

ČASOPIS ZA PRAVNU TEORIJU I PRAKSU

PRAVNA MISAO

7 – 8

srpanj – kolovoz / juli – august
Sarajevo 2010.

Izdaje:

BOSNA I HERCEGOVINA
FEDERACIJA BOSNE I HERCEGOVINE
FEDERALNO MINISTARSTVO PRAVDE
ZAVOD ZA JAVNU UPRAVU

www.fmp.gov.ba

Časopis "PРАВNA MISAO" upisan je u evidenciju javnih glasila u Ministarstvu obrazovanja, nauke, kulture i sporta, pod brojem 727 od 23.10.1997. godine.

Redakcija časopisa:

prof.dr.sc. Hajrija SIJERČIĆ ČOLIĆ, Malik HADŽIOMERAGIĆ, Feliks VIDOVIĆ,
Anto ČAVAR, dr.sc. Almir MALJEVIĆ, Amir AVDAGIĆ

Glavni i odgovorni urednik: mr. sc. Goran ŠIMIĆ

Izvršni urednik: Mirjana BAŠIĆ

Lektor: Anita BOJO

Produkcija: Federalno ministarstvo pravde

Štampa: CPU d.o.o. Sarajevo

Za štampariju: Ferid Jašarević

DTP: Federalno ministarstvo pravde

Grafičko rješenje: ice-net d.o.o.

Tiraž: 300 primjeraka

Časopis izlazi dvomjesečno.

ISSN 0555-0092

GODIŠNJA PRETPLATA: Za organe i organizacije na teritoriji BiH 120,00 KM
Za pojedince 100,00 KM
Za inostranstvo 240,00 KM

UPLATU UPUTITI NA: Federalno ministarstvo financija
UniCredit Banka dd
Transakcijski račun: 338-900-22115294-91
Budžetska organizacija: 1501001
Vrsta prihoda: 722597
Općina: 077

ADRESA REDAKCIJE: Federalno ministarstvo pravde
Zavod za javnu upravu
Sarajevo, Ul. Valtera Perića 15
Tel.: +387 33 203 918, fax: 668 956
Email: Pravna.Misao@fmp.gov.ba

ID 4200785450004

Časopis "Pravna misao" je uvršten u Ulrichsweb Global Serials Directory.

SADRŽAJ

Uvodna riječ glavnog urednika 5

IZVORNI ZNANSTVENI RAD

Mr.sci. Almir Gagula Usklađenost instituta raskida
ugovora u pravu Bosne i Hercegovine
sa načelima evropskog ugovornog prava 7

PREGLEDNI ZNANSTVENI RAD

Prof.dr. Sakib Softić Odgovornost država za
međunarodna protivpravna djela 32

Mr.sci.iur. Šahbaz Džihanović Mogući pristup izvršenju Odluke Evropskog
suda za ljudska prava u predmetu
Sejdić-Finci protiv Bosne i Hercegovine 53

STRUČNI ČLANAK

Mr. Muhamed Cimirotić Suparničarstvo u parnici za utvrđenje
prava vlasništva nekretnina stečenog
na osnovu dosjelnosti 81

Dipl.krim. Senad Hasanspahić Načelo oficijelnosti i legaliteta u krivičnim
postupcima u Bosni i Hercegovini 96

Dipl.iur. Đemaludin Mutapčić Značaj pravne zaštite imovine općine u vezi
zakupa općinskih poslovnih prostorija 109

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) 128

In memoriam 134

Upute za autore 136

CONTENTS

Foreword of the Editor-in-Chief	5
--	---

ORIGINAL SCIENTIFIC PAPER

Almir Gagula, M.S.	Harmonization of the institute of the termination of contract in the law of Bosnia and Herzegovina with the principles of the European Contract Law	7
--------------------	---	---

SCIENTIFIC REVIEW

Professor, Sakib Softić, L.L.D	States responsibility for internationally wrongful acts	32
Šahbaz Džihanović, M.S.	Possible approach to the execution of the European Court of Human Rights Judgment in Case Sejdić-Finci vs. Bosnia and Herzegovina	53

PROFESSIONAL PAPER

Muhamed Cimirotić, M.S.	Co-litigation in lawsuits over establishment of ownership rights gained on the basis of the adverse possession	81
Senad Hasanspahić, criminalist	Ex officio principle and the principle of legality in the criminal proceedings in Bosnia and Herzegovina	96
Đemaludin Mutapčić, jurist	The importance of the legal protection of the municipal property with regard to the lease of the municipal business premises	109

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)	128
In memoriam	134
Instructions for Authors	136

UVODNA RIJEČ GLAVNOG UREDNIKA

Poštovani čitatelji,

Časopis „Pravna misao“ uvršten je u Ulrichsweb Global Serials Directory. Najveći je to svjetski katalog časopisa i drugih srodnih izdanja koji kao takav predstavlja nezaobilazan izvor podataka svim knjižarima svijeta, ali i onima koji se interesiraju za svjetsko izdavaštvo. Dio je to promocije časopisa putem svjetskih medija koji se koriste u suvremenoj komunikaciji i razmjeni informacija, a koja za cilj ima domaće ali i međunarodno promoviranje našeg časopisa. Osim toga, stranica časopisa vam je sada osim naše matične internetske stranice dostupna i na Facebook-u, omogućavajući nam komunikaciju i na taj način, primjeren digitalnom dobu u kojemu živimo, višesmjerno i otvoreno. Kao dodatak, glavni urednik je sebi dopustio slobodu da sa vama dijeli svoje misli i doživljava o uređivanju časopisa na mreži Twitter (gsimic).

U ovome broju pišemo o sljedećim temama.

Kao daljnji doprinos izobrazbi pravnih stručnjaka koji se bave usklađivanjem našeg pravnog sustava sa onim Europske unije, objavljujemo rad koji prezentira usklađenost našeg pravnog sustava sa načelima europskog ugovornog prava u kontekstu prava na raskid ugovora i posljedica raskida. Kroz usporednu analizu instituta raskida ugovora prezentiraju se slična rješenja između pozitivnog prava Bosne i Hercegovine i harmonizacijskih nastojanja na području Europske unije ispoljena kroz Načela europskog ugovornog prava, osobito ukazujući na određene neusklađenosti koje potencijalno predstavljaju svojevrsnu prepreku za približavanje našeg ugovornog prava modelu europskog ugovornog prava.

Pišemo o odgovornosti država za međunarodna protupravna djela kao centralnom pitanju međunarodnog prava. Nije to pitanje aktualno kod nas samo zbog tužbe Bosne i Hercegovine protiv Srbije i Crne Gore pred Međunarodnim sudom pravde već i zbog drugih nedoumica u primjeni općih normi međunarodnog prava pred različitim međunarodnim sudskim i arbitražnim tijelima u rješavanju konkretnih sporova.

Pitanje ljudskih prava u ustavnom sustavu Bosne i Hercegovine, osobito imajući u vidu presudu Europskog suda za ljudska prava u pogledu povrede prava aplikantata iz BiH da zbog njihovog romskog i jevrejskog porijekla nisu u mogućnosti da se kandidiraju na izborima za Dom naroda i Predsjedništvo Bosne i Hercegovine, vrlo je aktualno u našoj zemlji. Analiza postojećih ustavnih rješenja u Ustavu

BiH, kao i u ustavima entiteta koja je neophodno uskladiti sa sadržajem i duhom presude, predstavlja značajan doprinos rješavanju toga vrlo značajnog pitanja. Čak što više, članak koji objavljujemo nudi i moguća rješenja koja se odnose na neophodne izmjene i dopune Ustava BiH i ustava entiteta, kojima bi se osigurala jednaka ljudska prava za sve građane Bosne i Hercegovine i eliminirala diskriminacija po bilo kojem osnovu. Hrabar je to iskorak kojim se nudi nešto konkretno što bi ustavna rješenja u BiH podiglo na puno višu razinu, osiguravajući tako svim građanima naše zemlje najviša prava zagwarantirana međunarodnim konvencijama kojima je pristupila i Bosna i Hercegovina i obvezala se na njihovu provedbu. Konačno, iznesena rješenja bi mogla poslužiti i kao jedna od polaznih osnova za razrađivanje tih, novih, ustavnih rješenja.

Objavljujemo i članak o suparničarstvu kao ustanovi parničnog procesnog prava koje je normirano Zakonom o parničnom postupku. Iako naizgled jednostavno i riješeno pitanje, u sudskoj praksi je bilo različitih odluka i stavova po pitanju jesu li ili nisu utuženi suvlasnici jedinstveni i nužni suparničari. Pronalaženje ispravnog odgovora na to pitanje, tema je ovoga rada.

Pišemo o načelima oficijelnosti i legaliteta u kaznenom postupku kod nas. Načelo legaliteta u kaznenom postupku osigurava kazneni progon u državnom interesu, bez obzira na volju oštećenog. S druge strane, načelo legaliteta ustanovljava dužnost tužitelja da u slučajevima kaznenih djela za koja se kazneni progon provodi ex officio poduzme kazneni progon i da ga provodi kada su za to ispunjeni uvjeti predviđeni zakonom. Članak se u sklopu razmatranja ova dva načela bavi i određenim odstupanjima od ovih načela u kaznenom zakonodavstvu Bosne i Hercegovine.

Donosimo i članak koji se bavi značajem pravne zaštite imovine i imovinskih interesa općine, kao jedinice lokalne samouprave, u vezi zakupa općinskih poslovnih prostora. Kako od izdavanja poslovnih prostora pojedine općine ostvaruju značajan godišnji prihod i ta sredstva općinskog budžeta usmjeravaju na poboljšavanje uvjeta življenja svojih građana, vrlo je značajno promotriti mogućnosti pravne zaštite upravo tih sredstava općine kako bi ona mogla poslužiti za te namjene.

U prilogima iz sudske prakse objavljujemo neke od odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine.

Objavljujemo In memoriam u čast Tomislava Kulića, notara.

Radite i istražujte. Pišite. Dostavljajte nam svoje radove.

mr. sc. Goran Šimić
glavni i odgovorni urednik

USKLAĐENOST INSTITUTA RASKIDA UGOVORA U PRAVU BiH SA NAČELIMA EVROPSKOG UGOVORNOG PRAVA

izvorni znanstveni rad

UDK: 347.447.8(497.6)
347.447.8:061.1EU

Mr. sc. Almir Gagula*

Sažetak

Rad prezentira usklađenost našeg pravnog sistema sa Načelima evropskog ugovornog prava u kontekstu prava na raskid ugovora i posljedica raskida. Kroz uporednu analizu instituta raskida ugovora nastoje se prezentirati slična rješenja između pozitivnog prava BiH i harmonizacijskih nastojanja na području Evropske Unije ispoljena kroz Načela evropskog ugovornog prava (PECL tj. Landova načela). Postoji određen nivo neusklađenosti rješenja prihvaćenih u dva uporediva akta (Zakon o obligacionim odnosima i PECL), što predstavlja svojevrsnu prepreku za približavanje našeg ugovornog prava modelu evropskog ugovornog prava.

Ključne riječi

raskid, ius dispositivum, priroda raskida, posljedice raskida

** Advokatski ured Mujarić, Sarajevo;
almir@advokat-mujaric.ba

1. Uvodne napomene

Raskid ugovora i njegove posljedice danas nisu ništa manje aktuelna tema u odnosu na ostala teme obligacionog i poslovnog prava. Razrješavanje pravne situacije koja nije ostvarena prema namjeravanim pravnim učincima i dalje ostaje vrhunski delikatan pravni zadatak¹. Raskid je takav način prestanka ugovorne obligacije kojom se ista okončava² bez ispunjenja obaveza i ostvarenja prava koja su predstavljala početni i namjeravani učinak obligacije. S tim u vezi neka od rješenja iz oblasti raskida ugovora u našem pravu predstavljaju odraz prevaziđenih društveno-ekonomskih okolnosti. Neka od rješenja traže izvjesne korekcije, a pojedini dogmatski i praktični problemi nisu do sada ni percipirani na problem-skom nivou od strane naše pravne nauke i sudske prakse.

U modernim pravnim sistemima se mogu prepoznati tzv. univerzalno prihvaćeni oblici raskida.³ Tako se ugovaračima uvijek daje mogućnost sporazumnog raskida ugovora. Kao drugi oblik raskida javlja se raskid na osnovu volje samo jednog kontrahenta.⁴ Bez obzira na različite preduslove za raskid, diferencirano vršenje prava na raskid (sudski – vansudski)⁵ i različite posljedice raskida – jasno je da je jednostrani raskid od strane ugovoru vjernog ugovarača također univerzalno prihvaćen institut. U tom slučaju govorimo o jednostranom raskidu ili raskidu po volji ugovoru vjerne strane. Terminološki aparat u okviru gore dva navedena oblika je vrlo osebujan i diferenciran, a uslovi za jednostrani raskid su također različiti, pri čemu njihovu zajedničku poveznicu čini neizvršenje (u širem smislu) koje je podloga raskidu ugovora.

2. Raskid u našem pravu

Cilj ugovarača u teretnim ugovorima jeste da pribave ispunjenje obaveze druge ugovorne strane i time postignu određeni ekonomski cilj. Povjerilac u tom

¹ Slakoper, Z. (2003) „Raskid ugovora zbog zakašnjenja i neispunjenja“, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, Rijeka, Supplement br. 3/2003, str. 526.

² Loza, B. (2000) *Obligaciono pravo – Opšti dio*, IV. dopunjeno i izmjenjeno izdanje. Beograd: Službeni glasnik, str. 154.

³ Đorđević, Ž., Stanković, V. (1987) *Obligaciono pravo - Opšti deo*. Beograd: Naučna knjiga, str. 308.

⁴ Loza, B., Misita, N. (1985) *Obligaciono pravo – Opšti dio*. Sarajevo/Zenica: Dom štampe, str. 146.

⁵ Perović, S., Stojanović, D. (1980) *Komentar Zakona o obligacionim odnosima - Knjiga prva*. Gornji Milanovac: Kulturni centar Gornji Milanovac i Pravni fakultet Kragujevac, str. 410.

smislu može tražiti ispunjenje obaveze od dužnika ili uz određene uslove - raskinuti ugovor.⁶ U našem pravu ugovaračima je pružena mogućnost da postojeći ugovorni odnos razriješe na različite načine, manje ili više u skladu sa prvobitnom intencijom ugovornog odnosa. U tom kontekstu, pod pojmom raskid ugovora podrazumijevamo prestanak ugovornog odnosa, voljom oba ugovarača ili jednog od njih, a koji ne vodi ispunjenju *causae* samog obligacionog odnosa.⁷ Suština dejstava raskida ugovora jeste u tome da ugovor raskidom prestaje postojati.⁸ To implicira potrebu razrješenja već nastupjelih posljedica ugovora i eventualno naknade štete. Na suštinskoj osnovi naše pravo se dakle ne razlikuje od univerzalno prihvaćenog modela raskida ugovora. Već površnom opservacijom odredbi Zakona o obligacionim odnosima jasno se nameće zaključak da je postojala težnja da se na vrlo odmjeren način postavi ravnoteža između interesa jedne i druge strane, između povjerioca i dužnika. Za razliku od pojedinih pravnih sistema koji takvu ravnotežu nisu uspostavili i koji postavljaju manje ili teže prepreke raskidu ugovora,⁹ ZOO je vrlo fleksibilan. Tako se u našem pravu raskid ugovora, između ostalog, može izjaviti zbog neispunjenja.¹⁰ Za raskid ugovora ključni je uvjet da jedna strana nije ispunila svoju obavezu – ZOO govori dakle o neispunjenju obaveze¹¹ kao materijalnom uslovu raskida.

Iako se na prvi pogled čini da je riječ isključivo o kvantitativnom uglu opservacije izostanka prestacije sa strane dužnika, tome ipak nije tako. Situacija u kojoj izostaje kvantitativni element ispunjenja obligacije – nije isključivo ta koja može dovesti do raskida ugovora. Moguće je da dužnik svoju obavezu ispuni u količini u svemu kako ona glasi, ali ne i u kvaliteti. Tada bi se moglo govoriti o “kvantitativnom”, ali ne i “kvalitativnom” ispunjenju obligacije. Obaveza se naime ima ispuniti u svemu kako glasi,¹² a manjkavo ispunjenje (npr. izostanak ugovorene kvalitete predmeta obligacije) kroz institut materijalnih nedostataka također može dovesti do raskida.¹³

⁶ Čl. 124. ZOO.

⁷ Radišić, J. (2004) Obligaciono pravo – Opšti deo, Sedmo izdanje. Beograd: Nomos, str. 164.

⁸ Loza, B., op. cit., str 154.

⁹ Npr. u Francuskoj.

¹⁰ Posebanu vrstu raskida predstavlja raskid zbog promjenjenih okolnosti (rebus sic stantibus) čl. 133. ZOO.

¹¹ Slavnić, J. (1997) Osnovi građanskog prava. Beograd: Naučna knjiga, Viša poslovna škola, str. 168.

¹² Čl. 262. st. 1. ZOO.

¹³ Čl. 121. st. 1. u vezi sa čl. 488. st. 1. ZOO.

Za slučaj raskida ugovora sa uzastopnim obavezama (tzv. *trajni, sukcesivni*¹⁴ ugovori) povjeriocu je data mogućnost da bira opseg raskida ugovora.¹⁵ Pored raskida u pogledu činidbe koja je već dospjela (*actio nata*), a koja nije ispunjena od strane dužnika, povjerilac može raskinuti ugovor i u pogledu činidbi koje dopijevaju na ispunjenje kasnije, *pro futuro*. Dodatan uslov koji se traži za takvo što jeste da je očigledno da ni one neće biti ispunjene.¹⁶

Moguće je da dužnik ispuni svoju obavezu, u kvantitativnom smislu, ne u cjelosti, nego djelimično, i to u pretežnom dijelu. U takvoj situaciji dužniku je preostalo da ispuni samo manji, neznatni dio obaveze. Podrazumijeva se da je u takvoj situaciji interes povjerioca u daleko manjoj mjeri pogođen.¹⁷ On je dobio ispunjenje u pretežnom dijelu, ali ne u potpunosti. Imajući u vidu primaran cilj pravne sigurnosti i nastojanja održanja obligacionog odnosa kao takvog, povjeriocu je u takvom slučaju razumno dati pravo da traži ispunjenje i preostalog dijela obaveze i eventualno naknadu štete, ali ne i pravo na raskid ugovora. Ovakav stav je zauzet u ZOO time što je isključeno pravo na raskid ugovora zbog neispunjenja neznatnog dijela obaveze.¹⁸ Držimo da primjeni ove odredbe nema mjesta u slučaju kada je količina predmeta obaveze određena kao bitan element ugovora (*necessaria negotii*), voljom stranaka. U tom slučaju i neznatno odstupanje bi dovelo do prava na raskid ugovora. A to bi istovremeno značilo i da se odredba člana 131. ZOO ima percipirati kao odredba dispozitivnog, a ne kogentnog karaktera.¹⁹

3. Način raskida ugovora

Način raskida ugovora u modernim pravnim sistemima je različit. U zavisnosti od nužnosti involviranja sudskog aparata možemo izvršiti diferencijaciju pravnih sistema na one koji raskid ugovora percipiraju kao stvar

¹⁴ Perović, S. (1976) Obligaciono pravo. Beograd: Privredna štampa, str. 129.

¹⁵ Perović, S., Stojanović, D., op. cit., str. 420.

¹⁶ Čl. 129. st. 1. ZOO.

¹⁷ Perović, S., Stojanović, D., op. cit., str. 423.

¹⁸ Čl. 131. ZOO. Tako i VS RH br. Rev 850/05-2 od 17.11.2005.g. – “Ne može se prihvatiti pravno stajalište nižestupanskih sudova da bi neplaćanje do 1/5 cijene (20% cijene) predstavljalo neispunjenje neznatnog dijela ugovorne obveze o čemu govori odredba čl. 131. ZOO. Uzimajući u obzir cjelokupnost obveza stranaka iz ugovora kada bi neisplaćeni iznos prodajne cijene bio 17,5% kako tvrdi tužitelj, ne bi se moglo uzeti da se radi o neispunjenju neznatnog dijela obveze”.

¹⁹ U tom smislu i VSRH br. II Rev 44/1996-2 od 11.07.1996.g.

ugovarača (tzv. *privatni raskid*) i one koji za raskid ugovora traže konstitutivnu sudsku odluku (tzv. *raskid putem suda* – romanski model). Naš pravni poredak, zajedno sa većinom evropskih pravnih sistema, može se po pitanju načina raskida svrstati u prvu grupu.²⁰ To podrazumijeva da se sam raskid ugovora ostavlja u sferi pravne komunikacije ugovarača. Na taj način se izbjegava bilo kakvo involviranje suda i time izbjegava potenciranje spora između ugovornih strana primjetno u sistemu sudskog raskida. Dostavljanje raskida putem suda ili insistiranje na sudskom raskidu (putem konstitutivne tužbe kao npr. u Italiji i Francuskoj, uz priznate izuzetke) podstiče spor između ugovornih strana, čak i tamo gdje spora u razvijenoj formi²¹ prethodno i nije bilo. Nekadašnji ugovarači u sudskom raskidu nužno postaju parnične strane, tužitelj i tuženi, a takve funkcije imaju negativnu širu socijalnu percepciju. Privatnim raskidom se izbjegavaju i nužni troškovi, ali i neki drugi negativni aspekti sudskog raskida.

Vrijedi napomenuti da naš ZOO ima izrazito savremeno i dominantno prihvaćeno rješenje po pitanju načina raskida ugovora. Prema jasnoj odredbi člana 124. ZOO²² strana kojoj pripada pravo na to raskid ugovora vrši "*prostom izjavom*".²³ Upotrebljenom frazom "*prostom*" kao da se želio dodatno naglasiti vansudski način raskida ugovora. Otklon u odnosu na romanski koncept sudskog raskida dodatno je napravljen odredbom člana 130. ZOO koja predviđa da je povjerilac koji raskida ugovor dužan o tome obavjestiti dužnika.²⁴

4. Posljedice raskida

Raskidom ugovora nastupa cijeli niz posljedica koje se tiču samog ugovora i ugovornih strana. Raskid mora rezultirati takvim posljedicama koje će predstavljati težnju za ostvarenjem optimalnog balansa između interesa ugovornih strana. Primarna posljedica raskida jeste prestanak obaveza koje su

²⁰ Radišić, J., op. cit. 166.

²¹ Time mislimo na mogućnost da nakon vansudskog raskida ipak ne dođe do spora. Suprotna strana može prihvatiti da ispuni obaveze koje proistječu iz raskida, dobrovoljno, bez sudske kondemnacije.

²² "U dvostranim ugovorima, kad jedna strana ne ispuni svoju obavezu, druga strana može, ako nije što drugo određeno, zahtijevati ispunjenje obaveze ili pod uslovima predviđenim u idućim članovima, raskinuti ugovor prostom izjavom, ako raskid ugovora ne nastupa po samom zakonu, a u svakom slučaju ima pravo na naknadu štete".

²³ Milošević, Lj., (1974) Obligaciono pravo – IV dopunjeno i izmjenjeno izdanje. Beograd: Univerzitet u Novom Sadu, str. 148.

²⁴ "Povjerilac koji zbog neispunjenja dužnikove obaveze raskida ugovor, dužan je to saopštiti dužniku bez odlaganja".

ugovorne strane preuzele ugovorom.²⁵ Raskidom ugovora otvara se i pitanje vraćanja već ispunjenih obaveza zajedno sa koristima. Konačno, raskid ugovora otvara i pitanje naknade štete koju trpe ugovorne strane zbog neispunjenja, odnosno raskida ugovora.

Kao što vidimo posljedice raskida možemo podijeliti u dvije značajne grupe:

1. grupa – neizostavne posljedice raskida (oslobađanje obaveza, restitucija datog²⁶),
2. grupa – sekundarne posljedice raskida (naknada koristi i naknada štete²⁷).

Jedno od pitanja koje je od suštinskog značaja za posljedice raskida ugovora jeste i pitanje njegovog vremenskog dejstva. Pitanje je zapravo da li raskid ima dejstvo *ex nunc*, tj. samo za ubuduće (*pro futuro*) ili *ex tunc*, odnosno retroaktivno (*ab initio*). Ako bi se odgovor na ovo pitanje tražio samo u odredbi člana 132. st. 1. ZOO, onda bi se došlo do zaključka da raskid ima dejstvo samo *ex nunc*, tj. za ubuduće. To naime proizilazi iz dikcije “Raskidom ugovora obje strane su oslobođene svojih obaveza...”. Zapravo, o sudbini ugovora kao takvog (a ugovor je uvijek viši rodni pojam u odnosu na obaveze koje iz njega proizilaze) nema ni riječi. No sve sumnje su otklonjene već odredbom člana 132. st. 2. ZOO prema kojoj ugovorne strane imaju vratiti jedna drugoj ono što su već dale. Jasno je dakle da raskidom ne prestaju samo obaveze, nego i prava. Odnosno, još preciznije, raskidom ugovora prestaje ugovor kao takav u svojoj cjelini (prava i obaveza).²⁸

Po jednim autorima, raskid ugovora u našem pravu, u pravilu, ima retroaktivno dejstvo.²⁹ To ga između ostalog i razlikuje od otkaza ugovora koji uvijek ima dejstvo *ex nunc*, tj. za ubuduće. S druge strane, kod tzv. dugotrajnih ugovora raskid ugovora ima dejstvo *ex nunc*.³⁰ Retroaktivnost raskida ugovora bi kroz uobičajeno shvatanje ove kategorije u pravu značilo da se sva dejstva ugovora

²⁵ Bikić, A. (2007) *Obligaciono pravo – Opći dio*, drugo izmjenjeno i dopunjeno izdanje. Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, str. 191.

²⁶ Klarić, P. Vedriš, M. (2006) *Građansko pravo*. Zagreb: Narodne novine d.d., str. 484.-485.

²⁷ Dorđević, Ž., Stanković, V., op. cit. str. 317.

²⁸ Morait, B. (1997) *Obligaciono pravo – Knjiga prva*. Banjaluka: Pravni fakultet, str. 234.

²⁹ Bikić, A., op. cit., str. 191.; Radišić, J., op. cit., str. 168.; Vizner B. (1978) *Komentar Zakona o obveznim odnosima*. Rijeka: Riječka tiskara, str. 527.; Morait, B., op. cit., str. 235.; suprotno tome Loza, B., op. cit., str. 156.

³⁰ Čl. 129. st. 1. ZOO.

otklanaju u cijelosti te da stoga ugovor ne proizvodi nikakve posljedice.³¹ Međutim, tome nije tako. Raskidom se otklanjaju sve namjeravane posljedice ugovora,³² a otvara se pitanje nenamjeravanih. Smatramo da bi se zarad jednostavnosti opserviranja raskida ugovora i dejstva raskida moralo pristupiti klasifikaciji dejstava:

1. ugovora (prava i obaveze ugovornih strana preuzete ugovorom),
2. raskida (prestanak ugovora, restitucija, naknada koristi, naknada štete).

Ako percipiramo retroaktivnost kroz klasično značenje ove kategorije, dolazi se do zaključka da je ista ipak nespojiva sa modernim društvenim kretanjima. Jer istina jeste da su pravne posljedice raskida okrenute ka saniranju nezakonite situacije, a ne njenom zaboravljanju. "Povrat u pređašnje stanje" bi stoga značio odricanje prava na sve oblike naknade štete. Jer ako je jednog ugovarača potrebno dovesti u stanje u kojem bi bio da drugog nije ni sreo, to bi značilo da ima pravo samo na eventualno običnu štetu, ali ne i izgublenu dobit jer je relevantna samo i jedino ona dobit koju je izgubio nakon što je sreo svog dužnika. Stoga bi dejstvo raskida trebalo biti tumačeno na takav način da je intencija raskida dovesti povjerioca u onaj položaj koji predstavlja ostvarenje pozitivnog ugovornog interesa.

5. Dispozitivnost ili kogentnost

Jedno od pitanja koje je potrebno razriješiti, a da bi se mogao otvoriti put implementaciji nekih od kontraktualnih oblika regulacije posljedica raskida, jeste pitanje pravne prirode odredbi koje regulišu posljedice raskida u našem pravu. Jasno je da se pri tome misli na pitanje da li date odredbe imaju imperativan ili dispozitivan karakter. Pravna teorija imperativnim normama (*ius strictum*, *ius cogens*) smatra one na čije dejstvo i načine primjene ugovorne strane nemaju uticaj. Iste se imaju primijeniti neposredno i bez izuzetka, ne

³¹ Babić, I. (2001) Leksikon obligacionog prava. Beograd: Službeni list SRJ, str. 335.

³² To su naime one posljedice koje su stranke imale u vidu prilikom zaključenja ugovora. Za zaključenje ugovora je potrebna volja stranaka (*animus contrahendi*) ali i svijest stranaka o posljedicama ugovora (čl. 26. ZOO). Npr. kod ugovora o prodaji prodavac i kupac imaju svijest o primarnim posljedicama ugovora – kupac će morati platiti cijenu a prodavac predati stvar – odnosno prodavac ima pravo na cijenu a kupac pravo na stvar. U primarnoj ravni njihovog interesa nije restitucija, naknada koristi ili naknada štete. Moglo bi se reći da su to posljedice raskida a ne posljedice ugovora.

ostavljajući na volju subjektima prava da utiču na primjenu normi na neposredan način. Dispozitivne norme (*ius dispositivum*) su one norme koje se jednako kao i kogent-ne primjenjuju po sili zakona, ali za razliku od prvospomenutih, ugovarači mogu sporazumno odrediti da se određene norme a) ne primjenjuju ili b) primjenjuju na drugačiji, modificiran način, primjeren svrsi, cilju ili specifičnim interesima ugovarača *in concreto*. Ako ugovarači ništa ne odrede, dispozitivne norme se primjenjuju onako kako glase.³³ Naša pravna teorija nije imala suviše dvojbi po pitanju pravne prirode normi koje reguliraju raskid i njegove posljedice.³⁴ Tako se teorija bez sumnje svrstala na stranu dispozitivne naravi predmetnih normi,³⁵ uvažavajući mogućnost da ugovarači prilagođavaju pitanja raskida i njegovih posljedica potrebama i specifičnostima konkretnog ugovora. Sudska praksa je također stala na stranu dispozitivnog karaktera predmetnih normi. U slučaju kada su npr. ugovarači ugovorili da zakupac nema pravo na povrat izvršenih ula-ganja u slučaju raskida, sud je potvrdio dispozitivnu narav datih odredbi.³⁶ Dato je za pravo isključenju obaveze ostavljanja naknadnog roka³⁷ ili mogućnosti raskida ako se ne plati samo jedna rata.³⁸

Stoga valja naglasiti da konsenzus koji postoji po ovom pitanju predstavlja vrlo dobru osnovu za implementaciju pojedinih specifičnih instituta (npr. obaveze ugovorene za slučaj raskida, ugovaranje kriterija za utvrđivanje štete itd.) koji su prevazišli uski zakonodavni okvir pravnih posljedica raskida ugovora.

6. Dejstvo prema trećim licima

Ono što razlikuje obligaciono pravo u subjektivnom dejstvu u odnosu na stvarno pravo, jeste među ostalim njegovo relativno dejstvo.³⁹ Za obligaciono pravo kažemo da djeluje *inter partes*, dakle samo među ugovornim stranama.⁴⁰ Za stvarna prava pak vrijedi da djeluju *erga omnes*, tj. prema svim trećim licima.

³³ Rašović, Z. (2006) Građansko pravo. Podgorica: Pravni fakultet u Podgorici, str. 33.-34.

³⁴ Klajn-Tatić, V. (1983) Docnja prodavca sa predajom stvari. Beograd: Institut društvenih nauka – Centar za pravna i politikološka istraživanja, str. 111.

³⁵ Tako npr. prof. Loza govori o autonomiji volje kod *lex commissoriae* (Loza, B., op. cit., str.156.)

³⁶ VSRH II. Rev 44/1996-2 od 11.7.1996.g.

³⁷ VSRH br. Rev-1842/83 od 29.2.1984.; VS BiH br. Rev.99/85 od 14.3.1985.

³⁸ VSRH br. Rev-1334/92 od 10.1.1992.

³⁹ Morait, B., op. cit., str. 232.

⁴⁰ Loza, B., Misita, N., op. cit., str. 7.

Pojednostavljeno rečeno, zaključeni ugovor za treća lica u pravilu⁴¹ ne proizvodi ni prava ni obaveze. Moguće je međutim da iz postojećeg ugovornog odnosa treće lice daljim raspolaganjem kontraheata stekne određena prava na predmetu primarnog ugovornog odnosa.

Npr. Ugovorom između prodavca P i kupca K ugovorena je prodaja putničkog vozila marke Audi za cijenu od 10.000,00 KM uz plaćanje u dvije rate i prijenos vlasništva odmah po zaključenju (dakle bez pactum reservatum dominii). Kupac K prodaje vozilo daljem kupcu K2 koji ne zna ništa o ugovoru između P i K i mogućem raskidu ugovora zbog neispunjenja obaveza od strane K. Kažemo da je kupac K2 savjestan.

U slučaju raskida primarnog ugovora postavlja se pitanje kakve posljedice raskid ugovora ima na treća lica koja nisu učesnici tog ugovornog odnosa. Po starom pravilu po kojem propast prava prenosioca dovodi do pada prava pribavioca, raskid bi imao dejstvo na treće lice. To bi proizlazilo i iz pravila po kojem se na drugog ne može prenijeti više prava nego što se ima.⁴² No u interesu pravnog prometa ipak se uvodi zaštita savjesnih stjecatelja.⁴³ Možemo reći da naše pravo stoji na principu relativnog dejstva ugovornih obligacija i zaštite trećih savjesnih lica.⁴⁴ Primjećujemo međutim da dolazi do izražaja snažna povezanost obligacionog i stvarnog prava po ovom pitanju. Naime, ZOO niti jednom odredbom ne reguliše pitanje dejstva raskida na prava trećih lica, ali se dejstvo raskida (kao obligaciono-pravnog instituta) reguliše odredbama propisa iz oblasti stvarnog prava. Zaštiti prava savjesnih trećih lica, između ostalog i kod raskida (također i kod ništavosti i poboynosti), pogoduju instituti dosjelogosti,⁴⁵ stjecanja vlasništva od nevlasnika⁴⁶ i stjecanje vlasništva povjerenjem u zemljišne knjige.⁴⁷ Za učinkovitost zaštite pravnog položaja trećih lica u slučaju raskida primarnog ugovornog odnosa *conditio sine qua non* jeste da je treće lice – savjesno.⁴⁸

⁴¹ Ovdje vrijedi spomenuti izuzetak. Moguće je zaključiti ugovor u korist trećeg lica (*contractus in favorem tertii*) ali ne i obavezati ga – čl. 149. i 153. ZOO.

⁴² Krulj, V. (1980) u: Komentar Zakona o obligacionim odnosima (redaktori Blagojević-Krulj). Beograd: Savremena administracija, str. 346.

⁴³ Perović, S., Stojanović, D., op. cit. 425-426; Bikić, A., op. cit., str. 191.

⁴⁴ Radišić, J., op. cit., str. 168.

⁴⁵ Čl. 32.-35. ZOVO. Vidi Pvlakić, M. (2009) Transformacija stvarnog prava u Bosni i Hercegovini. Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, str. 98.-102.

⁴⁶ Čl. 36. ZOVO. Vidi Pvlakić, M., op. cit., str. 116.-123.

