2004.)

³³ Sir Jack Jacob. The fabric og England Civil Justice, »Stevens«, London, 1987., str. 5. (Copyright 2005.)

³⁴ Petrović:Engleski rječnik: »Prosvjeta«, 1991., str. 10.

³⁵ Jacob: op. cit. str. 13.

po pitanju tužbe. Tako stoji presumpcija da tužitelj očekuje pravnu zaštitu od suda pa poziva tuženog u ime Kraljice (in the name of the Queen) da pristupi suđenju pod prijetnjom presuđivanja u njegovom odsustvu. Svakako da je, figurativno rečeno, potez sada na tuženom, koji može da ignoriše tužbu ili da odgovori na nju. U odgovoru tuženi može da prizna tužbeni zahtjev, a može ga u potpunosti ili djelimice osporavati.³⁶

Vrlo je važno ukazati na sam način preuzimanja parničnih radnji u vidu “plediranja”: *documentary statements of the facts - not the evidence or the law*,³⁷ pored čega stranke odnosno njihovi zastupnici NEPOSREDNO (a ne putem suda) razmjenjuju podneske i dokumentovane činjenice, a u sudski spis dostavljaju njihove kopije. Ovo sve pod uslovom da procedura teče kontinuirano i beskonfliktno. No, ako se parničari u navedenim radnjama konfrontiraju, sud će ipak morati intervenirati pa će se u tom slučaju razmjena podnesaka i sl. obaviti putem suda!

Za razliku od naše parnice, engleski sud u pravilu neće skrenuti stranci pažnju na određeni propust u tužbi ili proceduri koji bi mogao imati negativne posljedice po nju.

Naime, procedura je u tolikoj mjeri profesionalizirana učešćem advokata da se smatra neumjesnim držati neku stranku za neupućenu (ako to ona očigledno nije) i miješati se u taktiku napada ili odbrane, koja za laika može izgledati čudna, pa čak i kontraproduktivna. Ali, sud će ipak intervenisati ako stranka u tom stremljenju pretjeruje i dovede u pitanje pravila postupka.³⁸

Pored toga, ukoliko neki od parničara učini ustupak (koncesiju) drugoj strani ili se pak stranke dogovore o nečemu mimo znanja i učešća suda, sud će to ostaviti ravnodušnim čak i po cijenu da je u pitanju diskutabilna dispozicija odnosno koncesija ili dogovor. Radi čega je to tako?

Profesor Jolović (ibid) objašnjava na primjeru slučaja Imperijalne hemijske industrije protiv Karoa, gdje je prvostepeni sud u svoju presudu ugradio jedan sumnjiv postupak stranaka, a po žalbi je apelacioni sud potvrdio tu presudu i ukazao da se precedent ne može tretirati kao primjena univerzalne pravne konstante koja bi bila aplikativna na određenu pravnu situaciju u vidu standarda ili striktno definiranog postupka parničara.

Drugim riječima, sud mora biti dovoljno fleksibilan da ide za disponiranjima stranaka i onda kada su ona problematična sa stanovišta pravila procedure, pod

³⁶ U tom smislu: R.M.Jackson, *The Machinery of Justice in England*, Cambridge, 1999., 3rd edition.

³⁷ Cappelletti- Jolowicz, op. cit. str. 184.

³⁸ Tako, S.C.Schweitzer: *Trial Guide*, vol.13, “Baker-Voorhis Co”, 1999.

uslovom da stranke ne postupaju *in fraudem legis* i da nije u pitanju očita zloupotreba procesnih ovlaštenja.³⁹ No, ovakvo - donekle drastično - postupanje, ili bolje rečeno nepostupanje suda, ne bi trebalo da nas zbuni i navede na pomisao odsustva mehanizama i parametara zaštite parničara u engleskom civilnom procesu. Naime, princip sudskog parničenja stranaka (*party prosecution*) omogućava strankama da u praksi realizuju potpuno oživotvorenje dispozicionog principa u dobroj vjeri, pri čemu je mogućnost zloupotrebe i šikane isključena. Navedenu pogodnost engleski procesualisti nazivaju stranačkom autonomijom (*party autonomy*), koja neposredno u parnici leži na solisitorima i baristerima koji zastupaju interese parničara.

S tim u vezi, Ser Džekob citira Lorda Deninga koji je u završnoj riječi u predmetu Burmanske naftne kompanije protiv Engleske banke iz 1977. godine, rekao: “Parnica je rat. Ako jedna strana pogriješi, druga to može iskoristiti. Tu zapreke ne postoje!”⁴⁰ Upravo u navedenom leži važna distinkcija između *common law*-a i kontinentalne parnice jer anglosaksonsku parnicu karakterizira specifičnost adversarnog sistema.

Engleska parnica poznaje dvodiobu na prethodni (*pre-trial*) postupak i glavnu sudsku raspravu (*trial*). Najznačajnije (navedene) osnovne karakteristrike ove podjele u američkom civilnom procesu bi se, uglavnom uz manja odstupanja, dala pripisati i engleskoj građanskoj proceduri. Na trijalnoj, kao i na pretrijalnoj raspravi, stranke u kontinuitetu (bez prekida) usmeno prezentiraju njihovo viđenje spora, što većinom čine putem njihovih advokata, kao i činjenice i dokaze u korist svojih tvrdnji, s tim da sud nastoji da se spor okonča prevashodno na pripremnom kao preliminarnom (*preliminary*) ročištu. Činjenica je da se mnoge sporne stvari razriješe upravo na prethodnoj raspravi pred sudom što u mnogome olakšava kasniji posao na glavnoj raspravi (*final hearing*).

Možemo primijetiti da je, izuzimajući neke posebnosti anglosaksonske *common law* koncepcije i institucionalizacija raspravljana pred sudom, mnogo bliža našoj proceduri, nego nekim kontinentalnim građanskim postupcima.

a) Pripremno ročište

Da se vratimo pripremnom ročištu koje u engleskoj civilnoj proceduri ima dominantan značaj. Vodeći se načelom ekonomije postupka, sud usmjerava djelovanja parničara na racionalan način, te nastoji okončati spor najkraćim putem.

³⁹ Imperial Chemical Industries, Ltd, v. Carö (1961): “It may even occur that the judge considers the concession to be dubiously correct and still accepts it for the purposes of his judgement... The Court of Appeal indicated that the case should not be regarded as a precedent on a point.”

⁴⁰ Jacob: op. cit. str. 24.

Ako se tuženi ogлуši na poziv suda, izlaže se opasnosti kontumacije. Ukoliko tuženi prizna tužbeni zahtjev, sud će na zahtjev tužitelja presuditi bez raspravljanja, slično kao i u našem postupku.

Osnovni je zadatak suda da utvrdi stvarnu konverziju (spor) među parničarima,⁴¹ koju advokati često ne žele otkriti prije vremena, tj. glavnog ročišta, čuvajući ključne argumente upravo za tu priliku.⁴² Na ovaj način se uloga pretrijalne rasprave svodi na partikularnu igru (*particulars game*) ukoliko sud u tom pravcu nešto ne preduzme.

Teoretski, moguća je i situacija da zastupnici stranaka neće da raspravljaju ili da se bez objašnjenja udalje s ročišta. Mada je u praksi ovakav postupak gotovo nezamisliv zbog visoke profesionalizacije advokatke profesije, u ovom slučaju bi sud mogao protiv takve strane postupiti analogno kao kod ogлуhe, s kontumacionim posljedicama po tu stranku.

Član 15. stav 2. engleskog parničnog postupnika (u daljem tekstu Postupnik), pruža mogućnost tuženom da uloži kod istog suda (atrakcioni princip) protivtužbu protiv tužitelja, što on u praksi najčešće čini upravo na pripremnom ročištu, kad se upozna sa svim relevantnim elementima.

Odredba člana 15. stav 5. Postupnika omogućava parničarima da određena sporna pitanja mogu riješiti kao sporedna ili predhodna u drugom postupku, odvojeno od glavnog zahtjeva (*separatly from the main claim*). Ne radi se, dakle, isključivo o incidentalnom pitanju, već razlozi ekonomičnosti i efikasnosti očigledno opredjeljuju zakonodavca na ovakvo rješenje (da se ne gubi vrijeme na sporednim stvarima).

Član 16. Postupnika daje priliku tužitelju da proširi tužbu na druga lica (*codefendants*) kao tužena, ako na preliminarnom ročištu sazna za okolnosti koje ukazuju da je to neophodno učiniti.

Činjenični osnov tužbe (*cause of action*) se odvojeno cijeni od njene forme (*form of action*). Član 18. Postupnika određuje da je bitno utvrditi na kakvoj faktičkoj osnovi tužitelj zasniva svoj zahtjev, naročito zbog mogućnosti kasnijeg preinačenja tužbe, odnosno eventualne novacije.

Odredba člana 24. Postupnika propisuje da i tužba i odbrana mora biti dokumentovana argumentima i dokazima kojima stranka raspolaže, te pravo relevantnim činjenicama u vezi s problemom tužbe. To je neophodno kako zbog kontradiktornosti parničenja, tako radi procesne ekonomije.⁴³

⁴¹ Što propisuje član 20. stav 8. engleskog parničnog postupka: "Real controversy between the parties to be determined"

⁴² C.P.Harvey: The advocat's a devil, "Stevens and sons, Ltd" London, 1998., str. 13. – 16., 5th ed.

⁴³ "...necessary for the fair disposal of the action or saving costs"-article 24. , part 3.

Tužena strana na pripremnom ročištu dostavlja svoj pismeni odgovor na tužbu (član 26. Postupnika), predlaže svoje svjedoke i sl.

Slično kao i u američkoj civilnoj proceduri, engleski Postupnik predviđa u članu 29. da tužitelj zahtijeva od suda da evidentira imovinu tuženog i naloži zabranu njenog otuđenja radi sprječavanja mogućeg izigravanja tužiteljevih imovinskih interesa.

Postoji takozvano privilegovano pravo stranke da uskrati dokaz sudu ako je u pitanju:

1. profesionalna advokatska tajna,
2. razlog javnog interesa,
3. mogućnost izlaganja inkriminaciji i
4. privilegija legalne samopomoći.

Pravilo je da stranke moraju da se kreću i disponiraju u okviru svojih postavljenih zahtijeva i protivzahtijeva u ovoj fazi postupka, ili i kasnije na glavnoj raspravi.⁴⁴

Stranke mogu u prethodnom postupku zaključiti poravnanje koje se, kao i u našem parničnom postupku, konstatuje u sudskom zapisniku.

U pretrijalnoj fazi postupka, procedura se može prekinuti radnjom suda ili stranaka. Tako npr. prema odredbi člana 27. Postupnika, tužitelj u roku od 14 dana od dana zasnivanja litispendencije, može povući tužbu u cijelosti ili djelimično, bez saglasnosti tuženog i odobrenja suda.

Nadalje, stranke mogu da se slože da procedura miruje određeno vrijeme, s tim što je na tužitelju da naknadno zatraži nastavljjanje postupka (kao i u našoj parnici), pod prijetnjom diskontinuiteta parnice, u kom slučaju se tužba smatra povučenom, a svi troškovi padaju na teret tužitelja.

b) Glavna rasprava

Osnovna obilježja glavne rasprave u engleskom građanskom postupku su javnost, usmenost i kontinuitet. Osim toga, postoji još nekoliko njenih bitnih značajki: raspravu vodi sudija pojedinac, a održava se bez prisustva svjedoka pred porotom i obično na više ročišta. Zakazuje se na određen datum i održava po principu efikasnosti i ekonomičnosti. Rasprava počinje uvodnim govorom stranke kojoj je data riječ, saglasno članu 35. Postupnika. Obično je to tužitelj, pošto na njemu generalno leži teret dokazivanja.

⁴⁴ Jacob: op. cit. str. 98. I 99.

Vilijem Šou, ugledni sudija iz Mančestera⁴⁵ klasificira u praksi dokaze na pisane i one koji se izvode usmeno, zatim na dokumentarne i realne (stvarne) dokaze, te direktne i presumptivne, kao i primarne i sekundarne dokaze.

U pogledu ispitivanja svjedoka na glavnoj raspravi, ono što je tipično za englesku civilnu proceduru jeste unakrsno postavljanje pitanja od strane zastupnika parničnih stranaka.⁴⁶ To predviđa član 38. stav 1. Postupnika, određujući da se prvo ispituju svjedoci stranke koja je otvorila raspravu (obično tužitelja), a potom i svjedoci koje predlaže odbrana.

Nakon ispitivanja svjedoka i predočavanja svih dokaza, parničarima odnosno njihovim zastupnicima, daje se mogućnost da održe završnu riječ (*final speech*) u kojoj ukratko rezimiraju osnovne odrednice na kojima počiva činjenično i pravno stanovište koje zauzimaju povodom odnosnog spora. Nakon toga, glavna rasprava pred sudom se zaključuje, a stvar se smatra zreloom za presuđivanje!

c) Žalbeni postupak

Nezadovoljna stranka ima pravo iznijeti žalbu protiv prvostepene presude u određenom roku. Blagovremeno uložena žalba sprječava nastupanje pravosnažnosti sudske odluke, a o žalbi odlučuje viši Apelacioni sud (*Court of Appeal*). Prema tome, žalba je dvostrani suspenzioni i devolutivni pravni lijek.