⁴⁷ Čl. 9. Zakona o zemljišnim knjigama. Babić, I. (2003) Osnovi imovinskog prava. Beograd: Službeni glasnik, str. 249.

⁴⁸ Đorđević, Ž., Stanković, V., op. cit., str. 317.

Drugim riječima, treće lice u momentu stjecanja predmeta primarnog ugovornog odnosa nije znalo ili nije moglo znati da je primarni ugovorni odnos raskinut. Ukoliko je do raspolaganja sa predmetom došlo prije raskida primarnog ugovora, smatramo da je treći u potpunosti zaštićen jer je vrlo teško da isti bude nesavjestan. Naravno, konkretne okolnosti mogu dovesti do drugačijeg ishoda. Ako bi treće lice znalo za sadržinu primarnog ugovornog odnosa, onda bi isto bilo nesavjesno, čak i ako bi do raspolaganja došlo prije raskida sa predmetom primarnog ugovora.⁴⁹ Iako ne postoji izričita odredba ZOO kojom je predviđena zaštita savjesnog trećeg lica za slučaj raskida, zaključak o tome se može izvesti leksičkim i teleološkim tumačenjem niza odredbi ZOO i ostalih relevantnih propisa.⁵⁰

7. Posljedice po neke akcesorije

Raskid ugovora ima značajne posljedice i po tzv. akcesorne pravne poslove. Akcesorni pravni poslovi su takvi pravni poslovi čiji se nastanak, dejstvo i prestanak veže uz glavni pravni posao. Akcesorni pravni poslovi imaju različitu funkciju, ali bi se kao njihov zajednički nazivnik mogla navesti funkcija osiguranja izvršenja obaveza iz glavnog ugovora. Akcesorni pravni poslovi prema ZOO, a koji su interesantni u kontekstu teme ovog rada, su ugovorna kazna i jemstvo.

Kada je riječ o ugovornoj kazni (sanctio poena), ona je prema izričitoj odredbi Zakona o obligacionim odnosima akcesoran pravni posao koji dijeli sudbinu glavnog ugovora čije dejstvo osigurava.⁵¹ Sporazum o ugovornoj kazni dakle u potpunosti dijeli sudbinu glavnog ugovora.⁵² Ako je glavni ugovor ništav ili poništen, sporazum o ugovornoj kazni također dijeli istu sudbinu.⁵³ Ako povjerilac i nakon zadocnjenja primi ispunjenje, a ne izjavi da zadržava pravo na ugovornu kaznu, tada također prestaje sporazum o ugovornoj kazni.⁵⁴ Ovo je razumljivo jer ispunjenjem obaveze, makar ispunjenje uslijedilo nakon docnje, prestaje obaveza

⁴⁹ Ovdje bi, s obzirom da na ugovarača iz primarnog ugovora nije prešlo vlasništvo, došlo do izražaja dejstvo maksime *Nemo plus iuris ad alium transfere potest quam ipse habet* – tj. da se na drugog ne može prenijeti više prava nego što se ima. Ako treće lice zna (ili je moglo znati) da vlasništvo još nije preneseno u primarnom ugovoru, onda je potpuno logično da ni treće lice ne može steći vlasništvo.

⁵⁰ Vizner, B., op. cit., str. 462. i 526.

⁵¹ Babić, I., op. cit., str. 290.

⁵² Čl. 272. ZOO.

⁵³ Bikić, A., op. cit., str. 150.

⁵⁴ Čl. 273. st. 5. ZOO.

dužnika koju je ugovorna kazna osiguravala. Ako povjerilac nije pridržao pravo na ugovornu kaznu, tada i ona prestaje ispunjenjem glavne obaveze. Zapravo, u ovom slučaju povjerilac pridržava pravo na odštetnu funkciju ugovorne kazne. Preventivna funkcija ugovorne kazne, kojom se dužniku stavlja u izgled plaćanje kazne ako ne ispuni ili zadocni, je već konzumirana, odnosno ostvarena samim ispunjenjem obaveze od strane dužnika i prijemom ispunjenja od strane povjerioca. U slučaju raskida ugovora, ugovor prestaje u cijelosti, prestaju sva prava i obaveze iz ugovora. Stoga je potpuno razumljivo da akcesorna priroda⁵⁵ ugovorne kazne ima za posljedicu to da prestanak ugovora znači i prestanak ugovorne kazne.⁵⁶ Povjerilac u slučaju raskida ugovora neće dakle imati pravo na ugovornu kaznu, makar je jasno da je u datom slučaju do raskida došlo iz istih razloga koji aktiviraju dejstvo ugovorne kazne (neispunjenje ili zadocnjenje). O tome u našoj starijoj sudskoj praksi nije bilo nikakvih nepoznanica.⁵⁷

Smatramo potpuno opravdanim postaviti pitanje ispravnosti ovakvog stava. Ukoliko problem opserviramo iz uklona svrhe ugovorne kazne, a ne samo njene prirode (tj. akcesornosti), dolazimo do drugačijih zaključaka. Ugovorna kazna bi trebala da ima preventivnu i odštetnu funkciju. Upravo odštetna funkcija nam daje uporište za razmišljanje da bi u pogledu dejstva raskida na sporazum o ugovornoj kazni trebalo zauzeti ekstenzivniji pristup.

Ako sa raskidom ugovora ostaje netaknutim pravo povjerioca da traži naknadu štete (pravo na naknadu štete ima i za slučaj da se ne odluči raskinuti ugovor⁵⁸), smatramo da bi jednak pristup trebalo zadržati i u pogledu ugovorne kazne. Ugovornom kaznom se naime na specifičan način ex ante, dakle unaprijed, ugovara visina apstraktne odštete (ne i "štete", visina konkretne štete se može opservirati samo i jedino ex post facto). Ovim se zapravo sporazum o ugovornoj kazni po svom raciju, po svojoj funkciji i vremenskoj dimenziji, svrstava zajedno sa ostalim klauzulama čije se dejstvo ugovara upravo za slučaj raskida ugovora. Sličnost ugovorne kazne sa ostalim ugovornim odredbama koje se ugovaraju za slučaj raskida je dakle evidentna. Tako sporazum o nadležnosti podrazumijeva ugovaranje nadležnosti suda za slučaj svakog oblika spora (štaviše, i o ocjeni valjanosti samog sporazuma o nadležnosti).

Klauzule o povjerljivosti djeluju bez obzira da li se ugovor raskine ili okonča ispunjenjem. Stoga bi bilo sasvim ispravno isključiti ugovornu kaznu od

⁵⁵ Loza, B., Misita, N., op. cit., str. 157.

⁵⁶ Milošević, Lj., op. cit., str. 109.

⁵⁷ VS BiH br. Rev.452/89 od 15.5.1990.g. (Bilten VS BiH br. 1990/2-34).

⁵⁸ Drugačije je bilo u starijem njemačkom obligacionom pravu.

dejstva raskida te pridržati njeno dejstvo i u slučaju raskida.⁵⁹ Ovakav pristup dejstvu ugovorne kazne uostalom je evidentan u modernoj evropskoj doktrini.⁶⁰

Jemstvo također spada u akcesorne pravne poslove.⁶¹ Jemstvo je kao i ugovorna kazna lično sredstvo obezbjeđenja. Razlikuju se ponajprije u tome što jemac, za razliku od ugovarača kod ugovorne kazne, nije glavni dužnik. Jemac se, kao treće lice izvan primarnog ugovornog odnosa, obavezuje povjeriocu da će ispuniti obavezu glavnog dužnika ako ovaj o dospelosti to ne učini.⁶² Postavlja se, međutim, pitanje opstojnosti jemstva u situacijama kada dođe do raskida ugovora. Pitanje je zapravo gdje je granica dejstva jemčenja za tuđu obavezu. Kada dođe do raskida jednog ugovora, u principu bi trebali prestati i svi akcesorni pravni poslovi povezani sa glavnim ugovorom.⁶³

Kod postojećeg glavnog ugovora, prije njegova raskida, jemči se za obavezu dužnika iz glavnog ugovora. Postavlja se pitanje šta se dešava sa obavezom jemca u slučaju kada glavni ugovor prestane raskidom. Tada više ne postoji obaveza dužnika za koju je jemčio jemac. Znači li to da je jemac u potpunosti oslobođen bilo kakve obaveze? Kod običnog jemstva možemo reći da postoji nepodijeljena i jasna identificiranost predmeta jemstva sa egzistencijom obaveze glavnog dužnika. Jemac jemči za ispunjenje glavne obaveze, niti u kojem slučaju više od obaveze dužnika.⁶⁴ Raskidom ugovora prestaje obaveza za koju je jemčio jemac. Da li to znači da jemstvo prestaje ipso iure raskidom ugovora? Čini se da bi prihvatanje apsolutne akcesornosti jemstva nužno značilo potvrđan odgovor na postavljeno pitanje.⁶⁵ Jemac jemči za obavezu kao takvu, njenim prestankom, bez obzira da li je riječ o ispunjenju ili raskidu, prestaje i jemstvo. Međutim izvjesnu

⁵⁹ Attias, A. (2006) "Ugovorna kazna", u: Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse br. 4. Mostar: Pravni fakultet u Mostaru, str. 311.

⁶⁰ Tako i u Načelima evropskog ugovornog prava ugovorna kazna (čl. 9.509) ima dejstvo i nakon raskida. Štaviše smatra se upravo klauzulom čije se dejstvo nastavlja i nakon raskida ugovora. No to dakako nije stvar samo opservacije prirode klauzule nego i ex nunc dejstva raskida koje po prirodi stvari ne zadire u dejstvo klauzula koje je nastupilo prije raskida ugovora. Vidi npr. Antonioli, L., Veneziano, A. (2005) *Principles of European Contract Law and Italian Law*. Hague: Kluwer Law International, str. 426.

⁶¹ Sultanović, A., Trifković, M., Simić, M. (1984) *Teorija države i prava, statusnog i obligacionog prava*. Sarajevo: Veselin Masleša, str. 539.

⁶² Čl. 997. ZOO.

⁶³ Milošević, Lj., op. cit., str. 113.

⁶⁴ Čl. 1002. st. 1. ZOO.

⁶⁵ Klarić, P., Vedriš, M., op. cit., str. 438.-439.

dilemu stvara odredba člana 1002. st. 4. ZOO koja govori o ekstenziji jemstva na "... svako povećanje obaveze koje bi nastalo dužnikovom docnjom ili dužnikovom krivicom, ukoliko nije drugačije ugovoreno". Nije li obaveza dužnika da vrati primljeno ili naknadi štetu⁶⁶ također povećanje obaveze nastalo dužnikovom docnjom ili dužnikovom krivicom? Jedan od uslova za raskid je također (u pravilu) dužnikova docnja, a krivica se pretpostavlja.

Odgovara li dakle jemac i za posljedice raskida ugovora, kao što je primjerice obaveza restitucije i naknada štete? Smatramo da ratio jemstva kao sredstva obezbjeđenja ispunjenja obaveze iz ugovora podrazumijeva intenciju da se povjeriocu obezbijedi što bolja pozicija za slučaj neispunjenja obaveze koje spada u kategoriju "povrede ugovora". Povjeriocu se time daje povećan stepen sigurnosti da će obavezu, koju nije ispunio dužnik, ipak uspjeti ostvariti, od glavnog dužnika ili od jemca. Raskidom glavnog ugovora, istina, prestaju obaveze povjerioca i dužnika na dalje ispunjenje, a daje im se pravo na restituciju. No smatramo da jemstvo i dalje treba egzistirati, paralelno uz postojanje obaveze ugovornih strana na restituciju i naknadu štete. Jemac bi trebao odgovarati do visine vrijednosti prvobitne, glavne obaveze, čak i za restitucione obaveze i obavezu na naknadu štete. Ovo razmišljanje prati liniju razmišljanja datu u članu 1002. st. 4. ZOO. Jemac time ništa ne gubi, on je bio svjestan mogućnosti da dođe vrijeme kada će morati ispuniti obavezu dužnika.

8. Povrat plaćenog novca i zatezna kamata

Povrat plaćenog novca je jedna od posljedica raskida sa kojim naša pravna teorija i sudska praksa nisu imale problema u primjeni. Ovoj nekonfliktnosti datog pitanja u najvećoj mjeri je pridonijela legislativna preciznost koja je rezultirala uniformnom primjenom. Zaista, odredbu člana 132. st. 5. Zakona o obligacionim odnosima vrlo je teško tumačiti na drugačiji način, nego onako kako glasi⁶⁷ – ugovarač koji nakon raskida ima vratiti novac koji je primio od suprotne strane, mora platiti i zateznu kamatu koja teče od dana kada je isplatu primio pa do dana vraćanja. Razlozi za raskid ili krivnja nisu okolnost koja može uticati na drugačije odlučivanje.⁶⁸

⁶⁶ Kao posljedica raskida čl. 132. ZOO.

⁶⁷ Čl. 994. OIZ: "Što svak' jednako razumije, tome tumača ne treba".

⁶⁸ VS BiH br. Rev.190/85 od 16.5.1985.g. (Bilten VS BiH br. 1985/3-23); VS HR br. II. Rev.27/90 od 24.5.1990.g. (Pregled sudske prakse br. 51/87).

U literaturi se u pogledu prirode obaveze vraćanja vrlo često referira na institut stjecanja bez osnova.⁶⁹ Međutim, ipak postoji distinkcija između odredbe čl. 132. ZOO i odredbi koje regulišu stjecanje bez osnova.⁷⁰ Nije sporno da ugovarač koji vraća novac ima vratiti onaj broj novčanih jedinica koje je dobio kroz ispunjenje obaveze druge strane. Također je nesporno da ugovarač ima vratiti koristi koje je imao od upotrebe novca. Ta korist se apstraktno iskazuje kroz zateznu kamatu.⁷¹ Sporan je, međutim, početak toka zatezne kamate.

Odredbe kojima se regulišu stjecanje bez osnova prave distinkciju između savjesnog i nesavjesnog stjecatelja. Savjestan stjecatelj u slučaju vraćanja novca zateznu kamatu plaća od dana podnošenja zahtjeva za vraćanje, a nesavjestan od dana stjecanja.⁷² Međutim, odredbe koje se tiču raskida ugovora, uopće ne uzimaju u obzir subjektivni element pri ocjeni momenta od kojeg se imaju računati kamate prilikom vraćanja primljenog novca.⁷³ Zatezna kamata u ovom trenutku iznosi 12% na godišnjem nivou⁷⁴ i može predstavljati značajan teret za stranu koja vraća novac. A sasvim je moguće da to bude lice koje nema nikakve krivice za raskid ugovora, nego upravo onaj ugovarač koji zbog neispunjenja obaveze od dužnika (tj. ugovoru vjerna strana) izjavljuje raskid ugovora. Izostanak razlikovanja početka toka zatezne kamate, u zavisnosti od krivice za raskid ugovora, postavlja pred nas još nekoliko otvorenih pitanja dogmatskog, ali i praktičnog karaktera. Legislativno određenje, kakvo je konkretno, zanemaruje cilj zatezne kamate kao takve i opći princip početka njenog toka. Jasno je da se zatezna kamata stavlja na teret dužniku koji nije u svemu postupao u skladu sa načelom savjesnosti i poštenja i koji nije poštovao obavezu ispunjenja ugovora.⁷⁵ Ona niti na koji način nije zamišljena kao teret licu koje niti na koji način nije odgovorno za to što se nije ostvarila suštinska funkcija ugovora – da se “samokonzumira” ispunjenjem. Ako zateznu kamatu stavimo u relaciju sa ugovornom kaznom, jasno je da razlika u intencionalnom faktoru postoji samo utoliko što ugovorna kazna sankcioniše neispunjenje nenovčanih obligacija.⁷⁶ U ostalim osnovnim elementima posljedice

⁶⁹ Radišić, J., op. cit., str. 168.

⁷⁰ Čl. 210.-219. ZOO.

⁷¹ Čl. 132. st. 5. i 277. ZOO.

⁷² Čl. 214. ZOO.

⁷³ Attias A., op. cit., str. 315.

⁷⁴ Čl. 1. Zakona o visini stope zatezne kamate (Službene novine FBiH, broj: 18/96 i 27/98).

⁷⁵ Pacta sunt servanda.

⁷⁶ Čl. 270. st. 3. ZOO.

neispunjenja ili zadocnjenja su izrazito komplementarne.⁷⁷ Konačno, kao temeljni princip zatezne kamate, čak i u njenoj legislativnoj definiciji, nalazi se pojam zadocnjenja. Zatezna kamata tereti dužnika u docnji⁷⁸ jednako kao što ga tereti i dužnost da naknadi štetu.

Nakon izloženog postavljamo pitanje – da li je zaista opravdano zanemariti krivicu za raskid ugovora i povjerioca koji raskida ugovor zbog krivice dužnika obavezati da dužniku isplati i zateznu kamatu? Smatramo da aktuelno rješenje, koje ignoriše značaj krivice za raskid ugovora, nije ispravno. Bilo bi adekvatno prilikom vraćanja novca i naknade koristi uzimati u obzir i krivicu za raskid. U toj koncepciji bi ugovarač koji je kriv za raskid ugovora zateznu kamatu plaćao od momenta prijema isplate, a naknadu koristi za svoje vrijeme za koje je stvar imao u posjedu. Ugovarač pak koji nije kriv za raskid ugovora, bi zateznu kamatu i koristi plaćao od momenta raskida.

9. Posljedice raskida prema Načelima evropskog ugovornog prava

Harmonizacija u oblasti obligacionog prava na nivou EU pokazala je značajne efekte, makar govorimo o nedovršenom procesu. U okvirima EU data je snažna podrška ekspertskoj skupini okupljenoj oko profesora Ole Landa u Komisiji za evropsko ugovorno pravo (Commission on European Contract law, Landova komisija). Rezultat rada ove komisije eksperata, pravnih teoretičara i praktičara, jesu čuvena Landova načela, odnosno Načela evropskog ugovornog prava. Načela su objavljena u dvije knjige. Prva knjiga⁷⁹ obuhvata dijelove I i II a druga knjiga – treći dio.⁸⁰

Autori Načela su izričito naveli ciljeve koje Načela trebaju postići:

- a) Harmonizacija pravila ugovornog prava ima za cilj ubravanje i olakšavanje prekogranične trgovine na području Europe. Primjena

⁷⁷ Npr. čl. 275. u odnosu na član 278. ZOO.

⁷⁸ Čl. 277. st. 1. ZOO: „Dužnik koji zadocni sa ispunjenjem...“

⁷⁹ Lando, O., Beale, H. (1999) Principles of European Contract Law, Pts. I & II, The Commission of European Contract Law. Hague/London/Boston: Kluwer Law International.

⁸⁰ Lando, O., Clive, E., Prüm, A., Zimmermann, R. (2003) Principles of European Contract Law, Part III, The Commission of European Contract Law. Hague/London/New York: Kluwer Law International.

Načela kao teksta koji je odvojen od nekog pojedinačnog pravnog sistema i koji može biti poznat učesnicima u prometu, olakšaće uređenje i razrješenje ugovornog odnosa,

- b) Jačanje jedinstvenog evropskog tržišta,
- c) Stvaranje infrastrukture za usvajanje komunitarnih propisa koji se tiču ugovornog prava,
- d) Postavljanje smjernica nacionalnim sudovima i legislatorima,⁸¹
- e) Uspostavljanje “mosta” između civilnog prava i Common law.⁸²

9.1. Pravo na raskid ugovora

Pravo na raskid ugovora (Right to Terminate the Contract) predviđeno je u odjeljku 3.⁸³ glave 9.⁸⁴ Načela. Temeljno je pravilo Načela, propisano u čl. 9.301.(1.) da povjerilac ima pravo raskinuti ugovor u slučaju kada je neizvršenje obligacije od dužnika “fundamentalno”. Načela također vrše kvalitativno određenje fundamentalnog neispunjenja, ne ostavljajući pri tome adresatima neograničen prostor za vlastito tumačenje ove kategorije. Bez sumnje neispunjenje kao takvo mora po-stojati, ali ono istovremeno mora biti i fundamentalno. Okvir značenja fundamen-talnog neispunjenja dat je u odredbi člana 8.103. Načela. Ovakvim pristupom u os-novi je preuzeta koncepcija fundamentalne, materijalne ili bitne povrede ugovora iz anglosaksonkog prava (material breach, fundamental breach).

9.2. Način raskida ugovora

Raskid ugovora u kontekstu Načela svakako jeste jedan od načina okončanja ugovora. No pri tome valja imati na umu da je upućenost stranaka u ugovornom odnosu imanentna obligacionom pravu uopšte. Načela kao jedno od temeljnih principa usvajaju načelo savjesnosti i poštenja (“good faith and fair dealing”) kako je to direktno predviđeno odredbom člana 1.201., a indirektno člana 1.106. Načela. Strankama se u dužnost daje da postupaju u skladu sa

⁸¹ Hartkamp, A. (2004) “Principles of Contract Law” u: Towards European Civil Code – Third Edition, Amsterdam: Kluwer Law International, str. 129.

⁸² Lando, O., Beale, H., op. cit. xxi-xxiii.

⁸³ “Raskid ugovora”.

⁸⁴ “Posebne posljedice neispunjenja”.

dobrom vjerom. Već leksičkom opservacijom jasno je da se ne radi o načelu datom u formi fluidne preporuke, nego o imperativnoj naredbi.⁸⁵ Imperativni karakter je tim jasniji kada se ima u vidu odredba čl. 1.201.(2.) Načela po kojoj strane ne mogu isključiti ili ograničiti granice ove dužnosti. Kao jedan od pojavnih elemenata ovog načela, bez kojeg suština obligacije ne bi ni bila moguća, jeste dužnost kontrahenata na međusobnu saradnju, od zaključenja ugovora, kroz njegovo izvršenje, do okončanja. Ova dužnost međusobne saradnje, koja je tako neraskidivo povezana sa suštinom obligacije, je i *expressis verbis* dodatno naznačena u Načelima. Odredbom člana 1.202. Načela ugovaračima je naloženo da su dužni saradivati. Dodatno usmjeravati ugovarače na ono što je u interesu realizacije njihove volje jasno ukazuje na intenciju Načela da se podstakne ugovarače na način što će se “obveznost obligacije” staviti u primarnu ravan njihove percepcije. Saradnja naravno podrazumijeva i dužnost informiranja suprotne strane, ne samo o bitnim nego i katkad (makar a *prima vista*) nebitnim činjenicama koje bi indirektno, na ovaj ili onaj način, mogle utjecati na razvoj konkretnog obligacionog odnosa. Stoga je raskid ugovora prema Načelima i predviđen kao institut koji je imanentno vansudski i koji se tiče a priori samih stranaka. Imajući ovakvo pozicioniranje pravosuđa u razvoju jednog obligacionog odnosa, jasno je da raskid ugovora kao institut ima biti stvar kontrahenata. U članu 9.303.(1.) jasno se propisuje da “Pravo stranke na prekid ugovora ima biti izvršeno obavještanjem druge strane”.⁸⁶ Raskid ugovora prema Načelima, dakle, vrši se kroz komunikaciju između kontrahenata, bez potrebe za involviranjem suda u sam proces raskida ugovora. Svaka sudska odluka po pitanju samog raskida ugovora može i ima jedino deklaratorni, a ne nikako konstitutivni karakter.

9.3. Posljedice raskida ugovora

Neispunjenje obaveze ili zakašnjenje u ispunjenju, prema odredbama Načela, može proizvesti višestruke posljedice po ugovor i ugovornu stranu koja nije ispunila svoju obavezu. Ispunjenje se može tražiti prisilnim putem, *in specie*. Takva povreda ugovora za sobom povlači i pravo na naknadu štete. Ugovoru vjerna strana može pridržati ispunjenje vlastite obaveze ili tražiti smanjenje cijene. No jedna od posljedica takve povrede ugovora može biti i raskid ugovora.⁸⁷

⁸⁵ “Svaka strana mora postupati...”.

⁸⁶ Čl. 9.303.(1) Načela: “A party's right to terminate the contract is to be exercised by notice to the other party”.

⁸⁷ Lando, O. (2004) “Non-Performance (Breach) of Contrats”, u: *Towards European Civil Code – Third Edition*, Amsterdam: Kluwer Law International, str. 509.

Ključna posljedica raskida ugovora, prema Načelima, je prestanak obligacije, iako Načela ne govore izričito o prestanku obligacije, nego o oslobađanju ugovornih strana na ispunjavanje budućih obaveza.⁸⁸ Pri tome se *expressis verbis* ističe da raskid ugovora ne utiče na prava i odgovornosti (obaveze) koje su nastale do momenta raskida. Načela, dakle, ne govore o “prestanku ugovora” niti o “prestanku obaveza”. Načela govore o oslobađanju od budućeg, tj. daljeg ispunjenja, ispunjenja koje bi trebalo uslijediti da do raskida nije ni došlo. Akcenat je na propektivnom, a ne retrospektivnom dejstvu.

Upravo se u kontekstu primarnog dejstva raskida u Načelima kao jedno od suštinskih pitanja nameće ono o vremenskom dejstvu raskida. Veoma je važno da li raskid djeluje retroaktivno (*ex tunc*) ili samo za ubuduće (*pro futuro, ex nunc*). Načela se odlučuju za dejstvo raskida *ex nunc*, tj. od momenta raskida.⁸⁹ To je izričito i naglašeno u st. 1. čl. 9.305. gdje se navodi da raskid ugovora “oslobađa obje strane od izvršenja i prijema budućeg izvršenja”. Načela, dakle, oslobađaju povjerioca dužnosti prijema budućeg ispunjenja, a dužnika dužnosti budućeg izvršenja. To se odnosi na obaveze koje bi se imale od tog momenta izvršiti u skladu sa ugovorom da ugovor nije raskinut. A što se tiče obaveza koje su već izvršene, Načela predviđaju restituciju u ograničenom broju slučajeva, izbjegavajući pri tome restituciju predvidjeti kao opšti princip, dajući joj mjesto izuzetka.

9.4. Obaveze koje su ugovorene za slučaj raskida

Jedna od odredbi Načela govori o odredbama ugovora koje se tiču razrješavanja sporova ili druge slične odredbe čije se dejstvo ugovara upravo za slučaj raskida ugovora.⁹⁰ Sličnu odredbu sadrži i CISG.⁹¹ Ratio ove odredbe je vrlo jasan i predstavlja normativno ostvarenje uobičajene tendencije u modernim ugovorima, naročito poslovnog karaktera. Cijeli je niz klauzula koje se u praksi uobičajeno mogu sresti.⁹² Klauzule o povjerljivosti (*confidentiality clauses, non-*

⁸⁸ Čl. 9.305.(1) Načela: “Termination of the contract releases both parties from... future performance”.

⁸⁹ Lando, O., Beale, H., *op. cit.*, str. 420.

⁹⁰ Čl. 9.305.(2) Načela: “Raskid ne utiče na odredbe ugovora za razrješanje sporova niti na druge odredbe koje se imaju primjeniti čak i poslije raskida”.

⁹¹ Čl. 81.(1) CISG.

⁹² Pored gore navedenih u oblasti korporativnog prava kod društava lica poznate su klauzule iz tzv. “share holder ugovora” kao što su “deadlock” klauzule ili “buy out” klauzule čije dejstvo nastupa za slučaj da jedna strana ili obje ne izvršavaju svoje obaveze predviđene ugovorom. U zadnje vrijeme ovakve klauzule su prisutne i u našoj korporativnoj praksi gdje put pronalaze kroz autonomiju volja vlasnika udjela (odnosno osnivača) u društvima sa ograničenom odgovornošću.

disclosure agreement) tako sadrže obavezu ugovarača da tokom trajanja ugovora, a naročito za slučaj raskida, tretiraju kao poslovnu tajnu sve informacije koje su im učinjene dostupnim tokom izvršenja ugovora. Ugovorna kazna se također ugovara kao vid sankcionisanja neizvršenja obaveze pa se može tražiti i za slučaj raskida ugovora. Unaprijed utvrđena visina ili formula za izračunavanje štete (slično ugovornoj kazni); ugovaranje nadležnosti suda ili nekog drugog tribunala; ugovaranje mjerodavnog prava za slučaj raskida i sl. su također klauzule koje svoje dejstvo imaju za slučaj povrede ugovora, pa tako i za slučaj raskida ugovora. Po pitanju ovih klauzula ima smatrati da raskid ne proizvodi nikakva dejstva na njihovu valjanost i obaveznost. Prihvatanje ex nunc dejstva raskida konceptijski i omogućava zahvaćanje samo budućeg (ne)izvršenja. Dosadašnje izvršenje u pravilu ostaje netaknuto. Stoga raskid u kontekstu Načela ne znači nužno zadi-ranje u bilo šta, izuzev u buduće ispunjenje obaveza. Klauzule ugovorene za slučaj raskida ugovora stoga nisu niti na koji način zahvaćene raskidom ugovora.

9.5. Dejstvo na prava trećih lica

Jedno od vrlo zanimljivih pitanja u kontekstu pravnih posljedica raskida ugovora jeste i pitanje dejstva raskida prema trećim licima koja su stekla neka prava iz ugovora ili na predmetu ugovora koji se raskida. U situacijama kada je jedna ugovorna strana izvršila svoju obavezu, sasvim je moguće da u periodu od izvršenja te obaveze do raskida ugovora nastupe takve okolnosti na osnovu kojih će treća lice steći izvjesna prava iz samog ugovora ili na predmetu ugovora. Ono što je specifičnost Načela jeste da ne sadrže bilo kakvu odredbu koja bi razrješavala dejstvo jedne ugovorne obligacije, kao ni njenog eventualnog raskida, na prava trećih lica. Načela o kategoriji trećeg lica koje je posve izvan ugovornog odnosa govore na nekoliko mjesta.⁹³ Međutim, o dejstvu ugovora inter partes, odnosno o isključenju dejstva na treća lica, nema eksplicitnog govora. Može se svakako reći da Načela dejstva ugovora situiraju u sferu ugovarača. Tek u rijetkim situacijama ugovor proizvodi dejstvo za treća lica. Izvan tih situacija, ugovor se trećih lica najčešće ne tiče – niti im koristi, niti škodi. Zanimljivo izbjegavanje pomena dejstvu ugovora na treća lica te naročito pravnih posljedica po treća lica u specifičnim situacijama (kakav je i raskid ugovora) objašnjava se i svojevrsnom “kontraktualnom” prirodom samih načela (onda, dakle, nemaju “normativnu” snagu “propisa”). Načela se, naime, primjenjuju kada to ugovarači naznače izričito ili prećutno.⁹⁴ Stoga nema ništa prirodnije od toga da Načela, kod kojih se

⁹³ Čl. 303.3.; 6.105.; 6.110.; 7.106.

⁹⁴ Čl. 1.101. i 1.102.2) Načela.

njihova “kontraktualna” priroda ispoljava kroz slobodu ugovaranja, ne mogu proizvoditi nikakve posljedice na ona lica izvan tog ugovornog odnosa koja nisu vezana izborom ugovarača po pitanju primjenjivosti Načela na pravni odnos koji je u pitanju. Ovakvo obrazloženje za izostavljanje regulacije prava trećih lica čini se potpuno logičnim i konzistentnim. No ipak držimo da je regulacija dejstva ugovora (u cjelini, pa tako i raskida) mogla i morala biti sadržana i u samim Načelima, ako ništa za one situacije u kojima je i treće lice sa jednim od ugovarača iz primarno posmatranog ugovora zaključilo ugovor koji je također podvrgnut primjeni Načela. U takvoj situaciji imamo dva ugovora:

- primarni ugovor – autonomno podvrgnut primjeni Načela, iz kojeg je jedna ugovorna strana od druge u ispunjenju ugovora dobila neku stvar (npr. isporuka automobila koji je predmet prodaje),
- sekundarni ugovor – također autonomno podvrgnut primjeni Načela, u kojem je ugovarač koji je primio stvar iz primarnog ugovora, dalje istu otuđio trećem licu (npr. daljnja preprodaja automobila).

Čini se da se o ovakvoj situaciji, posve mogućoj u praksi, nije vodilo računa te su dejstva ugovora prema trećim licima, makar po pitanju općih dejstava, ostala potpuno neregulirana i stvorila značajan prostor za pravne praznine koje će se morati popunjavati primjenom nacionalnih poredaka na koje in ultima linea ukazuju principi međunarodnog privatnog prava države pred čiji se sud iznese predmetni spor.

Daleko bi bolji rezultati bili postignuti u onoj situaciji u kojoj bi za slučajeve “dvostruko ugovorene” primjene Načela i sama Načela propisivala dejstva ugovora na prava trećih lica, izvan primarnog ugovornog odnosa. Nažalost, u nedostatku takvih, sudovima je prepušteno da idući linijom manjeg otpora preferiraju primjenu jasnih pravila pravnog poretka koji im je bliži (kada pravila MPP ukazuju na domaći pravni poredak) ili barem konkretniji (kada MPP ukazuje na strani pravni poredak sa jasnim pravilima po pitanju prava trećih lica).

10. Zaključna razmatranja

10.1. Koncepti i način raskida

Iz naprijed navedenih izlaganja, evidentno je da rješenje zastupljeno u našem pravu ne odstupa značajnije od osnovnih rješenja u uporednom pravu kada je u pitanju koncept raskida. U svim ključnim pravnim sistemima povjerioci se daje mogućnost da se oslobodi ugovora u situaciji kada dužnik nije ispunio svoju obavezu. Način na koji pravni sistemi determiniraju postojanje uslova za

raskid je izrazito diferenciran. Neispunjenje jeste suštinski uslov za raskid, ali se ponegdje traže i dodatni uslovi: bitnost neispunjenja (fundamental breach); nedostatak interesa za djelimično ispunjenje; opravdanost zahtjeva po ocjeni suda. Ako kompariramo naš model iz člana 124. ZOO, onda se može učiniti da naše pravo spada u red pravnih sistema izrazito otvorenih upotrebi raskida ugovora. Pri tome ZOO ipak ne prihvata koncept apsolutnog čistog modela raskida jer je pravo na raskid ograničeno odredbom čl. 131. ZOO po kojoj se ugovor ipak ne može raskinuti zbog neznatnog neispunjenja. Stoga se čini razumnim zadržavanje postojećeg uređenja prava na raskid (čl. 124. – 129. ZOO).

Po pitanju načina raskida pravni sistemi se svrstavaju u dvije grupe: romanski krug sa principijelno sudskim raskidom i ostali sistemi (Common law, germansko pravo, kontinentalni pravni krug, Načela, CISG, UNIDROIT) koji stoje isključivo na principu vansudskog raskida ugovora. Ugovor se stoga raskida bez suda, prostom izjavom volje upućenom dužniku, a eventualno učešće suda *ex post facto* se zadržava samo na nivou deklarativnog dejstva sudske presude. Sud dakle “utvrđuje” da je raskid već nastupio (ako je i to tužbeni zahtjev), a ne raskida ugovor vlastitom odlukom. No, s obzirom da postoje određene dileme u praksi u primjeni inače jasne zakonske odredbe, *de lege ferenda* bi se moglo izvršiti dodatno preciziranje načina raskida ugovora čime bi se postigla dodatna normativna preciznost na liniji pristupa Načela (čl. 9.303.(1) Izjava o raskidu: “Pravo jedne strane na raskid ugovora vrši se izjavom datoj drugoj strani”).