Godine 1981. procedura je pred žalbenim sudom zakonski izmijenjena. Naime, dugo vremena je žalbeni postupak bio isključivo pisan, što je često onemogućavalo Apelacioni sud da brzo i efikasno rješava mnoge činjenične dileme u vezi sa žalbom. Radi toga je apelacioni postupak korigovan u tom smislu da je žalbenom sudu dato ovlaštenje da u postupku po žalbi može pozvati stranke bez njihovih advokata da se reformalno očituju o okolnostima koje interesuju sud pa je tako apelacioni postupak postao mješovit, to jest i usmeni i pisani.⁴⁷

Noveliranim članom 59. Postupka je propisano da je u roku od sedam dana od dana dostavljanja žalbe, žalitelj obavezan podnijeti popunjen tzv. formularni dokument s popratnim listom, a u daljem roku od 14 dana se mora striktno i argumentovano odrediti po svim žalbenim navodima u odnosu na žalbenu sudsku odluku, čiju valjanost Apelacioni sud ispituje u granicama žalbe.

⁴⁵ U djelu: "Evidence and procedure in Magistrates' courts", 6th edition, London, 1995. str. 5.

⁴⁶ Jolowicz: op.cit. str.163.

⁴⁷ Jacob: "In this way , the procedure of the Court of Appeal has become a judicious mix written and oral procedures", op. cit. str. 227.

Podnošenje formularnog dokumenta, žalba se obavezno registruje u upisniku civilnih predmeta i upisniku žalbi (The Registrar of the Civil Appeals), što sve skupa čini takozvano priježalbeno postupanje (pretrial procedure).

d) Estoppel

To je značajan institut u anglosaksonskom građanskom procesu, koji se odnosi na dejstvo presuđene stvari (res iudicate). Naime, o predmetu o kome je odlučeno stranke ne mogu pokretati novu parnicu čak ni onda kada se izneseni zahtjev temelji na drugačijem činjeničnom i pravnom osnovu jer postoji apsolutna prekluzija u pogledu ponovnog odlučivanja o istom tužbenom zahtjevu, navodi profesor Čalija analizirajući jedan predmet iz sudske prakse (Kromvel protiv Kaunti of Sek iz 1876.godine) u svom radu: Jedan pogled na ustanovu “Estoppel” u angloameričkom pravu.⁴⁸

U drugom sporu (Dovel protiv Aplegejta), sud je zaključio da se dejstvo estoppela proteže ne samo na činjenice stvarno iznesene u postupku (o kojima je već raspravljano) – već i na sve druge, neiznesene činjenice koje su u vezi sa predmetom odlučivanja.⁴⁹

Profesor Dika u radu: Engleska doktrina rei iudicatae,⁵⁰ pored instituta estoppel *per rem iudicatam*, analizira i doktrinu *merger in judgement*, čiji su reprezentivi Bover i Tarner,⁵¹ a koja se, u biti, svodi na sličan procesnopravni učinak presuđenog slučaja, kao i estoppel: pravosnažna presuda apsorbira i konzumira činjenični osnov (*cause of action*) u predmetnoj stvari, pa zato ne može biti predmet daljeg sudskog postupanja. Ukoliko bi se u ovakvom slučaju ipak podnijela tužba ili protivtužba, druga strana bi ulaganjem prigovora predhodnog udovoljenja (*former recovery*) pod određenim uslovima onemogućila ponovno postupanje suda u istom.

No, podnosilac ponovne tužbe ili protivtužbe može insistirati i dalje na njoj u dva slučaja; prvo tvrdeći da protivnik postupa *in fraudem legis* i drugo podnošenjem takozvanog protivstoppela tj. ukazujući da je estoppelni zahtjev u istom već pravosnažno odbijen, pa je podnosilac prekludiran u tom pravu!⁵²

⁴⁸ Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, 1988. godina, str. 26.

⁴⁹ “The judgement estops, not only as to every ground of recovery or defence actually presented in the action...”, Blume-Joiner, str. 479.

⁵⁰ Zbornik Pravnog fakulteta, Zagreb, 1982., str. 392.

⁵¹ “The doctrine of res Judicata” 1969., str. 357. (Copyright 2004.)

⁵² Ibidem.

ass. Emina Huseinspahić, dipl.iur.

Pravni fakultet Univerziteta u Zenici

O NEKIM ASPEKTIMA GLOBALIZACIJE PRAVA *

Sažetak

Integrativni procesi u svim društvenim oblastima koji karakterišu proces globalizacije kao osnovni društveni fenomen savremenog svijeta, odražavaju se i na pravo. U tom smislu, globalizacija prava je integralni dio procesa globalizacije, čiji planetarni karakter preoblikuje sve ono čega se dotakne. Globalizacija prava ustvari je usklađivanje prava u procesu globalizacije koje se vrši metodom preuzimanja (u različitom obimu) pravnih pravila, rješenja i pravnih ustanova iz jednog ili više pravnih sistema i međunarodnog prava u drugi pravni sistem. Preuzimanje prava koje se u pravnoj teoriji označava različitim pojmovima poznato je od najranije pravne historije i predstavlja najznačajniji način na koji se stvaralo i razvijalo pravo kroz historiju. Međutim, savremeno preuzimanje prava karakteriše upravo globalizacijski proces, što znači da se najznačajnije i najobimnije preuzimanje prava obavlja upravo u procesu usklađivanja prava na globalnom nivou. Ovaj rad predstavlja prilog raspravi o globalizaciji i uticaju koji je ista izvršila na usklađivanje prava na globalnom nivou, uz isticanje uzroka globalizacije prava, kao i posljedica koje ovaj fenomen proizvodi u društvu, posebice s obzirom na razlike koje postoje između razvijenih i zemalja u razvoju.

Ključne riječi: globalizacija, usklađivanje prava, recepcija prava

1. UVOD

Savremenu civilizaciju koncem XX. i početkom XXI. stoljeća karakteriše intenzivan proces globalizacije koji se ogleda u ubrzanom razvoju novih tehnologija i burnim promjenama u svim društvenim oblastima – ekonomiji, politici i kulturi. Istovremeno sa intenziviranjem integrativnih promjena savremenog svijeta u sociološko-pravnoj teoriji se aktuelizuje debata o značenju, uzrocima i

* Rad recenzirao: prof.dr. Zdravko Grebo

** Prilog pod gornjim naslovom autor je izložio na Naučnom skupu sa međunarodnim učešćem "Identitet i globalizacija", održanom u Zenici, oktobra 2008. godine

posljedicama globalnog usklađivanja prava. Naime, uočeno je da u svim društvenim oblastima dolazi do intenzivnog usklađivanja nacionalnih pravnih sistema, kako na regionalnom, tako i na globalnom nivou. Debata o tom problemu postaje sve intenzivnija, obzirom da sveobuhvatno sagledavanje fenomena globalizacije prava postaje jedan od osnovnih preduslova za pravilno razumijevanje aktuelnih globalnih, pravnih i društvenih procesa.

2. GLOBALIZACIJA PRAVA

Pojam “globalizacija”, baš kao i srodni pojmovi “globalizam” i “mondijalizam”, pojavio se u akademskim raspravama koncem osamdesetih i početkom devedesetih godina prošlog stoljeća da bi se njime označio fenomen rastućih integrativnih promjena savremenog svijeta. Ubrzo su se debate o globalizaciji “rasplamsale”, tako da je ovaj pojam postao primarni problem društvenih nauka. S tim u vezi, danas je vrlo izražena nesaglasnost među teoretičarima, kako o samoj suštini ovog fenomena, tako i o njegovim uzrocima i posljedicama, pri čemu o svakom od ovih pitanja postoji oštra polarizovanost stavova, od skeptika¹ do hiperglobalista² i od globalista³ do antiglobalista.⁴

Proces globalizacije, kao opći društveni proces, neminovno sadrži i proces globalizacije prava, odnosno proces transformacije modernog sistema prava uspostavljenog u razvijenim državama u XIX. stoljeću. Debata koja se u stručnim krugovima, ali i u javnosti, vodi o pojmu i karakteru globalizacije, pri čemu je evidentan širok spektar stavova, prenijela se i u pravnu teoriju pa s tim u vezi ni po pitanju globalizacije prava ne postoji saglasnost među pravnim teoretičarima. Za one stavove koji potenciraju značajne promjene u tradicionalno shvaćenom savremenom svjetskom pravnom poretku, kako na međunarodnom, tako i na

¹ Skeptici negiraju postojanje globalizacije kao društvenog fenomena, smatrajući da je globalizacija tek fikcija, odnosno imaginarni predmet teorijske debate.

² Hiperglobalisti smatraju da je globalizacija objektivni planetarni proces, aktuelna faza razvoja ljudskog društva, te da je u tom smislu historijska nužnost. (Paul, Hirst, Grahame, Thompson, *Globalization in Question*, Polity Press, London, 1996., str. 146-148.

³ U debati o globalizaciji, globalisti ukazuju uglavnom na pozitivne efekte širenja ideologije neoliberalizma i tržišne ekonomije. Vidi: Zbigniew, Brzezinski, *The Grand Chessboard: The American Primacy and Its Geostategic Imperatives*, Basic Books, New York, 1997., str.

⁴ Antiglobalisti su u svojim promišljanjima o globalizaciji, fokusirani isključivo na njene negativne efekte

⁵ Reza, Banakar, *Reflexive Legitimacy in International Arbitration*, ed. Gessner, A. C. Budak, *Emerging Legal Certainty: Empirical Studies on the Globalization of Law*, Dartmouth – Andover, 1998., str. 326.

nacionalnom nivou, karakteristično je shvatanje Reze Banakara. Ovaj autor smatra da globalizacija prava, omogućena širenjem tržišta i napretkom transportnih i komunikacionih tehnologija, podiže svijest o potrebi jačanja nove pravne infrastrukture koja je specifična po svom potencijalu da prevaziđe nacionalne i kulturne granice. Dakle, prema mišljenju Banakara, funkciju prava u aktuelnoj transformaciji savremenog svijeta ne bi trebalo shvatiti samo u kontekstu zadovoljavanja potreba ekonomskih subjekata, kako se to često u pravnoj teoriji predstavlja, već mnogo šire, uzimajući u obzir sve društvene oblasti.⁵ S druge strane, u pravnoj teoriji postoje mišljenja koja naglašavaju da je uloga suverenih država u funkcionisanju tradicionalnog međunarodnog sistema, pa i u oblasti prava, još uvijek nezamjenjiva. Tako na primjer, Džerod Viner eksplicitno iznosi antiglobalističku tezu da usklađivanje prava na globalnom nivou zapravo jača države jer su to metodi kojima države samo odgovaraju na transnacionalne impulse koji dolaze spolja te se na taj način adaptiraju novonastaloj situaciji. Obzirom na to da globalizacija ekonomije postavlja pred države imperativ uključivanja u zajedničko tržište, harmonizacija prava nacionalnih država je najšira upravo u toj oblasti. Pa ipak, ta činjenica, prema mišljenju Viner, ne znači njeno odsustvo u drugim oblastima.⁶

Pravilno razumijevanje transformacije prava u procesu globalizacije zahtijeva sveobuhvatno sagledavanje ovog procesa, odnosno uzimanje u obzir nesumnjivo rastućeg integrativnog procesa koji se ogleda kako u međunarodnom pravu, tako i u nacionalnim zakonodavstvima. S druge pak strane, neophodno je uvažiti realnost da su suverene nacionalne države još uvijek, u velikoj mjeri, subjekti međunarodnog prava i nosioci pravnog sistema na svojoj državnoj teritoriji te da su u tom smislu i subjekti globalizacije prava. Proces približavanja međunarodnog i nacionalnog prava odražava se i na fenomen usklađivanja prava. Naime, dok je u periodu modernih nacionalnih država postojala jasna distinkcija na međunarodno pravo i unutrašnje pravo nacionalnih država, usklađivanje prava se odvijalo na sljedeći način: međunarodno priznate suverene države su sopstvenim odlukama usvajale međunarodne konvencije te je takvo pravo, neposrednom primjenom ili na osnovu posebnih zakona, bivalo inkorporirano u zemlju primaoca. U slučajevima preuzimanja prava pravo je prenošeno iz nacionalnog zakonodavstva jedne države u nacionalno zakonodavstvo druge države, bilo u segmentima ili pak u cjelini (en bloc). Međutim, u periodu intenzivne globalizacije, kada se gubi jasna granica između međunarodnog i nacionalnog prava, do usklađivanja prava dolazi na način koji ima elemente i međunarodnog usklađivanja prava i usklađivanja preuzimanjem iz nacionalnih prava. Ovaj problem se najbolje može analizirati na

⁶ Jarrod, Wiener, *Globalization and Law in the 21st Century*, ed. A. Sarat, *The Blackwell Company to Law and Society*, Blackwell Publishers, London-New York, 2003., str. 212.

primjeru preuzimanja prava Evropske unije od strane zemalja koje nisu članice, bilo da su to evropske zemlje koje su se opredijelile da krenu putem ispunjavanja uslova za prijem u Evropsku uniju ili da je riječ o državama koje preuzimaju određeno pravno rješenje samo zbog njega samog, odnosno zbog njegovog kvaliteta.

Naime, pravo Evropske unije je po svom načinu nastanka (međunarodnim sporazumima) osobeno pravo. Međutim, sa transformacijom ove organizacije u političku zajednicu, sa uvođenjem parlamenta, izvršnih organa i drugih državnih obilježja, kao i sa ograničenom, ali ipak definisanom teritorijom, javljaju se elementi nacionalnog zakonodavstva, tako da pravo Evropske unije sve više poprima sopstveni identitet. Stoga se preuzimanje ovog prava, prije svega od strane zemalja nečlanica, ali i članica, ne može jasno okarakterisati kao preuzimanje međunarodnog prava niti pak kao recepcija stranog nacionalnog prava.