10.2. Retroaktivnost ili prospektivnost

Pitanje dejstva raskida se nameće kao pitanje krucijalnog značaja. Odgovor na pitanje da li raskid ugovora djeluje retroaktivno (*ex tunc*) ili ima samo prospektivno dejstvo (*ex nunc*) značiće istovremeno usmjeravanje odredbi koje regulišu pravne posljedice raskida.⁹⁵ Čini se da su u našoj pravnoj teoriji preovladali oni stavovi koji preferiraju retroaktivnu prirodu raskida. Naš pravni sistem predstavlja specifičnu kombinaciju rješenja aktuelnih modela. Na jednoj strani prihvaćen ne način raskida imanentan onim pravnim sistemima koji pripadaju grupi “prospektivnih” modela. U evropskoj pravnoj tradiciji vansudski način i dejstvo *ex nunc* idu u pravilu zajedno. S druge strane, po pitanju pravnih posljedica raskida, naš ZOO prihvata jedno tipično romansko rješenje – dejstvo *ex tunc*, retroaktivnost kao princip i restituciju kao osnovnu posljedicu raskida.

⁹⁵ Iako može izgledati kao pretjerana minucioznost – naslov člana 132. ZOO nije ispravan. Isti ne daje *expressis verbis* odgovor na pitanje kakvo je dejstvo (*ex tunc* ili *ex nunc*) – nego koje i kakve su posljedice raskida ugovora.

Ovakav pristup smatramo neprirodnim iz još jednog razloga. Vansudski način raskida ugovora jeste rezultanta pristupa koji favorizira dejstvo slobode ugovaranja (pa time i slobode raskida) kao opće načelo – od zaključenja ugovora do njegova okončanja. Ovakav pristup zadržava raskid u pravnoj sferi ugovarača, bez pretjeranog involviranja sudskog aparata. Ako je prihvatljiv zaključak da je vansudski raskid posve adekvatan aktuelnim društvenim okolnostima i integracijskim kretanjima, onda se posve razumnim nameće zaključak o potrebi reformiranja dejstva i posljedica raskida. Zbog svih argumenata koji se inače u evropskoj doktrini spominju u prilogu prospektivnog, a protiv retroaktivnog dejstva raskida, držimo da treba razmisliti i o adaptiranju našeg prava. Pogrešan put bi pri tome bilo insistiranje na usvajanju rješenja koja bi bila unikatna i kao takva potpuno distinktivna u odnosu na aktuelna dešavanja u obligacionom pravu u svijetu. Nužnim se stoga nameće prihvaćanje okvirnog modela koji bi s jedne strane omogućio poboljšanje kvalitete sadašnjih rješenja, a s druge strane omogućio približavanje našeg obligacionog prava obligacionom pravu članica EU. Rješenja data u Načelima evropskog ugovornog prava stoga mogu i trebaju poslužiti kao model.

10.3. Dejstvo na akcesorne poslove

U našem pravu, kao što je naprijed ukazano, postoje akcesorni pravni poslovi (pa i akcesorne odredbe) čije dejstvo može biti zanimljivo za slučaj raskida ugovora. Na prvom mjestu riječ je o ugovornoj kazni koja može biti ugovorena za slučaj neispunjenja ili zadocnjenja. U slučaju neispunjenja istovremeno su ostvareni uslovi i za ugovornu kaznu i za raskid ugovora. Slučaj jemstva je također zanimljiv. Jemac jemči povjeriocu da će ispuniti punovažnu i dospjelu obavezu dužnika ako to dužnik ne učini. Po prirodi je također riječ o akcesornom pravnom poslu. Konačno, pored navedenih u obzir dolaze i sve one klauzule koje su ugovorene za rješavanje sporova ili je njihovo dejstvo eksplicitno vezano upravo za raskid ugovora. Mišljenja smo da opstojnost sva tri akcesorna pravna posla ne bi smjela biti dovedena u pitanje raskidom ugovora. Ugovorna kazna se ugovara za slučaj neispunjenja i ona je kvalitativno "čedo" naknade štete, a naknada štete jeste jedna od ključnih posljedica raskida kako u retroaktivnom, tako i u prospektivnom modelu. Ako raskidom ne prestaje obaveza na naknadu štete, zašto jedan od mehanizama njenog ostvarenja treba prestati? Sličan problem pojavljuje se sa jemstvom – jemac jemči da će ispuniti obavezu ako to ne učini dužnik – pri tome jemčeva obaveza ne može biti veća od obaveze glavnog dužnika. Ali zar primjerice i odgovornost za štetu, bez obzira na raskid ugovora, nije obaveza dužnika koju je jemac mogao predvidjeti jednako kao što je istu mogao predvidjeti dužnik? Ratio jemstva je poboljšati položaj povjerioca. Raskid ugovora pri tome ne bi trebao biti

institut koji će kroz retroaktivno dejstvo i akcesornost značiti otežavanje pozicije povjerioca. Jemstvo bi prema tome, trebalo “ostati na snazi” i nakon raskida ugovora. Striktno pridržavanje akcesornog karaktera ova dva posla bi značilo da prestankom glavnog ugovora prestaje i ugovorna kazna i jemstvo kao akcesorni pravni poslovi.

Model retroaktivnog dejstva dakle u tom kontekstu stvara konflikt sa ratio legis ovih akcesorija. Ako se smatra kao da ugovor nije nikada ni postojao (što je opet u konfliktu sa odgovornošću za štetu), zašto drugačije ne bi vrijedilo i za ugovornu kaznu i jemstvo?

10.4. Prebijanje umjesto raskida

Pravo na raskid po svom ratio legis je zaštitni mehanizam povjerioca koji za svoju činidibu nije dobio (odgovarajuću) protivčinidbu. Daje mu se mogućnost da se takvog ugovora i takvog dužnika riješi prostom izjavom volje. Pri tome valja napomenuti da zaštitna funkcija prava na raskid ide za ostvarenjem i zaštitom opravdanog, legitimnog interesa povjerioca. Raskid se ne smije koristiti dolo malo, tj. zloupotrebljavati, bilo da se pravo na raskid koristi suprotno cilju norme ili cum animo nocendi, tj. s ciljem nanošenja štete drugom. Njemačko pravo je ispravno prepoznalo situacije koje treba izdvojiti iz sfere zaštićenog interesa, iznijeti na nivo specijalnog pravila i time prevenirati zloupotrebu prava na raskid. Tako se isključuje dejstvo izjave o raskidu ako dužnik odmah po njenom prijemu izjavi potraživanja povjerioca sa svojim protivpotraživanjem.⁹⁶ Ovaj institut bi s punim opravdanjem trebalo aplicirati i u našem pravnom sistemu.

Zaključak

Naš pravni sistem prihvata specifičnu kombinaciju vansudskog načina raskida i retroaktivnog dejstva raskida. Zbog promijenjenih društvenih okolnosti i aktuelnih dešavanja na harmonizaciji obligacionog prava u EU potrebno je izvršiti prilagođavanje našeg prava raskida. Uz zadržavanje vansudskog načina raskida potrebno je u cijelosti prihvatiti model prospektivnog dejstva raskida, što bi ujedno značilo isključenje dejstva raskida na akcesorne pravne poslove. S tim u vezi, a na bazi već prihvaćenog stava o dispozitivnom karakteru normi koje regulišu raskid, potrebno je legislativno i praktično podsticati ugovaranje načina i posljedica raskida već u osnovnom ugovoru. Time bi se preduprijedili sporovi, a tamo gdje to nije moguće, njihovo razrješenje bi se učinilo jednostavnijim.

⁹⁶ § 353. BGB.

Literatura:

1. Antonioli, L., Veneziano, A. (2005) Principles of European Contract Law and Italian Law. Hague: Kluwer Law International.
2. Attias, A. (2006) "Ugovorna kazna" u: Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse br. 4. Mostar: Pravni fakultet u Mostaru.
3. Babić, I. (2001) Leksikon obligacionog prava. Beograd: Službeni list SRJ.
4. Babić, I. (2003) Osnovi imovinskog prava. Beograd: Službeni glasnik.
5. Bikić, A. (2007) Obligaciono pravo – Opći dio, drugo izmjenjeno i dopunjeno izdanje. Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu.
6. Đorđević, Ž., Stanković, V. (1987) Obligaciono pravo - Opšti deo. Beograd: Naučna knjiga.
7. Hartkamp, A. (2004) "Principles of Contract Law" u: Towards European Civil Code – Third Edition, Amsterdam: Kluwer Law International.
8. Klajn-Tatić, V. (1983) Docnja prodavca sa predajom stvari. Beograd: Institut društvenih nauka – Centar za pravna i politikološka istraživanja.
9. Klarić, P. Vedriš, M. (2006) Građansko pravo. Zagreb: Narodne novine d.d.
10. Krulj, V. (1980) U: Komentar Zakona o obligacionim odnosima (redaktori Blagojević-Krulj). Beograd: Savremena administracija.
11. Lando, O. (2004) "Non-Performance (Breach) of Contrats", u: Towards European Civil Code – Third Edition. Amsterdam: Kluwer Law International.
12. Lando, O., Beale, H. (1999) Principles of European Contract Law, Pts. I & II, The Commission of European Contract Law. Hague/London/Boston: Kluwer Law International.
13. Lando, O., Clive, E., Prüm, A., Zimmermann, R. (2003) Principles of European Contract Law, Part III, The Commission of European Contract Law. Hague/London/New York: Kluwer Law International.
14. Loza, B. (2000) Obligaciono pravo – Opšti dio, IV dopunjeno i izmjenjeno izdanje. Beograd: Službeni glasnik.
15. Loza, B., Misita, N. (1985) Obligaciono pravo – Opšti dio. Sarajevo/Zenica: Dom štampe.
16. Milošević, Lj., (1974) Obligaciono pravo – IV dopunjeno i izmjenjeno izdanje. Beograd: Univerzitet u Novom Sadu.
17. Morait, B. (1997) Obligaciono pravo – Knjiga prva. Banjaluka: Pravni fakultet.
18. Perović, S. (1976) Obligaciono pravo. Beograd: Privredna štampa.

19. Perović, S., Stojanović, D. (1980) Komentar Zakona o obligacionim odnosima - Knjiga prva. Gornji Milanovac: Kulturni centar Gornji Milanovac i Pravni fakultet Kragujevac.
20. Povelakić, M. (2009) Transformacija stvarnog prava u Bosni i Hercegovini. Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu.
21. Radišić, J. (2004) Obligaciono pravo – Opšti deo, Sedmo izdanje. Beograd: Nomos.
22. Rašović, Z. (2006) Građansko pravo. Podgorica: Pravni fakultet u Podgorici.
23. Slakoper, Z. (2003) “Raskid ugovora zbog zakašnjenja i neispunjenja”, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, Rijeka, Supplement br. 3/2003.
24. Slavnić, J. (1997) Osnovi građanskog prava. Beograd: Naučna knjiga, Viša poslovna škola.
25. Sultanović, A., Trifković, M., Simić, M. (1983) Teorija države i prava, statusnog i obligacionog prava. Sarajevo: Veselin Masleša.
26. Vizner B. (1978) Komentar Zakona o obveznim odnosima. Rijeka: Riječka tiskara.

HARMONIZATION OF THE INSTITUTE OF THE TERMINATION OF CONTRACT IN THE LAW OF BOSNIA AND HERZEGOVINA WITH THE PRINCIPLES OF THE EUROPEAN CONTRACT LAW

Summary

This article presents compliance of our legal system with the Principles of the European Contract Law with regards to the right on termination of contract and effects of termination. Intention is, using comparative analysis, to present similar solutions between law in B&H and harmonization intentions in EU manifested through the Principles of the European Contract Law (PECL i.e. Lando's Principles). There is a certain level of discrepancies between solutions accepted in the two comparable acts (Law on Obligations and PECL) which generates specific obstacle for the harmonization of our Contract Law to the model of the European Contract law.

Key words

termination, ius dispositivum, nature of termination, effects of termination

ODGOVORNOST DRŽAVA ZA MEĐUNARODNA PROTIVPRAVNA DJELA

pregledni znanstveni rad

UDK: 341.236

prof.dr. Sakib Softić*

Sažetak

Predmet ovog rada je pitanje odgovornosti država za međunarodna protivpravna djela. Pitanje odgovornosti država za međunarodna protivpravna djela centralno je pitanje međunarodnog prava. Ova materija konačno je uobličena u Pravilima o odgovornosti država za međunarodna protivpravna djela. Pravila su rezultat kodifikacije općeg međunarodnog običajnog prava s jedne i progresivnog razvoja, s druge strane. Ova pravila, zajedno sa normama općeg običajnog međunarodnog prava, predstavljaju vodilju različitim međunarodnim sudskim i arbitražnim tijelima u rješavanju konkretnih sporova. Ipak, ovi organi nisu razvili jednoobraznu praksu rješavanja međunarodnih sporova.

U presudi od 27. juna 1986. godine u predmetu Vojne i paravojne aktivnosti u i protiv Nikaragve (Nikaragva protiv SAD-a), odluka o meritumu, kao i Bosna i Hercegovina protiv Srbije i Crne Gore zbog kršenja Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida, Međunarodni sud je ustanovio test efektivne kontrole, kako bi utvrdio kad se država može smatrati odgovornom za djela koja su počinjena od strane pojedinaca i grupa koji se ne mogu smatrati državnim organima. Ovaj rad bavi se ovim i sličnim pitanjima, koja uzrokuju nedoumice u primjeni općih normi međunarodnog prava na konkretan slučaj.

Ključne riječi

međunarodna odgovornost, opće međunarodno pravo, efektivna kontrola, opća kontrola, imperativna norma

* *Fakultet za kriminalistiku kriminologiju i sigurnosne studije u Sarajevu, vanredni profesor na oblasti međunarodno pravo; ssoftic@gmail.com*

I. Uvod

Pitanje odgovornosti država za međunarodna protivpravna djela centralno je pitanje međunarodnog prava. Ono je tijesno povezano sa pitanjima suvereniteta i jednakosti država. Činjenje međunarodnog protivpravnog djela povlači međunarodnu odgovornost države počinioca i vodi do stavljanja zahtjeva za nadoknadu štete.¹

Pitanje odgovornosti država za međunarodna protivpravna djela tijesno je povezano sa pitanjem odgovornosti država za kršenje međunarodnih ugovora,² kao i sa proceduralnim pitanjima koja proizilaze iz kršenja pravila međunarodnog prava.³

Arbitražna komisija za bivšu Jugoslaviju utvrdila je pitanje odnosa između pravila o odgovornosti država i drugih grana međunarodnog prava. Mišljenje broj 13 sadrži odgovor na pitanje da li bi iznos koji duguje jedna ili više država sukcesora po osnovu ratnih šteta mogao uticati na podjelu državne imovine, arhiva i dugova u postupku sukcesije. Arbitražna komisija je dala negativan odgovor navodeći da pravila koja se primjenjuju na državnu sukcesiju, sa jedne strane, i pravila državne odgovornosti, od kojeg zavisi pitanje ratnih šteta, sa druge strane, uzlaze u dva različita područja međunarodnog prava.⁴ Stoga, ova dva pitanja trebaju biti različito riješena.

Pitanje odgovornosti država za međunarodna protivpravna djela predmet je razmatranja Međunarodne pravne komisije⁵ od 1956. godine kada je prvi put stavljeno na dnevni red, a konačno je uobličeno u *Pravilima o odgovornosti država za međunarodna protivpravna djela*⁶ 2001. godine.⁷ Nakon toga Generalna skupština je 2004. godine⁸ preporučila Pravila državama članicama UN-a i odlučila da ih ponovno razmotri 2007. godine.

¹ Shaw, M. (2003) International law, fifth edition, Cambridge university press, str.694. supra 1.

² Ibid., supra 3.

³ Yearbook of the ILC, 1973, vol. 11, pp. 169.-70.

⁴ Mišljenje broj: 13 Arbitražne komisije Mirovne konferencije o bivšoj Jugoslaviji.

⁵ Međunarodna pravna komisija ustanovljena je 1948. godine, sa osnovnim zadatkom progresivnog razvoja i kodifikacije međunarodnog prava.u skladu sa članom 13. stav 1. Povelje Ujedinjenih nacija.

⁶ Pravila o odgovornosti država za međunarodna protivpravna djela (Responsibility of States for internationally wrongful acts, United Nations A/RES/56/83, 28. januara 2002).

⁷ Tekst Pravila prihvaćen je na 53. sjednici ILC 2001. godine, i podnesen Generalnoj skupštini UN-a kao dio izvještaja o radu Komisije na toj sjednici (A 56/10).

⁸ The UN General Assembly A/RES/59/35 (2004).

Materija odgovornosti država razvijena je u međunarodnoj praksi država i presudama međunarodnih sudova, a oblikovana od Međunarodne pravne komisije, za razliku od materije o imunitetu država koja je razvijena u unutrašnjoj praksi državnih organa.

Pojedinačni članovi Pravila prihvaćeni su konsenzusom od strane članova Međunarodne pravne komisije sa vrlo velikim stepenom saglasnosti. Oni, u suštini, predstavljaju kodifikaciju običajnog međunarodnog prava, ali uključuju i neke elemente njegovog progresivnog razvoja, kao što su oni koji se tiču proceduralnih aspekata kontramjera. Međunarodni sud pravde i međunarodni tribunal već godinama citiraju pojedine članove temeljeći na njima svoje odluke. Čak i u slučaju da se Pravila nikad ne prihvate u formi jedne međunarodne konvencije, ona će uvijek uticati na međunarodne sudove i tribunale. Pravila predstavljaju jedan opći uvod u materiju odgovornosti država. Stoga ih je ovdje neophodno izložiti radi boljeg razumijevanja teme.

II. Pitanje odgovornosti država za međunarodna protivpravna djela

A. Opšta pitanja

1. Terminologija.

Riječi i fraze korištene u ovom tekstu imaju sljedeća značenja:

Međunarodna obaveza znači obavezu koju po međunarodnom pravu duguje jedna država drugoj državi te je ona stoga primarna obaveza.

Primarno pravilo je pravilo međunarodnog prava koje utvrđuje da li postoji povreda primarne obaveze.

Sekundarno pravilo je pravilo međunarodnog prava koje utvrđuje da li je povreda primarne obaveze pripisiva državi, kao i posljedice odgovornosti države.

Međunarodno protivpravno djelo predstavlja povredu primarne obaveze koja je pripisiva državi.

Povreda znači posljedicu međunarodnog protivpravnog djela na drugu državu ili njene građane, uključujući i moralnu i materijalnu štetu.

Povrijeđena država označava državu oštećenu povredom.

Odgovorna država je država koja je uzrokovala ili se vjeruje da je uzrokovala povredu.

Djelo znači činjenje i propuštanje.

Osoba uključuje pravnu osobu kao što su korporacije i drugi pravni entiteti.

2. *Primjenjivost pravila*

Ovdje je nužno naglasiti da se Pravila ne primjenjuju tamo gdje postoji posebno pravilo međunarodnog prava *lex specialis* koje je uslov za postojanje međunarodnog protivpravnog djela ili za sadržaj ili implementacija međunarodne odgovornosti države.⁹ Takav *lex specialis* uključuje ugovorne odredbe koje mogu eventualno isključiti protivpravnost ili neko pitanje uređeno Pravilima regulisati na drugi način.¹⁰ Na ona pitanja koja nisu uređena Pravilima, nastavit će se primjenjivati pravila općeg običajnog prava.¹¹ Ova pravila su bez uticaja na Povelju UN-a, odnosno član 103. koji propisuje da obaveze iz Povelje imaju prvenstvo u odnosu na bilo koju drugu ugovornu obavezu.¹²

3. *Priroda odgovornosti i osnov odgovornosti*

Odgovornost u međunarodnom pravu uslovljena je postojanjem neke međunarodnopravne obaveze, kao i njenim kršenjem. Kršenje međunarodnopravne obaveze predstavlja međunarodno protivpravno djelo.

Postoje suprotstavljena stanovišta po pitanju osnova odgovornosti. Da li je osnov odgovornosti krivnja počinitelja ili odgovornost u međunarodnom pravu počiva u samom počinjenju međunarodnog protivpravnog djela kao objektivnoj činjenici? Oba ova pristupa prisutna su kako u teoriji međunarodnog prava, tako i u praksi međunarodnih sudova i tribunala. Međunarodnopravna komisija koja se bavila kodifikacijom pravila o odgovornosti država za međunarodna protivpravna djela, u komentarima članova nije zauzela definitivan stav po ovom pitanju.¹³

⁹ Vidi Čl. 55. Pravila o odgovornosti država za međunarodna protivpravna djela, (Responsibility of States for internationally wrongful acts, United Nations A/RES/56/83, 28. januara 2002).

¹⁰ Npr. Konvencija o međunarodnoj odgovornosti za štete uzrokovanu vasionkim objektima iz 1972. godine (Convention on International Liability for damage Caused by Space Objects, General Assembly Resolution 2777), koja propisuje solidarnu odgovornost trećih država uzrokovanu sudarom objekata lansiranih od strane dvije države ili Pravilima o odgovornosti za povrede nastale kao posljedica akata koji nisu zabranjeni međunarodnim pravom (International Liability for Injurious Consequences arising out of Acts not Prohibited by International Law).

¹¹ Čl. 56. Pravila o odgovornosti država za međunarodna protivpravna djela, (Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, United Nations A/RES/56/83, 28. januara 2002).

¹² Ibid Čl. 59.

¹³ Vidi Shaw, M. (2003) International law, fifth edition, Cambridge university press, str. 700.

B. Odgovornost za međunarodna protivpravna djela i odgovornost za rizik

Osnov odgovornosti u međunarodnom pravu leži u samom činjenju međunarodnog protivpravnog djela kao objektivnoj činjenici. Dakle, napušta se krivnja počinitelja kao osnov odgovornosti. U pogledu nekih posebno opasnih djelatnosti ugovara se i odgovornost za rizik. Kada se takva odgovornost izričito ugovori, država (fizička ili pravna osoba) odgovara za posljedice čak i takvog ponašanja koje samo po sebi nije međunarodno protivpravno djelo. Ta odgovornost se posebno ugovara u oblastima lansiranja objekata u svemir, miroljubive upotrebe atomske energije, zagađenja mora i sl.

1. Odgovornost međunarodnih organizacija

Posebno pitanje predstavlja odgovornost međunarodnih organizacija za protivpravna djela. Opće pravilo je da države nisu odgovorne za međunarodna protivpravna djela njihove organizacije. Prema općem međunarodnom pravu, svaka organizacija koja je međunarodna pravna osoba, odgovorna je za međunarodna protivpravna djela svojih agenata koji djeluju u njeno ime.

2. Međunarodno protivpravno djelo države

Član 1. *Pravila* navodi da svako međunarodno protivpravno djelo povlači međunarodnu odgovornost države. Član 2. definira međunarodno protivpravno djelo navodeći njegove elemente. Međunarodno protivpravno djelo države postoji kad je ponašanje države koje može biti činjenje ili propuštanje "(a) *prispisivo državi po međunarodnom pravu*; i (b) *predstavlja povredu neke međunarodne obaveze države.*" Ukoliko je neko djelo protivpravno djelo po međunarodnom pravu, njegova protivpravnost ne može se isključiti njegovom karakterizacijom kao dopuštenog djela pravilima unutrašnjeg pravnog poretka. Karakterizacija jednog akta države kao protivnog po međunarodnom pravu vrši se prema kriterijima ustanovljenim u međunarodnom pravu (član 3.).

Za postojanje međunarodnog protivpravnog djela stvarna šteta nije nužna ukoliko to konkretno pravilo ne traži. Također je nevažno da li je ponašanje zakonito prema zakonima države počinioca.

Pravila ne definiraju da li i kad država krši međunarodnu obavezu. To treba da bude utvrđeno primjenom primarnih pravila: ugovornog, običajnog ili drugog izvora međunarodnog prava. Sekundarna pravila su pitanja kad će protivpravno ponašanje biti pripisivo državi i koje su pravne posljedice toga.

Član 12. *Pravila* propisuje da povreda međunarodnopravne obaveze postoji kad neki akt države nije u skladu sa onim što ta obaveza zahtijeva, bez

obzira na njeno porijeklo ili karakter. Međunarodno protivpravno djelo postoji samo u slučaju kad je država vezana obavezom u pitanju, odnosno ukoliko je obaveza na snazi u trenutku njene povrede.¹⁴

C. Pripisivost izvršenja državi

1. Uopšte

Da bi država bila odgovorna za počinjenje međunarodnog protivpravnog djela, ponašanje mora biti pripisivo odnosnoj državi. Generalno pravilo je da samo ponašanje državnih organa ili njenih agenata¹⁵ može biti pripisivo državi. Član 4. Pravila pobliže određuje koji su to organi države čije ponašanje povlači odgovornost države. *“1. Ponašanje bilo kojeg državnog organa će se smatrati aktom države prema međunarodnom pravu, bilo da organ vrši zakonodavnu, izvršnu, sudsku ili kakvu god drugu funkciju, bez obzira koju poziciju ima u državnoj organizaciji i bez obzira da li ima karakter organa centralne vlade ili vlade teritorijalne jedinice države. 2. Organ uključuje lice ili subjekt koji ima status u skladu sa domaćim pravom države.”* Organ obuhvata također lica ili subjekte koji faktički postupaju kao organi države, čak i ukoliko nisu tako klasificirani po unutrašnjem pravu države. Ponašanje osoba ili subjekata koji nisu državni organi, ali su po unutrašnjem pravu ovlašteni da vrše elemente javne vlasti, smatrat će se kao akti države ako u konkretnom primjeru osoba ili subjekt postupaju u tom kapacitetu.¹⁶ Pravila pokrivaju i relativno nove fenomene kao što su paradržavni organi i privatizirane državne korporacije. Čak i privatne osobe i subjekti mogu biti obuhvaćeni ako su po domaćem pravu ovlašteni da izvršavaju državne funkcije kao što su izvršavanje državnih propisa o izvršavanju kazne lišenja slobode, što je slučaj u nekim državama.

Ponašanje osobe ili subjekta koji je jedna država stavila na raspolaganje drugoj smatrat će se kao akt ove druge države po međunarodnom pravu ukoliko organ postupaju u vršenju elemenata državne vlasti države kojoj je dat na raspolaganje (član 6.). Ovo pravilo se primjenjuje i u slučaju kad jedna država pošalje

¹⁴ Čl. 13. Pravila o odgovornosti država za međunarodna protivpravna djela, (Responsibility of States for internationally wrongful acts, United Nations A/RES/56/83, 28. januara 2002).

¹⁵ Osobe ili entiteti koji djeluju po uputstvima, ili su poticani ili kontrolisani od strane države odnosno njenih organa.

¹⁶ Čl. 5. Pravila o odgovornosti država za međunarodna protivpravna djela, (Responsibility of States for internationally wrongful acts, United Nations A/RES/56/83, 28. januara 2002).

oružane snage “da pomognu drugoj državi ako, i samo ako su, ove snage stavljene pod isključivu komandu i kontrolu ove druge države.”¹⁷

2. Neovlašteno ili *ultra vires* ponašanje

Djelovanje organa države po međunarodnom pravu smatra se aktom države. Tako država odgovara za ponašanje običnih radnika policije ili najnižih pripadnika oružanih snaga, jednako kao i za ponašanje i akte najviših državnih organa. Osim toga, država odgovara i za djelovanje organa njenih teritorijalnih jedinica. Država odgovara za akte svojih organa čak i kad oni prekorače granice svojih ovlasti ili postupaju protivno uputama (član 7.). Ovo pravilo strogo se primjenjuje budući da države nastoje izbjeći odgovornost tvrdnjama da je ponašanje njenih organa bilo neovlašteno. Ovdje se radi o aktima države, a ne o ličnim aktima pojedinaca. Radi se o aktima iz čisto državne nadležnosti pa i onda kad su učinjeni u prekoračenju nadležnosti ili je ponašanje bilo suprotno uputama višeg nivoa vlasti. Torture predstavljaju tipičan primjer ovog ponašanja. Uslov je da akti moraju biti učinjeni u vršenju službene dužnosti. Aktom države se po međunarodnom planu smatra i slučaj kada takav organ prekorači svoja ovlaštenja po unutrašnjem pravu ili ako prekrši uputstva o svojoj djelatnosti. U tim situacijama država je odgovorna zbog propuštanja, odnosno zbog nepreduzimanja odgovarajućih mjera da spriječi zloupotrebu vlasti.

3. Ostala postupanja pripisiva državi

Članovi 8. do 11. Pravila bave se postupanjima organa koji se ne smatraju državnim organima, ali uprkos tome njihova postupanja pripisiva su državi. Postupci osoba ili grupa osoba smatrat će se aktom države po međunarodnom pravu ukoliko osobe ili grupe osoba faktički postupaju po instrukcijama, uputstvima ili pod kontrolom države u izvršenju radnji (član 8.). Može se raditi o privatnim osobama čiji postupci nisu povezani sa aktivnostima državnih vlasti.¹⁸

U presudi od 27. juna 1986. godine u predmetu *Vojne i paravojne aktivnosti u i protiv Nikaragve, Nikaragva protiv SAD-a*¹⁹ odluka o meritumu Međunarodni sud pravde utvrdio je izvjesne standarde za pripisivost državi akata privatnih lica

¹⁷ Aust, A. (2005) *Handbook of International Law*, Cambridge University Press, str. 411.-412.

¹⁸ Naprimjer, povjera zaštite stranih diplomata privatnoj zaštitarskoj agenciji. Isto tako država je odgovorna za akte privatnih grupa i osoba koje vrše npr. terorističke akte prema njenim uputama.

¹⁹ International Court of Justice, *Military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua against United States of America)*, 26. November 1984. General list No 70.

i vojnih ili paravojnih grupa koje nemaju pravni status državnih organa. U ovoj presudi Sud je napravio distinkciju između tri grupe pojedinaca. Prva grupa obuhvatala je pojedince koji su imali status pripadnika vladinih organa ili oružanih snaga Sjedinjenih Američkih Država. Odgovornost Sjedinjenih Država za njihova djela je nesporna.

Drugu grupu čine pojedinci koji nisu bili državljani Sjedinjenih Država (UCLA-si), a koji su primali platu i djelovali po direktnim uputstvima i pod nadzorom vojnog ili obavještajnog osoblja Sjedinjenih Država, izvršavajući konkretne zadatke kao što je miniranje luka i postrojenja u Nikaragvi. Sud je zaključio da se njihova djela mogu pripisati Sjedinjenim Državama pošto su od Sjedinjenih Država dobijali konkretna uputstva i djelovali pod njenim nadzorom.

Treća kategorija pojedinaca koji nisu imali status funkcionera Sjedinjenih Država obuhvatala je kontraše kao vojnu, odnosno paravojnu grupu. Sud je imao u vidu kontraše kad je formulirao uslove pod kojim djela pojedinaca koji djeluju kao *de facto* agenti države, bez statusa državnih funkcionera, mogu povući odgovornost Sjedinjenih Država. S tim u vezi, Sud je i ustanovio test *efektivne kontrole* kako bi utvrdio da li se Sjedinjene Države mogu smatrati odgovornim za pojedina djela protiv međunarodnog humanitarnog prava koja su počinili *kontraši*.

Da bi odgovor bio pozitivan, utvrđuje se ne samo da li država *efektivno* kontroliše vojnu ili paravojnu grupu nego i da li je vršila kontrolu u odnosu na konkretnu operaciju tokom koje je došlo do kršenja odredaba međunarodnog humanitarnog prava. Ta kontrola se ogleda u izdavanju konkretnih naređenja ili instrukcija.

Test je primijenjen u predmetu *Bosna i Hercegovina protiv Srbije i Crne Gore zbog kršenja konvencije o genocidu*. U presudi od 27. februara 2006. godine,²⁰ pozivajući se na prethodnu presudu kao presedan, Sud je zaključio da je potreban visok stepen kontrole države nad paravojnim grupama koje je ta država organizirala, obučila i finansirala da bi se smatrala odgovornom za kršenja međunarodnog humanitarnog prava od te paravojne grupe. Taj stepen kontrole izražava se kao *potpuna ovisnost* osobe ili grupe osoba ili drugih subjekata o državi kojoj služe samo kao instrument. Sud je na kraju zaključio da je njegov zadatak u konkretnom slučaju utvrđivanje: „*da li su, u vrijeme o kojem se govori, lica ili entiteti koji su izvršili akte genocida u Srebrenici imali takve veze sa SRJ da se mogu smatrati da su bili potpuno ovisni o njoj.*“²¹ I onda je zaključio da: *odgovor Suda na ovo*

²⁰ International Court of Justice, Case concerning the application of the Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide, Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro, Judgement, 26 february 2007.

²¹ Ibid para. 393.

*pitanje može biti samo negativan. U relevantnom periodu, jula 1995. godine, ni Republika Srpska ni VRS nisu se mogle smatrati samo pukim instrumentom preko kojih je SRJ djelovala, kao i da su bili bez ikakve stvarne autonomije.*²²

Ovaj test nije jednodušno prihvaćen u međunarodnom pravu.

U predmetu Tadić²³ Žalbena vijeće u svojoj presudi iz 1999. godine konstatuje da međunarodno humanitarno pravo ne sadrži nikakve kriterijume koji bi bili jedinstveni za taj pravni korpus, a koji služe za utvrđivanje kada se za grupu pojedinaca može smatrati da je pod kontrolom neke države, odnosno kada dotični pojedinci djeluju kao *de facto* funkcioneri države.²⁴ Odgovor na ovo pitanje po mišljenju ovog suda leži u normama općeg međunarodnog prava koje definira kriterije za pripisivost državi akata pojedinaca ili grupa koje nemaju status državnih organa.

Žalbena vijeće u predmetu Tadić test iz predmeta *Nikaragva* ne smatra uvjerljivim. Test po mišljenju ovog suda nije u skladu sa logikom prava o odgovornosti država. Sud smatra da bi valjalo *“... razlikovati slučaj kad pojedinci djeluju u ime države bez konkretnih instrukcija i slučaj kad pojedinci sačinjavaju organizovanu i hijerarhijski strukturisanu grupu, npr. vojnu jedinicu ili, u slučaju rata ili unutarnjeg razdora, naoružane bande neregularnih snaga ili pobunjenika”*.²⁵ Vijeće zaključuje da bi se nekoj državi pripisala djela takve grupe, dovoljno je postaviti uslov da je grupa kao cjelina bila pod općom kontrolom države. Na taj način ovaj sud testu *efektivne kontrole* suprostavlja *test opće kontrole*.

Ovakav stav po mišljenju autora zaista je u skladu sa logikom općeg međunarodnog prava. Jer ukoliko država odgovara za akte svojih organa, čak i kad oni prekorače granice svojih ovlasti ili postupaju protivno uputama (član 7. Pravila), sasvim je logično da, ukoliko je grupa pod općom kontrolom neke države, njene aktivnosti nužno povlače odgovornost te države, bez obzira da li je svaka pojedina akcija posebno nametnuta, zatražena ili rukovođena od strane države.²⁶

²² Ibid para. 394.

²³ ICTY Judgement list, Prosecutor v. Duško Tadić, Case No.: IT – 24- A, 15 July 1999. Para. 98.

²⁴ ICTY Judgement list, Prosecutor v. Duško Tadić, Case No.: IT – 24- A, 15 July 1999. Para. 98.

²⁵ Ibid para. 120.

²⁶ Vidi ICTY Judgement list, Prosecutor v. Duško Tadić, Case No.: IT – 24- A, 15 July 1999. Para. 122.

D. Kršenje međunarodne obaveze

1. Uopšte

U slučaju kad je postupanje pripisivo državi, mora biti dokazano da ono predstavlja kršenje međunarodne obaveze države. Povreda međunarodne obaveze od strane države postoji kad akt države nije u skladu sa obavezom koju ima ta država, bez obzira na njeno porijeklo ili karakter (član 12.).

Da bi utvrdili da li zaista postoji povreda međunarodne obaveze, u svakom konkretnom slučaju moraju se utvrditi činjenice, kao i sadržaj primarnih pravila sadržanih bilo u ugovoru, bilo u običajnom međunarodnom pravu. Međunarodno pravo, za razliku od unutrašnjeg, ne pravi razliku između kontraktne i deliktne odgovornosti. Međunarodna odgovornost postoji u svakom slučaju. Član 13. Pravila zahtijeva da se radi o međunarodnoj obavezi koja je na pravnoj snazi u trenutku kršenja. U protivnom, nema međunarodnog protivpravnog djela. Ovo je generalni princip međunarodnog prava. Obaveza mora biti na pravnoj snazi u trenutku njenog kršenja, a ne u nekom drugom momentu, kao npr. u trenutku spora o kršenju. Odgovornost postoji i ako je u međuvremenu obaveza prestala postojati ili se pojavio novi *ius cogens*.

2. Vrijeme kršenja međunarodne obaveze

Što se tiče vremena u kome se dešava povreda međunarodne obaveze, imamo tri situacije. Prva, međunarodna obaveza krši se aktom države koji nema trajni karakter u trenutku vršenja tog akta, čak i kad njegove posljedice nastavljaju postojati. Druga, kršenje međunarodne obaveze nekim aktom koji ima trajan karakter proteže se tokom cijelog perioda tokom kojeg akt traje i nije u skladu sa međunarodnom obavezom. Konačno, kad je u pitanju međunarodna obaveza, koja zahtijeva od države da spriječi, kršenje postoji kad se desi događaj koji je trebao biti spriječen i proteže se čitav period tokom kojeg traje događaj koji nije u skladu sa međunarodnim pravom.²⁷ Kad je u pitanju kršenje međunarodne obaveze složenim aktom, povreda postoji čitav period tokom kojeg činjenje ili propuštanje traje.²⁸

²⁷ Čl.14. Pravila o odgovornosti država za međunarodna protivpravna djela, (Responsibility of States for internationally wrongful acts, United Nations A/RES/56/83, 28. januara 2002).

²⁸ Čl.15. Pravila o odgovornosti država za međunarodna protivpravna djela, (Responsibility of States for internationally wrongful acts, United Nations A/RES/56/83, 28. januara 2002).

3. Sadržaj međunarodne odgovornosti države

Činjenjem međunarodnog protivpravnog djela nastupaju novi pravni odnosi između odnosnih država. Država počinitelj obavezna je da nadoknadi štetu pričinjenu međunarodnim protivpravnim djelom. Ovo predstavlja suštinu prava o odgovornosti država. Član 28. Pravila ponavlja princip sadržan u članu 1. Pravila da međunarodni protivpravni akt povlači međunarodnopravne posljedice izložene u članovima 29. do 33. Pravne posljedice međunarodnog protivpravnog djela ne utiču na trajnu dužnost postupanja u skladu sa obavezom koja je prekršena (član 29.). Kršenje samo po sebi ne ukida obavezu.

Pravne posljedice odgovornosti prema povrijeđenom subjektu nameću dužnosti povreditelja da prekine protivpravno ponašanje, da ispravi počinjenu štetu te da eventualno pruži osiguranje ili jamstvo da djelo neće ponoviti. U isto vrijeme, pravne posljedice, koje proizilaze iz same odgovornosti za činjenje međunarodnog protivpravnog djela, ne diraju u održavanje dužnosti učinitelja da izvrši (ili nastavi izvršavati) obavezu koju je prekršio.

4. Prestanak i neponavljanje

Država odgovorna za činjenje međunarodnog protivpravnog djela obavezna je da:

- a) prekine protivpravno ponašanje ukoliko je ono nastavljeno, i
- b) ponudi prikladne garancije o neponavljanju ako to okolnosti zahtijevaju (član 30). Pošto akt kršenja trajnog karaktera prestane, nastavak ispunjavanja obaveza često je glavni zahtjev oštećene države.

5. Oštećena osoba u međunarodnom pravu

Oštećena osoba, u načelu, mora biti subjekat međunarodnog prava, tj. država ili međunarodna organizacija. Pravilo međunarodnog prava je i da se šteta nanosena fizičkim i pravnim osobama iz neke države smatra štetom nanesenom toj državi ukoliko ona odluči da toj osobi pruži diplomatsku zaštitu ili da zbog njenog zahtjeva pokrene međunarodni arbitražni ili sudski postupak protiv države počinioca. Da bi je njena država mogla zastupati, oštećena osoba mora biti državljanin te države barem u trenutku počinjenja protivpravnog djela i u trenutku pokretanja međunarodnog zahtjeva. U slučaju dvojnog državljanstva oštećene osobe, pravilo je da joj država ne može pružiti zaštitu protiv druge države čiji je ona, također, državljanin. Utvrđivanje državljanstva pravne osobe je ponekad ozbiljan problem. U praksi su moguća tri kriterija za utvrđivanje državljanstva neke pravne osobe: kriterij sjedišta, kriterij mjesta upisa u registar i kriterij kontrole, zasnovan na državljanstvu većinskih dioničara ili osoba koje stvarno upravljaju društvom.

III. Nadoknada pričinjene štete

A. Uopšte

Pravilo o reparacijama sadržano je u članu 31. Pravila. Odgovorna država obavezna je da u cijelosti reparira štetu, moralnu i/ili materijalnu, uzrokovanu međunarodnim protivpravnim djelom. Za postojanje odgovornosti nije nužan stvarni nastanak materijalne štete. Moralna šteta uključuje bolove i patnje zbog gubitka voljenih osoba, uvrede časti, dostojanstva ili ugleda. Obaveza “potpune naknade štete” koristi se u najopćijem smislu popravljivanja ili brisanja posljedica protivpravnog djela i sastoji se od restitucije, kompenzacije i satisfakcije.

Šteta se dijeli na neposrednu (direktnu) i posrednu (indirektnu) štetu. Neposredna šteta je ona koja nužno proizilazi iz međunarodnog protivpravnog djela kao njegova neposredna posljedica. Pri procjeni neposredne štete po pravilu se uzima u obzir stvarno nastala šteta i izgubljena dobit. Posredna šteta sama za sebe ne može povući međunarodnu odgovornost države počinioca. Ona je akcesorna i može imati pravni učinak tek ako nastupi neposredna šteta.

Uz materijalnu štetu, današnje međunarodno pravo priznaje i pravo na ispravljanje nematerijalne, tj. moralne štete. Za nju se pruža satisfakcija.

Obaveza se pojavljuje automatski činjenjem međunarodnog protivpravnog djela. Nije nužan poseban zahtjev oštećene države. Potrebna je uzročna veza između djela i posljedice. Propuštanje oštećene države da preduzme mjere radi ublažavanja štete ne utiče na pravo reparacije, mada može biti uzeto u obzir prilikom određivanja visine kompenzacija. Odgovorna država ne može se pozivati na odredbe svoga unutrašnjeg prava kao opravdanje za propuštanje da prekinje protivpravno ponašanje i da ne reparira pričinjenu štetu (član 32.). Odgovorna država može imati obavezu prema drugoj državi ili međunarodnoj zajednici u cjelini. Bilo koje pravo koje proizilazi iz međunarodne odgovornosti države može direktno pripadati osobi ili subjektu različitom od države.

B. Oblici nadoknade

Članovi 34. do 39. Pravila razrađuju opće pravilo sadržano u članu 31. o potpunoj reparaciji. Navode se tri oblika reparacija, odnosi između njih, kamate i posljedice doprinosa oštećene države. Tri oblika reparacija: restitucija, kompenzacija i satisfakcija ne isključuju se međusobno. Neka povreda može biti takva da zahtijeva sva tri oblika reparacija.²⁹

²⁹ Invazija i okupacija Kuvajta zahtijevale su sva tri vida reparacija: povratak izbjeglica, nadoknadu za materijalnu i nematerijalnu štetu i priznanje od Iraka protivpravnosti akta. Vidi rezoluciju savjeta sigurnosti Ujedinjenih nacija, UNSC Res. 687 (1991).

Restitucija. - Država odgovorna za međunarodno protivpravno djelo u obavezi je da izvrši restituciju, to jest da ponovno uspostavi situaciju koja je postojala prije nego je protivpravno djelo počinjeno pod uslovom i u obimu da: (a) to nije materijalno nemoguće, (b) da ne uključuje teret neproporcionalan koristi koja proizilazi iz restitucije umjesto kompenzacije (član 35.). U najbolje primjere restitucije spadaju: oslobađanje zatvorenika, povratak predmeta ili opozivanje propisa. Restitucijom se uspostavlja *status quo ante*. Restitucija se neće tražiti ukoliko je imovina izgubljena ili uništena ili je postala bezvrijedna. Ali znatne pravne teškoće ne predstavljaju opravdanje. Prava trećih savjesnih osoba uzet će se u obzir.

Kompenzacija. - Kompenzacija je najuobičajeniji oblik reparacija, bilo da se pojavljuje samostalno ili u vezi sa drugim oblicima. Odgovorna država obavezna je da kompenzira štetu uzrokovanu protivpravnim djelom ukoliko to nije učinjeno restitucijom. Kompenzacija treba pokriti svu finansijski procjenjivu štetu, uključujući i gubitak profita ukoliko je ovaj ustanovljen. Ona obuhvata štetu koju je pretrpjela sama država ili njena fizička ili pravna lica. Izraz "finansijski procjenjivu" isključuje moralnu štetu države za koju se mora zadovoljiti satisfakcijom. Kompenzacija obuhvata i štetu nanесenu prirodnoj okolini države npr. zagađivanje. Ona se odnosi na stvarne gubitke ukoliko domaće ili međunarodno pravo nije za konkretan slučaj ustanovilo kaznenu ili premjerenu kompenzaciju. Kako će se izvršiti procjena iznosa kompenzacije, ovisi o sadržaju primarnog pravila. Kompenzacija može biti dogovorena i kao dio sporazuma ili na *ex gratia* osnovi.

Satisfakcija. - Ukoliko se šteta ne može nadoknaditi restitucijom ili kompenzacijom, odgovorna država mora dati satisfakciju oštećenoj državi. Satisfakcija se može sastojati u priznanju povrede, izražavanju žaljenja, formalnog izvinjenja ili drugom prikladnom načinu. Oštećena država ne može insistirati na satisfakciji ukoliko puna nadoknada može biti osigurana na neki drugi način. Samo ukoliko na primjer moralna šteta ne može biti procijenjena, dolazi u obzir satisfakcija. Satisfakcija ne treba biti neproporcionalna povredi i ne treba poprimiti oblik poniženja države. Satisfakcija se primjenjuje kad se povreda sastoji u uvredi države ili nekoj drugoj nematerijalnoj povredi koja je simboličkog karaktera. Tako na primjer vrijeđanje državnih simbola, kao što su grb i zastava, povreda suvereniteta ili nepoštivanje članova vlade ili diplomata spadaju u ovu kategoriju. Forma satisfakcije zavisit će o okolnostima. Može se sastojati u sprovođenju krivičnog ili disciplinskog postupka protiv odgovornih ili u plaćanju simboličke nadoknade. Uobičajeno je i usmeno ili pismeno izvinjenje koje može zahtijevati međunarodni sud ili tribunal. U presudi Međunarodnog suda pravde u sporu Bosna i Hercegovina protiv Srbije i Crne Gore od 26. februara 2007. godine, navedeno je sljedeće:

“463. Jasno je, međutim, da tužilac ima pravo na reparaciju u obliku satisfakcije, a njen najprikladniji oblik je, kako je i tužilac predložio, deklaracija – koja bi se navela u ovoj presudi – o tome da tužena strana nije ispunila obavezu sprječavanja zločina genocida, koju je imala po Konvenciji. Kao i u predmetu *Corfu Dannel (Ujedinjeno Kraljevstvo protiv Albanije)*, Sud smatra da je deklaracija ove vrste ‘sama po sebi odgovarajuća satisfakcija’ [...] pa će takvu deklaraciju, kao i u navedenom slučaju, unijeti u operativni dio ove presude. [...]”

Kamata. - Kamata se plaća na osnovnu sumu “*kad je to neophodno da se osigura potpuna nadoknada*”.³⁰ Kamatna stopa i način njenog obračuna utvrđuju se na način kojim se postiže cilj “potpuna nadoknada”. Kamata teče od trenutka kad osnovna suma treba biti plaćena i teče do trenutka potpunog izmirenja obaveze. Kamata teče ili od trenutka kada je šteta pričinjena ukoliko je nadoknada procijenjena u tom trenutku. Alternativno, kamata teče od trenutka podnošenja zahjeva, presuđenja ili poravnanja. O tome ne postoji neko čvrsto pravilo. Odluka o tome prepušta se sudovima ili tribunalima i ovisi o okolnostima svakog konkretnog slučaja. Sada je uobičajeno da sudovi i tribunali na zahtjev strane u sporu dosuđuju i kamatu.

Doprinos oštećene. - U odlučivanju o nadoknadi uzima se u obzir doprinos šteti namjernim ili nehatnim radnjama ili propuštanjima oštećene države ili bilo koje osobe ili subjekta u odnosu na koju se traže reparacije (član 39.).

IV. Okolnosti koje isključuju protivpravnost djela

Pristanak. Valjano dat pristanak jedne države na izvršenje određenog akta od strane druge države isključuje protivpravnost tog akta, ali samo u mjeri u kojoj taj akt ostaje u granicama pristanka (član 20.). Pristanak se ne može dati kad je u pitanju obaveza koja proizilazi iz imperativne norme općeg međunarodnog prava. Dati pristanak može biti ništav, i to iz istih razloga koji čine ništavim i neki međunarodni ugovor.

Samoodbrana. Protivpravnost akta je isključena ako taj akt predstavlja zakonitu mjeru samoodbrane preduzetu u skladu sa Poveljom UN-a (član 51.). Isključenje protivpravnosti nema uticaja na pitanja koja se tiču naknade štete počinjene tim aktom. Izuzetak je šteta nastala zbog protivmjere ili samoodbrane.

Protivmjere u odnosu na neko međunarodno protivpravno djelo. Protivpravnost je isključena ako taj akt po međunarodnom pravu predstavlja zakonitu

³⁰ Čl. 38. Pravila o odgovornosti država za međunarodna protivpravna djela, (Responsibility of States for internationally wrongful acts, United Nations A/RES/56/83, 28. januara 2002).

mjeru protiv druge države, kao odgovor na međunarodno protivpravno djelo te države (član 22.). Dakle, protivmjera je zakonita ako se na kršenje prava od neke druge države odgovara kršenjem njenih prava.

Viša sila i nepredviđeni događaj. Protivpravnost je isključena ako je akt preduzet usljed neodoljive sile ili vanjskog nepredviđenog događaja izvan kontrole te države, što je učinilo materijalno nemogućim djelovanje te države u skladu sa obavezom (član 23.). Protivpravnost se ne isključuje ako je država sama doprinijela nastanku stanja materijalne nemogućnosti.

Nesreća. Protivpravnost je isključena ako učinilac ponašanja koje se sastoji u djelu te države nije imao drugog načina, u stanju teške nesreće, da sačuva svoj ili živote osoba koje su mu povjerene (član 24.). Dakle, radi se o prirodnim i drugim nepogodama koje dovode u opasnost živote ljudi. Protivpravnost se ne isključuje ako je država sama doprinijela stanju teške nesreće.

*Stanje nužde*³¹ Država se može pozvati na stanje nužde kao osnov isključenja protivpravnosti vlastitog akta samo ako su ispunjeni sljedeći kumulativno postavljeni uslovi:

a) ako je taj akt predstavljao jedini način očuvanja njenog suštinskog interesa, nasuprot teškoj i neposrednoj opasnosti;

b) ako taj akt nije teško naškodio suštinskom interesu države u odnosu na koju je obaveza postojala.

Država se u sljedećim slučajevima ne može pozvati na stanje nužde kao osnov isključenja protivpravnosti:

a) ako međunarodna obaveza države, koja je aktom prekršena, proizilazi iz neke imperativne norme općeg međunarodnog prava;

b) ako je međunarodna obaveza predviđena ugovorom koji izričito ili implicitno isključuje mogućnost pozivanja na stanje nužde;

c) ako je država sama doprinijela nastanku stanja nužde.

V. Implementacija međunarodne odgovornosti država

Zahtjev oštećene države za utvrđivanje odgovornosti

Povrijeđena država će najprije pokušati svoj zahtjev ostvariti od države počinioca diplomatskim putem. Ako država počilac ne prihvati opravdanost tog

³¹ Ibid čl. 25.

zahtjeva, nastaje međudržavni spor. Stranke će svoj spor prvo pokušati riješiti neposrednim pregovorima. Nisu rijetki sporovi koji su riješeni upravo na taj način. Ako pregovori ne dovedu do rezultata, svaka strana može jednostrano pokrenuti postupak mirenja, arbitraže ili sudskog rješavanja ukoliko je takav postupak unaprijed predviđen nekim ugovorom o rješavanju budućih sporova te vrste.

Član 42. Pravila propisuje da je oštećena država ovlaštena da poziva na odgovornost drugu državu ukoliko je prekršena obaveza prema toj državi individualno ili grupi država uključujući i tu državu ili međunarodnoj zajednici u cjelini, a povreda obaveze posebno se tiče te države ili je takvog karaktera da radikalno mijenja poziciju svih država prema kojima postoji obaveza u pogledu daljeg ispunjavanja te obaveze.

Oštećena država koja se poziva na odgovornost druge države dužna je obavijestiti tu državu o svom zahtjevu. Ona može naročito specificirati radnje koje odgovorna država treba poduzeti da bi prestala sa činjenjem protivpravnog djela ukoliko ono još uvijek traje i forme reparacije koje treba preduzeti u skladu sa Pravilima (član 43.).

Član 44. Pravila ustanovljava dva fundamentalna principa po kojima se ne može pozivati na odgovornost druge države u pogledu štete pričinjene njenim državljanima ukoliko: a) zahtjev nije podnesen u skladu sa primjenjivim pravilima o nacionalnosti podnosioca zahtjeva i b) zahtjev spada u grupu onih na koje se primjenjuju pravila o iscrpljivanju domaćih pravnih sredstava, a oni nisu iscrpljeni.

Uslov pružanja diplomatske zaštite nekoj fizičkoj ili pravnoj osobi je da je ta povrijeđena osoba prethodno dužna iscrpiti sva pravna sredstva koja su joj na raspolaganju u državi počiniocu međunarodnog protivpravnog djela. Taj uslov nalaže pravilo općeg običajnog međunarodnog prava. Povrijeđena država ga se ima pravo odreći svojim ponašanjem ili na osnovu ugovora ili npr. sklapanjem sporazuma o arbitraži u pogledu rješavanja nekog već postojećeg spora.

U izuzetnim slučajevima, neobraćanje domaćim organima može biti opravdano ako je očito bez koristi ili neefikasno. Ako nadležni organ u primjerenom roku ne donese svoju odluku, to se smatra uskraćivanjem pravosuđa i time se smatra da je osoba zadovoljila uslov iscrpljenja lokalnih pravnih lijekova. Neki privatni kontakti između fizičkih i pravnih osoba ili sporazumi sklopljeni sa stranom državom sadrže tzv. *Calvo klauzulu*. Njome se stranac unaprijed izričito odriče prava da u slučaju mogućeg spora traži diplomatsku zaštitu svoje države.

VI. Pravo povrijeđene države na protivmjere

Sposobnost preduzimanja kontramjera najvažnije je sredstvo kojim država može efektivno odgovoriti na kršenje svojih međunarodnih prava, radije nego da se isključivo oslanja na metode mirnog rješavanja sporova.

Obzirom da međunarodno pravo ne sadrži pravni sistem sa hijerarhijom sudova koji bi osiguravao izvršenje pravila međunarodnog prava, države ponekad moraju pribjeći mjerama samopomoći da efektivno zaštite svoja prava ili prava svojih državljana. Protivmjere se moraju razlikovati od represalija (izraz čija je upotreba prikladna u ratnom pravu), retorzije (koje ne podrazumijevaju kršenja međunarodnog prava), sankcija u općem značenju i suspenzije ili raskida ugovora.

Protivmjere se sastoje u tome što oštećena država ne ispunjava neke svoje međunarodne obaveze prema odgovornoj državi, ali samo u cilju poticanja ove da prestane sa protivpravnim ponašanjem i da je u cijelosti obešteti. Dopuštene protivmjere nisu suprotne međunarodnom pravu. Pitanje protivmjera pojavljuje se u bilateralnom kontekstu.

Član 49. Pravila, *ciljevi i granice protivmjera* navodi:

1. Oštećena država može samo preduzeti protivmjere protiv države koja je odgovorna za međunarodno protivpravno djelo da bi podstakla tu državu da izvrši svoju obavezu pod odjeljkom dva.

2. Protivmjere su ograničene na neizvršavanje pod tim okolnostima međunarodnih obaveza države koja preduzima mjere prema odgovornoj državi.

Protivmjere će dokle god je to moguće, biti činjene na takav način da dopuštaju nastavak izvršenja obaveza u pitanju.

Ovaj član naglašava da su protivmjere izuzetne i ograničene. Protivmjere ne moraju biti recipročne u smislu ograničavanja na izvršenje iste ili srodne obaveze.

Protivmjere moraju biti proporcionalne pretrpljenoj šteti, uzimajući u obzir ozbiljnost međunarodnog protivpravnog djela i prava u pitanju (član 51.). Proporcionalnost je jedan od suštinskih zahtjeva protivmjera. Ukoliko su protivmjere pretjerane, oštećena država sama čini međunarodno protivpravno djelo.

Pošto je pribjegavanje kontramjerama izuzetno, oštećena država mora poduzeti izvjesne proceduralne korake prije njihovog poduzimanja. Član 52. propisuje da oštećena država mora prvo pozvati odgovornu državu da ispuni svoje obaveze te obavijestiti odgovornu državu o svojoj odluci da poduzme protivmjere i ponuditi joj pregovore. Neovisno o propisanoj proceduri, oštećena država može poduzeti hitne korake koji su neophodni za zaštitu njenih prava. Ovaj član pro-

pisuje i nedopustivost protivmjera, odnosno obavezu njihove suspenzije bez nepotrebnog odlaganja ako je odgovorna država prestala sa činjenjem međunarodnog protivpravnog djela i ako je spor u toku pred sudom i tribunalom koji ima ovlaštenje da donese obavezujuću odluku za stranke. Ova zabrana se ne primjenjuje ukoliko odgovorna država propusti da primijeni proceduru rješavanja sporova u dobroj vjeri.

Obaveze na koje se ne primjenjuju protivmjere. - Član 50. Pravila propisuje obaveze koje ne smiju biti predmet protivmjera. To su:

- a) obaveza uzdržavanja od prijetnje ili upotrebe sile koja je sadržana u Povelji UN-a;
- b) obaveza zaštite osnovnih ljudskih prava;
- c) obaveze humanitarnog karaktera koje zabranjuju represalije;
- d) druge obaveze po peremptornim normama općeg međunarodnog prava.

Država koja preduzima protivmjere nije oslobođena od ispunjavanja svojih obaveza:

- a) za vrijeme procedure rješavanja spora primjenjive između nje i odgovorne države, i
- b) da poštuje nepovredivost diplomatskih i konzularnih agenata, prostorija, arhiva i dokumenata.

Odgovornost međunarodnih organizacija. - Član 57. Pravila jasno navodi da pravila ne prejudiciraju bilo koje pitanje vezano za odgovornost međunarodnih organizacija za međunarodno protivpravno djelo. Međunarodne organizacije imaju međunarodnopravni personalitet neovisan od personaliteta svojih članova. Stoga su međunarodne organizacije same odgovorne za međunarodna protivpravna djela. Međunarodna pravna komisija UN-a počela je razmatrati pitanje odgovornosti 2002. godine i za očekivati je da će Pravila o odgovornosti država za međunarodna protivpravna djela poslužiti kao model.

Član 57. Pravila jasno navodi da pravila ne prejudiciraju bilo koje pitanje vezano za odgovornost međunarodnih organizacija za međunarodno protivpravno djelo. Međunarodne organizacije imaju međunarodnopravni personalitet neovisan od personaliteta svojih članova. Stoga su međunarodne organizacije same odgovorne za međunarodna protivpravna djela. Međunarodna pravna komisija UN-a počela je razmatrati pitanje odgovornosti 2002. godine i za očekivati je da će Pravila o odgovornosti država za međunarodna protivpravna djela poslužiti kao model.

Individualna odgovornost. - Član 58. Pravila naglašava da Pravila nemaju uticaja na bilo koje pitanje individualne odgovornosti po međunarodnom pravu

bilo koje osobe koja postupa u ime države. Iako je država odgovorna za ponašanje svojih organa i agenata, oni također mogu biti krivično odgovorni za svoje postupke. To se naročito odnosi na povrede prava oružanih sukoba.

VII. Zaključak

Odgovornost država za međunarodna protivpravna djela uređena je *Pravilima o odgovornosti država za međunarodna protivpravna djela* kao i pravilima opšteg običajnog prava. Osnov odgovornosti u međunarodnom pravu leži u samom činjenju međunarodnog protivpravnog djela kao objektivnoj činjenici. Napušta se krivnja počinitelja kao osnov odgovornosti. Međunarodno protivpravno djelo države postoji kad je ponašanje države, koje može biti činjenje ili propuštanje, pripisivo državi po međunarodnom pravu i kad predstavlja povredu neke međunarodne obaveze države. Generalno pravilo je da samo ponašanje državnih organa ili njenih agenata može biti pripisivo državi. Ponašanje bilo kojeg državnog organa smatrat će se aktom države prema međunarodnom pravu, bilo da organ vrši zakonodavnu, izvršnu, sudsku ili kakvu god drugu funkciju. Nije važno koju poziciju ima u državnoj organizaciji i da li ima karakter organa centralne vlade ili vlade teritorijalne jedinice države. Organ obuhvata također lica ili subjekte koji faktički postupaju kao organi države, čak i ukoliko nisu tako klasificirani po unutrašnjem pravu države. Država odgovara za akte svojih organa, čak i kad oni prekorače granice svojih ovlasti ili postupaju protivno uputama. Međunarodni sud pravde formulirao je test efektivne kontrole koji zahtijeva da se utvrdi ne samo da li država efektivno kontroliše vojnu ili paravojnu grupu nego i da li je vršila kontrolu u odnosu na konkretnu operaciju tokom koje je došlo do kršenja odredaba međunarodnog humanitarnog prava. Ta kontrola se ogleda u izdavanju konkretnih naređenja ili instrukcija.

Ovom testu suprostavljen je test opće kontrole koji postavlja uslov da je grupa kao cjelina bila pod općom kontrolom države. Ovakav stav po mišljenju autora zaista je u skladu sa logikom općeg međunarodnog prava. Jer ukoliko država odgovara za akte svojih organa, čak i kad oni prekorače granice svojih ovlasti ili postupaju protivno uputama, sasvim je logično da, ukoliko je grupa pod općom kontrolom neke države, njene aktivnosti nužno povlače odgovornost te države, bez obzira da li je svaka pojedina akcija posebno nametnuta, zatražena ili rukovođena od strane države. Država počinitelj obavezna je da nadoknadi štetu pričinjenu međunarodnim protivpravnim djelom.

Obaveza potpune naknade štete koristi se u najopćijem smislu popravljanja ili brisanja posljedica protivpravnog djela i sastoji se od restitucije, kompenzacije i satisfakcije.

Literatura:

Knjige:

1. Oppenheim, L. (1992) *International Law*, 9th edn, London, Longmans.
2. Jorgensen, N. H. B. (2000) *The responsibility of States for International Crimes*, Oxford. University Press.
3. Harris, DJ. (2004) *Cases and Materials on International Law*, sixth edition, London, Sweet & Maxwell.
4. Higgins, R. (1994) *Problems and Process International Law and How We Use it* Oxford, Clarendon Press.
5. Brownlie, I. (2003) *Principles of Public International Law*, sixth edition, Oxford University press.
6. Shaw, M. (2003) *International Law*, fifth edition, Cambridge University Press.
7. Parry, C. (1965) *The Sources and Evidences of International Law*, Cambridge University Press.
8. Daillier, P., –Pellet, A. (2002) *Droit International Public*, 7e edition, L.G.D.J.
9. Janis, M. V., – Noyes, J. E. (1997) *International Law, Cases and Commentary*, American casebook series, St. Paul, West Publishing Co.
10. Carter – Trimble – Bradley. (2003) *International Law*, forth edition, New York, Aspen Publisher.
11. Wellens, K. (1998) *International Law, Theory and Practice: Essays in Honour of Eric Suy*, The Hague, Nijhoff.
12. Aust, A. (2005) *Handbook of International Law*, Cambridge University Press.

Dokumenti Ujedinjenih nacija:

13. Pravila o odgovornosti država za međunarodna protivpravna djela, (*Responsibility of States for internationally wrongful acts*, United Nations A/RES/56/83 „28. januara 2002).
14. The UN General Assembly A/RES/59/35 (2004).
15. Yearbook of the ILC, 1973, vol. 11.

Sudska praksa:

16. International Court of Justice, *Military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua against United States of America)*, 27 juny 1986. General list No 70.
17. International Court of Justice, *Case concerning the application of the Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide, Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, Judgement, 26 february 2007.
18. ICTY Judgement list, Prosecutor v. Duško Tadić, Case No.: IT – 24- A, 15 July 1999.

STATES RESPONSIBILITY FOR INTERNATIONALLY WRONGFUL ACTS

Summary

This article deals with the question of responsibility of states for internationally wrongful acts. The question of responsibility of states for internationally wrongful acts is the key question of international law. This matter is finally formed in The Rules on States Responsibility for Internationally Wrongful Acts. The Rules are the result of codification of the general customary international law on one and progressive development on the other hand. This Rules together with the rules of general customary international law present guiding point for different international judicial and arbitration bodies in dispute settlements. However, these bodies did not develop uniform practices for solving international disputes.

In Judgement of International Court of Justice, case of military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua vs. United States of America), of 26th November 1986, as in the Judgement in case concerning the application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina vs. Serbia and Montenegro) International Court of Justice established test effective control to determine in what case state can be held responsible for acts committed by the individuals and groups not considered as state organs. This article deals with these and similar questions that cause confusion when implementing general norms of international law in practice.

Key words

international responsibility, general international law, effective control, overall control, peremptory norm.

MOGUĆI PRISTUP IZVRŠENJU ODLUKE EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA U PREDMETU SEJDIĆ-FINCI PROTIV BOSNE I HERCEGOVINE¹

pregledni znanstveni rad

UDK: 341.645.5:342.4(497.6)
342.724:342.4(497.6)

mr.sci.iur. Šahbaz Džihanović*

Sažetak

U radu su elaborirani položaj ljudskih prava u ustavnom sistemu dejtonske Bosne i Hercegovine, karakter, sadržaj i značaj presude Evropskog suda za ljudska prava u pogledu povrede prava aplikanata da zbog njihovog romskog i jevrejskog porijekla nisu u mogućnosti da se kandiduju na izborima za Dom naroda i Predsjedništvo Bosne i Hercegovine, analizirana su postojeća ustavna rješenja u Ustavu Bosne i Hercegovine, kao i u ustavima entiteta koja je neophodno uskladiti sa sadržajem i duhom presude Evropskog suda za ljudska prava.

Također, u radu su data i moguća rješenja koja se odnose na neophodne izmjene i dopune Ustava BiH i ustava entiteta te osiguranje jednakih ljudskih prava čovjeka u Bosni i Hercegovini i eliminaciji diskriminacije po bilo kom osnovu. U tom kontekstu data su moguća rješenja koja korespondiraju sa katalozima ljudskih prava, sadržana u najvišim aktima zemlje, kao i izvršenju obaveza Bosne i Hercegovine, preuzetih ratifikacijom Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama i u njenim protokolima.

Ključne riječi

Evropski sud, presuda, ustav, država, entitet, građanin, nediskriminacija, moguća rješenja.

* Direktor Centra za edukaciju sudija i tužilaca u Federaciji Bosne i Hercegovine;
cestfbih@cest.gov.ba

¹ Evropski sud za ljudska prava, Veliko vijeće, Sejdić-Finci protiv Bosne i Hercegovine (aplikacije br.27996/06 i 34836/06), Presuda, Strasbourg, 22.12.2009. godine.

Pozadina slučaja

Aplikanti su se žalili da im je onemogućeno da se kandiduju na izborima za Dom naroda i Predsjedništvo zbog svog romskog i jevrejskog porijekla, što je po njihovom mišljenju dovelo do rasne diskriminacije. Oni su se pozvali na član 14. Konvencije, član 3. Protokola br. 1 i član 1. Protokola br. 12.²

Venecijanska komisija je 22. oktobra 2008. godine zauzela stav da su sporne odredbe Ustava BiH u predmetnom slučaju u suprotnosti sa zabranom diskriminacije.

Zabrana diskriminacije prema članu 14. Konvencije ima šire polje primjene od samog uživanja prava i sloboda za koje Konvencija i njeni Protokoli traže garancije svake države. On se primjenjuje i na ostala prava koja potpadaju pod opšti opseg svakog člana Konvencije, a koja je svaka država dobrovoljno odlučila da osigura.

Evropski sud za ljudska prava naglašava da se član 3. Protokola br. 1 odnosi na svaki od domova u Parlamentu koji se popunjava na neposrednim izborima. Sud naglašava da je sastav Doma rezultat posrednih izbora. Međutim, u slučaju Doma naroda BiH, odlučujući faktor je obim zakonodavnih nadležnosti... Dom naroda ima punu jurisdikciju kao i Predstavnički dom... što prema shvatanju Suda, znači da je član 14. Konvencije, u vezi sa članom 3. Protokola br. 1 primjenjiv i na Dom naroda Bosne i Hercegovine.

² Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, Rim, 4.11.1950., "Službeni glasnik" BiH broj: 06/99.

Član 14. Konvencije glasi:

"Uživanje prava i sloboda predviđenih ovom Konvencijom osigurava se bez diskriminacije po bilo kojoj osnovi, kao što su spol, rasa, boja kože, jezik, vjeroispovijest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, veza sa nekom nacionalnom manjinom, imovno stanje, rođenje ili drugi status."

Član 3. Protokola br. 1 uz Konvenciju glasi:

"Visoke strane ugovornice se obavezuju da u primjerenim vremenskim razmacima održavaju slobodne izbore s tajnim glasanjem, pod uvjetima koji osiguravaju slobodno izražavanje mišljenja naroda pri izboru zakonodavnih tijela."

Član 1. Protokola br. 12 uz Konvenciju glasi:

"1. Uživanje svih prava određenih zakonom osigurat će se bez diskriminacije na bilo kojoj osnovi kao što je spol, rasa, boja kože, jezik, vjera, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, pripadnost nacionalnoj manjini, imovina, rođenje ili drugi status.