Isti je slučaj i sa mnogim drugim međunarodnim vladinim i nevladinim organizacijama koje iniciraju usklađivanje prava na globalnom nivou. Naime, sve više se u okviru međunarodnog prava donose preporuke, smjernice i modeli zakona (soft law) koje dalje proizvode preuzimanje nacionalnih propisa iz zemalja koje su ranije uskladile svoje zakonodavstvo sa ovim principima, od strane onih zemalja koje to čine kasnije. Na taj način pravna norma koja je potekla sa međunarodnog nivoa, "nacionalizovana" je u nekom od nacionalnih zakonodavstava zemalja koje su žurno obavile usaglašavanje sa međunarodnim pravom (najčešće su to razvijene zemlje koje imaju stabilne državne institucije i izgrađen zakonodavni aparat) da bi potom druge zemlje, koje kasne u procesu usklađivanja sa datim međunarodnim principima (najčešće zemlje u razvoju), od ovih zemalja preuzimale gotove, već usklađene pravne norme. Kako međunarodno pravo poprima sve veći značaj za funkcionisanje savremenih nacionalnih država u okviru međunarodne zajednice, tako se i usklađivanje prava sve više zasniva na međunarodnom pravu, a ne, kao u doba kolonijalnog osvanja i stvaranja modernih nacionalnih država sa sopstvenim pravnim sistemom, na preuzimanju nacionalnog prava drugih država. To je upravo osnovna distinkcija između ranijeg i savremenog načina usklađivanja prava.

3. UZROCI GLOBALIZACIJE PRAVA

Svi uzroci usklađivanja prava u procesu globalizacije mogu se podijeliti na *objektivne* i *subjektivne*. Pa ipak, treba imati u vidu da je teško, posebice u duhovnoj sferi, razlikovati objektivne i subjektivne uzroke, obzirom da se radi o dinamičnim procesima preklapanja, međuuticaja i prelaženja iz jednog stanja u drugo. Naime, razlike između objektivnih i subjektivnih uzroka nisu, u isto vrijeme, i razlike

između materijalnih i duhovnih tvorevina jer objektivni uzroci mogu biti ne samo materijalne nego i duhovne tvorevine, dok, s druge strane, subjektivni uzroci za svoju osnovu uvijek imaju samo duhovne tvorevine (racionalne ili iracionalne). Objektivne uzroke globalizacije prava moguće je podijeliti na prirodne i društvene. Prirodne uzroke čini prirodna sredina koju čovjek svojim radom i stvaralačkom aktivnošću prerađuje, kao i sam čovjek, posmatran kao dio prirode sa svojim prirodnim karakteristikama relevantnim za nastajanje društvenih procesa.⁷ Prirodni uzroci svakako da imaju uticaja na preuzimanje prava, ali nisu relevantni za predmetnu temu jer se u njima ne odražavaju specifičnosti procesa globalizacije koji je imanentno društveni proces. Stoga su u ovom radu razmatrani samo objektivni (društveni) uzroci i to: a) tehnološki; b) ekonomski; c) politički i d) kulturni.

I kao što je već ranije istaknuto, aktuelna transformacija prava sastavni je dio globalizacije kao objektivnog procesa društvene transformacije pa su u tom smislu i uzroci ovog procesa istovremeno objektivni, odnosno društveni uzroci transformacije prava, pri čemu je globalizacija prava, pored povećanja značaja međunarodnog prava, najznačajniji aspekt te transformacije. Stoga uzimamo da su najznačajniji tehnološki, ekonomski i politički faktori globalizacije zapravo objektivni – društveni uzroci usklađivanja prava u procesu globalizacije.

Nove tehnologije, kao što su informacione tehnologije i biotehnologija, među primarnim su faktorima ubrzanja procesa globalizacije jer omogućavaju neslućeni društveni napredak koji se ogleda u kompresiji vremena i prostora, ali i u poboljšanju zdravlja ljudi, širenju znanja, ekonomskom rastu i direktnijoj participaciji građana u njihovim zajednicama.⁸ Pa ipak, tehnološki napredak ima i svoje naličje – svaka tehnologija sa sobom nosi i određene rizike koji mogu negativno uticati na razvoj društva. Obzirom na to da se nove tehnologije sve brže uvode u upotrebu, ti rizici se povećavaju pa zajedno sa globalizacijom novih tehnologija postaju globalni problem. Upravo iz tog razloga javlja se potreba njihovog pravnog regulisanja i upravo ova činjenica predstavlja objektivni društveni uzrok koji u oblasti tehnologije dovodi do globalizacijskog procesa.

U savremenoj sociološko-pravnoj teoriji među autorima uglavnom postoji saglasnost da ekonomski faktori ne mogu biti zaobiđeni u analizama nastanka prava. Široko je prihvaćeno gledište da mnoge pravne norme u toj oblasti nastaju iz potrebe regulisanja prometa robe i usluga. Eksponencijalni rast svjetskih finansij-

⁷ Detaljnije vidi u: Jugoslav, Stanković, *Osnovi opšte sociologije prava II dio – stvaranje prava*, Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Beogradu, Beograd, 1998., str. 11-19.

⁸ Miroslav, Pečujlić, *Globalizacija: dva lika svijeta*, Gutenbergova galaksija, Beograd, 2005., str. 55-60.

skih transakcija, trgovine, proizvodnje, transnacionalnih kompanija i regionalnih ekonomskih integracija, kao faktori ekonomske globalizacije institucionalizuju se u formi međunarodnopravnih instrumenata međunarodnih organizacija od koji su najznačajnije: Međunarodna organizacija komisija za tržište hartija od vrijednosti, Svjetska trgovinska organizacija, Međunarodni monetarni fond, Svjetska banka, zatim regionalne integracije – Evropska unija, Azijsko-pacifička ekonomska kooperacija i dr. Obzirom na to da ekonomski faktori ne mogu neposredno i samostalno uticati na razvoj prava, upravo naprijed pomenute organizacije i njihovi međunarodnopravni instrumenti, prema riječima Džozefa Štiglicća, “pomažu da se uspostave pravila igre”⁹, odnosno imaju ulogu posrednika u odnosu ekonomskih faktora i usklađivanja nacionalnih prava na globalnom nivou.

U oblasti politike proces globalizacije karakterišu, prije svega, rastuća međuzavisnost političkih zajednica i širenje demokratskog uređenja. Proces rastuće integracije političkih zajednica manifestuje se kao progresivno slabljenje suvereniteta država, pri čemu dolazi do prenošenja suvereniteta na međunarodni nivo, uz povećanje broja međunarodnih organizacija. Posljednjih nekoliko decenija, osim osnivanja mnogobrojnih vladinih i nevladinih međunarodnih organizacija, raste i njihov pojedinačni značaj, prije svih Organizacije ujedinjenih nacija, sa njenim sve složenijim i brojnijim tijelima i Evropske unije koja sve brže prerasta iz ekonomske zajednice u uniju sa začetkom državne tvorevine. S druge strane, širenje demokratskog uređenja ogleda se u sve većem broju zemalja koje usvajaju demokratski pravni okvir. Stoga kao objektivne političke uzroke fenomena globalnog usklađivanja prava uzimamo upravo uočene faktore procesa globalizacije u oblasti politike, tj. rastuću međuzavisnost političkih zajednica i širenje demokratskog uređenja.

Iako je u procesu globalizacije evidentan uticaj objektivnih faktora, odnosno globalnih procesa u oblasti tehnologije, ekonomije i politike, to ne znači da je globalno usklađivanje prava određeno samo njima. Naime, subjektivni faktori koji podrazumijevaju sve svjesne akcije koje društvene grupe ili pojednici preduzimaju u okviru formalnopravno predviđene procedure ili van nje, saglasno, manje ili više slobodno, uključujući i aktivnosti vođene iracionalnim motivima (emocije, podsvijest...), utiču na konačno uobličavanje svakog pravnog fenomena, pa tako i globalnog usklađivanja prava. Kao karakteristične subjektivne uzroke usklađivanja prava u procesu globalizacije možemo izdvojiti: a) “projekat” globalizacije, odnosno svjesno usmjerene akcije društvenih grupa i pojedinaca u pravcu širenja globalizacije, b) pravnu, tehničku pomoć koju zemljama u razvoju

⁹ Džozef, Stiglic, *Protivrječnost globalizacije*, Fond za otvoreno društvo, Beograd, 2002., str. 225.

obezbjeduju razvijene zemlje i međunarodne vladine i nevladine organizacije i c) pravnu profesiju, koja u procesu globalizacije doživljava transformaciju u pravcu sve veće integracije na međunarodnom planu (kroz širenje znanja stranih jezika, korištenje Interneta za pribavljanje informacija i komunikaciju sa inostranstvom, pohađanje međunarodnih seminara, savjetovanja, specijalizacija i sl.). Za razliku od objektivnih uzroka, koji na usklađivanje prava u procesu globalizacije utiču uglavnom posredno, putem pravnih instituta, subjektivni uzroci na globalizaciju prava mogu uticati neposredno, određujući preuzimanje konkretnih pravnih rješenja. Pri tom do izražaja dolazi interakcija subjektivnih i objektivnih uzroka, tako što su subjektivni uzroci determinisani objektivnim (društvenim) uzrocima, odnosno objektivni uzroci usmjeravaju djelovanje subjektivnih uzroka.

4. POSLJEDICE GLOBALIZACIJE PRAVA

Da bi se u potpunosti sagledao fenomen usklađivanja prava u kontekstu procesa globalizacije, potrebno je, pored objektivnih i subjektivnih uzroka ovog fenomena, sagledati i društvene posljedice do kojih preuzeto pravo dovodi u zemljama primaocima. Usklađivanje prava je samo početna faza odnosa pravne norme stvorene preuzimanjem i društvenih činjenica, dok je završna faza ovog odnosa proces primjene preuzetog prava u društvenom okruženju zemlje primaoca. U zavisnosti od različitih društvenih okolnosti zemlje recipijenta, kako internih, tako i međunarodnih, kao i od odnosa pravnog sistema primaoca i vrste izvora, moguće su različite posljedice na društvo primaoca. U okolnostima intenziviranja procesa globalizacije, koji obilježava transformaciju savremenog svijeta i objektivnim i subjektivnim faktorima uzrokuje globalno usklađivanje prava, u zavisnosti od različitih društvenih i pravnih okolnosti, mogu da nastanu pozitivne ili negativne posljedice u svim društvenim oblastima zemlje primaoca.

S obzirom na različite društvene okolnosti i karakteristike nacionalnih pravnih sistema zemlje recipijenta i zemlje originatora, moguće je da preuzeto pravo proizvede različite efekte na društvo zemlje recipijenta. Zemlje sa razvijenim i stabilnim društvenim odnosima i institucijama koje uspiju da preuzeto pravo prilagode internim društvenim odnosima i pravnom sistemu i adekvatno ga primijene u mogućnosti su da se dalje razvijaju, odnosno da steknu prednosti primijene preuzetog prava. S druge strane, zemlje koje preuzeto pravo ne uspiju uklopiti u nacionalni pravni sistem i adekvatno ga primijeniti, u velikoj su mjeri onemogućene da obezbijede održivi društveni razvoj. Stoga se zemlje u razvoju, koje su primorane da za kratko vrijeme osavremene svoj pravni sistem i prilagode ga svjetskim standardima, nalaze pred opasnošću od daljeg zaostajanja u odnosu na razvijene zemlje.

Nesporno je da je primjena novih tehnologija od velikog značaja za razvoj društva. Međutim, izvjesno je da postoje i negativne posljedice novih tehnologija, koje se često ne mogu predvidjeti. U procesu globalizacije nove tehnologije, prije svega Internet, ali i biotehnologije i druge napredne tehnologije, na neposredan ili pak posredan način, dovode do ubrzanja ovog procesa. Pri tom se mogu utvrditi i neke negativne posljedice primjene ovih tehnologija. Posljedice preuzetog pravnog okvira koji reguliše primjenu novih tehnologija u zemlji recipijentu zavise kako od samih pravnih normi, tako i od njihove efikasnosti i drugih društvenih okolnosti zemlje primaoca.

U skladivanje regulisanja građanskih i političkih prava, do kojeg u procesu globalizacije dolazi preuzimanjem pravnih rješenja, uglavnom iz međunarodnih instrumenata, na osnovu objektivnih i subjektivnih uzroka, formalnopravno dovodi do uspostavljanja demokratskog pravnog okvira u zemlji primaocu. Međutim, primjena preuzetih pravnih rješenja može biti različita. Naime, širenje demokratske kulture ne iscrpljuje se preuzimanjem propisa koji odgovaraju međunarodnim standardima, već je neophodna njihova adekvatna primjena. Razvijene zemlje imaju dugu demokratsku tradiciju, izgrađene demokratske institucije, blagovremeno su iz međunarodnog prava preuzele savremeni međunarodni demokratski pravni okvir te uspijevaju ove propise adekvatno primjenjivati. S druge strane, zemlje u razvoju, posebice one koje su međunarodnopravne instrumente koji obezbjeđuju zaštitu temeljnih građanskih i političkih prava preuzele u tzv. "trećem talasu demokratizacije", svakako osim izuzetaka, nisu uspjele izgraditi stabilne i efikasne institucije i usvojiti demokratsku kulturu pa, shodno tome, ne uspijevaju preuzeti demokratski pravni okvir primjenjivati na odgovarajući način. Problem funkcionisanja mladih demokracija u smislu adekvatne primjene preuzetog demokratskog pravnog okvira najčešće je slabost demokratskih institucija koje bi trebalo da primjenjuju ove propise, a koja je uzrokovana, prije svega, korupcijom te zloupotrebom ovlašćenja i infiltriranjem kriminalnih elemenata u ove institucije. Osim toga, značajna je i opća društvena klima u kojoj se primjenjuju propisi o zaštiti osnovnih građanskih i političkih prava, a to se prevashodno odnosi na ekonomski rast i bezbjednost.