2. Nikoga ne smiju diskriminirati javna tijela na bilo kojoj osnovi, kako je i navedeno u stavu 1."

Diskriminacija znači različito tretiranje lica koja se nalaze u sličnoj situaciji bez objektivnog i razumnog opravdanja... Diskriminacija po osnovu porijekla neke osobe predstavlja jedan od oblika rasne diskriminacije prema Međunarodnoj konvenciji o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije. Sud smatra da se nijedna vrsta različitog postupanja koja se isključivo ili u kritičnom obimu zasniva na etničkom porijeklu pojedinaca ne može objektivno opravdati u savremenom demokratskom društvu koje je izgrađeno na principima pluralizma i poštivanja različitih kultura. Ovdje se govori o izgrađenom demokratskom društvu. Postavlja se pitanje u koje društvo spada ovo bosanskohercegovačko društvo?

U predmetnom slučaju Sud zapaža da pojedinac mora da se izjasni kao pripadnik određenog “konstitutivnog naroda” da bi mogao da se kandiduje za Dom naroda Bosne i Hercegovine.

Sud je zaključio da dugotrajna nemogućnost aplikantata da se kandiduju za Dom naroda Bosne i Hercegovine nema objektivno i prihvatljivo opravdanje i stoga krši član 14. Konvencije, u vezi sa članom 3. Protokola br. 1.

U odnosu na Predsjedništvo Bosne i Hercegovine da, dok član 14. Konvencije zabranjuje diskriminaciju u pogledu uživanja “prava i sloboda priznatih Konvencijom”, član 1. Protokola br. 12. proširuje opseg zaštite na “Sva prava predviđena zakonom”. On na taj način uvodi generalnu zabranu diskriminacije.

Prema jurisprudenciji Suda, “diskriminacija” označava različito postupanje bez objektivnog i razumnog opravdanja prema licima koja su se našla u sličnom položaju. U tom smislu ne postoji bilo kakva bitna razlika između Doma naroda i Predsjedništva Bosne i Hercegovine, pogotovo ako se uzmu u obzir nadležnosti i jednog i drugog tijela te se i u ovom slučaju, prema shvatanju Suda, radi o povredi člana 1. Protokola br. 12.

Implikacije presude Suda na postojeća ustavna rješenja u Bosni i Hercegovini

Odluka Evropskog suda zadire u suštinu problema Bosne i Hercegovine koji je ugrađen u cjelokupno Dejtonsko mirovno rješenje, a posebno u Aneks 4. - Ustav Bosne i Hercegovine.

Do danas su održane brojne rasprave i sačinjene analize iz kojih nedvosmisleno proizilazi da dejtonsko ustavnopravno rješenje predstavlja presedan u državnompravnoj tradiciji razvoja modernih država, demokratije i vladavine prava i zakona te da ova odluka Suda ne govori ništa novo što nismo znali, dakle nije ništa novo na ovim prostorima.

Međutim, činjenica da je Bosna i Hercegovina “dobrovoljno” pristupala prihvatanju i ratifikaciji Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda i njenih protokola te posebno da je u samom Aneksu 4. Mirovnog sporazuma - Ustava Bosne i Hercegovine sadržan poseban odjeljak II - Ljudska prava i slobode kao i katalog prava, koji imaju prioritet nad svim ostalim zakonima,³ upućuje na zaključak da Bosna i Hercegovina mora da izabere: ili da poštuje međunarodno preuzete obaveze ili da snosi teške posljedice.

Do sada zabilježene aktivnosti odgovornih zakonodavnih tijela Bosne i Hercegovine, nekih međunarodnih “eksperata” koji nam pomažu kako da odluku suda implementiramo, upućuju na zaključak da se teži ka ispunjenju forme, a da

³ Ustav Bosne i Hercegovine, Ustavi Bosne i Hercegovine, Federacije Bosne i Hercegovine, Republike Srpske, Kanton-Županija Federacije BiH, sa amandmanima, Federalno ministarstvo pravde, Sarajevo, 1998.

Ustav Bosne i Hercegovine, Član II.

Ljudska prava osnovne slobode

1. Ljudska prava

Bosna i Hercegovina i oba entiteta će osigurati najviši nivo međunarodno priznatih ljudskih prava i osnovnih sloboda. U tu svrhu postoji Komisija za ljudska prava za Bosnu i Hercegovinu, kao što je predviđeno u Aneksu Općeg okvirnog sporazuma.

2. Međunarodni standardi

Prava i slobode predviđeni u Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i u njenim protokolima se direktno primjenjuju u Bosni i Hercegovini. Ovi akti imaju prioritet nad svim ostalim zakonima.

3. Katalog prava

Sva lica na teritoriji Bosne i Hercegovine uživaju ljudska prava i slobode iz stava 2. ovog člana, što uključuje:

- a. Pravo na život,
- b. Pravo lica da ne bude podvrgnuto mučenju niti nečovječnom ili ponižavajućem tretmanu ili kazni,
- c. Pravo lica da ne bude držano u ropstvu ili potčinjenosti, ili na prisilnom ili obaveznom radu,
- d. Pravo na ličnu slobodu i sigurnost,
- e. Pravo na pravično saslušanje u građanskim i krivičnim stvarima i druga prava u vezi sa krivičnim postupkom,
- f. Pravo na privatni i porodični život, dom i prepisku,
- g. Slobod misli, savjesti i vjere,
- h. Slobodu izražavanja,
- i. Slobodu mirnog okupljanja i slobodu udruživanja sa drugima,
- j. Pravo na brak i zasnivanje porodice,
- k. Pravo na imovinu,

će suština problema stvarne zaštite ljudskih prava u ovoj zemlji i nakon eventualne implementacije ove odluke ostati ista.

Moglo bi se postaviti i pitanje da li je moguće presudu Evropskog suda samo formalno "ugraditi" u Ustav BiH i time ispuniti formu ili se to treba posmatrati i kao krajnje vrijeme i mogućnost da se ne samo u Ustavu BiH nego i u ustavima entiteta, koliko je sada moguće, dograde relevantna ustavna rješenja koja će u stvarnosti omogućiti oživotvorenje ljudskih prava čovjeka, građanina, ali i funkcionalniju BH državu.

Zadržavanje postojećeg dubokog raskoraka između proklamiranih ljudskih prava i života ljudi u Bosni i Hercegovini dovodi Bosnu i Hercegovinu pred

-
- l. Pravo na obrazovanje,
 - m. Pravo na slobodu kretanja i prebivališta.

4. Nediskriminacija

Uživanje prava i sloboda predviđenih u ovom članu ili u međunarodnim sporazumima navedenim u Aneksu I ovog Ustava, osigurano je svim licima u Bosni i Hercegovini bez diskriminacije po bilo kojem osnovu kao što je pol, rasa, boja, jezik, vjera, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, povezanost sa nacionalnom manjinom, imovina, rođenje ili drugi status.

5. Izbjeglice i raseljena lica

Sve izbjeglice i raseljena lica imaju pravo da se slobodno vrate u svoje domove. Oni imaju pravo, u skladu sa Aneksom 7. Opšteg okvirnog sporazuma da im se vrati imovina koje su bili lišeni za vrijeme neprijateljstava od 1991.godine i da dobiju kompenzaciju za svu takvu imovinu koja im ne može biti vraćena. Sve obaveze ili izjave u vezi sa takvom imovinom, koje su date pod prisilom, ništave su.

6. Implementacija

Bosna i Hercegovina, i svi sudovi, ustanove, organi vlasti, te organi kojima posredno rukovode entiteti ili koji djeluju unutar entiteta podvrgnuti su, odnosno, primjenjuju ljudska prava i osnovne slobode na koje je ukazano u stavu 2.

7. Međunarodni sporazumi

Bosna i Hercegovina će ostati ili postati strana ugovornica međunarodnih sporazuma pobrojanih u Aneksu I ovog Ustava.

8. Saradnja

Svi nadležni organi vlasti u Bosni i Hercegovini će saradivati sa, i obezbijediti nograničen pristup: svim međunarodnim posmatračkim mehanizmima ljudskih prava koji se uspostave za Bosnu i Hercegovinu; nadzornim tijelima koja se uspostave bilo kojim međunarodnim sporazumom navedenim u Aneksu I ovog Ustava; Međunarodnom tribunalu za bivšu Jugoslaviju (a naročito će se pridržavati naredbi koje su izdate po članu 29. Statuta Tribunala); i bilo kojoj drugoj organizaciji ovlaštenoj od strane Vijeća sigurnosti Ujedinjenih naroda sa mandatom koji se tiče ljudskih prava ili humanitarnog prava.

izazove koji bi mogli imati dalekosežne posljedice-izopćenje iz zajednice demokratskih država i nastavak daljeg kršenja ljudskih prava i osnovnih sloboda čovjeka.

Pozivanja na specifične karakteristike neposredne prošlosti, nastanka dejtonske države i sl. ne daju potrebne odgovore na pitanja postavljenih izazova. Odluku Evropskog suda za ljudska prava potrebno je izvršiti bez odlaganja jer petnaest godina nakon Dejtona najviši standardi ljudskih prava sadržani u ustavima u Bosni i Hercegovini naprosto su pozivali na akcije izvršne i zakonodavne vlasti da preuzete standarde ljudskih prava ugrade u ustavno-pravni poredak zemlje. To se u prethodnom vremenu nije dogodilo i sada se Bosna i Hercegovina nalazi pred izborom: uzmi ili ostavi. Ali, kako uzeti, a može li se ostaviti? U potpunosti svjestan delikatnosti vremena u kojem se zemlja nalazi, vjerujem da u Bosni i Hercegovini postoji dovoljno razuma da, nakon petnaest godina stagnacije, zaostajanja na putu ka unutarnoj konsolidaciji zemlje i njenog kretanja ka euroatlantskim integracijama, presudu Evropskog suda treba i da je moguće implementirati tako da se ne bi moralo dirati u unutrašnje, dejtonsko dvoentitetsko ustrojstvo Bosne i Hercegovine. Također, implementacijom ove presude moguće je otkloniti postojeću diskriminaciju građana, državljana Bosne i Hercegovine, određenim intervencijama prvenstveno u izbornom sistemu u Bosni i Hercegovini, za što bi trebalo prethodno izmijeniti samo određeni broj postojećih odredbi u Ustavu BiH koje se odnose na Predsjedništvo BiH i Dom naroda Bosne i Hercegovine, ali s njima u vezi učiniti funkcionalnijim i druge institucije koje su odgovorne za osiguranje efikasnih instrumenata za poštivanje ljudskih prava u cijeloj zemlji, kao što su Vlada Bosne i Hercegovine, harmoniziranje entitetskih ustava, u skladu sa Odlukom Ustavnog suda Bosne i Hercegovine o konstitutivnosti naroda i sl.

Na ovaj način pruža se mogućnost uspostave efikasnijih mehanizama zaštite osnovnih ljudskih prava i sloboda na cijelom prostoru zemlje, a istovremeno se ne otvaraju brojna bolna i teška pitanja koja su prethodila zaključivanju Dejtonskog mirovnog sporazuma.

Ljudska prava u Ustavu Bosne i Hercegovine i Ustavima entiteta

Da bi se shvatio značaj citirane odluke Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu, u predmetu Sejdić-Finci protiv Bosne i Hercegovine, neophodno se osvrnuti na situiranost ljudskih prava u Ustavu Bosne i Hercegovine i Ustavima entiteta.

a) Ustav Bosne i Hercegovine

Opšti okvirni sporazum za mir u Bosni i Hercegovini od 14. decembra 1995. godine, poznatiji kao Dejtonski mirovni sporazum, ustrojio je Bosnu i Hercegovinu koja se sastoji od dva entiteta, Federacije Bosne i Hercegovine od deset kantona i Republike Srpske. Kasnije, konačnom odlukom Arbitraže za oblast Brčko, uspostavljen je i Brčko Distrikt Bosne i Hercegovine, kao posebna administrativna jedinica.

Dejtonskim mirovnim sporazumom uvedena je i institucija Visokog predstavnika za Bosnu i Hercegovinu, kao krajnjeg autoriteta za tumačenje civilnog dijela Sporazuma. Ustav Bosne i Hercegovine proklamuje da će BiH i oba entiteta osigurati najviši nivo međunarodno priznatih ljudskih prava i osnovnih sloboda.

Bosna i Hercegovina je ratificirala sve važnije UN-ove i međunarodne konvencije o ljudskim pravima, uključujući i Evropsku konvenciju o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda. Također, BiH je ratificirala i revidiranu Evropsku socijalnu povelju, ali se odlaže ispunjavanje obaveze podnošenja izvještaja. Ustav BiH sadrži većinu principa iz ovih konvencija, a za Evropsku konvenciju o ljudskim pravima i osnovnim slobodama garantira da će ona biti iznad domaćeg zakonodavstva.

Preambula Ustava Bosne i Hercegovine poziva se na ciljeve i načela Povelje Ujedinjenih nacija i na Univerzalnu deklaraciju o ljudskim pravima koja je značila izlazak ljudskih prava na međunarodnu scenu. Polazište čine pojmovi i pozivanje na postojanje ljudskog dostojanstva, slobode i jednakosti, proklamira se posvećenost miru, pravdi i toleranciji i pomirenju, ističe težnja ka općem blagostanju i ekonomskom razvoju kroz zaštitu privatnog vlasništva i unapređenja tržišne privrede. Promovira se opredijeljenost za suverenitet, teritorijalni integritet i političku nezavisnost Bosne i Hercegovine u skladu sa međunarodnim pravom. Prema ovome, moglo se zaključiti da se Ustavom Bosne i Hercegovine uspostavlja ustavno-pravni okvir za modernu, demokratsku i pravnu državu koja će počivati na demokratskim principima i u kojoj će se sva ljudska prava poštovati bez diskriminacije na bilo kom osnovu.

Međutim, treba također imati na umu da Ustav BiH, kako u osnovnom, tako i u normativnim sadržaju, promovira konstitutivne narode, Bošnjake, Srbe i Hrvate, koji zajedno sa drugima i građanima Bosne i Hercegovine određuju Bosnu i Hercegovinu koja će se sastojati od dva entiteta, Federacije Bosne i Hercegovine i Republike Srpske.

Ustav u članu II., Ljudska prava i osnovne slobode, izričito naglašava: 1.) ljudska prava, da će Bosna i Hercegovina i oba entiteta osigurati najveći nivo međunarodno priznatih ljudskih prava i fundamentalnih sloboda te da će, u cilju

zaštite tih prava, postojati Komisija za ljudska prava za Bosnu i Hercegovinu, u skladu sa Aneksom 6. Općeg okvirnog sporazuma.

U istom članu, u tački 2., Međunarodni standardi, Ustav posebno izdvaja Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i njene protokole koji će se direktno primjenjivati u Bosni i Hercegovini i koji će imati prioritet nad svim drugim zakonima.

U članu II. (3.) Ustava sadržan je katalog ljudskih prava koja se priznaju i štite i na koja imaju pravo sva lica unutar teritorije Bosne i Hercegovine. Katalog ljudskih prava obuhvata: pravo na život; pravo lica da ne bude podvrgnut mučenju niti nečovječnom ili ponižavajućem tretmanu ili kazni; pravo lica da ne bude držano u ropstvu ili potčinjenosti ili na prisilnom ili obaveznom radu; pravo na ličnu sigurnost i slobodu; pravo na pravično saslušanje u građanskim i krivičnim stvarima i druga prava u vezi sa krivičnim postupkom; pravo na privatni i porodični život, dom i prepisku; slobodu misli; savjesti i vjere; slobodu izražavanja; slobodu mirnog okupljanja i slobodu udruživanja s drugima; pravo na brak i zasnivanje porodice; pravo na imovinu; pravo na obrazovanje te pravo na slobodu kretanja i prebivalište.⁴

Međutim, potrebno je naglasiti da se ovaj Katalog ljudskih prava ne iscrpljuje pravima nabrojanim u članu II. (3.) Ustava, imajući u vidu da član II. (7.) Ustava određuje da će Bosna i Hercegovina ostati ili postati potpisnica međunarodnih sporazuma sadržanih u ovom Ustavu. Polazeći od toga, Katalog ljudskih prava obuhvata i prava zaštićena Konvencijom o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida iz 1948. godine; Ženevskom konvencijom I-IV o zaštiti žrtava rata iz 1949. godine i Dopunskim protokolima I-II iz 1977. godine; Konvencijom koja se odnosi na status izbjeglica iz 1951. godine i Protokolu iz 1966. godine; Konvencijom o državljanstvu udatih žena iz 1957. godine; Konvencijom o smanjenju broja lica bez državljanstva iz 1961. godine; Međunarodnim paktom o građanskim i političkim pravima iz 1966. godine i protokolima iz 1966. i 1968. godine; Međunarodnom paktu o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima iz 1966. godine; Konvencijom o uklanjanju svih oblika diskriminacije u odnosu na žene iz 1979. godine; Konvencijom protiv mučenja i drugih surovih, nehumanih ili ponižavajućih postupaka ili kažnjavanja iz 1984. godine te Evropskom konvencijom o sprečavanju mučenja, nehumanog ili ponižavajućeg tretmana ili kažnjavanja iz 1987. godine; Konvencijom o pravima djeteta iz 1989. godine; Međunarodnom konvencijom o zaštiti prava radnika-migranata i članova njihove porodice iz

⁴ - Dejtonski mirovni sporazum, Sarajevo: JP.NIO „Službeni list BiH“.

- Ustav Bosne i Hercegovine, Aneks 4., Sarajevo, 1996.godine.

1990. godine; Evropskom poveljom za regionalne jezike i jezike manjina iz 1962. godine te Okvirnom konvencijom za zaštitu nacionalnih manjina iz 1994. godine.⁵

U Ustavu Bosne i Hercegovine, član II. (6.), navedeno je da će Bosna i Hercegovina i svi sudovi, agencije, vladini organi i instrumenti kojima entiteti upravljaju ili unutar entiteta primijeniti i pridržavati se ljudskih prava i fundamentalnih sloboda iz člana II. Ustava.

Iako u Katalogu ljudskih prava koja sadrži Ustav Bosne i Hercegovine nije izričito nominirana lista političkih prava, s obzirom na međunarodne standarde koji su sadržani u Ustavu Bosne i Hercegovine, može se zaključiti da su garancijama političkih prava obuhvaćena prvenstveno: prava koja uključuju slobodu mišljenja, savjesti i vjere; slobodu izražavanja i štampe; aktivno i pasivno biračko pravo, kao i pravo na demokratske izbore; zabranu diskriminacije u skladu sa članom II. (4.) Ustava. To znači da građani pod uvjetima opće jednakosti i bez diskriminacije po bilo kojem osnovu imaju pravo da biraju i da budu birani te da bez ikakve diskriminacije upravljaju javnim poslovima i da im bude, pod jednakim uslovima, dostupno vršenje javne službe.

Aneksom 3. Općeg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini uspostavljena je obaveza strana⁶ da će osigurati postojanje uslova za organizovanje fer i slobodnih izbora u skladu sa relevantnim dokumentima organizacije za sigurnost i saradnju u Evropi (OSCE). Također, strane su se obavezale da će za održavanje izbora osigurati politički neutralnu sredinu, glasanje bez straha ili zastrašivanja, slobodu kretanja, štampe i slobodu izražavanja.

Strane su se ovim Aneksom posebno obavezale da će u pripremi i provođenju prvih poslijeratnih izbora primijeniti dokument Drugog sastanka konferencije o sigurnosti i saradnji u Evropi, održane u Kopenhagenu 1990. godine,⁷ prema kojem države učesnice imaju obavezu održavati slobodne izbore u razumnim intervalima u skladu sa zakonom; osigurati da sva mjesta u najmanje jednom domu nacionalnog zakonodavnog tijela podliježu slobodnom izboru glasanjem naroda; osigurati opće i jednako pravo glasa svim punoljetnim građanima; obezbijediti tajno glasanje, glasanje na osnovu odgovarajućeg postupka slobodnog glasanja, kao i da se svi glasovi prebrojavaju i pošteno saopćavaju, a

⁵ Ustav BiH u članu II. tačka 7. promovira da će Bosna i Hercegovina ostati ili postati potpisnica međunarodnih sporazuma navedenih u Aneksu ovog Ustava.

⁶ Opći okvirni sporazum za mir u Bosni i Hercegovini, Aneks 3.- Sporazum o izborima. Potpisnici ovog Aneksa su: Republika Bosna i Hercegovina, Federacija Bosne i Hercegovine i Republika Srpska.

⁷ Završni dokument Konferencije o ljudskoj dimenziji; KEBS, Kopenhagen, 1990.godina.

zvanični rezultati objavljuju; poštovati pravo građana da budu birani na političke, odnosno javne funkcije, pojedinačno ili kao predstavnici političkih stranaka i organizacija, bez diskriminacije; poštovati pravo pojedinaca i grupa da slobodno osnivaju svoje političke stranke, odnosno druge političke organizacije, kao i da takvim političkim strankama ili organizacijama obezbjeđuje neophodne pravne garancije kako bi se one mogle međusobno nametati na bazi ravnopravnog tretmana pred zakonom i vlastima; obezbijediti da zakon i javna politika funkcioniraju tako da omogućuju da se političke kampanje vode u korektnoj i slobodnoj atmosferi u kojoj nikakve administrativne mjere, nasilje ili zastrašivanja ne sprečavaju stranke i kandidate da slobodno iznose svoje stavove i kvalifikacije, odnosno ne omogućavaju biračima da se upoznaju sa njihovim stavovima i raspravljaju o njima, da slobodno glasaju bez straha od odmazde; da obezbijede da nikakve pravne, odnosno administrativne prepreke ne stoje na putu nesmetanog pristupa sredstvima javnog informisanja na nediskriminatornoj osnovi u odnosu na sve političke grupacije i pojedince koji žele da učestvuju u izbornom procesu; da obezbijede da kandidati koji osiguraju neophodan broj glasova propisan zakonom propisno budu uvedeni u dužnost i obavljaju je do isteka mandata, odnosno njenog okončanja, na način koji je reguliran zakonom, a u skladu sa demokratskom parlamentarnom ustavnom procedurom te pozovu iz svih drugih država, članica KEBS-a, kao i odgovarajuće privatne institucije i organizacije koje to žele da prate tok nacionalnih izbora u skladu sa zakonom.

Iako su na ovaj način, u skladu sa Aneksom 3. Općeg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini, na navedeni način prihvaćene obaveze strana koje proizilaze iz paragrafa 7. i 8. dokumenta Drugog sastanka KEBS-a, u Kopenhagenu te, iako se radilo o neposrednom postratnom vremenu u Bosni i Hercegovini, članom II. (4.) Aneksa 3. utvrđena je obaveza da će se izbori održati šest mjeseci nakon stupanja na snagu ovog Sporazuma, na osnovu programa izbora koji će, prema zahtjevu strana, usvojiti i uspostaviti OSCE, uključujući i uspostavljanje privremene izborne komisije.

Iako bi se iz navedenih kriterija koje su strane prihvatile i koji su sastavni dio Općeg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini, moglo zaključiti da izborna prava, kao i druga politička prava, pripadaju građanima u Bosni i Hercegovini, na cijelom njenom teritoriju i bez bilo kakve diskriminacije, nužno je ukazati na nesklad i koliziju ovih ustavnih određenja u odnosu na ustavne norme koje uređuju pitanja izbora u institucije zakonodavne i izvršne vlasti kako Bosne i Hercegovine, tako i u entitetima.

Prema članu IV. (1.) Ustava Bosne i Hercegovine, Parlamentarna skupština BiH se sastoji iz dva doma: Doma naroda i Predstavničkog doma. Prema ovoj

ustavnoj odredbi Dom naroda će se sastojati od 15 delegata od kojih su dvije trećine iz Federacije BiH, i to pet Bošnjaka i pet Hrvata i jedna trećina iz Republike Srpske, što uključuje pet Srba. Određujući na navedeni način strukturu Doma naroda Parlamenta BiH, Ustav vrši direktnu, ali dvostruku diskriminaciju Bošnjaka, Hrvata i Srba na način da su pripadnici bošnjačkog i hrvatskog naroda u odnosu na pripadnike srpskog naroda i pripadnike ostalih etničkih grupa u Federaciji BiH favorizovani. Na isti način pripadnici srpskog naroda se u odnosu na pripadnike bošnjačkog i hrvatskog naroda, kao i u odnosu na pripadnike ostalih etničkih grupa u Republici Srpskoj također favorizuju. Zapravo, ovim se vrši direktna diskriminacija ne samo tzv. "konstitutivnih naroda" na cijelom prostoru Bosne i Hercegovine, gdje su i kao većinski narodi, zapravo postali manjine, nego se diskriminiraju pripadnici ostalih etničkih grupa koje, prema ovako uspostavljenoj strukturi državnog zakonodavnog tijela, nemaju mogućnost političkog predstavljanja.

Ne samo prilikom izbora u Dom naroda, Ustav u članu IV. (6.) također favorizira etničke skupine tzv. "konstitutivnih naroda", tako što određuje "da će svaki dom većinom glasova usvojiti interne procedure (postupke) i izabrati među svojim članovima jednog Srbina, jednog Bošnjaka i jednog Hrvata za predsjedavajućeg i zamjenike predsjedavajućeg, s tim da će se mjesto predsjedavajućeg rotirati između ova tri lica".

Prema odredbama člana IV. (e) (f) (g) Ustava BiH, zaštićeni su jedino etnički interesi bošnjačkog, hrvatskog i srpskog naroda. Tako su interesi građana, kao i interesi ostalih etničkih grupa koje žive u Bosni i Hercegovini isključeni, odnosno i u zakonodavnom tijelu države, diskriminirani.⁸

⁸ Ustav Bosne i Hercegovine, član IV., Parlamentarna skupština. 3.a) b) c)

a. Predložena odluka parlamentarne skupštine može biti proglašena destruktivnom po vitalni interes bošnjačkog, hrvatskog ili srpskog naroda većinom glasova iz redova bošnjačkih, hrvatskih ili srpskih delegata izabranih u skladu sa paragrafom 1. (a). Takva predložena odluka morat će biti odobrena u Domu naroda od strane većine bošnjačkih, hrvatskih ili srpskih delegata koji su prisutni i glasaju.

b. Kada većina bošnjačkih, hrvatskih ili srpskih delegata stavi primjedbu na pozivanje na paragraf (e), predsjedavajući Doma naroda će odmah sazvati zajedničku komisiju koja se sastoji od tri delegata, po jedan iz redova bošnjačkih, hrvatskih i srpskih delegata, u cilju razrješenja tog pitanja. Ukoliko komisija ne uspije riješiti pitanja u roku od pet dana, predmet se prenosi na Ustavni sud koji će u hitnom postupku razmotriti regularnost postupanja u toj stvari.

c. Dom naroda se može raspustiti od strane Predsjedništva ili od strane samog doma, pod uslovom da je odluka o raspuštanju odobrena od većine koja uključuje većinu delegata najmanje dva naroda, bošnjačkog, hrvatskog ili srpskog. Dom naroda izabran u prvim izborima poslije stupanja na snagu ovog Ustava ne može biti raspušten.

U vezi sa izborom u Dom naroda Parlamenta Bosne i Hercegovine, nužno je ukazati i na diskriminaciju po samom Ustavu, unutar iste etničke pripadnosti. Tako, propisujući da se u sastav Doma naroda bira pet pripadnika srpskog naroda iz Republike Srpske, odnosno po pet pripadnika bošnjačkog, odnosno hrvatskog naroda sa prostora Federacije Bosne i Hercegovine, čini se diskriminacija pripadnika srpskog naroda koji živi u Federaciji BiH, odnosno bošnjačkog i hrvatskog naroda koji živi u Republici Srpskoj.

Na isti način, prema članu V. Ustava BiH, "Predsjedništvo Bosne i Hercegovine će se sastojati od tri člana: jedan Bošnjak, jedan Hrvat, od kojih se svaki direktno bira sa teritorije Federacije te jedan Srbin koji se direktno bira sa teritorije Republike Srpske". Kako su ovakva ustavna rješenja odredila i propozicije i karakter izbornog sistema propisanog Izbornim zakonom Bosne i Hercegovine, u Bosni i Hercegovini su praktično uspostavljeni etnički izbori koji su u suprotnosti sa proklamiranim općim, jednakim pravom glasa građana. Ovakva ustavna rješenja u suprotnosti su sa međunarodnim dokumentima i standardima koja je prihvatila Bosna i Hercegovina.

Polazeći od činjenice da se u okviru međunarodnih dokumenata koji čine sastavni dio Ustava Bosne i Hercegovine nalazi i Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, Ustav Bosne i Hercegovine također garantira ljudska prava koja se odnose na pravo na imovinu; pravo na rad; pravo na pravičnu zaradu za jednake vrijednosti; pravo na pristojan život; pravo na zdrave uvjete rada; pravo na odmor; slobodno vrijeme; razumno ograničenje radnog vremena i povremene plaćene dopune; pravo na socijalnu sigurnost; pravo na porodicu, djecu i maloljetnika na zaštitu; pravo na obrazovanje; pravo na učestvovanje u kulturnom životu; pravo na slobodu u oblastima nauke i stvaralaštva te druga ekonomska, socijalna i kulturna prava.

Na navedeni način zajamčena prava u dijametralnoj su suprotnosti sa svakodnevnim drastičnim kršenjem prava koja uživaju građani Bosne i Hercegovine u entitetima, kantonima i općinama, u skladu sa ustavima i zakonima zemlje.

Ljudska prava i osnovne slobode koje obuhvata Ustav Bosne i Hercegovine obuhvaćena su, ali i nešto detaljnije navedena i u Ustavu Federacije Bosne i Hercegovine.

b) Ustav Federacije Bosne i Hercegovine

Ustav Federacije BiH normira da će se osigurati primjena najviših standarda međunarodno-priznatih prava i sloboda utvrđenih u dokumentima navedenim u njegovom Aneksu, a posebno da će se osigurati sljedeća prava i slobode: pravo na život; pravo na slobodu, s tim da su hapšenje i pritvaranje dopušteni samo u skladu sa zakonom; jednakost pred zakonom; zabrana svake vrste dis-

kriminacije zasnovane na rasi, boji kože, polu, jeziku, religiji ili vjerovanju, političkim ili drugim uvjerenjima, nacionalnom ili socijalnom porijeklu; pravičan krivični postupak; zabranu mučenja, okrutnog ili nehumanog postupanja ili kažnjavanja; privatnost; slobodu kretanja; azil; zaštitu porodice i djece; imovinu; osnovne slobode - govora i štampe, slobodu mišljenja, savjesti i uvjerenja; slobodu religije, uključujući i privatno i javno ispovijedanje, slobodu okupljanja i udruživanja; obrazovanje; socijalnu zaštitu; zdravstvenu zaštitu; prehranu; utočište; zaštitu manjina i potencijalno ugroženih grupa.

Svi građani, prema Ustavu Federacije, uživaju: pravo na osnivanje i pripadanje političkim partijama te politička prava koja podrazumijevaju pravo da učestvuju u javnim poslovima, da imaju jednak pristup javnim službama te da biraju i da budu birani.

c) Ustav Republike Srpske

Ustav Republike Srpske donesen je 1992. godine i tada u poglavlju o ljudskim pravima i osnovnim slobodama koje sadrži 40 članova nije sadržavao međunarodno pravo o ljudskim pravima, niti se u ovom poglavlju Ustava navodi neki dokument o ovim pravima. Međutim, dogradnjom Ustava Republike Srpske normirano je da će u slučaju različitosti u odredbama o pravima i slobodama između Ustava Republike Srpske i Ustava Bosne i Hercegovine, primjenjivati one odredbe koje su za pojedinca povoljnije⁹ i drugo, u skladu sa odgovarajućim odredbama Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, ostvarivat će se sljedeća prava i slobode koje sadrži Ustav Republike Srpske: pravo na ljudsko dostojanstvo; pravo na tjelesni i duhovni integritet, njegovu privatnost, lični i porodični život; slobodu i tajnost dopisivanja i drugih oblika opšte-nja, zajamčenost tajnosti podataka o ličnosti; pravo na nepovredivost stana; zajamčenost slobode misli i opredjeljenja, savjesti i uvjerenja, kao i javnog izražavanja mišljenja; zajamčenost slobode vjeroispovijesti; pravo građana na mirno okupljanje i javni protest.

Presuda evropskog suda za ljudska prava podrazumijeva suštinske ustavne reforme

I pored više od petnaest godina napora (prvenstveno Međunarodne zajednice) i enormne inostrane pomoći i intenzivnom međunarodnom prisustvu

⁹ Odluka o proglašenju amandmana LIV.-LXV. na Ustav Republike Srpske, „Službeni glasnik Republike Srpske“, broj: 21/96

- Amandman LVII. na ustav Republike Srpske.

u zemlji, Bosna i Hercegovina se i dalje, sada više nego ranije, suočava sa izgradnjom i održivošću funkcionalnih i održivih institucija, što se naročito odražava na stanje ljudskih prava i osnovnih sloboda u zemlji.

Ustav Bosne i Hercegovine, sadržan u Aneksu IV Dejtonskog mirovnog sporazuma, uspostavio je složenu institucionalnu strukturu koja sprečava brzo odlučivanje i onemogućava reforme i razvijanje kapaciteta za ostvarivanje napretka ka unutrašnjim integracijama, kao i napretku zemlje ka Evropskoj Uniji.

Rascjepkano vođenje politike između entiteta i države i dalje predstavlja glavne prepreke izgradnje održive državne strukture.

Nadležnost između brojnih nivoa vlasti je neadekvatna, često preklapajuća. Složena i preglomazna infrastruktura zemlje onemogućava stvaranje efikasne, profesionalne, stabilne, odgovorne i transparentne državne službe na svim nivoima vlasti, a posebno se to odražava na slabe i neefikasne institucije na državnom nivou zemlje.

Brojni problemi koji opterećuju rad pravosuđa u zemlji utoliko su teži zbog nepostojanja Vrhovnog suda Bosne i Hercegovine koji bi mogao usklađivati primjenu zakona između najmanje četiri unutrašnja pravosudna sistema: državnog nivoa, Federacije Bosne i Hercegovine, Republike Srpske i Brčko Distrikta BiH.

Stanje je još ozbiljnije ukoliko se uzme u obzir činjenica da postoji izraženo pomanjkanje hijerarhijskog odnosa i institucionalne odgovornosti za neizvršavanje zakona i drugih propisa, uključivo i brojne odluke Ustavnog suda, a posebno državnog zakona.

I dalje se održava stanje u kojem postoji jako političko miješanje i pritisak na pravosudni sistem, nedostatak jedinstvenih izvora finansiranja tog sistema te nedostatak jedinstvenog krivičnog zakona za cijelu zemlju.

U izgradnji institucija na državnom nivou i dalje se pribjegava virtualnim rješenjima te se umjesto održivih državnih organa uspostavljaju agencije, koordinaciona tijela i komisije, a istovremeno se u cijeloj strukturi zemlje izrazito veliki broj vrlo složenih društvenih odnosa reguliše u okviru nadležnosti kvazidržavnih tijela kojima se dodjeljuju javna ovlaštenja. Opšti akti nosilaca ovih javnih ovlaštenja ostaju izvan ustavnosudske kontrole, dok je njihovu kontrolu u redovnom pravosudnom, odnosno upravnom postupku, u postojećoj ustavnoj organizaciji zemlje nemoguće efikasno vršiti.

Iako evidentno u Bosni i Hercegovini postoji rascjep između ustavima garantiranih ljudskih prava i načina na koji se ona primjenjuju u praksi, iako u svijetu stalno rastu nastojanja i akcije i mjere kojima se širi i jača sistem zaštite ljudskih prava, posebno putem adekvatnih pozicija i nadležnosti ustavnih sudova, u Bosni i Hercegovini je na djelu drastična neusaglašenost nadležnosti

ustavnih sudova u entitetima, kao i veoma ograničena i neadekvatna potrebama zaštite ljudskih prava, Ustavnog suda Bosne i Hercegovine.