Obzirom na to da je pravo, između ostalog, i kulturni fenomen, globalno ujednačavanje prava je inicirano stvaranjem univerzalne kulture, ali i reverzibilno utiče na dalju unifikaciju kulturnih obrazaca, dovodeći do efekta *perpetuum mobile*. Kako se širenje kulturnih obrazaca u procesu globalizacije odvija u smjeru od razvijenih zemalja ka zemljama u razvoju, što je podstaknuto nesrazmjernom premoći ovih prvih u oblasti masovnih medija, tako se u istom smjeru prenose i pravna rješenja o pojedinim značajnim kulturnim pitanjima. Preuzimanjem pravnih rješenja zemlje primaoci zapravo ne usvajaju u potpunosti kulturni model

zemalja originatora, već samo kulturni obrazac koji se odnosi na neko od fundamentalnih pitanja savremene civilizacijske tekovine. To pak znači da ove zemlje, i pored usvojenih kulturnih modela o pitanju odnosa prema životu, zdravlju i prirodnoj okolini, mogu svoju kulturnu osobenost izraziti u mnogim drugim kulturnim pitanjima, putem različitih nacionalnih pravnih rješenja. Na taj način usklađivanje prava na globalnom nivou ne vodi neizostavno u globalnu kulturnu monolitnost, nego doprinosi bržem usvajanju savremenih civilizacijskih tekovina od strane zemalja u razvoju, što doprinosi njihovom bržem razvoju i aktivnom uključivanju u međunarodnu zajednicu. Tako, eto, neusvajanje pravnog okvira koji promovise zaštitu životne sredine može inicirati višestruke negativne (posredne i neposredne) ekonomske posljedice, što može naročito teško pogoditi zemlje u razvoju, u smislu usporavanja društvenog rasta i povećavanja njihovog zaostajanja za razvijenim zemljama.

5. ZAKLJUČAK

Na osnovu analize fenomena globalizacije prava, odnosno relacije usklađivanja prava i procesa globalizacije, uzimajući u obzir da je usklađivanje prava način stvaranja prava preuzimanjem prava iz drugih pravnih sistema ili međunarodnog prava koji može imati objektivne i subjektivne uzroke i prouzrokovati kompleksne posljedice na pravo i društvo primaoca, kao i to da je proces globalizacije globalni proces sa subjektivnim elementima koji proizvodi pozitivne i negativne posljedice u svim društvenim oblastima, pri čemu su one istovremeno i njegovi uzroci, daju se izvesti sljedeći zaključci:

1. Globalizacija prava je integralni dio procesa globalizacije kao procesa društvene transformacije savremenog svijeta te su objektivni i subjektivni uzroci i posljedice procesa globalizacije istovremeno uzroci i posljedice globalnog usklađivanja prava. Integrativni procesi u svim društvenim oblastima koji karakterišu proces globalizacije kao osnovni društveni fenomen savremenog svijeta, odražavaju se i na pravo na način da transformaciju savremenog prava karakterişe proces usklađivanja na globalnom nivou. Upravo su uzroci i posljedice procesa globalizacije istovremeno i uzroci i posljedice globalnog usklađivanja prava, pri čemu je ovaj odnos interaktivan, odnosno globalno usklađivanje prava doprinosi daljim integrativnim društvenim promjenama, što svakako dovodi do ubrzanja ovog procesa.

2. Usklađivanje prava u procesu globalizacije vrši se metodom preuzimanja (u različitom obimu) pravnih pravila, rješenja i pravnih ustanova iz jednog ili više pravnih sistema ili pak međunarodnog prava u drugi pravni sistem. Preuzimanje

prava koje se u pravnoj teoriji označava različitim pojmovima poznato je od najranije pravne historije i predstavlja najznačajniji način na koji je nastajalo i razvijalo se pravo kroz historiju. Međutim, savremeno preuzimanje prava karakteriše upravo globalizacijski proces u smislu da se najznačajnije i najobimnije preuzimanje prava obavlja u procesu usklađivanja prava na globalnom nivou.

3. Najznačajniji objektivni uzroci procesa globalizacije su ubrzani razvoj tehnologije i ekonomski, politički i kulturni faktori, koji, međutim, ne djeluju direktno na fenomen globalnog usklađivanja prava, već putem pravnih instituta, najčešće međunarodnopravnih instrumenata (obavezujućih i neobavezujućih), dok su od subjektivnih faktora globalizacije prava najznačajniji realizacija „projekta novog svjetskog poretka“, pravna tehnička pomoć i pravna profesija. Pri tom se, svakako, objektivni i subjektivni faktori međusobno prožimaju, na način da ih je, najčešće, teško individualno identifikovati i samostalno kvantifikovati. Objektivni faktori ne utiču direktno na usklađivanje prava, već putem pravnih instituta. Naime, usljed objektivnih okolnosti dolazi do definisanja pravnih instituta koji zatim direktno utiču na nacionalna zakonodavstva. Posljednjih decenija na globalnom nivou je uočljiv trend povećanja broja međunarodnopravnih instrumenata u svim društvenim oblastima, kao i povećanje broja međunarodnih organizacija, kako vladinih, tako i nevladinih. Upravo međunarodnopravni instrumenti najčešće imaju funkciju posrednika u ujednačavanju prava u procesu globalizacije. Ovi instrumenti, inicirani najčešće od strane međunarodnih organizacija, mogu biti obavezujući (konvencije, multilateralni ili bilateralni sporazumi itd.), i neobavezujući (smjernice, preporuke, modeli zakona itd.), ali i jedni i drugi, podjednako doprinose procesu globalnog usklađivanja prava.

4. Usklađivanje prava na globalnom nivou, istovremeno izaziva pozitivne i negativne posljedice na zemlje primaocje prava, pri čemu su negativne društvene posljedice na zemlje primaocje prava prourokovane diskrepancijom između razvijenih zemalja i zemalja u razvoju. Time globalno usklađivanje prava može doprinijeti formalizovanju i produbljanju neizbalansiranog odnosa ove dvije grupacije zemalja. Stoga bi put ka uspostavljanju globalnog ekonomskog (prije svega, ali ne isključivo) balansa trebalo da vodi upravo preko izmjena međunarodnopravnih instrumenata u pravcu povoljnijeg međunarodnog položaja ovih zemalja. To uključuje omogućavanje ovim zemljama da primjenjuju fleksibilnije programe strukturalnog prilagođavanja, kao i njihov povoljniji tretman na svjetskom tržištu.

6. LITERATURA

- Banakar, Reza, Reflexive Legitimacy in International Arbitration, ed. Gessner, A. C. Budak, *Emerging Legal Certainty: Empirical Studies on the Globalization of Law*, Dartmouth – Andershot, 1998.
- Brzezinski, Zbigniew, *The Grand Chessboard: The American Primacy and Its Geostrategic Imperatives*, Basic Books, New York, 1997.
- Hirst, Paul, Thompson, Grahame, *Globalization in Question*, Polity Press, London, 1996.
- Pečujlić, Miroslav, *Globalizacija: dva lika svijeta*, Gutenbergova galaksija, Beograd, 2005.
- Stanković, Jugoslav, *Osnovi opšte sociologije prava II dio – stvaranje prava*, Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Beogradu, Beograd, 1998.
- Stiglic, Džozef, *Protivrječnost globalizacije*, Fond za otvoreno društvo, Beograd, 2002.
- Wiener, Jarrod, Globalization and Law in the 21st Century, ed. A. Sarat, *The Blackwell Company to Law and Society*, Blackwell Publishers, London-New York, 2003.

Summary

This article explores factors of harmonization of law in the process of globalization, as well as the effects that this global phenomenon initiates in receptor's society, especially in relation to developed and developing countries. Harmonization of law in the process of globalization is the integral part of the globalization process in social area, and it occurs by means of legal reception. The most important social factors of the process is the accelerated development of tehnology, as well as the economical, political and cultural factors. The essential subjective factors of legal globalization are the „new world order project“, legal tehnicl assistance, and legal profession. Legal globalization concurrently stimulates positive and negative effects on recipient's society, but negative effects are mostly caused by discrepancy between developed and developing countries.

Key words: *Harmonization of Law, Globalization, Reception of Law, Legal transplants*

SUDSKA PRAKSA USTAVNOG SUDA BOSNE I HERCEGOVINE

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

PRAVO NA LIČNU SLOBODU I SIGURNOST, PRAVO NA IMOVINU I PRAVO NA ZABRANU DISKRIMINACIJE

U konkretnom slučaju nije povrijeđeno apelantovo pravo na ličnu slobodu i bezbjednost iz člana II/3d) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 5. Evropske konvencije, s obzirom na to da apelant Ustavnom sudu ničim nije dokazao da je u predmetnom postupku pokrenuo pitanje obeštećenja u smislu stava 5. član 5. Evropske konvencije, već to pitanje prvi put pokreće u svojoj apelaciji.

Iz obrazloženja:

U konkretnom slučaju, Ustavni sud je ustanovio da apelant, u suštini, smatra da je odbijanjem njegovog tužbenog zahtjeva, kojim je tražio naknadu nematerijalne štete zbog neosnovanog boravka u pritvoru od 15. avgusta 1994. godine do 7. oktobra 1994. godine, povrijeđeno njegovo pravo iz člana 5. stav 5. Evropske konvencije. Navedeno apelant ističe zbog toga što je pravosnažnom Odlukom Višeg suda u Zenici od 7. oktobra 1994. godine apelant oslobođen optužbe da je počinio krivično djelo zloupotrebe položaja i ovlašćenja iz člana 226. stav 3. KZR BiH.

Ustavni sud konstatuje da član 5. stav 5. Evropske konvencije traži da oni koji su bili žrtve hapšenja ili pritvora koje predstavlja kršenje drugih odredbi ovog člana, moraju da imaju izvršivo pravo na naknadu. Odsustvo takvog prava će dovesti do odgovornosti u postupku pred Evropskim sudom. Uslovi koje postavlja član 5. stav 5. Evropske konvencije, državi ne daju nikakvo diskreciono pravo u pogledu organa od kog će se tražiti naknada štete. Član 5. stav 5. Evropske konvencije traži lijek pred sudom, što znači da lijek mora da se dodijeli pravno obavezujućom odlukom. Što se tiče forme pravnog postupka kojim može da se ostvari pravo na naknadu štete, domaće vlasti imaju širok prostor djelovanja. Dalje, pravni lijek iz člana 5. stav 5. Evropske konvencije je potreban samo kada su navodne žrtve bile uhapšene ili pritvorene suprotno bilo kojoj odredbi iz st. 1. do 4. člana 5. Evropske konvencije. Zahtjev podnesen samo prema stavu 5. člana 5. bit

će izuzetak ako ne postoji prijašnja odluka kom se utvrdilo nepoštivanje člana 5. na nivou države ili na nivou Konvencije. Sud će najčešće razmatrati takav zahtjev samo prema članu 5. stav 5. Evropske konvencije ako dođe do zaključka da je neki drugi stav člana 5. prekršen (vidi, Evropski sud za ljudska prava, *Ciulla protiv Italije*, presuda od 22. februara 1989).

Na osnovu navedenog, proizilazi da lice koje traži obeštećenje shodno članu 5. stav 5. Evropske konvencije mora biti žrtva kršenja nekog od st. 1. do 4. člana 5. Evropske konvencije. U suprotnom, takvo lice ne bi imalo pravo na obeštećenje prema stavu 5. člana 5. Evropske konvencije. Dalje, Ustavni sud konstatuje da, prema praksi Evropskog suda, sama činjenica da lice koje je u pritvoru kasnije bude oslobođeno sudskom odlukom ne čini hapšenje nezakonitim s retroaktivnim efektom (vidi, Evropski sud za ljudska prava, *X protiv Velike Britanije*, Odluke i izvještaji, 1980., strana 223.).

U konkretnom slučaju, Ustavni sud konstatuje da je apelant svoj tužbeni zahtjev, kojim je tražio naknadu nematerijalne štete zbog neosnovanog pritvora jer je kasnijom odlukom suda bio oslobođen optužbe, zasnivao isključivo na domaćem zakonodavstvu. Apelant je smatrao da, u smislu domaćeg zakonodavstva, ima pravo na obeštećenje zbog same činjenice da je kasnijom odlukom suda oslobođen optužbe. S tim u vezi, Ustavni sud smatra da je u predmetu *Heinz Krzycki protiv Savezne Republike Njemačke* Evropska komisija za ljudska prava u svojoj odluci o prihvatljivosti predstavke od 14. marta 1977. godine navela da domaći zakon o kompenzaciji za mjere preduzete u toku krivičnog gonjenja može da prevazilazi član 5. stav 5. Evropske konvencije. Naime, on daje mogućnost za naknadu štete u slučajevima u kojima je kasnije utvrđeno da je osuda ili kazna bila pogrešna, a član 5. stav 5. Evropske konvencije daje mogućnost kompenzacije samo u slučajevima u kojima nisu ispunjeni uslovi koji su dati u st. 1. do 4. člana 5. Evropske konvencije.

U predmetnom slučaju apelant, u smislu domaćeg zakonodavstva, nije imao pravo na naknadu štete zbog toga što je u vrijeme nastanka sporne štete, odnosno pritvora kao štetnog događaja, bila na snazi odredba člana 13. Zakona o primjeni ZKP, koji je preuzet kao republički zakon, a koja je isključivala pravo za naknadu štete licima neopravdano osuđenim i neosnovano lišenim slobode. Predmetna odredba člana 13. Zakona o primjeni ZKP egzistirala je sve do stupanja na snagu ZKPFBiH ("Službene novine FBiH" broj 43/98). Dakle, u konkretnom slučaju apelant shodno domaćem zakonodavstvu nije imao pravo na naknadu štete u obimu koji prevazilazi okvir člana 5. Evropske konvencije.

Ispitujući predmetnu apelaciju s aspekta člana 5. stav 5. Evropske konvencije, Ustavni sud je ustanovio da apelant u predmetnom postupku nije ničim postavio pitanje obeštećenja u smislu člana 5. Evropske konvencije, već je svoj

zahtjev isključivo zasnivao na domaćem zakonu. Prvi put u svojoj apelaciji apelant navodi da je u predmetnom postupku odbijanjem njegovog zahtjeva za naknadu štete povrijeđen član 5. stav 5. Evropske konvencije. Apelant Ustavnom sudu nije ponudio dokaze da je u redovnom sudskom postupku, koji je okončan osporenim presudom, osporavao zakonitost pritvora u smislu st. 1. do 4. člana 5. Evropske konvencije. To je bilo neophodno kako bi se utvrdilo da li je apelantov pritvor bio nezakonit, odnosno da li ima pravo na obeštećenje iz stava 5. člana 5. Evropskog suda.

Uzimajući u obzir navedeno, Ustavni sud smatra da u konkretnom slučaju u predmetnom postupku nije povrijeđeno apelantovo ustavno pravo na ličnu slobodu i bezbjednost iz člana II/3d) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 5. Evropske konvencije.

U vezi s tim, Ustavni sud ukazuje na konzistentnu praksu Evropskog suda za ljudska prava i sopstvenu jurisprudenciju prema kojoj “imovina”, u smislu člana 1. Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju, može biti ili “postojeća imovina” ili “dobra”, uključujući i potraživanja u odnosu na koja lice ima bar “legitimno očekivanje” da će ih realizovati (vidi, Evropski sud, *Jantner protiv Slovačke*, presuda od 4. marta 2003. godine, aplikacija broj 39050/97, stav 27.). Ustavni sud, takođe, podsjeća da pravo na imovinu iz člana 1. Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju ne garantuje pravo na sticanje imovine (vidi, Evropski sud, *Van der Mussele protiv Belgije*, presuda od 23. novembra 1983. godine, serija A broj 70, stav 48.).

U smislu navedenog, Ustavni sud treba da odgovori da li je u konkretnom slučaju apelantovo potraživanje u predmetnom postupku bilo takvo da je u odnosu na njega imao “legitimno očekivanje” da će ga realizovati. U tom smislu bi takvo potraživanje predstavljalo imovinu u smislu člana II/3k) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 1. Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju. S tim u vezi, Ustavni sud smatra da apelant shodno domaćem zakonu, na kom je zasnivao svoj zahtjev, nema pravo na naknadu štete, te da stoga nije mogao da ima „legitimno očekivanje“ da će, u smislu domaćeg zakonodavstva, imati pravo na obeštećenje zbog vremena provedenog u pritvoru u situaciji kada je kasnijom odlukom suda oslobođen optužbe. Pri tome, Ustavni sud smatra da pitanje obeštećenja, prema stavu 5. člana 5. Evropske konvencije, apelant u predmetnom postupku nije ni postavio. Stoga, Ustavni sud smatra da apelantovo potraživanje u predmetnom postupku ne predstavlja imovinu koja uživa zaštitu u smislu člana II/3k) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 1. Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju, te da su apelantovi navodi u pogledu povrede navedenog prava neosnovani.

S obzirom na navedeno, Ustavni sud zaključuje da u konkretnom slučaju nije prekršeno apelantovo ustavno pravo na imovinu iz člana II/3k) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 1. Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju.

Shodno praksi Evropskog suda za ljudska prava, diskriminacija nastupa ako se lice, ili grupa lica koji se nalaze u analognoj situaciji, različito tretiraju na osnovu pola, rase, boje, jezika, vjere (...) u pogledu uživanja prava iz Evropske konvencije, a ne postoji objektivno i razumno opravdanje za takav tretman ili upotrebu sredstava naspram željenog cilja koji nisu u proporcionalnom odnosu (vidi, Evropski sud za ljudska prava, *Belgijski jezički slučaj*, presuda od 9. februara 1967., serija A broj 6, stav 10.). Pri tome je nevažno da li je diskriminacija posljedica različitog zakonskog tretmana ili primjene samog zakona (vidi, Evropski sud za ljudska prava, *Irska protiv Velike Britanije*, presuda od 18. januara 1978., serija A broj 25, stav 226.).

U konkretnom slučaju apelant svoje navode u pogledu diskriminacije potkrepljuje činjenicom da je u druga dva slučaja licima neopravdano držanim u pritvoru dosuđena naknada štete. Uzimajući u obzir slučajeve koje je apelant dostavio Ustavnom sudu, ovaj sud smatra da su u oba slučaja oslobađajuće presude postale pravosnažne 2000. i 2001. godine. Dakle, u vrijeme važenja ZKPFBiH ("Službene novine FBiH" broj 43/98) kojim je bilo propisano pravo na naknadu štete licima koja su bila u pritvoru, a koja su kasnije pravosnažnom presudom oslobođena optužbe. Stoga, Ustavni sud smatra da se navedeni slučajevi razlikuju od apelan-tovog, jer je apelant pravosnažno oslobođen od optužbe 1996. godine, kada je na pravnoj snazi bila odredba člana 13. Zakona o primjeni Zakona o krivičnom postupku. Navedena odredba je bila na snazi sve do 28. novembra 1998. godine, kada je na snagu stupio ZKPFBiH ("Službene novine FBiH" broj 43/98).

Dalje, Ustavni sud podsjeća da ovaj sud prilikom odlučivanja o navodima o diskriminaciji razmatra okolnosti svakog konkretnog slučaja. Shodno tome, razmatrajući predmetni slučaj, Ustavni sud nije ustanovio ništa što ukazuje na to da je apelant u predmetnom postupku bio diskriminisan. Navedeno Ustavni sud nije mogao da zaključi ni uvidom u dokumentaciju koju je apelant dostavio. Stoga, Ustavni sud smatra da su apelantovi navodi o povredi njegovog prava na nediskriminaciju neosnovani.

Imajući u vidu izloženo, Ustavni sud smatra da u predmetnom slučaju nije povrijeđeno apelantovo ustavno pravo na zabranu diskriminacije iz člana II/4 Ustava Bosne i Hercegovine i člana 14. Evropske konvencije.

*(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine
broj AP 2666/06 od 28. novembra 2008. godine)*

PRAVO NA PRAVIČNO SUĐENJE

Došlo je do povrede prava na pravično suđenje iz člana II/3e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. Evropske konvencije u vezi sa činjeničnim stanjem koje je utvrđeno, jer osporena presuda Vrhovnog suda ne zadovoljava kriterijume jednog pravičnog postupka u odnosu na ocjenu dokaza, koja je paušalna i bez odlučujućih razloga koji bi zadovoljili zaključke presude.

Iz obrazloženja:

Prije svega, Ustavni sud je naglasio da prijava boravka određenog lica ne smije da bude osnova za prosuđivanje da li određeni stan predstavlja nečiji dom, tj. za formalno-pravno određivanje statusa člana nečijeg domaćinstva (vidi Ustavni sud, Odluka broj *U 1-02*, od 17. decembra 2004. godine, tačka 36). Dalje, presuda se poziva na izjavu svjedoka, koja, na osnovu prvostepenog upravnog rješenja Odjeljenja za komunalne i stambene poslove Gradske uprave Grada Banja Luka, nije izjavila da apelant živi kod majke, već da joj nije poznato da li apelant živi kod svoje majke, tj. gdje živi apelant. Shodno tome, zaključci Vrhovnog suda su pogrešni u vezi sa ovim svjedokom. Dalje, Vrhovni sud Republike Srpske je u potpunosti odbacio materijalne dokaze, račune za vodu od 1995. godine, koji su glasili na dva lica, a da se za to nije dalo opravdano obrazloženje. Sem toga, taj sud je odbio dokaze, izjave svjedoka, stanara zgrade, u kojoj se nalazi predmetni stan, a koji su jasno iskazali da je apelant živio od 1995. godine u stanu sa svojim ocem. Ovaj prigovor se odnosi pogotovo na svjedoka, koji je apelantov «prvi komšija». Ustavni sud ne negira pravo redovnih sudova da vjeruju određenim dokazima, ali je arbitrarno zaključiti da se određenim dokazima ne vjeruje iz prostog razloga što su u suprotnosti s drugim dokazima. Sud mora suštinski da obrazloži zašto nečemu ne vjeruje, te dati razloge za tvrdnju da su određeni dokazi vjerodostojni, a drugi nisu. Samo na taj način sud pokazuje zadovoljavajuću dozu nepristrasnosti i objektivnosti, te ispunjava svoju ulogu koju ima, a to je propisana provjera dokaza. Shodno tome, sud mora da se suoči sa dokazima koji idu u prilog apelantu i da obrazloži zašto im ne vjeruje.

Iz navedenog proizilazi da presuda Vrhovnog suda, u vezi s utvrđenim činjeničnim stanjem, ne zadovoljava kriterijume jednog pravičnog postupka, jer je ocjena dokaza paušalna i bez odlučujućih razloga koji bi zadovoljili zaključke.

U svjetlu zaključka, u pogledu kršenja apelantovih prava iz člana II/3e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. Evropske konvencije, Ustavni sud smatra da kod ovakvog stanja stvari nije moguće da se razmatraju ostali navodi iz apelacije. Naime, Ustavni sud je zaključio da je činjenično stanje arbitrarno utvrđeno, te smatra da će tek na osnovu činjeničnog stanja koje je pravilno utvrđeno moći da se zaključi da li apelant ima zaštićenu pravnu poziciju u smislu prava na dom iz člana II/3f) Ustava Bosne i Hercegovine, tj. člana 8. Evropske konvencije, i prava na imovinu iz člana II/3k) Ustava Bosne i Hercegovine, tj. člana 1. Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju. Shodno mišljenju Ustavnog suda, u ovom konkretnom slučaju, utvrđivanje činjeničnog stanja mora da učini Vrhovni sud koji je nadležan, a ne Ustavni sud.

*(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine,
broj AP 2482/06 od 11. marta 2008. godine)*

PRAVO NA PRAVIČNO SUĐENJE

Postoji kršenje prava na pravično suđenje iz člana II/3e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. Evropske konvencije kad sud u upravnom sporu propusti da dostavi tužbu zainteresovanom licu, kako to propisuje Zakon o upravnim sporovima, iako je odluka suda odlučujuća za građanska prava zainteresovanog lica, budući da se na taj način prekršio princip ravnopravnosti strana u postupku koji je neodvojiv element prava na pravično suđenje.

Iz obrazloženja:

Ustavni sud primjećuje da je tužilac podnio zahtjev za povraćaj stana koji trenutno koristi apelant. CRPC je donio odluku kojom je potvrđeno da je tužilac bio posjednik stana 1. aprila 1992. godine. Međutim, petit odluke CRPC-a nema odluku o tome da li tužilac ima ili nema pravo na povraćaj stana u posjed, sem uputa u obrazloženju odluke da se na njega primjenjuju odredbe Zakona o prodaji stanova na kojima postoji stanarsko pravo. Upravni organ je pristupio izvršenju

odluke CRPC-a, u skladu s odredbama Zakona o izvršenju odluka Komisije za imovinske zahtjeve izbjeglica i raseljenih lica. Članom 2. zakona koji je naveden, određeno je da se izvršenje odluka CRPC-a provodi upravnim putem. U istom zakonu, članom 7. određeno je da je organ koji je nadležan za izvršenje dužan da donese zaključak o izvršenju koji treba da sadržava odluku o vraćanju nosioca prava u posjed stana, odluku o prestanku prava privremenog korisnika, rok za napuštanje stana i odluku o tome da li privremeni korisnik ima pravo na smještaj.

Uzimajući u obzir navedeno, Ustavni sud zapaža da član 27. Zakona o upravnim sporovima propisuje da tužba s prilogima mora da bude dostavljena i zainteresovanim licima, ako ih ima. Na ovaj način Zakon o upravnim sporovima obezbjeđuje da prilikom odlučivanja o građanskim pravima sva lica, kako strane u postupku, tako i zainteresovana lica na čija prava odluka suda ima odlučujući uticaj, dobiju priliku da predoče sudu svoje argumente i dokaze. Kantonalni sud nije dao odgovor na apelaciju i nije jasno zašto nije pozvao apelanta da učestvuje u postupku. Ustavni sud smatra da je ovakvim propustom Kantonalni sud onemogućio apelanta kao zainteresovano lice da iznese pred sud svoje argumente i dokaze u predmetu u kom se odluka direktno tiče njegovih građanskih prava, čime je doveden u "znatno podređen položaj" u odnosu na ostale učesnike u upravnom sporu. Apelantov položaj je utoliko teži i nepovoljniji u odnosu na drugu stranu, jer on ni na jednoj instanci, niti u postupku pred nadležnim upravnim organima, niti u postupku radi izvršenja CRPC odluke nije učestvovao, a što se vidi iz nižestepenih rješenja. Na osnovu navedenog, Ustavni sud smatra da je ovakvim propustom Kantonalni sud prekršio princip ravnopravnosti strana u postupku koji je neodvojiv element prava na pravično suđenje iz člana 6. stav 1. Evropske konvencije (vidi Ustavni sud, neobjavljena odluka broj AP 307/06 od 18. oktobra 2007. godine).