Ključna nadležnost Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u pogledu apstraktno-kontrolne usklađenosti pravnog poretka sa Ustavom zemlje bitno je onemogućena. Zapravo, izvan ustavnosudske kontrole ostaju kardinalni zakoni, posebno entitetskih i državnih nivoa vlasti, koji kao takvi generiraju neusklađenost pravnog sistema ne samo sa Ustavom zemlje nego i sa dokumentima i aktima ljudskih prava i osnovnih sloboda.

S druge strane, izostanak nadležnosti Ustavnog suda Bosne i Hercegovine da vrši kontrolu ustavnosti i zakonitosti opštih akata po vertikalnoj organizaciji državne strukture, uključivo i akte lokalne samouprave, ostavlja izvan kontrole prostor u kojem se čovjek-građanin suočava sa pitanjima i problemima od kojih zavisi život dostojan čovjeka. U srazmjeri od povrede prava koja se čine aktima višeg nivoa državne vlasti, stoji i obim i težina povrede ljudskih prava, tim prije uzimajući u obzir da se u Bosni i Hercegovini zakoni i drugi propisi, uključivo i same ustave, statute i druge konstitutivne akte, donose na četrnaest mjesta u pet nivoa vlasti u Bosni i Hercegovini.

Treba također imati u vidu da je u članu II. (3.) Ustava Bosne i Hercegovine proklamovano da sva lica na teritoriji Bosne i Hercegovine uživaju ljudska prava i slobode koje sadrži Evropska konvencija za ljudska prava i osnovne slobode, a to su: pravo na život; pravo lica da ne bude podvrgnuto mučenju niti nečovječnom ili ponižavajućem tretmanu ili kazni; pravo lica da ne bude držano u ropstvu ili potčinjenosti, ili na prisilnom ili obaveznom radu; pravo na ličnu slobodu i sigurnost; pravo na pravično saslušanje u građanskim i krivičnim stvarima i druga prava u vezi sa krivičnim postupkom; pravo na privatni i porodični život, dom i prepisku, slobodu misli, savjesti i vjere; slobodu izražavanja; pravo na imovinu; pravo na obrazovanje te pravo na slobodu kretanja i prebivališta.

Nadalje, Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, br.5/98 od 30. juna i 1. jula 2000. godine o konstitutivnosti naroda na cijelom teritoriju BiH nije jednako implementirana.

Također, nužno je ukazati i na činjenicu da Amandmani XXVII-LIV na Ustav Federacije Bosne i Hercegovine, koje je donio Visoki predstavnik za Bosnu i Hercegovinu Wolfgang Petrich, u cilju provođenja Odluke Ustavnog suda BiH, br.5/98 od 30. juna i 1. jula 2000. godine "o konstitutivnosti naroda", nisu u cijelosti implementirani. Isti amandmani odnose se i na Ustav Republike Srpske i oni također nisu u cijelosti i na simetričan način implementirani.

Zatim, nužno je imati u vidu i Amandmane LXVIII-LXXXVII na Ustav Federacije BiH, koje je također donio Visoki predstavnik za BiH Paddy Ashdown, s

ciljem dodatnog usklađivanja Ustava Federacije BiH sa Odlukom Ustavnog suda BiH "o konstitutivnosti naroda". Ovim amandmanima, između ostalog, definiran je mehanizam zaštite vitalnog nacionalnog interesa konstitutivnih naroda u kantonima i ukinuta je funkcija predsjednika kantona i funkcija zamjenika ministra. Ovi amandmani nejednako su implementirani u ustavima entiteta.

Imajući u vidu navedena ustavna rješenja u Bosni i Hercegovini, sasvim je izvjesno da stvarno provođenje presude Evropskog suda za ljudska prava, podrazumijeva dogradnju ustavnih rješenja sadržanih u Ustavu Bosne i Hercegovine u odnosu na Predsjedništvo BiH, Parlament BiH-Dom naroda Parlamentarne skupštine BiH te da zahtijeva i određene korekcije ustavnih rješenja u odnosu na Vijeće ministara BiH, položaj i nadležnosti Ustavnog suda BiH, korekcije entitetskih ustava s ciljem njihove harmonizacije i dr. te ranije pokrenuto pitanje ustavne pozicije lokalne samouprave.

Pri dogradnji relevantnih ustavnih rješenja trebalo bi imati u vidu neodložnu potrebu da se postigne saglasnost i o tome da buduća rješenja omogućće ne samo jednakost ljudi u pogledu prava čovjeka pojedinca da bira i da bude biran bez bilo kakve diskriminacije nego i da se u Bosni i Hercegovini osigura viši stepen funkcionalnosti pravnog poretka i više vladavine prava i zakona.

Po našem shvatanju Presudu Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu u predmetu Sejdić-Finci protiv Bosne i Hercegovine moguće je implementirati izmjenama i dopunama Ustava Bosne i Hercegovine. Te izmjene i dopune bi se odnosile na ustavnu poziciju i strukturu Predsjedništva Bosne i Hercegovine i Doma naroda Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine.

Predsjedništvo Bosne i Hercegovine

Postojeće ustavno rješenje koje se odnosi na Predsjedništvo Bosne i Hercegovine moglo bi biti unaprijeđeno tako što bi Bosna i Hercegovina imala predsjednika i tri potpredsjednika. Predsjednika i tri potpredsjednika Skupština Bosne i Hercegovine imenovala bi iz reda izabраниh članova u Domu naroda Bosne i Hercegovine. Klubovi srpskog, hrvatskog i bošnjačkog naroda, kao i Klub članova Doma naroda iz reda nacionalnih manjina i nacionalno neopredijeljenih građana nominirali bi po jednog kandidata na zajedničku listu za izbor predsjednika i potpredsjednika Bosne i Hercegovine. Zajedničku listu razmatrao bi i potvrđivao Predstavnički dom Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine. Predsjednik i potpredsjednici Bosne i Hercegovine bili bi izabrani nakon što zajedničku listu odobri Parlament Bosne i Hercegovine na zajedničkoj sjednici Predstavničkog doma i Doma naroda, većinom glasova izabranih članova oba doma.

Mandat predsjednika i potpredsjednika Bosne i Hercegovine bio bi pet godina.

Na dužnosti predsjednika vršila bi se rotacija. Po isteku mandata na dužnosti predsjednika, potpredsjednici bi se rotirali na mjestu predsjednika Bosne i Hercegovine, u skladu sa redoslijedom utvrđenim na listi za izbor predsjednika i potpredsjednika Bosne i Hercegovine, svakih 12 mjeseci.

U nadležnosti predsjednika BiH bilo bi: šef je države Bosne i Hercegovine; predstavlja Bosnu i Hercegovinu; predlaže mandatara za sastav Vlade BiH; vrši pomilovanja osuđenih lica u skladu sa zakonom; proglašava ukazom zakone Bosne i Hercegovine; potpisuje međunarodne sporazume i ugovore koje prihvati Skupština BiH i Vlada Bosne i Hercegovine; imenuje diplomatske predstavnike na prijedlog Vlade Bosne i Hercegovine; prima akreditive stranih diplomatskih predstavnika u BiH; predlaže Ustavnom sudu BiH raspuštanje Skupštine BiH u skladu sa Ustavom; dodjeljuje odlikovanja u skladu sa zakonom.

Potpredsjednici bi pomagali predsjedniku BiH u vršenju njegove funkcije. Zamjenjivali bi predsjednika u njegovoj odsutnosti. Vršili bi i druge poslove u skladu sa poslovníkom o radu.

Parlamentarna skupština Bosne i Hercegovine

Provođenje presude Evropskog suda direktno, ali i indirektno, implicira i potrebu dogradnje ustavnih rješenja koja reguliraju položaj, nadležnosti zakonodavne i izvršne vlasti kako na državnom nivou, tako i u entitetima. U tom smislu, postojeća ustavna rješenja na državnom nivou mogla bi biti unaprijeđena tako što bi zakonodavnu vlast BiH vršila Parlamentarna skupština Bosne i Hercegovine. Zadržao bi se dvodomni sistem. Predstavnički dom, kao i Dom naroda, bi bio izraz interesa građana i naroda cijele zemlje. Dom naroda bi bio mjesto gde će se koristiti veto za zaštitu vitalnih interesa konstitutivnih naroda.

Lista vitalnih interesa bila bi jasno i nedvosmisleno definisana samim Ustavom. Procedura za zaštitu vitalnih interesa konstitutivnih naroda bila bi mnogo jednostavnija od sada postojeće. Oba doma bi imala jednake nadležnosti u pogledu zakonodavnih odluka.

Ustavni sud BiH bi bio tijelo koje u kratkom roku odlučuje o zahtjevu za zaštitu vitalnih nacionalnih interesa u svakom konkretnom slučaju. Entitetski veto, u datom slučaju, postaje suvišan i na taj način bi se osigurao funkcionalan i efikasan sistem donošenja zakonodavnih odluka.

Načinom izbora poslanika u Predstavnički dom i Dom naroda, osigurao bi se legalitet i legitimitet članova Doma naroda te bi se onemogućila dosadašnja

praksa da se u Dom naroda Bosne i Hercegovine imenuju osobe koje nisu prošle nikakvu prethodnu verifikaciju od strane biračkog tijela.

Predstavnički dom bi bio tijelo u kojem su predstavljeni građani Bosne i Hercegovine. Predstavnički dom bi se sastojao od 59 poslanika. Poslanici Predstavničkog doma birali bi se neposredno, tajnim glasanjem, sa otvorenih listi, na osnovu jednakog izbornog prava, na cijelom teritoriju Bosne i Hercegovine, u skladu sa izbornim zakonom.

Dom naroda bi bio tijelo u sastavu Skupštine Bosne i Hercegovine u kojem su jednako zastupljeni konstitutivni narodi i proporcionalno (odgovarajuće) nacionalne manjine, kao i nacionalno neopredijeljeni građani u Bosni i Hercegovini.

Sastojao bi se od 41 člana, od kojih je 11 članova Srba, 11 članova Hrvata, 11 članova Bošnjaka i 8 članova iz reda nacionalnih manjina i nacionalno neopredijeljenih građana u Bosni i Hercegovini. Članove Doma naroda građani bi birali neposredno, tajnim glasanjem, sa otvorenih listi, na osnovu jednakog izbornog prava, u skladu sa izbornim zakonom BiH.

Mandat Skupštine Bosne i Hercegovine bi bio četiri godine.

U pogledu odlučivanja u Skupštini ustavna rješenja bi polazila od toga da sva pitanja iz nadležnosti Skupštine Bosne i Hercegovine ravnopravno razmatraju i o njima odlučuju oba doma Skupštine Bosne i Hercegovine. Odluke bi se donosile većinom glasova Skupštine Bosne i Hercegovine koja uključuje većinu glasova od broja poslanika u Predstavničkom domu, odnosno Domu naroda, u skladu sa poslovníkom.

Poslovníkom bi se bliže uredila pitanja izbora i razrješenja predsjednika i tri zamjenika predsjednika Skupštine, rotacija na mjestu predsjednika i zamjenika predsjednika Skupštine, zakazivanja i tok sjednica, način odlučivanja te druga pitanja od značaja za vršenje ustavnih nadležnosti Skupštine Bosne i Hercegovine.

Poslovníkom bi se uredilo odlučivanje u domovima. U Predstavničkom domu odluke bi se donosile većinom glasova od broja izabраниh poslanika, u skladu sa poslovníkom doma. U Domu naroda postojali bi klubovi naroda:

- Klub srpskog naroda
- Klub hrvatskog naroda
- Klub bošnjačkog naroda
- Klub članova Doma naroda iz reda nacionalnih manjina i nacionalno neopredijeljenih građana.

U Domu naroda odluke bi se donosile većinom glasova članova Doma, pod uslovom da većina uključuje najmanje po tri glasa članova Doma iz reda srpskog,

hrvatskog i bošnjačkog naroda i najmanje dva člana iz reda nacionalnih manjina i nacionalno neopredijeljenih građana.

Većina članova u klubovima Srba, Hrvata ili Bošnjaka u Domu naroda mogla bi predloženu odluku Skupštine Bosne i Hercegovine proglasiti destruktivnom po vitalni nacionalni interes srpskog, hrvatskog ili bošnjačkog naroda. U tom slučaju Dom naroda bi imenovao zajedničku komisiju od tri člana, sastavljenu od članova klubova konstitutivnih naroda, radi usaglašavanja i razrješenja spornog pitanja. Ukoliko zajednička komisija ne uspije riješiti sporno pitanje u roku od tri dana, spor se dostavlja Ustavnom sudu Bosne i Hercegovine na odlučivanje.

Ustavni sud Bosne i Hercegovine će odluku o spornom pitanju donijeti u roku od pet dana, većinom glasova svih članova posebnog vijeća Suda koja uključuje najmanje dva suca iz reda konstitutivnih naroda čiji su delegati u Domu naroda pokrenuli postupak zaštite vitalnog nacionalnog interesa.

Odluka suda po tom pitanju je konačna i obavezujuća.

Ustav bi sadržavao i pitanja o kojima se ne bi moglo preglasavati u Skupštini Bosne i Hercegovine. To bi bila sljedeća pitanja: pitanja o kojima se ne može preglasavati u Skupštini Bosne i Hercegovine predstavljaju pitanja koja su od vitalnog nacionalnog interesa konstitutivnih naroda u Bosni i Hercegovini. Od vitalnog nacionalnog interesa konstitutivnih naroda u Bosni i Hercegovini i o kojima se u Skupštini Bosne i Hercegovine odlučuje po posebnom postupku su sljedeća pitanja: donošenje i izmjene Ustava zemlje, teritorijalna organizacija zemlje; organizacija javne vlasti, ostvarivanje prava konstitutivnih naroda da budu adekvatno zastupljeni u zakonodavnim, izvršnim i pravosudnim organima vlasti; ostvarivanje prava konstitutivnih naroda da budu zastupljeni u drugim institucijama i službama koje vrše javnu vlast od interesa građana i koje se finansiraju iz javnih sredstava; ostvarivanje jednakih prava konstitutivnih naroda u procesu donošenja odluka, identitet konstitutivnog naroda; ostvarivanje prava čovjeka iz Aneksa 7. Dejtonskog mirovnog sporazuma; ostvarivanje prava na obrazovanje, jezik, kulturu, tradiciju, kulturno naslijeđe i vjeroispovijest; ostvarivanje prava na ravnomjeran i ujednačen razvoj zemlje. Poseban postupak za odlučivanje o pitanjima koja su od vitalnog nacionalnog interesa konstitutivnih naroda bio bi uređen zakonom.

Predstavnički dom i Dom naroda Skupštine Bosne i Hercegovine imaju poslovničke o svome radu. Poslovnice se bliže uređuju pitanja izbora predsjednika i tri zamjenika predsjednika doma, zakazivanje, održavanje i način rada domova, donošenje odluka doma, usaglašavanje o spornim pitanjima, te druga pitanja od značaja za ostvarivanje ustavne nadležnosti domova u sastavu Skupštine Bosne i Hercegovine.

Raspuštanje Skupštine BiH bilo bi predmet ustavne regulative, u smislu da: Skupština Bosne i Hercegovine će biti raspuštena prije isteka njenog mandata u slučaju: ako se u roku od tri mjeseca ne izvrši konstituisanje zakonodavne i izvršne vlasti BiH nakon održanih redovnih izbora, ako se u skladu sa zakonom ne donese budžet institucija Bosne i Hercegovine

Odluku o raspuštanju Skupštine Bosne i Hercegovine donosi Ustavni sud Bosne i Hercegovine. U slučaju raspuštanja Skupštine Bosne i Hercegovine novi izbori će se održati u roku od tri mjeseca od dana njenog raspuštanja. Do izbora novog sastava Skupštine zakonodavnu vlast Bosne i Hercegovine vrši Skupština Bosne i Hercegovine u njenom ranijem sazivu.

U vršenju dužnosti člana Skupštine Bosne i Hercegovine, odnosno poslanika u Predstavničkom domu ili člana Doma naroda Skupštine Bosne i Hercegovine članovi Skupštine Bosne i Hercegovine uživaju imunitet.

Imunitet sadrži zabranu pozivanja na krivičnu ili građansku odgovornost za vrijeme dok izabranom poslaniku, odnosno članu Skupštine Bosne i Hercegovine traje mandat u skladu sa Ustavom i Zakonom.

Zastupljenost konstitutivnih naroda i nacionalnih manjina na najvažnijim državnim funkcijama u zakonodavnoj i institucijama izvršne vlasti izbalansirana je, odnosno paritetna.

Ova zastupljenost osigurava se i na najvažnijim pravosudnim funkcijama BiH (Ustavni sud BiH, Sud BiH, Tužilaštvo BiH, Vrhovni sud BiH, Sudska policija).

Dogradnja ustavnih rješenja nužno bi trebala obuhvatiti i odredbe o izvršnoj vlasti Bosne i Hercegovine.

Osigurati odgovarajući položaj i nadležnost Ustavnog suda Bosne i Hercegovine

Ustavni sud Bosne i Hercegovine treba dobiti na značaju i uloziti u podršci Ustavu Bosne i Hercegovine, kao i odgovarajućoj nadležnosti, posebno u području kontrole ustavnosti zakona i ustavnosti i zakonitosti drugih propisa i opštih akata. U tom smislu Ustav BiH bi sadržavao odredbe kao što su: postoji Ustavni sud Bosne i Hercegovine; Ustavni sud sastoji se od sedamnaest sudija, od kojih je pet iz reda srpskog naroda, pet iz reda hrvatskog naroda, pet iz reda bošnjačkog naroda i dva iz reda nacionalnih manjina i nacionalno neopredijeljenih građana; sudije Ustavnog suda imenuje Skupština Bosne i Hercegovine na osnovu liste koju utvrđuje Visoko sudsko i tužilačko vijeće Bosne i Hercegovine, u skladu sa zakonom; za sudiju Ustavnog suda može biti izabrana osoba državljanin Bosne i Hercegovine koja je istaknuti pravnik visokog moralnog ugleda i koji je prije

izbora navršio 45 godina života; za sudiju Ustavnog suda ne može biti izabrana osoba koja je u razdoblju od pet godina prije izbora obnašala bilo koju dužnost u političkoj stranci.

Mandat sudije Ustavnog suda traje do 70. godine života, osim ako podnese ostavku ili zbog postojanja razloga da su nedostojni vršenja dužnosti sudije budu razriješeni u skladu sa odlukom svih sudija Ustavnog suda.

Nadležnost Ustavnog suda treba biti značajno ojačana i usklađena sa pravilima ustavnog sudstva savremenih demokratskih država. Tako bi odredbe o Ustavnom sudu trebale sadržavati da: Ustavni sud podržava ovaj Ustav i njegov je garant; Ustavni sud je nadležan da odlučuje: o saglasnosti ustava entiteta sa ovim Ustavom, o tome da li je bilo koja odredba zakona, drugog općeg akta države BiH ili entiteta u saglasnosti sa ovim Ustavom, odnosno u suprotnosti sa državnim zakonom, o tome da li je statut korporacije, statut, odnosno pravilnik ili opšti akt javnog preduzeća u saglasnosti sa ovim Ustavom, odnosno u suprotnosti sa zakonom Bosne i Hercegovine. Nadležnost Ustavnog suda bi bila da donese odluku o raspuštanju Skupštine Bosne i Hercegovine.

Ustavni sud imao bi apelacionu nadležnost u slučajevima da se pred bilo kojim sudom ili državnim organom u Bosni i Hercegovini postavi pitanje saglasnosti zakona ili drugog propisa sa ovim Ustavom, na osnovu kojih se odlučuje o određenim pravima i obavezama čovjeka.

Ustavni sud Bosne i Hercegovine odlučivao bi o zahtjevu za zaštitu vitalnog nacionalnog interesa konstitutivnog naroda u Bosni i Hercegovini. O zahtjevu za zaštitu vitalnog nacionalnog interesa konstitutivnog naroda Sud odlučuje u posebnom vijeću od devet članova tog Suda, u koje ulaze troje sudija iz reda srpskog, troje sudija iz reda hrvatskog i troje sudija iz reda bošnjačkog naroda. Odluka suda o zahtjevu iz prethodnog stava je konačna i obavezujuća.

Način odlučivanja bio bi unaprijeđen. Ustavni sud zasijeda u plenumu ili u peteročlanim vijećima sudija. Kvorum Ustavnog suda, kada zasijeda u plenumu, čini većina od broja izabranih sudija. Kada odlučuje o zahtjevu za zaštitu vitalnog nacionalnog interesa konstitutivnog naroda, posebno vijeće odluke donosi većinom glasova vijeća koje uključuje najmanje po dva člana iz reda svakog konstitutivnog naroda.

Odluke Ustavnog suda Bosne i Hercegovine su konačne i obavezujuće. Vlada Bosne i Hercegovine odgovorna je da obezbijedi provođenje odluka Ustavnog suda.

Odluke Ustavnog suda stupaju na snagu nakon objavljivanja u Službenom glasniku Bosne i Hercegovine.

Pokretanje postupka pred Ustavnim sudom bilo bi usklađivano sa standardima efikasnije zaštite ljudskih prava i osnovnih sloboda. Tako postupak pred Ustavnim sudom može pokrenuti: predsjednik ili potpredsjednik bilo kojeg tijela izvršne vlasti u Bosni i Hercegovini; predsjednik ili potpredsjednik bilo kojeg tijela zakonodavne vlasti u Bosni i Hercegovini; bilo koji sud ili tužilaštvo u Bosni i Hercegovini, u slučaju da se pred tim sudom ili tužilaštvom postavi pitanje usklađenosti zakona ili drugog propisa sa ovim ustavom, o čijem važenju ovisi odluka tog suda ili tužilaštva; javni pravobranilac u slučajevima kada se postavi pitanje usklađenosti zakona ili propisa sa ovim ustavom od čije primjene ovisi zaštita prava i interesa države Bosne i Hercegovine, entiteta, kantona, grada ili općine; većina članova predstavničkog tijela jedinica lokalne samouprave o pitanjima zaštite prava na lokalnu samoupravu.

Inicijativu za pokretanje postupka pred Ustavnim sudom Bosne i Hercegovine može dati svaki građanin- državljan Bosne i Hercegovine.

Ustavni sud Bosne i Hercegovine može po vlastitoj inicijativi pokrenuti postupak za ocjenu saglasnosti ustava entiteta, saglasnosti zakona ili drugog propisa u Bosni Hercegovini sa ovim Ustavom.

Ustavni sud bi izvještaje o radu jednom godišnje dostavljao Skupštini Bosne i Hercegovine.

Potrebna sredstva za rad Ustavnog suda osiguravala bi se u budžetu Bosne i Hercegovine.

Usklađivanje pravnih poredaka entiteta sa standardima ljudskih prava

Izvršenje presude Evropskog suda za ljudska prava nužno zahtijeva i određene korekcije u sferi nekih ustavnih rješenja u entitetima koje se tiču ljudskih prava. Na prvom mjestu nužna je korekcija ustavnih rješenja u Federaciji BiH, neposredno u Ustavu Federacije BiH i u ustavima kantona. Iako ne u istoj mjeri, neophodne korekcije su nužne i u Ustavu Republike Srpske.

U Federaciji Bosne i Hercegovine Parlament Federacije BiH trebalo bi preimenovati u Skupštinu Federacije BiH. Skupština Federacije BiH sastojala bi se od dva doma:

- Predstavničkog doma
- Doma naroda, sa zakonodavnim pravom o pitanjima od vitalnog nacionalnog interesa.

Izbore za Predstavnički dom i Dom naroda bi trebalo vršiti neposrednim i tajnim glasanjem, putem otvorenih listi, na cijelom prostoru Federacije BiH, u skladu sa izbornim zakonom.

Predsjednika i tri potpredsjednika Federacije BiH bi birala Skupština Federacije BiH, analogno izboru Predsjedništva BiH - na posredan način. Uloga predsjednika i tri potpredsjednika Federacije BiH bila bi ceremonijalna.

Mandat predsjednika i potpredsjednika entiteta bi trajao pet godina. Predsjednik i potpredsjednici ne bi bili iz istog konstitutivnog naroda, a bili bi zastupljeni i ostali. Nadležnost predsjednika i potpredsjednika Federacije BiH bila bi revidirana u skladu sa njihovom ceremonijalnom ulogom.

U skladu sa Ustavom Bosne i Hercegovine i sa Ustavom Federacije BiH kantoni bi umjesto ustava kantona imali statut kantona.

Predstavničku vlast u kantonu bi vršile Skupštine kantona kao jednodomna tijela. Izbor članova Skupštine kantona vršio bi se neposredno, tajnim glasanjem, na osnovu jednakog izbornog prava na području kantona, u skladu sa izbornim zakonom.

U Skupštini kantona osiguralo bi se učešće najmanje po tri člana iz reda konstitutivnih naroda i jedan predstavnik iz reda nacionalnih manjina i nacionalno neopredijeljenih građana na području kantona. Donošenje odluka bilo bi uređeno statutom regije/kantona i poslovníkom Skupštine.

Broj kantona bi se smanjio na tri, pet ili šest kantona (regija) u Federaciji BiH.

Kantoni ne bi imali zakonodavnu ulogu.

Kanton ne bi mogao imati više od 3,5 do 7 depadansa (uređa) koji bi bili nadležni za životna pitanja građana tog kantona, u skladu sa podijeljenim nadležnostima koja pripadaju lokalnoj zajednici i višim nivoima vlasti.

Nadležnost kantona i općina bila bi proširena u skladu sa Evropskom poveljom o lokalnoj samoupravi.

U Republici Srpskoj Skupština Republike Srpske bi se sastojala od dva doma:

- Narodne skupštine
- Dom naroda, sa zakonodavnim pravom veta o pitanjima od vitalnog nacionalnog interesa.

Izbor za Narodnu skupštinu i Dom naroda bi se vršio neposredno, tajnim glasanjem putem otvorenih lista, na cijelom prostoru Republike Srpske, u skladu sa izbornim zakonom.

Predsjednika i tri potpredsjednika Republike Srpske birala bi Skupština Republike Srpske, analogno izboru predsjednika i tri potpredsjednika u Federaciji BiH.

Uloga predsjednika i potpredsjednika Republike Srpske bila bi ceremonijalna. Mandat bi bio pet godina, a na mjestu predsjednika i tri potpredsjednika bili bi zastupljeni po jedan iz reda tri konstitutivna naroda i jedan iz reda nacionalnih manjina i nacionalno neopredijeljenih građana.

Na navedeni način harmonizirala bi se esencijalna ustavna rješenja u ustavima entiteta i osigurale pretpostavke za primjenu jednakih standarda o ljudskim pravima u oba entiteta. Ustavnim korekcijama značajno bi se harmonizirao Dejtonski ustavni ustroj u BiH i njegova primjena značajno oživotvorila u korist čovjeka, građanina BiH.

Također, ovim bi se u ustavnom sistemu u BiH, značajno otklonile postojeće diskriminatorne odredbe koje uskraćuju pravo pojedincu kandidovanja na izborima samo zbog njegovih ili njenih prirodnih ili neotuđivih obilježja.

Treba imati na umu da se uskraćivanje građaninu prava da se kandiduje za svaku državnu poziciju, da bira i da bude biran može vezivati samo i isključivo za pitanje da li je to lice državljanin Bosne i Hercegovine ili nije. To pravo je povezano samo sa državljanstvom i ovim se postojeća diskriminacija čovjeka, državljanina BiH, otklanja te se Ustav BiH i ustavi entiteta usklađuju sa članom 14. Evropske konvencije i njenih protokola (čl. 3. Protokola br. 1 i član 1. Protokola br. 12.).

Država Bosna i Hercegovina je, prema ovim Konvencijama i Protokolima, dužna garantirati i (osigurati) zabranu diskriminacije i osigurati uživanje ovih ljudskih prava te je otklanjanje postojećih diskriminatornih odredbi u Ustavu Bosne i Hercegovine, kao i u ustavima entiteta, nužno učiniti istovremeno.

Zaključak

Iniciranim sadržajem ustavnih promjena Bosna i Hercegovina bi mogla učiniti do sada najveći iskorak ka osiguranju efikasnih instrumenata u poštivanju ljudskih prava i osnovnih sloboda. Pri tome, koraci ka napretku zemlje u euroatlantskim integracijama bili bi dokaz jačanja kredibiliteta zemlje u međunarodnim relacijama.

Ove reforme uzimaju u obzir dvoentitetsko uređenje bih i zadržavaju primjerenu ustavnu ulogu "konstitutivnih naroda" kao temeljnog određenja dejtonske Bosne i Hercegovine.

Provođenjem presude Evropskog suda za ljudska prava u predmetu Sejdić-Finci protiv Bosne i Hercegovine, u ustavno-pravnom poretku zemlje osigurava

se više neposredne demokratije, legalitet i legitimitet izabranih članova u zakonodavnoj vlasti, naročito u domovima naroda i uspostavljaju se bolji i efikasniji mehanizmi zaštite ljudskih prava u državi Bosni i Hercegovini.

Osigurava se funkcionalniji sistem donošenja odluka u Parlamentarnoj skupštini Bosne i Hercegovine, čime se stvaraju uslovi za zatvaranje OHR-a, Ureda Visokog predstavnika u Bosni i Hercegovini, a Bosna i Hercegovina se približava članstvu u EU i NATO savezu.

Na kraju, ovim ustavnim reformama osigurava se zaštita ljudskih prava etničkih manjina u Bosni i Hercegovini, na način kako to proizilazi iz Presude Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu, a Bosna i Hercegovina ispunjava svoje međunarodno preuzete obaveze.

Bibliografija

1. Arend Lijphart (1992) *Demokratija u pluralnim društvima*. Zagreb: Globus.
2. Bakšić-Muftić, J. (2002) *Sistem ljudskih prava*. Sarajevo: Fond otvoreno društvo, Pravni Centar FOD BiH: Magistrat.
3. *BiH i ljudska prava* (1999) Sarajevo: Pravni fakultet u Sarajevu.
4. *Bilteni Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, 1997.-2007. godine* (2007) Sarajevo: Ustavni sud Bosne i Hercegovine.
5. Harland C., Roche, R. i Strauss, E. (2003) *Komentar Evropske Konvencije o ljudskim pravima, prema praksi u Bosni i Hercegovini i Strazburu*. Sarajevo: Grafičar Praut.
6. *Časopis za pravnu teoriju i praksu "Pravna misao"*. (2002., 2003., 2004., 2006.) Sarajevo: Federalno ministarstvo pravde.
7. *Deklaracija ZAVNOBiH-a o pravima građana iz 1943.godine*. (1968) Sarajevo: Veselin Masleša.
8. *Dokumenti ZAVNOBiH-a*. (1968) Sarajevo: Veselin Masleša.
9. Gomien, D. (2003) *Kratak vodič kroz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima*. Beograd: ITGP Prometej.
10. Evropski sud za ljudska prava, Veliko Vijeće, *Sejdić-Finci protiv Bosne i Hercegovine, Presuda*, Strasbourg, 22.decembra 2009.
11. Evropski sud za ljudska prava - *Odabrane presude*. (2005) Savet Europe - Kancelarija u Beogradu, Beograd: Dosije.
12. Evropski sud za ljudska prava - *Odabrane presude*. (2006) Savet Europe - Kancelarija u Beogradu, Beograd: Dosije.

13. Bieber, F. (2004) *Institucionaliziranje etničnosti*. Sarajevo: Međunarodni forum Bosna.
14. *Godišnjak Univerziteta u Sarajevu* (2007), Sarajevo: Fakultet političkih nauka.
15. *Godišnji izvještaji, Ombudsmen Republike Srpske - zaštitnik ljudskih prava*, Banja Luka, 2004., 2005. i 2006.godine.
16. *Izvještaji o stanju ljudskih prava u Federaciji BiH, Ombudsman Federacije Bosne i Hercegovine*, Sarajevo, 1997., 1998, 1999., 2000., 2001., 2004., 2005., 2006. i 2007.godine.
17. *Izvodi iz Ustava Bosne i Hercegovine, Zaštita ljudskih prava*, (2005) Helsinški komitet za ljudska prava u BiH.
18. Jean-Francoise Akaudi-Kombe (2007) *Pozitivne obaveze prema Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima*. Vijeće Evrope.
19. Lič, F. (2007), *Obraćanje Evropskom sudu za ljudska prava*. Knjiga I i II, Beogradski Centar za ljudska prava, Misija OEBS u Srbiji, Beograd.
20. *Ljudska prava u BiH poslije Dayton: od teorije do prakse*. (1991) Sarajevo: Centar za ljudska prava Univerziteta u Sarajevu.
21. *Ljudska prava u BIH*, Centar za ljudska prava Univerziteta u Sarajevu i Karl-Franzens Universitas, Znanost i pravo, Simpozij u Gratzu, 1997.godine, Sarajevo, 1999.godine.
22. Milićević, N. (2008) *Ljudska prava*, Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu.
23. Mujkić, A. (2007) *Mi građani Etnopolisa*, Sarajevo: Šahinpašić.
24. Nadaždin-Defterdarević, M. (2008) *Evropska konvencija o ljudskim pravima prema praksi Evropskog suda za ljudska prava*, Mostar.
25. *Odluka Ustavnog suda BIH od 1. jula 2000. godine u predmetu konstitutivnih naroda*, broj: U 5/98, „Službeni glasnik BiH“, broj: 30/00, Ustavni sud Bosne i Hercegovine, Sarajevo, 2000. godine.
26. *Odluke o prihvatljivosti i meritumu 1996-2002. godina - Pregled* (2004) Dom za ljudska prava za Bosnu i Hercegovinu, Sarajevo: Blicdruk.
27. *Odluke o prihvatljivosti i meritumu 2003.-2006. godine - Pregled*, Dom za ljudska prava za Bosnu i Hercegovinu, (2003), Komisija za ljudska prava pri Ustavnom sudu Bosne i Hercegovine 2004.-2006. godine (2006) Sarajevo: Blicdruk.
28. *Opći okvirni sporazum za mir u Bosni i Hercegovini*, Dayton, 21.novembar 1995.godine.

29. Pavlović, V. (2004) *Civilno društvo i demokratija*. Beograd: Cigoja štampa.
30. Pejanović, M. i Fink Hafner, D. (2006) *Razvoj političkog plurazlizma u Sloveniji i Bosni i Hercegovini*. Sarajevo: DES.
31. Pobrić N. (2000) *Ustavno pravo*. Mostar: Izdanje Slovo.
32. *Pravo i pravda*, Časopis za pravnu teoriju i praksu (2007) Udruženje sudija/sudaca Federacije BiH, Sarajevo, Godina VII, broj 01., Sarajevo: Bemust.
33. *Pravo i pravda*, Časopis za pravnu teoriju i praksu (2008) Udruženje sudija/sudaca Federacije BiH, Sarajevo, Godina VII, broj 1., Sarajevo: Bemust.
34. Robert Dal, (1999) *Demokratija i njeni kritičari*. Podgorica: CID.
35. Sadiković, Ć. (2001) *Evropsko pravo ljudskih prava*. Sarajevo: Magistrat.
36. Šarčević, E. (2004) *Ustav i politika*. Sarajevo: Copyright.
37. Šarčević, E. *Dejtonski ustav, Karakteristike i karakteristični problemi*, Konrad Adenauer Stiftung, Predstavništvo u Bosni i Hercegovini, 2009., str.99.
38. Trnka, K. (2002) *Ustavno pravo*. Sarajevo.
39. *Ustavi*:
 - Bosne i Hercegovine, Aneks IV Dejtonskog mirovnog sporazuma za BiH,
 - Federacije Bosne i Hercegovine,
 - Republike Srpske,
 - Kantona u Federaciji Bosne i Hercegovine, Federalno ministarstvo pravde, Sarajevo, 1999.godine.
40. Van Dijk/Van Hoof (2001) *Teorija i praksa Evropske konvencije o ljudskim pravima*. Muller, Sarajevo.
41. Vasiljević, V. (1991) *Prava čoveka*. Zbornik dokumenata, Beograd: Prometej.
42. Zgodić, E. (2006) *Vladavina konsenzusom*. Sarajevo: BZIC, Preporod.