Na osnovu navedenog, Ustavni sud zaključuje da je činjenica da apelant nije učestvovao u upravnom sporu dovela do povrede njegovog prava na pravičan postupak u vezi sa članom II/3e) Ustava Bosne i Hercegovine i članom 6. stav 1. Evropske konvencije.

*(Odluka Ustavnog sud Bosne i Hercegovine,
broj AP 2998/07 od 14. februara 2008. godine)*

PRAVO NA PRAVIČNO SUĐENJE

Postoji povreda prava na pravično suđenje iz člana II/3e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. Evropske konvencije kada drugostepeni sud proizvoljno primijeni materijalno pravo i potvrdi prvostepenu presudu u dijelu u kom je odbijen apelantkinjin tužbeni zahtjev za isplatu regresa, ogrjeva i zimnice, pozivajući se na nedostatak sredstava i princip pravičnosti u odnosu na ostale zaposlene, iako su prava na regres, ogrjev i zimnicu utvrđena zakonom i kolektivnim ugovorima.

Iz obrazloženja:

Ustavni sud ukazuje na to da je o istim činjeničnim i pravnim pitanjima već odlučivao u svojoj odluci broj AP 3271/06 (vidi, *mutatis mutandis*, Ustavni sud, Odluka broj AP 3271/06 od 18. decembra 2008. godine, odluka dostupna na www.ustavnisud.ba) povodom apelacije koju je grupa apelantkinja podnijela, između ostalog, i zbog neisplaćenih naknada za ogrjev, zimnicu i regres. U citiranoj odluci, Ustavni sud je zaključio da je povrijeđeno pravo apelantkinja na pravično suđenje iz člana II/3e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. Evropske konvencije, jer je u konkretnom slučaju Okružni sud dao arbitrarno obrazloženje svoje odluke. S tim u vezi, Ustavni sud je zaključio da su razlozi koje su sudovi ponudili u osporenim odlukama - da je apelantkinjama uskraćeno pravo na regres, ogrjev i zimnicu samo zbog nedostatka sredstava u budžetu - proizvoljni, jer je obaveza tuženog da isplati zimnicu i ogrjev za 2002. godinu, te zimnicu, ogrjev i regres za 2003. godinu, utvrđena zakonom i kolektivnim ugovorima. Shodno tome, Ustavni sud je zaključio da su sudovi proizvoljno obrazložili da apelantkinjama ne pripada pravo na regres, zimnicu i ogrjev, jer nedostatak novca u budžetu, na što se pozvao tuženi kao razlog za to što nije plaćena naknada na ime zimnice, ogrjeva i regresa za predmetni period, a Okružni sud prihvatio kao razlog da odbije tužbeni zahtjev apelantkinja, nije argument koji Ustavni sud može da prihvati, niti je takav argument prihvaćen u dosadašnjoj praksi Evropskog suda za ljudska prava.

S obzirom na to da se i u konkretnom slučaju radi o istovjetnoj pravnoj i činjeničnoj situaciji, Ustavni sud smatra da je ovakvim ponašanjem Okružnog suda povrijeđeno apelantkinjino pravo na pravično suđenje iz člana II/3e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. Evropske konvencije.

(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, broj AP 602/07 od 15. aprila 2009. godine)

PRAVO NA PRAVIČNO SUĐENJE

Postoji povreda prava na pravično suđenje iz člana II/3e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda u situaciji kada je Vrhovni sud bez utvrđivanja odlučne činjenice da li je poslodavac u relevantnom periodu imao dovoljno sredstava za isplatu plata odlučio da apelantu pripada 65% nominalnog iznosa plate, čime je arbitrarno protumačio pozitivnopravne propise koji regulišu pravo poslodavca da u određenom periodu može zaposlenicima da isplati nižu platu.

Iz obrazloženja:

U konkretnom slučaju prvostepeni sud, postupajući povodom apelantove tužbe, obavezao je tuženog da apelantu, između ostalog, isplati na ime neisplaćenih plata, za utuženi period, ukupan iznos od 9.257,00 KM. Žalba tuženog protiv ove presude je odbijena kao neosnovana. Međutim, Vrhovni sud je u pogledu visine dosuđenog iznosa preinačio nižestepene odluke na način da je umjesto iznosa od 9.257,00 KM na ime neisplaćenih plata tuženog obavezao da apelantu prema tom osnovu isplati iznos od 6.172,00 KM, što predstavlja 65% apelantovog ukupnog potraživanja. Vrhovni sud je svoju odluku zasnovao na odredbama člana 83. Zakona o radu i odredbama Opšteg kolektivnog ugovora – Prečišćeni tekst, očigledno člana 50, mada to nije izričito naveo.

U vezi s tim Ustavni sud konstatuje da predmetni postupak, imajući u vidu podneseni tužbeni zahtjev, podrazumijeva utvrđivanje činjenica da li je apelant u periodu koji je obuhvaćen tužbenim zahtjevom uopšte radio kod tuženog, te da li je, s obzirom na tvrdnje tuženog, tuženi u spornom periodu imao dovoljno sredstava za isplatu plata, odnosno da li su u konkretnom slučaju ispunjeni uslovi za primjenu člana 50. Kolektivnog ugovora prema kom poslodavac, dakle tuženi, može svim radnicima, pa dakle i apelantu, ukoliko nema dovoljno sredstava za isplatu plata, u periodu od najduže šest mjeseci, da isplati garantovani iznos plate u visini od 65 % plate određene u skladu sa Kolektivnim ugovorom.

Međutim, analizirajući osporenu odluku Vrhovnog suda, nezavisno od činjenice da su u toku postupka sprovedena dva vještačenja vještaka finansijske struke, i to jedno o visini apelantovog potraživanja po osnovu plata (na apelantov predlog) a drugo, povodom predloga tuženog, o okolnosti utvrđivanja rezultata poslovanja tuženog u periodu dok je apelant obavljao funkciju direktora tužene, u toku postupka uopšte nije utvrđeno, niti je u vezi s tom okolnosti sprovedeno vještačenje, da li je tuženi u spornom periodu, koji je obuhvaćen tužbenim

zahtjevom, imao dovoljno sredstava za isplatu plata zaposlenim, pa dakle i apelantu, što je preduslov za primjenu člana 50. Kolektivnog ugovora.

Dalje, Ustavni sud konstatuje da se, shodno odredbi člana 50. stav 3. garantovana plata može da isplaćuje najduže u trajanju do šest meseci, a osporenom odlukom apelantu je određena isplata plate u iznosu od 65% u periodu od septembra (dio) 2000. godine do maja 2001. godine, dakle, za period od skoro devet mjeseci.

S obzirom na navedeno, a imajući u vidu odredbu člana 83. Zakona o radu, prema kojoj poslodavac ne može radniku da isplati manju platu od one koja je utvrđena u skladu s kolektivnim ugovorom, pravilnikom o radu i ugovorom o radu, te ocjenjujući navedenu odredbu u vezi s članom 50. Opšteg kolektivnog ugovora, shodno kojoj poslodavac izuzetno može radniku, ukoliko nema dovoljno sredstava za isplatu plata da isplati garantovanu platu, koja u konkretnom slučaju nije bila predmet utvrđivanja pred redovnim sudovima, Ustavni sud smatra da je način na koji je Vrhovni sud u osporenoj presudi primijenio pozitivnopravne propise arbitran i predstavlja kršenje apelantovog ustavnog prava na pravično suđenje iz člana II/3e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. Evropske konvencije.

*(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine,
broj AP 844/06 od 12. juna 2008. godine)*

PRAVO NA PRAVIČNO SUĐENJE

Postoji povreda prava na pravično suđenje iz člana II/3e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. Evropske konvencije u situaciji kad je Kantonalni sud proizvoljno protumačio pozitivno-pravne propise koji regulišu zastaru potraživanja prava iz radnog odnosa u vezi sa ostvarivanjem prava iz člana 143. Zakona o radu.

Iz obrazloženja:

Ustavni sud konstatuje da se u postupku koji je okončan osporenim presudom Kantonalnog suda odlučivalo o apelantkinjinom tužbenom zahtjevu koji je usmjeren na poništenje rješenja tužene od 20. oktobra 2005. godine o

uspostavljanju radno-pravnog statusa, apelantkinjinom vraćanju na posao, isplati plata i doprinosa iz radnog odnosa, te zaključuje da se radi o predmetu građansko-pravne prirode iz čega proizilazi da je član 6. Evropske konvencije primjenljiv na apelantkinjin slučaj. S obzirom na navedeno, Ustavni sud će da ispita da li je postupak pred sudom bio pravičan onako kako to zahtijeva član II/3e) Ustava Bosne i Hercegovine i član 6. stav 1. Evropske konvencije.

U tom smislu, a imajući u vidu dokumentaciju koja je predočena Ustavnom sudu, nesporno je da je apelantkinja imala pristup sudu kao elementu prava na pravično suđenje u smislu člana 6. stav 1. Evropske konvencije. Naime, apelantkinja je 13. aprila 2006. godine podnijela tužbu redovnom sudu koji je nakon provedenog postupka, u kom je apelantkinja učestvovala, donio prvostepenu presudu 20. oktobra 2006. godine kojom je u cijelosti odbio apelantkinjin postavljeni tužbeni zahtjev pri čemu je za takvo odlučivanje u obrazloženju presude dao iscrpne razloge. Dalje, apelantkinja je imala i koristila mogućnost izjavljivanja žalbe o kojoj je odlučivao nadležni sud koji je svojom Presudom od 2. februara 2007. godine djelimično uvažio apelantkinjinu žalbu, te djelimično preinačio prvostepenu presudu. Sem navedenog, okolnosti da je sudija prvostepenog suda ranije vršila dužnost kantonalnog pravobranioca koja je, između ostalog, zastupala i tuženu u postupku koji je apelantkinja vodila protiv tužene 1998. godine, sama po sebi ne ukazuje na sudijinu pristrasnost, niti je to Ustavnom sudu uočljivo. Stoga, Ustavni sud smatra da je apelantkinja imala pristup redovnim sudovima koji su odluke o apelantkinjinoj tužbi, odnosno žalbi donijeli u zakonom propisanim rokovima iz čega proizilazi da je nepristrasan sud u razumnom roku donio odluke koje su osporene.

Dalje, imajući u vidu navode apelacije, Ustavni sud konstatuje da se suština navoda o kršenju prava na pravično suđenje svodi na to da su redovni sudovi pogrešno primijenili materijalno pravo. U vezi s tim, Ustavni sud podsjeća da je, u skladu sa dosadašnjom praksom, nadležnost Ustavnog suda iz člana VI/3b) Ustava Bosne i Hercegovine ograničena samo na «pitanja koja su sadržana u Ustavu». Ustavni sud nije nadležan da vrši provjeru činjenica koje su utvrđene i načina na koji su redovni sudovi protumačili pozitivno-pravne propise, sem ukoliko odluke tih sudova krše ustavna prava. U kontekstu navedenog, Ustavni sud konstatuje da su redovni sudovi svoje odluke, u dijelu u kom se odbija tužbeni zahtjev (poništenje rješenja tužene o uspostavljanju radno-pravnog statusa i apelantkinjinom vraćanju na poslove i radne zadatke koje je obavljala do upućivanja na čekanje) zasnovali na odredbama člana 143. Zakona o radu. Naime, nakon postupka koji je proveden redovni sudovi su utvrdili da je apelantkinja 31. decembra 1991. godine bila zaposlenik pravnog prednika tužene, da u vremenskom periodu do stupanja na

snagu Zakona o radu (5. oktobra 1999. godine) nije zasnovala radni odnos kod drugog poslodavca, te da se u propisanom roku obratila poslodavcu s ciljem da uspostavi radno-pravni status. S obzirom na navedeno, u takvom zaključku redovnih sudova Ustavni sud nije uočio nikakvu proizvoljnost. Ovo tim prije što zakonska odredba koja je citirana pretpostavlja da zahtjev za priznavanje statusa zaposlenika na čekanju podnosi sam zaposlenik, a isti se postupak, dakle, ne pokreće prema službenoj dužnosti. Stoga je, u situaciji kad se sama apelantkinja obratila poslodavcu zahtjevom da joj se uspostavi radno-pravni status, a zatim nadležnoj Komisiji koja je Rješenjem od 4. februara 2004. godine, a koje nije predmet ove apelacije, utvrdila da apelantkinja ispunjava zakonske uslove da joj se prizna status zaposlenika na čekanju kod tužene, te tuženoj naložila da apelantkinji riješi radno-pravni status, neosnovano apelantkinjino pozivanje na pogrešnu primjenu člana 143. stav 4. Zakona o radu, budući da je nesporno da apelantkinju tužena nije u zakonom propisanom roku od šest mjeseci od dana stupanja na snagu zakona pozvala na rad. Stoga je apelantkinji po sili zakona 5. maja 2000. godine prestao radni odnos uz pravo na otpremninu shodno izmijenjenoj odredbi člana 143. st. 4. i 5., te rješenje tužene ima samo deklaratorni karakter, pa su apelantkinjini navodi o povredi njenih prava u tom dijelu apsolutno neosnovani. S obzirom na navedeno, Ustavni sud ne vidi proizvoljnost u primjeni prava u dijelu u kom je odbijen dio apelantkinjinog tužbenog zahtjeva koji je usmjeren na poništenje Rješenja tužene od 17. oktobra 2005. godine, o uspostavljanju radno-pravnog statusa zaposlenika na čekanju i zahtjevom za vraćanje na poslove i radne zadatke koje je obavljala do upućivanja na čekanje, kao ni u dijelu tužbenog zahtjeva u kom je odlučeno o apelantkinjinom pravu na uplatu doprinosa za penziono osiguranje pozivanjem na razloge koji su dati u Odluci Ustavnog suda AP 311/04 od 22. aprila 2005. godine.

Međutim, vezano za apelantkinjine navode u dijelu kojim je odbijen njen zahtjev za naknadu plata, Ustavni sud smatra da je Kantonalni sud proizvoljno primijenio odredbe člana 106. Zakona o radu. Naime, Kantonalni sud je u tom dijelu potvrdio prvostepenu presudu sa obrazloženjem da je apelantkinja tužbu podnijela 13. aprila 2006. godine, tražeći neisplaćene plate za period od 1. novembra 1993. godine do povratka na posao, a budući da je radni odnos apelantkinji prestao 5. maja 2000. godine, to je žalbeni sud zaključio da je osnovan prigovor zastare potraživanja, koji je istakla tužena, nalazeći da je protekao zastarni rok od tri godine u kom je apelantkinja, shodno članu 106. Zakona o radu, mogla da zahtijeva ispunjenje obaveze.

U vezi s tim, Ustavni sud podsjeća da je u svojoj Odluci AP 299/06 od 27. januara 2007. godine zaključio da *“zastarjelost za ostvarivanje prava iz člana 143.*

Zakona o radu počinje teći prvog dana nakon pravosnažnosti rješenja kojim je apelantkinji utvrđen status zaposlenika na čekanju posla". Razlozi koji su dati u navedenoj odluci Ustavnog suda u cjelosti se odnose i na konkretan slučaj. Ovo stoga što je Rješenje Komisije od 4. februara 2004. godine, kojim je utvrđeno da apelantkinja ispunjava zakonske uslove da joj se prizna status zaposlenika na čekanju kod tužene, postalo pravosnažno 24. februara 2004. godine, pa apelantkinja prije tog datuma shodno osnovu tog statusa nije ni mogla da traži naknadu plata, niti je u tom smislu postojala obaveza tužene. S obzirom na to da prije datuma pravosnažnosti rješenja Komisije nije ni mogao da počne teći rok zastarjelosti, a imajući u vidu da je tužba u konkretnoj pravnoj stvari podnesena 13. aprila 2006. godine, Ustavni sud smatra da je Kantonalni sud, odlučujući o dijelu tužbenog zahtjeva koji je usmjeren na naknadu plata apelantkinji za period od 1993. godine do 5. maja 2000. godine, očigledno proizvoljno primijenio odredbu člana 106. Zakona o radu.

Imajući u vidu razloge koji su navedeni, Ustavni sud smatra da je način na koji je Kantonalni sud u presudi koja je osporena primijenio pozitivno-pravne propise proizvoljan i predstavlja kršenje apelantkinjinog ustavnog prava na pravično suđenje iz člana II/3e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. Evropske konvencije.

*(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine,
broj AP 1920/06 od 25. januara 2008. godine)*

SUDSKA PRAKSA USTAVNOG SUDA FEDERACIJE BOSNE I HERCEGOVINE

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

O USTAVNOM PITANJU KOJE JE PREDOČIO KANTONALNI SUD U ŠIROKOM BRIJEGU ZA UTVRĐIVANJE USTAVNOSTI ODLUKE O OP- ĆINSKIM POREZIMA KOJU JE DONIJELO OPĆINSKO VIJEĆE GRUDE

Kako je Zakonom o pripadnosti javnih prihoda u Kantonu zapadno-hercegovačkom i financiranju Kantona zapadnohercegovačkog propisano da su općinski porezi, između ostalog, i porezi na tvrtke ili naziv, Ustavni sud Federacije je ocijenio da je Općinsko vijeće Grude ovlašteno donositi odluke o porezima na tvrtku ili naziv na svom području.

Presudu objaviti u “Službenim novinama Federacije BiH”, i “Službenom glasniku Općine Grude”.

Iz obrazloženja:

Kantonalni sud u Širokom Brijegu u postupku rješavanja upravnog spora broj: 08 0 U 000056 08 U, po tužbi tužitelja “Williams kladionica” d.o.o, Široki Brijeg protiv rješenja Federalnog ministarstva finansija/Federalnog ministarstva financija Sarajevo, broj: 07-15-980/07 od 16.6.2008. godine, na temelju članka IV.C.10.(4) Ustava Federacije Bosne i Hercegovine predočio je Ustavnom sudu Federacije Bosne i Hercegovine ustavno pitanje u svezi s utvrđivanjem ustavnosti Odluke o općinskim porezima broj: 01-15-43/05 od 31.1.2005. godine, koju je donijelo Općinsko vijeće Grude.

U zahtjevu je navedeno da se ovo ustavno pitanje predočava Ustavnom sudu Federacije iz razloga što je Amandmanom VIII d) na Ustav Federacije Bosne i Hercegovine propisano da je donošenje propisa o financijama i financijskim institucijama Federacije i fiskalna politika Federacije u isključivoj nadležnosti Federacije. Na temelju ovog ustavnog ovlaštenja, Federacija je donijela Zakon o pripadnosti javnih prihoda u Federaciji Bosne i Hercegovine i financiranju Federacije Bosne i Hercegovine (“Službene novine Federacije BiH”, broj: 26/96 i 32/98), kojim je uređena pripadnost javnih prihoda koji su ustanovljeni zakonima na teritoriju Federacije Bosne i Hercegovine, kao i odnosi u oblasti sustava financiranja Ustavom utvrđenih funkcija Federacije i kantona. Podnositelj zahtjeva se

poziva na članak 8. stavak 1. navedenog zakona, kojim je propisano da općinama pripadaju javni prihodi sukladno kantonalnim propisima i na stavak 2. istog članka kojim je propisano da općinska vijeća donose propise o općinskim pristojbama.

Nadalje, u zahtjevu ističu da je Ustavom Federacije Bosne i Hercegovine utvrđena podjela vlasti između Federacije i kantona, tako da je u isključivoj nadležnosti Federacije financiranje federalne vlasti, a da je u nadležnosti kantona financiranje kantonalne vlasti. Ističu da, iako kanton može prenijeti svoje nadležnosti na općine na svom teritoriju, u konkretnom slučaju kanton to nije učinio. Iz navedenih razloga podnositelj zahtjeva smatra da Općinsko vijeće Grude nije imalo ovlaštenje za donošenje osporene odluke.

Predloženo je da Ustavni sud Federacije nakon održane javne rasprave donese presudu kojom će utvrditi da osporena odluka nije u suglasnosti sa Ustavom Federacije Bosne i Hercegovine.

U odgovoru na zahtjev, "Williams kladionica" d.o.o., Široki Brijeg navodi da je osporena odluka nezakonita i u nesuglasnosti s višim aktima.

Pozivaju se na Amandman VIII d) na Ustav Federacije Bosne i Hercegovine, kojim je propisano da je donošenje propisa o financijama i finansijskim institucijama Federacije u isključivoj nadležnosti Federacije.

Navode da je donesen Zakon o pripadnosti javnih prihoda u Federaciji Bosne i Hercegovine, kojim je pripadnost svih javnih prihoda podijeljena između Federacije i kantona.

Ističu da je člankom 13. navedenog zakona propisano da jedinicama lokalne samouprave, pored ostalog, pripadaju javni prihodi, i to: naknade i pristojbe, shodno propisima jedinica lokalne samouprave, te drugi prihodi predviđeni zakonom.

Također, navode da i Zakon o načelima lokalne samouprave u Federaciji Bosne i Hercegovine ("Službene novine Federacije BiH", broj: 49/06) daje ovlaštenje jedinicama lokalne samouprave za donošenje propisa o pristojbama, ali i provedbene propise o oporezivanju. Smatraju da, iako Općinsko vijeće Grude ima ovlaštenje donositi navedene odluke, trebalo bi biti zaduženo za njihovo provođenje, a ne porezni organi.

U odgovoru na zahtjev se elaborira i pravo na jednakost pred zakonom. Navedeno je i da pristojba u suštini predstavlja naknadu za korištenje nekih javnih dobara (sredstava) ili usluga koje javni organ pruža građanima, kao i da se visina pristojbe za tvrtku ne može vezivati za vrstu djelatnosti i odrediti veća pristojba za profitabilnije djelatnosti iako je upitno i to što spada u takve djelatnosti i po kojim kriterijima. Stoga tvrde da bi to onda imalo karakteristiku vrste poreza vezanog za djelatnost koji je utvrđen u paušalnom iznosu.

Stanovišta su da visina pristojbe za istaknutu tvrtku može ovisiti samo o

veličini i vrsti istaknute tvrtke, zoni grada i sl., a upitno je i da li je adekvatan naziv pristojba, odnosno da li se isticanjem tvrtke koriste bilo kakva javna dobra ili usluge.

Predlažu Ustavnom sudu Federacije da donese presudu kojom će utvrditi da je osporena odluka neustavna u dijelu koji je predmet ocjene ustavnosti.

U odgovoru na zahtjev koji je dostavilo Općinsko vijeće Grude navedeno je da je osporena odluka sukladna Ustavu Federacije Bosne i Hercegovine i zakonu.

Općinsko vijeće Grude se poziva na Zakon o pripadnosti javnih prihoda u Kantonu zapadnohercegovačkom i financiranju Kantona zapadnohercegovačkog („Narodne novine Kantona zapadnohercegovačkog“, broj:3/97), te da je člankom 6. stavak 1. točka 2. navedenog zakona propisano da su općinski porezi prihodi za financiranje javnih potreba iz proračuna općine. Nadalje, pozivaju se i na članak 7. stavak 1. točka 2. istog zakona, kojim je propisano da su općinski porezi, između ostalog, porez na tvrtku ili naziv.

Iz navedenih razloga Općinsko vijeće Grude smatra da su neutemeljeni navodi podnositelja zahtjeva da Općinsko vijeće nije imalo ovlaštenje za donošenje osporene odluke jer je Zakonom o pripadnosti javnih prihoda Kantona zapadnohercegovačkog propisano da je porez na tvrtku ili naziv općinski prihod i općine su sukladno navedenom zakonu (članak 8. stavak 2.) dužne donijeti propise o visini općinskih poreza u roku od 30 dana od dana stupanja na snagu zakona. Predlažu da se zahtjev za ocjenu ustavnosti osporene odluke odbije kao neutemeljen.

Ustavni sud Federacije je odlučio kao u izreci ove presude iz sljedećih razloga:

Razmatrajući pitanje ustavnosti odluka o porezu na tvrtku u svjetlu stavova ovog suda u svezi s ustavnim pitanjima koja su se odnosila na ocjenu ustavnosti odluka općinskih vijeća o pristojbi na tvrtku (npr. U-1/06 od 09.06.2006. godine, U-2/07 od 07.06.2007. godine, U-10/08 od 14.10.2008. godine), Ustavni sud Federacije je mišljenja da se i kod poreza na tvrtku i kod pristojbe na tvrtku radi o suštinski istovjetnoj obvezi plaćanja fizičkih i pravnih osoba za isticanje tvrtke.

Amandmanom VIII točka d) na Ustav Federacije Bosne i Hercegovine propisano je da je u isključivoj nadležnosti Federacije donošenje propisa o financijama i financijskim institucijama Federacije i fiskalna politika Federacije. Na temelju ovog ustavnog ovlaštenja Federacija je donijela Zakon o pripadnosti javnih prihoda u Federaciji Bosne i Hercegovine („Službene novine Federacije BiH“, broj: 22/06 i 43/08). Člankom 13. stavak 1. ovog zakona propisano je da

jedinicama lokalne samouprave, pored ostalog, pripadaju javni prihodi, i to: naknade i pristojbe sukladno propisima jedinica lokalne samouprave (točka c), te drugi prihodi predviđeni zakonom i drugim propisima Federacije, kantona i jedinica lokalne samouprave (točka h). Člankom VI.4.b) Ustava Federacije Bosne i Hercegovine propisano je da općinsko vijeće usvaja općinski proračun i donosi propise o oporezivanju i na drugi način osigurava financiranje koje nisu osigurali kantonalna ili federalna vlast.

Zakonom o načelima lokalne samouprave u Federaciji Bosne i Hercegovine propisano je da „u zakonom propisanim okvirima, jedinice lokalne samouprave donose propise o naknadama i pristojbama, kao i provedbene propise o oporezivanju (članak 36.), te da jedinicama lokalne samouprave pripadaju između ostalog, „lokalne pristojbe i naknade čije iznose utvrđuje vijeće, sukladno zakonu“ (članak 37.).

Zakonom o pripadnosti javnih prihoda u Kantonu zapadnohercegovačkom i financiranju Kantona zapadnohercegovačkog propisano je da su općinski porezi, između ostalog, i porezi na tvrtku ili naziv (članak 7. stavak 1. točka 2.), a da je općina dužna donijeti propise o visini općinskih poreza u roku od 30 dana od dana stupanja na snagu ovog Zakona (članak 8. stavak 2.).