POSSIBLE APPROACH TO THE EXECUTION OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS JUDGMENT IN CASE SEJDIĆ-FINCI VS. BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary

This work elaborates the position of human rights in the constitutional system of the Dayton Bosnia and Herzegovina, the character, content and the importance of the Judgment of the European Court of Human Rights regarding the violation of the rights of the applicants for their ineligibility to stand for election to the House of Peoples and the Presidency of Bosnia and Herzegovina on the ground of their Roma and Jewish origin. The existing constitutional solutions in the Constitution of Bosnia and Herzegovina and the entity Constitutions are also analyzed, as well as the need to harmonize those with the content and the spirit of the European Court of Human Rights' Judgment.

In this work possible solutions are also given with regard to the necessary changes and amendments that need to be done to the Constitution of Bosnia and Herzegovina and the entity Constitutions in ensuring equal human rights in Bosnia and Herzegovina and elimination of discrimination on any other grounds. According to that, possible solutions which correspond to the human rights catalogue contained in the highest act of state and in the execution of commitments of Bosnia and Herzegovina, taken by the ratification of European Convention of Human Rights and Fundamental Freedoms and its Protocols, are given too.

Key words

European Court, judgement, constitution, state, entity, citizen, non-discrimination, possible solutions.

SUPARNIČARSTVO U PARNICI ZA UTVRĐENJE PRAVA VLASNIŠTVA NEKRETNINA STEČENOG NA OSNOVU DOSJELOSTI

stručni članak

UDK: 347.921.2:347.233

mr. Muhamed Cimirotić*

Sažetak

Suparničarstvo kao ustanova parničnog procesnog prava je normirano Zakonom o parničnom postupku. Ono može postojati u redovnom i posebnim parničnim postupcima. U sudskom postupku utvrđenja prava vlasništva stečenog dosjelošću na nekretninama često postoji veći broj subjekata na strani tuženih kao suvlasnika (ali ponekad i na strani tužitelja kao dosjedatelja).

U tome smislu u sudskoj praksi je bilo različitih odluka i stavova po pitanju da li su ili nisu utuženi suvlasnici jedinstveni i nužni suparničari.

Traganje za ispravnim odgovorom, upravo je tema ovoga rada.

Analizom sudske prakse, materijalnog i procesnog pozitivnog prava u BiH, dolazi se do zaključka da utuženi suvlasnici jesu jedinstveni nužni suparničari u parnici za utvrđenja prava vlasništva stečenog na osnovu dosjelošti.

Takvo njihovo svojstvo je izraz specifičnosti dosjelošti, (su)vlasništva kao prava i mehanizama zaštite prava vlasništva upisanih suvlasnika.

Ključne riječi

suparničarstvo (jedinstveno nužno), dosjelošt nekretnina

* Sudija Kantonalnog suda u Bihaću;
muhamed.cimirotic@bih.net.ba

Uvod

Dosjelost kao jedan od zakonskih osnova stjecanja stvarnih prava je originalni (izvorni) način stjecanja prava, što znači da stjecatelj svoje pravo ne izvodi iz prava prethodnika, nego pravo stječe u času kada se steknu zakonske pretpostavke za dosjelost.

Tako je prema Zakonu o vlasničkopравnim odnosima (u FBiH) i Zakonu o stvarnim pravima (u RS), ali je drugačije po Zakonu o zemljišnim knjigama (u oba entiteta), što nije tema rada.

Izlaganje u ovome radu se odnosi suparničarstvo u sudskom postupku za utvrđenje stjecanje prava vlasništva dosjelošću na nekretninama.

Da bi pravo vlasništva stečeno dosjelošću imalo puni efekat prema trećim licima, potrebno je upisati stečeno pravo u zemljišnu knjigu, a tome prethodi sudski postupak i presuda kojom se utvrđuje da je to pravo stečeno.

Kada je u zemljišnoj knjizi (a često jeste) upisano više suvlasnika parcele koja je predmet spora, a tužitelj (dosjedatelj) je upravo na njoj stekao pravo vlasništva dosjelošću, otvara se pitanje da li je potrebno (ili nužno) utužiti sve upisane suvlasnike. Dakle, pitanje se svodi na to da li su upisani suvlasnici nužni i jedinstveni suparničari u takvoj parnici.

Ovaj rad je na stanovištu da oni to jesu, a temeljem analize relevantnog materijalnog i procesnog pozitivnog prava te pravnih efekata stjecanja prava vlasništva i njegova upisa u javne registre nekretnina.

Pravna priroda suvlasništva kao materijalnopravnog odnosa koji postoji mimo i prije parnice, pravo na zaštitu i mehanizmi zaštite prava vlasništva (rani-jih vlasnika) su osnova stanovišta o nužnosti (a time i jedinstvenosti) suparničarstva suvlasnika u ovim parnicama.

1. Općenito o suparničarstvu

Suparničarstvo (lat. *litis consortium* – gomilanje procesnih subjekata) je procesna pojava kada se u istoj stranačkoj ulozi u parnici pojavljuje više procesnih subjekata.¹ Kada se u postupku u ulozi tužioca ili tuženoga pojavljuje dva ili više lica, tada imamo suparničarstvo ili subjektivnu kumulaciju.²

¹ Triva, S. (1968) Rječnik građanskog procesnog prava. Informator, Zagreb, str. 388.

² Čalija - Omanović (2000) Građansko procesno pravo. Pravni fakultet u Sarajevu, str. 163.

Zakon o parničnom postupku³ u čl.362. kratko definiše da više lica mogu jednom tužbom tužiti odnosno biti tuženi (suparničarstvo) te dalje pojašnjava da su oni:

- materijalni suparničari: ako su u pogledu predmete spora u pravnoj zajednici (na primjer: suvlasnici, sunasljednici) ili ako su u stvarnoj zajednici, a to će biti ako njihova prava odnosno obaveze proističu iz istog činjeničnog i pravnog osnova - *idem factum, idem ius* (povjerioci ili dužnici iz ugovora, više štetnika ili oštećenih),
- formalni suparničari: ako su predmet spora zahtjevi odnosno obaveze iste vrste koji se zasnivaju na bitno istovrsnom činjeničnom i pravnom osnovu (*simile factum, simile ius*) i ako postoji stvarna i mjesna nadležnost istog suda za svaki zahtjev i za svakog tuženog (osiguranici štetnog događaja kada utuže ili budu utuženi).

Stav 3. istoga člana propisuje da se suparničarstvo može zasnovati ako je to određeno drugim zakonom (npr. Porodičnim zakonom kod maternitetskih i paternitetskih sporova propisano ko mora biti uključen u postupak).

Isti zakon u čl. 366. i čl. 367. propisuje: "Ako se po zakonu ili zbog prirode pravnog odnosa spor može riješiti samo na jednak način prema svim suparničarima (jedinствени suparničari), smatraju se oni kao jedna parnična stranka, tako da se u slučaju ako pojedini suparničari propuste koju parničnu radnju, dejstvo parničnih radnji koje su izvršili drugi suparničari proteže i na one koji te radnje nisu poduzeli, a ako rokovi za izvršenje određenih parničnih radnji za pojedine jedinstvene suparničare ističu u razno vrijeme, tu parničnu radnju može svaki suparničar poduzeti sve dok ma i za jednog od njih još teče rok za poduzimanje te radnje."

U pravnoj literaturi se piše i o nužnom suparničarstvu (što zakon izričito ne normira) koje postoji u slučaju kada određene osobe moraju biti obuhvaćene tužbom (o čemu će biti više govora u daljem izlaganju).

Zakon o parničnom postupku poznaje i eventualno (supsidijarno) suparničarstvo koje postoji onda kada tužitelj tužbom tuži dva ili više tuženih i traži da tužbeni zahtjev bude usvojen prema sljedećem tuženiku za slučaj da bude pravosnažno odbijen prema onom koji je u tužbi naveden prije njega.⁴

³ Zakon o parničnom postupku "Službene novine Federacije BiH" broj 53/03, Iste odredbe o suparničarstvu imaju i Zakon o parničnom postupku RS i Zakon o parničnom postupku Brčko Distrikta BiH, te dalje citiranje odredbi iz zakona Federacije se odnosi i na sadržaj istoimenih zakona u RS i Brčko Distriktu BiH.

⁴ Zakon o parničnom postupku (FBiH i RS), čl. 363.

Suparničarstvo može biti zasnovano već prilikom podnošenja tužbe – prvobitno suparničarstvo ili zasnovano u toku postupka – naknadno suparničarstvo, a ono će biti ako uz tužitelja pristupi novi tužitelj ili tužba bude proširena na novog tuženika uz njegov pristanak.⁵

Ako je više osoba na tužilačkoj strani, suparničarstvo je aktivno, a ako ih je više na strani tuženih, suparničarstvo je pasivno.

Zakon poznaje zasnivanje suparničarstva i na način da treće lice utuži tužitelja i tuženika iz već tekuće parnice (pred istim sudom) sve do pravosnažnog okončanja parnice.⁶ Ovo suparničarstvo može biti samo pasivno. U pravnim radovima poznato kao “glavno miješanje u parnicu” - *interventio principalis*.⁷

Ako nije nužno odnosno jedinstveno, tada je suparničarstvo obično, što znači da je svaki suparničar samostalna stranka u postupku pa stoga odluke mogu biti različite prema njima, procesne pretpostavke se posebno cijene za svakoga od njih, radnje jednoga ne dejstvuju prema drugima, svaki samostalno disponira zahtjevom itd.

Šira analiza suparničarstva kao instituta nije predmet rada.

1.1. Jedinstveno nužno suparničarstvo na strani tuženih

Suvlasništvo postoji kada nepodijeljena stvar pripada dvjema ili više osoba, tako da je dio svake od njih određen srazmjerno cjelini (idealni dio).⁸ Dakle, suvlasnici su u pravnoj zajednici prema predmetu suvlasništva pa kada budu utuženi (pasivni suparničari) imaju procesni položaj materijalnih suparničara u smislu čl. 362. st.1. tačka 1. Zakona o parničnom postupku FBiH.

I na strani tužitelja (dosjedatelja) može biti više osoba kada su i oni suparničari (aktivni), ali sa drugačijim položajem u usporedbi sa tuženima kao suparničarima.

U pravnoj literaturi i sudskoj praksi su podijeljena mišljenja u odgovoru na pitanje: da li su svi suvlasnici nekretnine jedinstveni odnosno nužni suparničari u parnici za utvrđenje prava vlasništva stečenog dosjelošću (kada se tužba podnosi protiv njih kao upisanih suvlasnika).

⁵ Zakon o parničnom postupku, (FBiH i RS), čl. 362. stav 2.

⁶ Zakon o parničnom postupku, (FBiH i RS), čl. 364.

⁷ Čalija, B. Ibidem, str. 169., Tako i Triva, S. Rječnik...,str. 82.; Poznić, B. Ibidem str. 355.

⁸ Zakon o vlasničkopравnim odnosima FBiH (“Službene novine” br. 6/98), čl. 15. stav 1., Zakon o stvarnim pravima RS, (“Službeni glasnik RS” br. 124/08), čl. 25. stav 1., Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Brčko Distrikta BiH (“Službeni glasnik” 11/01), čl. 53. stav 1.

Prema nekim stavovima sudske prakse “ne postoji jedinstveno suparničarstvo kada se protiv više zemljišno knjižnih suvlasnika nekretnine tužbom traži utvrđenje stjecanja vlasništva putem održaja.”⁹

“U parnici radi utvrđenja stjecanja prava vlasništva nekretnina dosjelošću tuženi zemljišno knjižni suvlasnici te nekretnine nemaju svojstvo jedinstvenih nužnih suparničara.”¹⁰

Iz prednjih odluka slijedi da suvlasnici nekretnine nisu jedinstveni niti nužni suparničari u parnici za utvrđenje prava vlasništva stečenog dosjelošću.

Međutim, postoje i suprotna stanovišta (i odluke) u sudskoj praksi, pa tako:

“Tužbom za utvrđenje prava svojine moraju biti obuhvaćeni svi suvlasnici predmetne nekretnine kao jedinstveni suparničari, jer zbog prirode pravnog odnosa spor je moguće riješiti samo jednak način prema svim suparničarima.”¹¹ (Ovaj stav suda ne pominje neposredno dosjelost, ali se odnosi oopće na stjecanja prava vlasništva, a to uključuje i dosjelost kao osnov jer nije isključena odlukom).

“U parnici koju jedan od suvlasnika vodi protiv ostalih suvlasnika stvari radi utvrđenja njegovog suvlasničkog dijela, ostali suvlasnici imaju svojstvo jedinstvenih suparničara, jer se spor može riješiti samo na jednak način prema svim tuženima.”¹² (I ovaj stav ne pominje dosjelost kao osnov stjecanja, ali se i ovaj primjer odnosi na utvrđenje vlasništva protiv ostalih suvlasnika pa se i tada otvara isto pitanje procesnog položaja tuženih).

Iz citiranih, suprotnih stavova slijedi da ni sudska praksa nije jedinstvena po pitanju da li su ili nisu jedinstveni i nužni suparničari suvlasnici nekretnine u parnici za utvrđenje prava vlasništva stečenog dosjelošću, što je razlog više za analizu i traganje za ispravnim odgovorom.

Temeljito analizom materijalnog i procesnog prava mogao bi se izvesti zaključak da upisani suvlasnici nekretnine jesu jedinstveni i nužni suparničari u parnici za utvrđenje prava vlasništva stečenog dosjelošću.

Nužno suparničarstvo se izvodi iz pojma nužne stranke, a to su one stranke (one osobe koje čine jednu stranku) koje moraju biti uključene u postupak da bi se on uopće vodio. Dakle, njihova obuhvaćenost tužbom je procesna pretpostavka za vođenje (početak i tok) postupka.

⁹ Vrhovni sud Vojvodine, Gž. 181/72; Medić-Tajić, (2008), Sudska praksa iz stvarnog prava, Banja Luka: Privredna štampa, str. 288.

¹⁰ Vrhovni sud Republike Hrvatske, Rev-1278/93, Medić-Tajić, ibidem, str. 288.

¹¹ Okružni sud u Beogradu Gž. 1059/75, Medić-Tajić, ibidem, str. 72.

¹² Vrhovni sud Republike Hrvatske Gž. 51/83, od 31.08.1983.

“Kada su u postupku obuhvaćene nužne stranke, tada postoji ‘nužno’ suparničarstvo, a ono je istovremeno i jedinstveno suparničarstvo.”¹³

“Nužno suparničarstvo u užem smislu postoji u onim slučajevima u kojima se sporni odnos ne samo mora riješiti na isti način prema svim subjektima spornog odnosa tj. mora se donijeti jedinstvena odluka nego u parnici kao procesno pravnom odnosu nužno moraju učestvovati (na strani tužitelja ili tuženoga) svi učesnici spornog materijalno – pravnog odnosa.”¹⁴

Da li će neka osoba biti nužna stranka odnosno nužni suparničar u parnici za utvrđenje vlasništva dosjelošću, može se zaključiti na osnovu procjene neposrednog dejstva sudske presude prema toj osobi. Ako takva osoba ne bi bila utužena, a ako bi presuda iz te parnice imala neposredno dejstvo prema toj osobi, tada bi ona morala biti obuhvaćena tužbom kao tužena stranka.

Hoće li neka presuda neposredno djelovati prema nekoj osobi, to će zavisiti od sadržaju tražene zaštite i odnosa te osobe prema posrednom predmetu spora.¹⁵

Ako bi deklaratorna presuda djelovala svojom pravosnažnošću i prema ovlašteniku ili obvezniku prava odnosno sudioniku odnosa s obzirom na koji se određeno utvrđenje traži neovisno od njegovog sudjelovanja u parnici, i on bi morao imati status stranke u postupku.¹⁶

U parnici za utvrđenje stjecanja prava vlasništva dosjelošću odlučuje se deklaratornom (utvrđujućom) presudom da je tužitelj stekao pravo vlasništva na određenoj parceli ili njenom dijelu (ima se u vidu nekretnina-zemljište). U slučaju kada je bilo više upisanih suvlasnika te parcele u zemljišnoj knjizi, tada presuda iz te parnice, zasigurno, ima neposredno dejstvo na prava (vlasništva) svih suvlasnika, bili oni utuženi ili ne. Tvrdnja se zasniva na tome što “suvlasništvo postoji kada nepodjeljena stvar pripada dvjema ili više osoba, tako da je dio svake od njih određen srazmjerno cjelini.”¹⁷ Stoga, kada se presudom utvrdi da je tužitelj dosjelošću stekao pravo vlasništva na parceli, tada će on (na zahtjev) biti u zemljišnoj knjizi upisan kao isključivi vlasnik, a istovremeno će biti brisani suvlasnički dijelovi svakog suvlasnika - utuženog i neutuženog.

¹³ Triva, S. ibidem, str. 191; isto Vrhovni sud Republike Hrvatske Rev. 322/94.

¹⁴ Čalija-Omanović, ibidem, str. 167.

¹⁵ Dika-Čizmić (2000) Komentar Zakona o parničnom postupku FBiH. Sarajevo: OSCE, str. 358.

¹⁶ Dika-Čizmić, ibidem.

¹⁷ Zakon o vlasničko pravnim odnosima F BiH čl.15; Zakon o stvarnim pravima RS čl. 25.; Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Brčko Distrikta BiH čl. 53.

Dakle, za sve suvlasnike, utužene i neutužene, presuda ima isto dejstvo jer se svima njima brišu suvlasnički dijelovi na nekretnini koja je bila predmet utvrđenja vlasništva (ako je pravo vlasništva utvrđeno na cijeloj parceli).

Ako je pravo vlasništva tužitelju utvrđeno samo na dijelu parcele, tada se opet svim suvlasnicima umanjuje stvarna (realna) površina parcele razmjerno onome koliko je iznosila površina dijela utvrđenog kao vlasništvo tužitelja (dosjedatelja), ali im ostaje isti idealni dio, s tim da njihov idealni suvlasnički dio sada iznosi manju realnu površinu (jer je dio te parcele stekao - dosjedatelj).

Prema tome, kada tužitelj temeljem presude zatraži uknjižbu prava u zemljišnu knjigu, uknjižba obima stečenog prava tužitelja istovremeno uzrokuje, u istom obimu, brisanje prava suvlasnika te parcele, bez obzira da li su oni bili ili nisu bili utuženi (stranke u postupku) jer pravno-tehnički uknjižba stečenog prava vlasništva jedne osobe praćena je brisanjem istoga prava druge (ili drugih) osobe u istom obimu (pravila upisa u zemljišnu knjigu prema čl.2. stav 5. Zakona o zemljišnim knjigama FBiH i čl.19. Pravilnika o postupanju u zemljišnoknjižnim stvarima).

Iz prednjeg jasno proističe da presuda ima dejstvo prema svim suvlasnicima nekretnine (utuženima i neutuženima) pa se iz njihovog takvoga materijalno pravnog odnosa (suvlasništva) i iz neposrednog dejstva presude prema njima izvodi zaključak da im se svima mora dati mogućnost da učestvuju u postupku u kojem će biti donesena ista presuda prema svima, a temeljem koje će se brisati njihovo pravo vlasništva (suvlasništva) i upisati stečeno pravo tužitelja (dosjedatelja).

Tačno je da se pravo vlasništva dosjelošću stječe u času ispunjenja zakonskih pretpostavki (originarno, a istovremeno raniji vlasnici gube svoja prava),¹⁸ neovisno od utvrđenja sudskom odlukom i od časa upisa stečenoga prava u zemljišnu knjigu, ali se mora imati u vidu da se pravo (su)vlasništva suvlasnika (utuženih i neutuženih) može brisati tek temeljem presude kada stjecatelj upisuje svoje stečeno pravo, a do toga brisanja je pretpostavka da je vlasnik onaj ko je upisan kao vlasnik. Kod činjenice da se ta presuda (kao osnov uknjižbe odnosno brisanja prava) donosi u sudskom postupku, to se svakom suvlasniku mora dati prilika, mogućnost da učestvuje u tome postupku, da se suprostavi tvrdnjama tužitelja i iznosi svoje jer će od ishoda toga postupka zavisiti brisanje njegovog upisanog prava.

¹⁸ Drugačije po Zakonu o zemljišnim knjigama, čl. 89. (FBiH i RS), jer se stječe tek upisom prava u zemljišnu knjigu, ako su pretpostavke dosjelošti stečene nakon stupanja toga zakona na snagu.

Ovakav zaključak proističe iz same prirode suvlasništva i prava na njegovu zaštitu jer “suvlasnik ima pravo na tužbu za zaštitu svoga prava vlasništva cijele stvari” i “pravo na tužbu za zaštitu svoga prava vlasništva na dijelu stvari.”¹⁹

Ove odredbe podrazumjevaju aktivnu zaštitu prava vlasništva putem tužbe vlasnika, ali zaštita prava vlasništva podrazumijeva i pravo (i mogućnost) da upisani vlasnik brani svoje vlasništvo od pretenzija trećih osoba onda kada treći tužbom pretenduje na njegovu stvar jer ishod toga postupka može biti presuda temeljem koje se može brisati pravo upisanog suvlasnika. Takvim pretenzijama tužitelja (dosjedatelja) može se suprostaviti samo onaj suvlasnik koji bude utužen jer je stranka u postupku, ali suvlasnik koji nije utužen, nema drugog pravnog instrumenta da zaštiti svoje upisano pravo (osim da novom tužbom sebe štiti, a što stvara nepotrebne troškove i trajanje).

Pravna priroda suvlasništva i mehanizmi njegove zaštite nameću obavezu da se suvlasnicima mora omogućiti procesno pravni položaj tuženih (stranke) u parnici da bi u tome svojstvu štitili svoje pravo vlasništva.

Dakle, tužitelj (dosjedatelj) bi trebao utužiti sve suvlasnike predmetne nekretnine kao nužne suparničare.

“Odsustvo jednog sudionika u parnici predstavlja nedostatak procesno-pravne legitimacije za vođenje parnice. Ako tužitelj ne obuhvati tužbom sve one koji tek zajedno čine jednu pasivnu stranku, tada tužbu trebalo odbaciti.”²⁰ Neki autori smatraju suprotno, da “...tužilačkoj ili tuženoj strani nedostaje stvarna legitimacija ako kao tužioci ili kao tuženi tužbom nisu obuhvaćeni svi nosioci nedjeljivog prava ili obaveze.”²¹ Dakle, po ovom drugom stavu, tužbeni zahtjev bi trebalo odbiti jer je zbog nedostatka stvarne pasivne legitimacije zahtjev neosnovan pa ga treba odbiti, a ne tužbu odbaciti.²² Ovaj rad je na stanovištu da se, u takvom slučaju, radi o nedostatku procesno pravne legitimacije jer svi suvlasnici samo zajedno čine tuženu stranu pa trebaju svi biti obuhvaćeni tužbom da bi se uopće mogao voditi postupak.

U prilog navedenom stavu (o nužnom suparničarstvu suvlasnika u ovim parnicama) je i sljedeće: Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i temeljnih

¹⁹ Zakon o vlasničko pravnim odnosima F BiH čl. 50. Zakon o stvarnim pravima RS čl. 133., Zakon o vlasništvu... Brčko Distrikta čl. 48.

²⁰ Triva-Dika (2004) Građansko parnično procesno pravo. Zagreb: Narodne novine, str. 445.

²¹ Poznić, B. (1987) Građansko procesno pravo. Beograd: Savremena administracija, str. 354.

²² Isto mišljenje o nedostatku stvarne legitimacije ima prof. Čalija (2000) Građansko procesno pravo. Sarajevo, str. 167.

sloboda u čl. 6. pod nazivom “pravo na pravično suđenje”, propisuje : “...prilikom utvrđivanja građanskih prava i obaveza svako ima pravo na pravično suđenje...”

“Pravično suđenje”, pored ostalog, podrazumijeva pravičnost za sve sudionike u postupku koji već teče, ali ako postupak tek treba pokrenuti, tada “pravično suđenje” ima širi smisao pa podrazumijeva i pravo da u postupku učestvuje ona osoba (osobe) na čija prava će dejstvovati presuda iz toga postupka. U kontekstu utvrđenja prava vlasništva stečenog dosjelošću te osobe su svi upisani suvlasnici jer će na prava svih njih presuda imati dejstvo (naprijed pojašnjeno). U postupku se sudi o vlasništvu, a ono jeste građansko pravo, pa stoga u smislu Konvencije “pravično suđenje” u “građanskom pravu” nesumnjivo podrazumijeva pravo da u tome suđenju učestvuje svaki suvlasnik kao stranka. Tome njegovom pravu odgovara obaveza tužitelja da ga utuži i tako mu omogući ostvarenje prava na zaštitu svoga (su)vlasništva u sudskom postupku.

Nadalje, kod suvlasništva svaki suvlasnik ima suvlasništvo na svakom dijelu stvari kao cjelini pa kada se presudom utvrdi vlasništvo trećeg lica (tužitelja) stečeno dosjelošću, to se pravo upisuje u zemljišnu knjigu (na zahtjev stranke), a istovremeno se brišu upisana prava suvlasništva svih suvlasnika (utuženih i neutuženih), što znači da je dejstvo presude jednako prema svim suvlasnicima. Stoga, u situaciji kada ne bi bili utuženi svi suvlasnici (a presuda će imati dejstvo prema svima njima) ostaje otvoreno pitanje: da li bi se, temeljem te presude, smjelo brisati upisano pravo (su)vlasništva onih suvlasnika koji nisu bili stranke u postupku (nisu bili utuženi, a odlučeno i o njihovom pravu vlasništva)?

Drugim riječima, može li se brisati pravo vlasništva (na nekretnini) onih osoba kojima nije data mogućnost da se u sudskom postupku suprotstave tužbi, odnosno da zaštite svoje pravo na koje drugi pretenduje? (Ovo pitanje ostaje aktuelno, bez obzira što je dosjelost originaran način stjecanja jer se vlasnikom smatra onaj ko je upisan kao vlasnik u zemljišnu knjigu, a to njegovo pravo će biti brisano tek temeljem presude, a u postupku donošenja te presude nije učestvo-vao taj suvlasnik).

Za potvrđan odgovor na to pitanje nema pravnoga uporišta u domaćem pozitivnom pravu i bližem susjedstvu. Naprotiv, naprijed izloženo upućuje na suprotan zaključak da suvlasnici (kao tuženici) jesu nužni i jedinstveni suparničari u parnici za utvrđenje prava vlasništva stečenog dosjelošću (na nekretninama).

Ako bi se prihvatilo stanovište da utuženi suvlasnici nisu jedinstveni suparničari (nego obični), to bi značilo da svaki od utuženih može u postupku poduzimati procesne radnje sa učinkom samo prema svome suvlasničkom dijelu i sa konsekvencama samo prema sebi. U takvoj situaciji se otvara niz pitanja: šta ako

jedan suparničar prizna tužbeni zahtjev, drugi zaključi sudsku nagodbu, a treći spori zahtjev i slično. Kako presuditi? Nadalje, pitanja – ako sud usvoji tužbeni zahtjev po osnovu priznanja jednoga suparničara – pitanje je da li zahtjev usvojiti u cijelosti za cijelu parcelu (ako je tako tužbom traženo) ili usvojiti zahtjev samo u dijelu koji odgovara veličini suvlasničkog dijela suparničara koji je priznao (a ostatak zahtjeva odbiti)? Uz ovo ide i pitanje kakve su posljedice ako suparničar (obični) prizna tužbeni zahtjev na svome idealnom suvlasničkom dijelu, s obzirom da se vlasništvo dosjelošću stječe na realnom (tačno određenom) dijelu kojega je dosjedatelj imao u posjedu, a na svakom dijelu parcele svaki suvlasnik ima svoj idealni suvlasnički dio.

Ako po priznanju sud usvoji zahtjev u cijelosti – pitanje je da li je to smio jer taj suparničar bi (eventualno) mogao priznati tužbeni zahtjev samo u svoje ime i za svoj suvlasnički dio (ali ne sa dejstvom prema ostalim utuženim suvlasnicima).

Ako jedan (tuženi) suparničar želi da zaključi nagodbu sa tužiteljem, da li će sud to uopće dopustiti, odnosno ako dopusti, da li će se nagodba odnositi samo na dio parcele koji odgovara idealnom suvlasničkom dijelu tuženika koji želi nagodbu ili će se nagodba odnositi na cijelu parcelu (što bi uključivalo i tuđe suvlasničke dijelove)? Ako bi se nagodba odnosila samo na suvlasnički dio tuženika koji je zaključio nagodbu (a što je pravilo,) pitanje je kako uknjižiti stečeno pravo jer ako se idealni dio uknjiži, tada bi se stečeno pravo protezalo i na idealne dijelove ostalih suvlasnika koji nisu zaključili nagodbu.

Na naprijed pomenuta i niz drugih pitanja teško da bi se (ili ne bi nikako) našao pravilan odgovor ako bi se prihvatilo stanovište da suvlasnici nisu jedinstveni niti nužni suparničari (nego obični). Ovo zbog toga što obično suparničarstvo podrazumijeva da je svaki suparničar samostalna stranka, mogućnost svakog od suparničara da samostalno poduzima sve radnje u postupku bez pristanka ili odobrenja drugih, a sa dejstvom prema sebi, mogućnost različitih odluka prema njima sa dejstvom samo prema onome na koga se odnosi itd.

Kod nužnog (a time i jedinstvenog) suparničarstva sve to nije moguće, a upravo zbog njihovog procesnog položaja koji je posljedica pravne prirode suvlasništva.

Međutim, ako se prihvati stanovište, koje podžava i ovaj rad, a to je da suvlasnici jesu nužni i jedinstveni suparničari u parnici za utvrđenje prava vlasništva stečenog dosjelošću, tada se mogu naći odgovori na prednja pitanja. U tome slučaju bi se na odnose tuženih suparničara primjenjivala pravila za jedinstvene suparničare: ako oni poduzimaju procesne radnje sa različitim posljedicama, onda se ima smatrati da je poduzeta ona radnja koja je najpovoljnija za sve njih. Ko poduzme korisnu radnju, ona se odnosi i na one koji radnju nisu

poduzeli ili ako neki od njih poduzme štetnu radnju, smatra se da radnja nije ni poduzeta (jer je nisu poduzeli svi). Ako jedan prizna tužbeni zahtjev, a drugi ga ospori, smatra se da je zahtjev osporen jer je to povoljnije za sviju. Samo jedan od više jedinstvenih suparničara ne može priznati tužbeni zahtjev ili zaključiti nagodbu jer se oni smatraju kao jedna parnična stranka pa svaka radnja mora biti učinjena od strane sviju ili od manje njih, ali u korist sviju. Ne može se donijeti presuda zbog propuštanja ili na osnovu priznanja ako i za jednoga od njih nisu ispunjeni uslovi za takvu odluku.²³ (Detaljnije analize jedinstvenog suparničarstva nisu predmet ovoga rada, ali je prednje izloženo samo radi obrazlaganja stava da to suparničarstvo, kao jedinstveno nužno, postoji u ovakvim parnicama.)

U prilog prednjem stavu o postojanju jedinstvenog nužnog suparničarstva i sljedeće : prema pravnoj prirodi suvlasništva ono postoji na svakom dijelu stvari pa u času kada je dosjedatelj stekao pravo vlasništva, istovremeno su to pravo izgubili svi suvlasnici utuženi i neutuženi, a kada se stečeno pravo na osnovu presude bude uknjižilo u zemljišnu knjigu, istovremeno se briše pravo ostalih suvlasnika na predmetnoj parceli (ranije je već pomenuto).

Upravo zbog toga podnošenjem tužbe protiv svih suvlasnika daje im se mogućnost i pravo da zaštite svoj suvlasnički dio u sudskom postupku u kojem se utvrđuje da li je tužitelj dosjelošću stekao pravo vlasništva na njihovoj parceli (njihovoj - u smislu da su još uvijek upisani kao suvlasnici).

Ako sud utvrdi da tužitelj jeste stekao pravo vlasništva, takva odluka djeluje na prava svih suvlasnika (na njihove suvlasničke dijelove), što znači da u procesnom smislu ne može biti donesena različita odluka prema nekim suvlasnicima u odnosu na druge, a to je osobina jedinstvenog suparničarstva.

U smislu čl. 366. Zakona o parničnom postupku FBiH jedinstveno suparničarstvo postoji ako se po zakonu ili po prirodi pravnog odnosa spor može riješiti samo na jednak način prema svim suparničarima, smatraju se oni kao jedna parnična stranka.

Priroda suvlasništva kao pravnog odnosa je takva da, u slučaju stjecanja dosjelošću (parcele), stječe se vlasništvo na tačno određenoj parceli (koja je bila u posjedu) na kojoj su suvlasnici sve osobe koje su upisane u zemljišnu knjigu.

Dakle, stječe se vlasništvo na parceli koja je upisana kao suvlasništvo više osoba te donesena presuda i može biti samo jednaka prema svima njima - ili osnovan ili neosnovan tužbeni zahtjev prema svima utuženima (koji su upisani kao suvlasnici).

²³ Triva -Dika (2004) Građansko parnično procesno pravo. VII. izdanje, Zagreb, str. 444.

Ako dosjedatelj dokaže sve zakonske pretpostavke dosjelogosti, tada to ima isto dejstvo prema svim tuženima, dakle stekao je vlasništvo prema svim tuženima. Ako bilo ko od tuženih sa uspjehom ospori neku od pretpostavki dosjelogosti, tada i to ima isto dejstvo u odnosu na sve tužene, a to je da će tužitelj izgubiti parnicu u odnosu na sve tužene

Stoga, ne postoji procesna mogućnost da budu donesene različite odluke prema nekim tuženima jer u protivnom različite odluke bi se protivile pravnoj prirodi dosjelogosti koja može postojati ili prema svim suvlasnicima (tuženima) ili ni prema kome, odnosno pretpostavke dosjelogosti za tužitelja bi bile ispunjene ili prema svima ili ni prema kome. Sposobnost stvari, sposobnost stjecatelja, kvaliteti posjeda (samostalan, savjestan, zakonit i istinit posjed) i vrijeme posjedovanja kao pretpostavke dosjelogosti kada postoje, postoje prema svima utuženima, a ako neka od pretpostavki ne postoji samo i prema jednom tuženiku, tada nema dosjelogosti ni prema ostalima.

Jedinstvenost i nužnost suparničarstva svih suvlasnika izvire iz pravne prirode suvlasništva i mehanizma njegove zaštite s jedne i dejstava dosjelogosti s druge strane.