Polazeći od navedenih ustavnih i zakonskih odredbi, Ustavni sud Federacije ocijenio je da je Općinsko vijeće Grude ovlašteno donositi odluke o porezima na tvrtku ili naziv, na svom području. Napominjemo da je Ustavni sud Federacije, odlučujući po suštinski istovjetnom ustavnom pitanju istog podnositelja zahtjeva, u presudi broj U-12/08 od 14.10.2008. godine već elaborirao pitanje nadležnosti za donošenje propisa o naknadama za istaknutu tvrtku, odnosno naziv.

S obzirom da se ustavno pitanje od strane ovlaštenog podnositelja zahtjeva ponovno odnosilo isključivo na osporavanje nadležnosti za donošenje osporene odluke, to se, u konkretnom slučaju, Ustavni sud Federacije nije upuštao u razmatranje drugih primjedbi koje su istaknute od strane učesnika u postupku rješavanja upravnog spora, a odnose se na sadržinu osporenog propisa.

*(Presuda Ustavnog suda Federacije Bosne i Hercegovine
br. U-22/08 od 17.3.2009. godine objavljena je u
"Službenim novinama Federacije BiH" br. 26/09 od 15.4.2009 godine)*

IMUNITET, GRAĐANSKO-PRAVNA ODGOVORNOST

Odluka o žalbi izjavljenoj protiv Rješenja Općinskog suda u Bihaću

Diskusija u okviru tačke dnevnog reda ne predstavlja prekoračenje zastupničkih ovlaštenja niti postupanje koje ugrožava neovisnosti institucije Ombudsmena i njegove nadležnosti utvrđene Ustavom Federacije Bosne i Hercegovine i drugim zakonima pa je zbog pogrešne primjene materijalnog prava žalba K.A. iz Sanskog Mosta uvažena, prvostepeno rješenje Općinskog suda preinačeno i odlučeno da podnosilac žalbe ima pravo na imunitet.

Iz obrazloženja:

Rješenjem Općinskog suda u Bihaću broj: P-434/05 od 27.6.2008. godine odbijen je prigovor imuniteta tuženog K.A. iz Sanskog Mosta od građansko-pravne odgovornost, iz razloga što je prekoračio svoja zastupnička ovlaštenja i što nije postupao u okviru svoje dužnosti. U obrazloženju navedenog rješenja istaknuto je da je tuženi obavljajući zastupničku dužnost na sjednici Skupštine Unsko-sanskog kantona dana 11.3.2005. godine u raspravi o Izvještaju o dosadašnjim imenovanjima koja su u nadležnosti Vlade Unsko-sanskog kantona za period od 1.1.2004. godine do 20.1.2005. godine, diskutirao i kritizirao Nalaz, zaključke i preporuke Ombudsmena Federacije Bosne i Hercegovine povodom imenovanja direktora ZU "Dom zdravlja" Cazin, kojeg je sačinio tužitelj Veršić Branislav iz Bihaća u svojstvu zamjenika Ombudsmena u Bihaću. Na taj način postupio je suprotno odredbi članka II. B.4. Ustava Federacije Bosne i Hercegovine i članka III.2. Ustava Unsko-sanskog kantona kojima je utvrđeno da je Ombudsmen neovisan u obavljanju svojih ovlaštenja i da se nijedan organ vlasti i nijedna osoba ne mogu miješati u njihova ovlaštenja. Zbog svega navedenoga Općinski sud u Bihaću smatra da zastupnici Skupštine Unsko-sanskog kantona, a samim tim i tuženi, nisu bili ovlašteni diskutirati o pomenutom Izvještaju Ombudsmena niti donositi odluku da li prihvataju ili ne prihvataju preporuke koje su im dostavljene na znanje. Iz tih razloga u obrazloženju rješenja se navodi da tuženi nije postupao u okviru dužnosti zastupnika u Skupštini Unsko-sanskog kantona, zbog čega se ne može pozivati na imunitet.

Protiv navedenog rješenja u zakonom propisanom roku tuženi je izjavio žalbu Ustavnom sudu Federacije Bosne i Hercegovine.

U žalbi navodi da je obavljajući zastupničku dužnost na 30. sjednici Skupštine Unsko-sanskog kantona koja je održana 11.3.2005. godine u raspravi

diskutirao i kritizirao Izvještaj Ombudsmena koji je sačinio tužitelj, a koji je bio radni materijal uz pomenutu točku dnevnog reda ove Skupštine. Žalitelj dalje navodi da je prvostupanjski sud paušalno ocijenio da je tuženi prekoračio svoja zastupnička ovlaštenja. Rasprava o radu bilo koje institucije, pa i Ombudsmena, ne predstavlja miješanje u ovlaštenja dotične institucije. U konkretnom slučaju, materijal koji je sačinio i Skupštini Unsko-sanskog kantona dostavio tužitelj, dostavljen je zbog toga da Skupština o njemu vodi raspravu i o njemu zauzme stav, što je i učinjeno tijekom rasprave donošenjem Zaključka broj: 01-1-331/05 od 10.3.2005. godine.

Žalitelj smatra da je njegov govor bio u konkretnoj vezi sa njegovom zastupničkom dužnošću i da je stoga osnovano njegovo pozivanje na imunitet.

Predložio je da Ustavni sud Federacije donese odluku kojom ukida osporeno rješenje Općinskog suda u Bihaću te da utvrdi da žalitelj ima pravo na imunitet kao zastupnik u Skupštini Unsko-sanskog kantona.

U odgovoru na žalbu tužitelj se poziva na odredbe Ustava Federacije Bosne i Hercegovine, Ustava Unsko-sanskog kantona, Zakona o ombudsmenu Federacije Bosne i Hercegovine i druge propise koji se odnose na samostalnost u vršenju funkcije Ombudsmena, iz kojih proizilazi da se ni skupštinski zastupnici ni bilo koji organ u kantonu ne mogu miješati u ovlaštenja Ombudsmena.¹

Predložio je da se žalba tuženog odbije kao neosnovana i potvrdi Rješenje Općinskog suda u Bihaću broj: P-434/05 od 27.6.2008. godine koje je prema njegovom mišljenju zasnovano na Ustavu Federacije Bosne i Hercegovine i zakonima.

Nakon izvršenog uvida u doneseno rješenje i ostale dokaze u predmetu, Ustavni sud Federacije odlučio je kao u izreci rješenja iz sljedećih razloga:

Odlučujući o žalbi, Ustavni sud Federacije je iskazao stajalište da je pitanje postojanja prava na imunitet od građanske odgovornosti prethodno pitanje od čijeg rješavanja ovisi mogućnost vođenja građanskog postupka. Time Ustavni sud Federacije ne ulazi u pitanje građansko-pravne odgovornosti u konkretnom slučaju niti u postojanje ili nepostojanje odgovornosti, a koje se tuženom stavlja na teret. Polazeći od svoje nadležnosti, Ustavni sud Federacije se samo ograničava na razmatranje i odlučivanje o pitanju prava na imunitet, što je uvjet za dalje

¹ U konkretnom slučaju zamjenik Ombudsmena je dao preporuku Upravnom odboru ZU „Dom zdravlja“ Cazin da poništi Odluku o imenovanju direktora te zdravstvene ustanove, a Vladi Unsko-sanskog kantona da poništi suglasnost na ovo imenovanje. Kako oni nisu prihvatili datu preporuku, nalaz o nezakonitom postupku koji je prethodio ovom imenovanju dostavljen je Skupštini Unsko-sanskog kantona na znanje, sa ciljem da se preispita opravdanost vladinog stanovišta vezano za predmetno imenovanje.

vođenje parničnog postupka protiv tuženog od strane Općinskog suda u Bihaću.

Pri razmatranju ovog predmeta Ustavni sud Federacije pošao je od odredbe članka II.B.4 i II.B.8. Ustava Federacije Bosne i Hercegovine kojim je regulirana nadležnost Ombudsmana. Istim člancima je propisano da su Ombudsmeni neovisni u vršenju svojih funkcija i da se nijedan organ vlasti ne može miješati u te nadležnosti, da mogu podnositi izvješća nadležnim federalnim, kantonalnim i drugim organima vlasti. Pored nadležnosti utvrđene Ustavom Federacije Bosne i Hercegovine, nadležnost i postupanje po preporuci Ombudsmana propisana je Zakonom o ombudsmanima Federacije Bosne i Hercegovine („Službene novine Federacije BiH“, broj: 32/00) i Zakonom o ministarskim, vladinim i drugim imenovanjima Federacije Bosne i Hercegovine („Službene novine Federacije BiH“, broj: 12/03).

Pitanje prava na imunitet, odlučivanje o imunitetu i njegovo trajanje regulirano je člankom 3., 4. i 7. Zakona o imunitetu Federacije Bosne i Hercegovine („Službene novine Federacije BiH“, broj: 19/03). Prema istim člancima, pravo na imunitet imaju zastupnici u Zastupničkom domu i izaslanici u Domu naroda Parlamenta Federacije Bosne i Hercegovine kao i članovi kantonalnih zakonodavnih tijela. Oni neće biti kazneno ili građanski odgovorni za bilo koji postupak izvršen u okviru njihove dužnosti u Parlamentu Federacije Bosne i Hercegovine ili u kantonalnom zakonodavnom tijelu, izvršnim organima Federacije Bosne i Hercegovine, odnosno izvršnim organima kantona te da se te osobe u bilo koje vrijeme za postupke izvršene u okviru tih dužnosti u pomenutim institucijama mogu pozvati na imunitet. Međutim, pozivanje na imunitet ne može se smatrati općom preprekom za kazneno gonjenje ili pokretanje parničnog postupka.

Postupci izvršeni u okviru njihovih dužnosti, prema mišljenju Ustavnog suda Federacije, podrazumijevaju postupke koji proističu iz dužnosti koje pojedinac, odnosno zastupnik ima u zakonodavnoj, odnosno izvršnoj vlasti. To su Parlament Federacije Bosne i Hercegovine, odnosno kantonalno zakonodavno tijelo, izvršni organi Federacije Bosne i Hercegovine, odnosno izvršni organi kantona.

O pravu na imunitet ovlašten je da raspravlja i odlučuje nadležni sud koji je nadležan da vodi kazneni odnosno parnični postupak, i to u momentu pozivanja te osobe na imunitet.

Sukladno članku 7. Zakona o imunitetu Federacije Bosne i Hercegovine, a u svezi sa člankom 53. Poslovnika Ustavnog suda Federacije Bosne i Hercegovine („Službene novine Federacije BiH“, broj: 39/04), Ustavni sud Federacije odlučuje o žalbama na odluke o imunitetu, i to samo u onom dijelu u kome se pobija žalbom i u granicama razloga navedenih u žalbi. U obrazloženju donesenog rješenja se

navodi da zastupnici u Skupštini Unsko-sanskog kantona nisu bili ovlašteni da diskutiraju o Nalazu, zaključcima i preporukama Ombudsmena Federacije niti da donose odluke da li prihvataju ili ne prihvataju preporuke Ombudsmena koje im se samo dostavljaju na znanje, ali ne i na diskusiju. Iz tih razloga tuženi nije postupio sukladno svojim ovlastima zastupnika pa se ne može pozivati na imunitet. Na ovakvu konstataciju u donesenom rješenju Općinskog suda u Bihacu prigovarao je tuženi u svojoj žalbi. Međutim, na temelju pomenutih odredbi Zakona o imunitetu Federacije Bosne i Hercegovine i Poslovnika Ustavnog suda Federacije Bosne i Hercegovine, Ustavni sud Federacije je utvrdio da je tuženi zastupnik u Skupštini Unsko-sanskog kantona i da je na 30. sjednici koja se održala 10. 3.2005. godine diskutirao o pomenutoj točki dnevnog reda koja je usvojena od strane Kolegija Skupštine kao i ostali zastupnici u okviru svoje dužnosti zastupnika. Ustavni sud Federacije nije mogao prihvatiti kao opravdan razlog na koji se poziva Općinski sud u Bihacu da tuženi kao zastupnik u Skupštini Unsko-sanskog kantona nije bio ovlašten da diskutira o Nalazu Ombudsmena, pa da je iz tih razloga prekoračio svoja zastupnička ovlaštenja i da mu iz tih razloga ne pripada pravo na imunitet. Ovo zbog toga što je takav zaključak u suprotnosti sa navedenim ustavnim i zakonskim odredbama, što i podnositelj žalbe ističe. Naime, diskusija u okviru točke dnevnog reda, kao u ovom slučaju, ne može se tretirati kao prekoračenje zastupničkih ovlaštenja, niti konkretno kao postupanje koje ugrožava neovisnost institucije Ombudsmena i njegove nadležnosti utvrđene Ustavom Federacije Bosne i Hercegovine i drugim zakonima. Iz tih razloga prvostupanjski sud je pogrešno primijenio materijalno pravo te slijedom toga donio nezakonitu odluku.

Pri donošenju ovog rješenja Ustavni sud Federacije nije se upuštao u sadržaj diskusije žalitelja na sjednici Skupštine Unsko-sanskog kantona, niti u opravdanost njegovog izlaganja, već je kao žalbeni sud ispitivao odluku o imunitetu u onom dijelu koja se pobija žalbom i u granicama razloga navedenih u žalbi, a sukladno odredbama Zakona o imunitetu Federaciji Bosne i Hercegovine i Poslovnika Ustavnog suda Federacije Bosne i Hercegovine.

Na temelju članka 55. stavak 2. Poslovnika Ustavnog suda Federacije Bosne i Hercegovine odlučeno je kao u izreci rješenja.

(Rješenje je donijeto u postupanju Ustavnog suda Federacije Bosne i Hercegovine u predmetu br. U-23/08 dana 11.2.2009 godine)