1.2. Suparničarstvo na strani tužitelja

Ako je više dosjedatelja (posjednika, tužitelja), oni nisu jedinstveni ni nužni suparničari. Oni to nisu jer zakon ne nalaže da svi posjednici (dosjedatelji) moraju podnijeti tužbu (kada bi to bila procesna pretpostavka za vođenje postupka), niti za njih važe pravila o jedinstvenim suparničarima iz čl. 366. Zakona o parničnom postupku.

Svaki posjednik (dosjedatelj) sam odlučuje hoće li ili neće tužbu podnijeti pa ako ne podnese tužbu, tada mu neće biti utvrđeno pravo vlasništva, a to nije zapreka vođenju postupka ako su ga pokrenuli ostali dosjedatelji koji žele da im se utvrdi stečeno pravo.

I kada svi utuže, oni nisu jedinstveni suparničari jer prema njima mogu biti donesene različite odluke, a upravo to je nagacija jedinstvenom suparničarstvu.

Onaj ko dokaže sve relevantne činjenice za dosjelogost, uspjeh će u parnici, onaj ko ne dokaže – gubi. Jedan može povući tužbu u svoje ime (i tako okončati parnicu u odnosu na sebe), a drugi ostati kod tužbe; jedan može zaključiti nagodbu sa protivnom strankom, bez da to moraju učiniti i drugi tužitelji, a sa dejstvom samo prema sebi itd. U povodu takvih procesnih radnji sud će donijeti različite odluke sa dejstvima samo prema onome tužitelju koji ih je poduzeo. Svaki tužitelj (dosjedatelj) mora dokazati da on ispunjava zakonske pretpostavke dosjelogosti i ne koristi mu ako ih ispunjava drugi dosjedatelj iste parcele. Koliko dokaže - toliko dobiva.

Stoga, kada su tužitelji suparničari, tada među njima postoji obično materijalno suparničarstvo jer njih vezuje zajednička činjenična osnova, odnosno oni su samo u stvarnoj zajednici kao posjednici nekretnine. Kada je više tužitelja-suparničara, a samo jedan tuženik, tada obično suparničarstvo tužitelja iscrpljuje svoju sadržinu na način svojstven takvim suparničarima (kao naprijed pojašnjeno). Kada je u jednoj parnici više tužitelja (kao obični suparničari), ali i više tuženih (kao jedinstveni nužni suparničari), tada svaki tužitelj za sebe mora dokazati sve pretpostavke dosjeloosti pa ako ih dokaže – dokazane su prema svim tuženima, a ako mu samo i jedan tuženik sa uspjehom ospori neku pretpostavku dosjeloosti, tada za njega nema stjecanja dosjelošću. Dakle, u situaciji kada je više tužitelja i više tuženih, za tužene je pravilo - kao da su jedna osoba (pa ono što tužitelj dokaže, dokazao je prema svim tuženima), a za tužitelje pravilo - kao da ih je više (pa svaki od njih mora za sebe dokazati pretpostavke, kao kada bi on sam bio tužitelj).

Zaključak

Suparničarstvo je procesno-pravna ustanova. Postoji kada je više subjekata na strani tužitelja ili tuženih. Jedinstveno nužno suparničarstvo je specifično (pored ostalog) po pravnom položaju subjekata koji ga čine, po dejstvima poduzetih radnji i donesenoj odluci.

U parnici za utvrđenje prava vlasništva stečenog dosjelošću na nekretninama, kada je na strani tuženih više osoba kao upisanih suvlasnika, oni su jedinstveni nužni suparničari. To proističe iz pravne prirode suvlasništva kao materijalnopravnog odnosa koji postoji neovisno od parnice te iz mehanizma zaštite prava vlasništva i dejstava presude kojom je to pravo utvrđeno.

Dejstvo pravosnažne presude je jednako prema svim suvlasnicima utuženim i neutuženim jer odluka mora biti ista prema svima te se njihovo upisano pravo briše časom uknjižbe stečenog prava dosjedatelja. Stoga, svima njima i treba dati mogućnost da učestvuju u postupku i, eventualno, suprostave tužbi.

Kada je više osoba na strani tužitelja (dosjedatelja), oni nisu jedinstveni ni nužni suparničari u parnici za utvrđenje prava vlasništva stečenog dosjelošću jer to svojstvo ne proističe iz zakona, a niti iz pravne prirode spora o tome. Oni su obični suparničari, prema njima odluke mogu biti različite (uz ostale posebnosti običnih suparničara).

Popis literature

1. Čalija-Omanović (2000) *Građansko procesno pravo*. University u Sarajevu, Pravni fakultet.
2. Dika-Čizmić (2000) *Komentar Zakona o parničnom postupku FBiH*. Sarajevo: "Službene novine Federacije BiH" broj 42/98).
3. Medić-Tajić (2008) *Sudska praksa iz stvarnog prava*. Banja Luka: Privredna štampa.
4. Poznić, B. (1987) *Građansko procesno pravo*. Beograd: Savremena administracija.
5. Triva, S. (1968) *Rječnik građanskog procesnog prava*. Zagreb: Novinsko izdavački zavod.
6. Triva-Dika (2004) *Građansko parnično procesno pravo*. Zagreb: Narodne novine.
7. Propisi:
 - *Zakon o parničnom postupku Federacije BiH (i Republike Srpske)*
 - *Zakon o vlasničkopравnim odnosima Federacije BiH*
 - *Zakon o stvarnim pravima Republike Srpske*
 - *Zakon o zemljišnim knjigama Federacije BiH*
 - *Pravilnik o postupanju u zemljišnoknjižnim stvarima*
 - *Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda*.

CO-LITIGATION IN LAWSUITS OVER ESTABLISHMENT OF OWNERSHIP RIGHTS GAINED ON THE BASIS OF THE ADVERSE POSSESSION

Summary

Co-litigation as an institute of the civil procedure law has been standardized by the Law of Civil Procedure. It may exist in regular and special civil proceedings.

In court proceedings for the establishment of ownership rights gained by the adverse possession there are often a considerable number of subjects on the side of respondents as co-owners, (but sometimes on the side of the plaintiff as owner by adverse possession, as well).

In this respect, in legal practice there were different decisions and opinions regarding whether or not respondent co-owners are unique and necessary co-litigants. The search for the correct answer is precisely the theme of this work.

By the analysis of the case-law, substantive and procedural positive law in B&H, it is concluded that respondent co-owners are unique necessary co-litigants in the case of establishment of ownership rights gained on the basis of the adverse possession. This characteristic is an expression of a specific nature of adverse possession, (co-) ownership as a right and protection mechanisms of the ownership rights of registered co-owners.

Key words

co-litigation (unique necessary), adverse possession of property

NAČELO OFICIJELNOSTI I LEGALITETA U KRIVIČNIM POSTUPCIMA U BOSNI I HERCEGOVINI

stručni članak

UDK: 343.1(497.6)

Senad Hasanspahić*

Sažetak

Razmatrajući problematiku krivičnoprocesnih načela, autor posebnu pažnju obraća na načelo oficijelnosti jer se ovo načelo odnosi na jednu od tri glavne krivično-procesne funkcije, a to je funkcija krivičnog gonjenja koje osigurava gonjenje u državnom interesu, bez obzira na volju oštećenog. S druge strane, načelo legaliteta ustanovljava dužnost tužioca da u slučajevima krivičnih djela za koja se goni ex officio preduzme krivično gonjenje, da ga započne i dalje drži u toku kada su ispunjeni uslovi predviđeni zakonom. Načelo legaliteta se proteže kroz cijeli tok krivičnog postupka jer je tužilac dužan ostvarivati funkciju krivičnog gonjenja sve dok za to postoje zakonski uslovi. Autor u sklopu razmatranja ova dva načela posmatra i određena odstupanja od ovih načela u krivičnoprocesnom zakonodavstvu Bosne i Hercegovine te ih shodno tome i analizira u tom kontekstu.

Ključne riječi

načelo oficijelnosti, načelo legaliteta, načelo oportuniteta, načelo mutabiliteta i imutabiliteta, krivično gonjenje, krivični postupak, krivično djelo.

* Otvoreni univerzitet "Apeiron" Travnik, asistent;
shasanspahic@gmail.com
senad.hasanspahic@out.edu.ba

1. Uvodna razmatranja

Krivični postupak od svog nastanka, pa kroz razne faze svog postojanja (akuzatorski, inkvizitorski, mješoviti) pa sve do današnjih dana zasnivao se na određenim načelima, principima. Svi ti sistemi krivičnog postupka nisu se mogli zamisliti bez neke osnove ili bez nekih načela. Uvijek su se norme pozitivnog prava morale sistematizovati po određenim načelima. Osnovna funkcija krivično-procesnih načela je izražavanje specifičnosti zakonskog uređenja konkretnog krivičnog postupka.

Krivičnoprocesnim načelima utvrđuju se prava i dužnosti krivičnoprocesnih subjekata i uređuje odvijanje krivičnog postupka. Načela predstavljaju opća pravila uređivanja i funkcionisanja sistema krivičnog postupka.¹

Brojnost krivičnoprocesnih načela i njihova različita vrijednost u izgradnji sistema krivičnog procesnog prava i krivičnog postupka otvaraju pitanja njihove klasifikacije i rangiranja. Tako se aktuelna načela vežu uz krivičnoprocesne subjekte i krivično-procesne radnje, zatim uz tok krivičnog postupka ili uz zaštitu ljudskih prava, odnosno efikasnost odvijanja krivičnog postupka.

Krivičnoprocesna načela nisu nastala odjednom, niti se primjenjuju u konstantnom obliku. Nastanak krivičnoprocesnih načela i njihovo uređenje u historijskom razvoju krivičnog procesnog prava i krivičnog postupka mijenjali su se u zavisnosti od odnosa dvije tendencije koje postoje u svakom racionalnom organizovanom krivičnom postupku.

Tendencija o efikasnom krivičnom postupku i tendencija o zaštiti prava i sloboda čovjeka utiču na uređenje krivičnoprocesnih načela i njihovih pojava oblika.²

Krivični postupak u BiH se također zasniva na određenim principima procesnog prava koji su osobeni i u sebi sadrže osnovne bitne elemente demokratičnosti i ljudskog humanizma.

Osnovnim načelima krivičnog postupka u BiH smatramo:

Načelo oficijelnosti, legaliteta i oportuniteta, akuzatornosti, kontradiktornosti, slobodne ocjene dokaza, neposrednosti, usmenosti, pravičnog postupka, pretpostavke nevinosti i in dubio pro reo, upotrebe jezika i pisma i načelo javnosti.

¹ Sijerčić-Čolić, H. (2005) Krivično procesno pravo. Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, str. 67.

² Sijerčić-Čolić, H. (2008) op.cit., str. 87.– 88.

2. Načelo oficijelnosti

Načelo oficijelnosti krivičnog progona istorijski potiče iz inkvizitorskog krivičnog postupka.³ Ono se zasniva na pravilu da određeni državni organi započnu i sprovedu krivični postupak po službenoj dužnosti, i to isključivo u društvenom interesu, bez ikakvog obzira na to da li to želi lice koje je eventualno oštećeno krivičnim djelom.⁴ U prilog ovom načelu odluka je donijeta početkom XVI. Vijeka kada stupa na snagu *Constitutio Criminalis Carolina*. Neefikasnost akuzatorskog postupka, u okviru kojeg se naročito razvija gonjenje od oštećene osobe po privatnoj tužbi i *actio popularis*⁵ koju može podići svaki građanin, te spoznaja da su krivična djela krivična djela u suprotnosti ne samo s interesima pojedinca već i državnim, odnosno javnim interesima omogućili su prihvatanje načela oficijelnosti.⁶ Maksimalna oficijelnosti, koju je od samog početka ublažavalo postojanje krivičnih djela koja se gone po prijedlogu i privatnom tužbom, doživjela je daljnja ograničenja kada su usavršene te mogućnosti žrtve da utječe na pokretanje postupka.⁷

Budući da se po načelu oficijelnosti krivično gonjenje vrši u društvenom interesu, razumljivo je što se u većini država, pa tako i kod nas, obavljanje te funkcije povjerava posebnom državnom organu-tužiocu. Načelo oficijelnosti utvrđuje pravo nadležnog tužioca da vodi postupak za ostvarivanje kaznenog zahtjeva države protiv izvršioca krivičnog djela, i to po svojoj inicijativi i u javnom interesu,⁸ odnosno funkciju krivičnog gonjenja ostvaruje određeni državni organ *ex officio*⁹ u državnom, odnosno javnom interesu, nezavisno do volje osobe koja je oštećena krivičnim djelom ili neke druge osobe koja bi imala interes da se u određenom predmetu (ne) ostvari funkcija krivičnog gonjenja.¹⁰

³ Prema Sijerčić-Čolić, inkvizitorski postupak se dijeli na dva dijela: Istragu i suđenje. Istragu provodi istražitelj ili inkvirent, koji kroz zapisnike opisuje preduzete procesne radnje.

⁴ Simović, M. (2005) Krivično procesno pravo, Uvod i opšti dio. Bihać: Pravni fakultet univerziteta u Bihaću, str. 115.

⁵ *Actio popularis* - popularna tužba u akuzatorskom krivičnom postupku pokretanje i vođenje postupka.

⁶ Sijerčić-Čolić, H., op.cit., str. 91.

⁷ Eser, A. (1999) "Funkcionalne promjene procesnih maksima krivičnog prava: na putu k reprivatiziranju krivičnog postupka", str. 173. Originalbeitrag erschienen in: Zbornik PFZ 42.

⁸ Simović, M., op.cit., str. 115.

⁹ *Ex officio* - po službenoj dužnosti ili u javnom interesu.

¹⁰ Sijerčić-Čolić, H., op.cit., str. 90.

Načelo oficijelnosti ustanovljava pravo nadležnog tužioca da preduzme krivično gonjenje bez obzira na stav oštećenog o tome, pa i kad se oštećeni krivičnom gonjenju počinioa krivičnog djela izričito protivi. Iz prava države na kažnjavanje izvodi se i pravo njenih organa da u javnom interesu progone izvršioce krivičnih djela, bez obzira na to da li to zahtijeva lice kome je krivičnim djelom ugroženo ili povrijeđeno neko subjektivno pravo.¹¹ Načelo oficijelnosti se javlja kao nužna posljedica same prirode krivičnog djela.

Naime, polazeći od pretpostavke da je krivično djelo društveno opasno koje je određeno u zakonu kako krivično djelo i čija su obilježja propisana zakonom¹² zakonodavac je istovremeno i predvidio da se izvršenjem krivičnog djela povrjeđuju ili ugrožavaju osnovna društvena dobra. Odnosno, izvršenjem krivičnog djela narušava se pravni poredak za čije čuvanje je zadužena država, otuda i njeno pravo i dužnost da narušioa pravnog poretka kazni. Izvršenjem krivičnog djela za državu se rađa kazneni zahtjev koji ona ostvaruje putem krivičnog postupka.¹³ Zaštita društva od vršenja krivičnih djela prevazilazi interese oštećenog i njegovu volju u pogledu iniciranja krivičnog gonjenja.

Načelo oficijelnosti je do kraja dosljedno sprovedeno u sistemu našeg krivično-procesnog zakonodavstva, odnosno načelo oficijelnosti je prihvaćeno u punom smislu riječi. Naš procesno - pravni sistem ne poznaje gonjenje na inicijativu oštećenog. Izuzetak postoji u ZKP-u RS-a, o kome će biti riječi u posebnom dijelu ovog rada. Dakle, prema našem krivičnoprocесnom pravu tužilaštvo¹⁴ je organ kojem se isključivo povjerava funkcija krivičnog gonjenja.¹⁵

2.1. Odobrenje za gonjenje učinilaca i gonjenje po prijedlogu.

Kada je u pitanju načelo oficijelnosti, izuzetak postoji u ZKP RS jer je ovo načelo provedeno kod većine krivičnih djela, ali ne i kod svih. Ograničenja načela

¹¹ Grubač, M. (2008) Krivično procesno pravo. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta Union Beograd. Str. 135.

¹² Prema čl. 20. KZ BiH, krivično djelo je protivpravno djelo koje je zakonom propisano kao krivično djelo, čija su obilježja propisana zakonom i za koje je propisana krivična sankcija. Identičnu definiciju sadrže i čl. 21. KZ FBiH, odnosno čl. 21. KZ BD BiH. KZ RS u čl. 7. Određuje krivično djelo kao protivpravno djelo kojim se povređuju ili ugrožavaju zaštićene vrijednosti i koje je, zbog svoje opasnosti, u zakonu određeno kao krivično djelo i za njega propisana krivična sankcija.

¹³ Bejatović, S. (2008) Krivično procesno pravo. Beograd: Službeni glasnik Beograd. str. 92.

¹⁴ Prema čl. 35. ZKP BiH, analogno čl. 45. ZKP FBiH, čl. 35. ZKP BD BiH, čl. 43. ZKP RS, osnovno pravo i dužnost tužioca je otkrivanje i gonjenje učinilaca krivičnih djela koja su u nadležnosti suda.

¹⁵ Sijerčić-Čolić, H., op.cit., str. 92.

oficijelnosti u tom zakonu javljaju se u obliku procesne ustanove, odobrenje za gonjenje učinilaca i gonjenje po prijedlogu.¹⁶ U krivičnoprocesno pravo RS pono-

krivično djelo.³⁰

3. Načelo legaliteta

Načelo oficijelnosti krivičnog gonjenja, kao što smo istakli u predhodnom izlaganju, rješava pitanje čiji su interesi odlučujući (društveni ili pojedinačni) kod pokretanja i vođenja krivičnog postupka zbog izvršenog krivičnog djela. Ovo načelo ne daje odgovor na pitanje da li je nadležni državni organ-tužilac uvijek u obavezi da pokrene i vodi krivični postupak kad smatra da su u radnji nekog lica ostavareni svi zakonski uslovi za njegovu krivičnu odgovornost.³¹ Preciznije kazano, načelo oficijelnosti krivičnog gonjenja ne daje odgovor na pitanje da li je tužilac kao državni organ u obavezi da vrši krivično gonjenje u svakom slučaju "kada je to zakonom propisano", a radi se o krivičnom djelu za koje se goni po službenoj dužnosti.

Odgovor na ovo pitanje daje načelo legaliteta krivičnog gonjenja. Načelo legaliteta krivičnog procesnog prava treba dobro razlikovati od načela zakonitosti krivičnog materijalnog prava³² koji imaju sasvim druga značenja.³³ Za razliku od načela oficijelnosti krivičnog gonjenja, koje osigurava krivično gonjenje u državnom, odnosno javnom interesu bez obzira na volju oštećenog, načelo legaliteta krivičnog gonjenja znači da je tužilac dužan preduzeti krivično gonjenje ako su ispunjeni zakonski uslovi, bez obzira na njegov stav o tome da li je ili nije potrebno krivično gonjenje.³⁴

Načelo legaliteta tužbe sastoji se u tome da tužilac kod krivičnih djela za koja se goni po službenoj dužnosti mora pokrenuti krivično gonjenje ako su se stekli uslovi³⁵ predviđeni u zakonu.³⁶ Jesu li su ispunjeni ovi uslovi cijeni tužilac,³⁷ ne obazirući se ni na kakve druge razloge koji bi mogli govoriti za to da se gonjenje ne preduzme.³⁸

Dakle, državni organ koji je nosilac prava na pokretanje krivičnog postupka po službenoj dužnosti dužan je po zakonu (*ex lege*) preduzeti krivično gonjenje uvijek kada su za to ispunjeni posebni uslovi. U krivičnim postupcima u BiH prihvaćen je princip legaliteta krivičnog gonjenja, tako da je tužilac dužan preduzeti krivično gonjenje ako postoje dokazi da je učinjeno krivično djelo, osim ako

³⁵ Prema Sijerčić-Čolić, uslov koji se odnosi na nepostojanje zakonskih smetnji za krivično gonjenje, može biti smrt osumnjičenog ili zastara krivičnog gonjenja.

³⁶ Prema Vasiljeviću, uslovi određeni zakonom za pokretanje krivičnog postupka mogu biti pravne prirode (postojanje elemenata krivičnog djela postojanje procesnih pretpostavki) ili stvarne prirode (postojanje dovoljno osnova sumnje da bi se protiv lica mogao voditi postupak).

zakonom nije drugačije propisano.³⁹

Dokazi da je učinjeno krivično djelo predstavljaju jedan od zakonskih uslo-

³⁷ Simović, M., op.cit., str. 116.

³⁸ Vasiljević, T. (1964) Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ. Beograd: Naučna knjiga,

tri godine ili novčanom kaznom, tužilac može odlučiti da ne zahtijeva pokretanje krivičnog postupka ako ne bi bilo cjelishodno/oportuno da se vodi postupak prema maloljetniku.

S obzirom na prirodu krivičnog djela i okolnosti pod kojima je krivično djelo izvršeno, raniji život maloljetnika i njegova lična svojstva.⁵⁰

- Krivična djela o kojima se raspravlja u postupku protiv pravnih lica, (čl. 376. ZKP BiH čl.397. ZKP FBiH, čl. 376. ZKP BD BiH, čl. 382. ZKP RS).

Izuzetak od načela legaliteta postoji kada okolnosti slučaja ukazuju na to da to ne bi bilo oportuno jer je doprinos pravnog lica izvršenju krivičnog djela bio neznatan ili pravno lice nema dovoljno imovine, ili ima tako malo da ne bi bilo dovoljno ni za pokriće postupka ili ako je protiv pravnog lica započet stečajni postupak.

- Krivična djela čije se krivično gonjenje može ustupiti stranoj državi, (čl. 412. ZKP BiH, čl.433. ZKP FBiH, čl. 412. ZKP BD BiH, čl. 423. ZKP RS).

Prema pravilima ove procesne maksime ako je na teritoriji BiH krivično djelo izvršio stranac koji ima prebivalište u stranoj državi, toj državi se mogu ustupiti svi krivični spisi radi krivičnog gonjenja i suđenja, ako se strana država tome ne protivi⁵¹ (ustupanje krivičnog gonjenja kao oblik međunarodne pravne pomoći).

3.2. Princip mutabiliteta i imutabiliteta

Načelom legaliteta i oportuniteta raspravlja se pitanje mogućnosti tužiočevog raspolaganja pokrenutim postupkom. Principom imutabiliteta, odnosno mutabiliteta rješava se pitanje raspolaganja tužbom u toku postupka.⁵² Iako zakon prihvata načelo legaliteta krivičnog gonjenja, ipak tužilac ima pravo da

⁴⁹ Nema mogućnosti primjene načela oportuniteta za lakša krivična djela čiji su izvršioci punoljetne osobe.

⁵⁰ Ibidem, str. 97.

⁵¹ Simović, M., op.cit., str. 119.

⁵² Vasiljević, T., op.cit., str. 129.

⁵³ Prema čl. 38. ZKP BiH, analogno čl. 52. ZKP FBiH, čl. 38. ZKP BD BiH, čl. 46. ZKP RS. Tužilac može odustati od krivičnog gonjenja do završetka glavnog pretresa u prvostepenom postupku pred vijećem apelacionog odjeljenja kada je to predviđeno zakonom.

⁵⁴ Sijerčić-Čolić, H., prema, Grubač, M., op.cit., str. 98.

⁵⁵ Sijerčić-Čolić, H., op.cit., str. 98.

⁵⁶ Čl. 216. st. 4. ZKP BiH, čl. 55. Izmjene i dopune ZKP BiH, čl. 224. st. 2. ZKP BiH, čl. 60. Izmjene i dopune ZKP BiH, čl. 231. st. 4. i čl. 239. st. 2. ZKP FBiH, čl. 216. st. 4. i čl. 224. st.

odustane od krivičnog gonjenja ako smatra da više ne postoje zakonski uslovi za krivično gonjenje.⁵³

2. ZKP BD BiH, čl. 216. st. 4. i čl. 224. st. 2. ZKP RS.

⁵⁷ Čl. 232. ZKP BiH, analogno čl. 247. ZKP FBiH, čl. 232. ZKP BD BiH, čl. 240. ZKP RS.

2. Đurđić, V. (2006) *Novi krivični postupak Srbije*. Niš: Pravni fakultet u Nišu.
 3. Eser, A. (1999) "Funkcionalne promjene procesnih maksima krivičnog prava: na putu k reprivatiziranju krivičnog postupka". Originalbeitra erschienen in: Zbornik PFZ 42.
 4. Grubač, M. (2008) *Krivično procesno pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta Union Beograd.
 5. Sijerčić-Čolić, H., Hadžiomeragić, M., Jurčević, M., Kaurinović, D., Simović, M., (2005) *Komentar zakona o krivičnom postupku BiH*. Sarajevo: Savjet Evrope i Evropska Komisija.
 6. *Krivični zakon Bosne i Hercegovine*, "Službeni glasnik Bosne i Hercegovine", br. 37/03.
 7. *Krivični zakon Republike Srpske*, "Službeni glasnik Republike Srpske" br. 49/03.
 8. Sijerčić-Čolić, H. (2005) *Krivično procesno pravo*. Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu.
 9. Sijerčić-Čolić, H. (2008) *Krivično procesno pravo*. Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu.
 10. Simović, M. (2005) *Krivično procesno pravo, Uvod i opšti dio*. Bihać: Pravni fakultet univerziteta u Bihaću.
 11. Vasiljević, T. (1964) *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ*. Beograd: Naučna knjiga.
 12. *Zakon o Krivičnom postupku Brčko Distrikta BiH*, "Službeni glasnik Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine" broj 10/03.
 13. *Zakon o Krivičnom postupku Bosne i Hercegovine*, "Službeni glasnik Bosne i Hercegovine", br. 3/03, 32/03, 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06 i 76/06.
 14. *Zakon o Krivičnom postupku Federacije BiH*, "Službene novine Federacije BiH" br. 35/03,37/03 i 56/03.
 15. *Zakon o Krivičnom postupku Republike Srpske*, "Službeni glasnik Republike Srpske" broj 50/03.
-

EX OFFICIO PRINCIPLE AND THE PRINCIPLE OF LEGALITY IN THE CRIMINAL PROCEEDINGS IN BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary

In considering the problems of a criminal procedure principles, the author pays particular attention to the ex officio principle, since this principle applies to one of the three main functions of a criminal procedure - criminal prosecution which ensures the prosecution in the interest of a state, regardless of the will of the victim. On the other hand, the principle of legality establishes the obligation of a prosecutor to initiate prosecution, to start it, and to hold it when the conditions provided by law are completed.

The principle of legality extends through the entire course of criminal proceedings because the prosecutor must exercise the function of criminal prosecution as long as there are legal requirements. The author in the discussion of these two principles observes some deviations from them in the criminal procedure codes of Bosnia and Herzegovina, and they are accordingly analyzed in this context.

Key words

ex officio principle, the principle of legality, principle of opportunity, mutability and immutability principle, prosecution, criminal procedure, criminal act.

ZNAČAJ PRAVNE ZAŠTITE IMOVINE OPĆINE U VEZI ZAKUPA OPĆINSKIH POSLOVNIH PROSTORIJA

stručni članak

UDK: 347.453:352

dipl. iur. Đemaludin Mutapčić*

Sažetak

Ovaj rad razmatra pet oblika pravne zaštite imovine općine u vezi zakupa općinskih poslovnih prostorija (ustavnosudski, parnični, medijaciju, notarski obrađenu ispravu i izvršni), od kojih je svaki pojedinačno obrađen.

Novina je u tome da se pravna zaštita imovine općine može ostvarivati i u dijelu koji se odnosi na:

- formu notarski obrađene isprave ugovora o zakupu poslovnih prostorija u odnosu na uvjete, način i postupak dodjele u zakup i visine i načina plaćanja zakupnine, ako tu formu zahtijevaju općina i zakupac i
- da se uvrsti, pored sudskog postupka i postupak medijacije, koji je reguliran posebnim propisima.

Posebno je detaljno obrađen dio koji se odnosi na mogućnosti pravne zaštite općine putem izvršne isprave notara sa ugovornom kaznom i sporazuma o medijaciji.

Sa pravne tačke gledišta u ovom radu je ukazano na prepreke sa kojima se susreće općina u prikupljanju novca od zakupnina u općinski budžet i to: da lege lata i de lege ferenda.

U vezi s tim, u radu su navedene određene inicijative za izmjene i dopune zakona od značaja za pravnu zaštitu imovine općine u vezi zakupa općinskih poslovnih prostorija.

Ključne riječi

općina, općinski načelnik, ugovor o zakupu, zakupodavac, zakupac, općinski poslovni prostor, zakupnina, budžet općine, pravna zaštita, izvršna notarska isprava.

* Notarski ured Mutapčić, Sarajevo;
notarmutapcic@bih.net.ba

Uvod

Cilj ovog rada je da ukaže na značaj pravne zaštite imovine i imovinskih interesa općine, kao jedinice lokalne samouprave, u vezi zakupa općinskih poslovnih prostora.

U prilog značaju i aktuelnosti ove teme ide i činjenica da su naknade od zakupnina u pojedinim općinama jedan od najvažnijih izvora finansiranja i da one čine preko 50% prihoda općinskog budžeta. Od izdavanja poslovnih prostora pojedine općine ostvaruju značajan godišnji prihod i ta sredstva općinskog budžeta usmjeravaju za zadovoljavanje osnovnih potreba građana, odnosno za poboljšanje uvjeta življenja (infrastruktura).

Time se općini omogućava da investiranjem sredstava stvara što povoljnije uvjete življenja na svom području, a što je i temeljna funkcija općine kao jedinice lokalne samouprave.

U ovom radu izdvojena je Općina Stari Grad Kantona Sarajevo kako bi se na primjeru te Općine, sa pravne tačke gledišta, ukazalo na značaj pravne zaštite imovine i imovinskih interesa općine u vezi zakupa općinskih poslovnih prostora.¹

Ovo i s toga što je načelnik navedene općine obavijestio javnost u Bosni i Hercegovini da su zakupci poslovnih prostora toj općini na dan 24.9.2009. godine dužni skoro polovinu općinskog budžeta koji rebalansom iznosi godišnje nešto više od osamnaest miliona konvertibilnih maraka.²

¹ RELEVANTNI PROPISI O IZDAVANJU U ZAKUP OPĆINSKIH POSLOVNIH PROSTORA U OPĆINI STARI GRAD SARAJEVO

1. Zakon o zakupu poslovnih zgrada i prostorija ("Službeni list SRBiH", br. 33/77, 12/87 i 30/90 i "Službeni list RBiH", br. 3/93 i 13/94).

2. Zakon o preuzimanju, izmjenama i dopunama Zakona o zakupu poslovnih zgrada i prostorija ("Službene novine Kantona Sarajevo", broj 14/97).

3. Odluka o dodjeli na korištenje poslovnih prostora i visini i načinu plaćanja zakupnine za poslovne prostore na kojima pravo raspolaganja ima Općina Stari Grad Sarajevo (Prečišćeni tekst), ("Službene novine Kantona Sarajevo", broj 19/09).

² - U presudi Ustavnog suda Federacije Bosne i Hercegovine broj U-4/05 od 8.11.2005. godine ("Službene novine Federacije BiH", broj 5/06) navodi se: "Načelnik Općine Centar Sarajevo navodi da od izdavanja poslovnih prostora Općina ostvaruje godišnji prihod od preko 3.500.000,00 KM i da se ta sredstva proračuna usmjeravaju za zadovoljavanje osnovnih potreba građana, odnosno za poboljšanje uvjeta življenja (infrastruktura). Navedenim rješenjima bila bi ugrožena prava građana, odnosno mogućnosti Općine da investiranjem sredstava stvara što povoljnije uvjete življenja na svom području, a što je i temeljna funkcija Općine kao jedinice lokalne samouprave. Načelnik Općine Stari Grad Sarajevo također navodi, da su naknade od zakupnina jedan

Karakteristično je da se u vezi s navedenim dugovanjima na ime dospjelih, a nenaplaćenih zakupnina, s ciljem zaštite općinskog budžeta, načelnik Općine Stari Grad Sarajevo obratio za stručnu pravnu pomoć Notarskoj komori Federacije Bosne i Hercegovine koja mu je dala odgovor da “notarski obrađena isprava može biti, u skladu sa članom 90. Zakona o notarima, izvršna isprava za dospjele, a nenaplaćene zakupnine, dok nažalost Zakon ne daje mogućnost izvršnosti kod prestanka ugovora o zakupu, odnosno predaje u posjed zakupljenih prostorija. Za te slučajeve se može eventualno sporazumno ugovoriti ugovorna kazna u skladu sa Zakonom o obligacionim odnosima, u novčanom iznosu za svaki dan zakašnjenja predaje u posjed”.

Pri tome treba ukazati da je tema ovog rada bitna i za druge općine, s obzirom da je aktuelna za zaštitu budžetskih sredstava svake općine, a imajući u vidu da prihode općina, uz ostale, čine i prihodi od nepokretnih stvari u vlasništvu općine.³

Aktuelnost i značaj pravne zaštite imovine i imovinskih interesa općine kao jedinice lokalne samouprave u vezi zakupa općinskih poslovnih prostora

Aktuelnost i značaj pravne zaštite imovine i imovinskih interesa općine kao jedinice lokalne samouprave u vezi zakupa općinskih poslovnih prostora

od najvažnijih izvora financiranja i da one čine preko 50% prihoda općinskog proračuna”.

- Dnevni avaz, Sarajevo, 24. septembar/rujan 2009. godine sarajevski kanton, Stari Grad “Zakupci poslovnih prostora duguju devet miliona”. Načelnik Općine Stari Grad Sarajevo Ibrahim Hadžibajrić ističe da je dug od devet miliona konvertibilnih maraka skoro polovina budžeta Općine, koji rebalansom iznosi nešto više od osamnaest miliona konvertibilnih maraka, te upozorava: “Sa ovim novcem riješili bismo skoro sve svoje probleme. Mogli bismo finansirati sve one projekte koje smo zbog nedostatka novca, prebacili u sljedeću godinu, kao što su sanacija vodovoda, kanalizacije...”.

- U listu Dnevni avaz Sarajevo, Godina XV. broj 5283, dana 22.5.2010. godine, stranica 13., Sarajevski kanton, Stari Grad “Zbog velikih dugova zakupaca” navodi se sljedeće: “Ibrahim Hadžibajrić, načelnik Općine Stari Grad, čvrsto je obećao uposlenicima službi privrede i pravobranilaštva 13. i 14. plaću ukoliko do kraja godine naplate dva miliona maraka od zakupnina! Naime, Općina dugo vodi borbu sa 120 zakupaca poslovnih prostora, od kojih neki sedam, osam, ali i više godina nisu platili kiriju”.

³ Pored općinske vlasti, ova tema je značajna i aktuelna i za gradske vlasti, a tako Gradskoj upravi Mostar zakupci njenih poslovnih prostora duguju nekoliko miliona KM.

potvrđuju sadržaji upita i odgovora na upit u komunikaciji između načelnika Općine Stari Grad Sarajevo i Notarske komore Federacije Bosne i Hercegovine, a koje, zbog njihovog izuzetnog značaja, u ovom radu prenosimo u cijelosti.

U upitu⁴ načelnika općine se navodi:

“Članom 90. Zakona o notarima je regulisano da, ukoliko su isprave sačinjene u pismenoj formi i ako su sastavljene o nekom pravu potraživanja, koje ima predmet plaćanja neke određene sume novca, su izvršne isprave, s tim da je dužnik pristao na izvršenje bez odlaganja, za koje nije potrebna nikakva dalja aktivnost izvršnog suda.

U našoj praksi općina, kao korisnik poslovnog prostora koji izdaje u zakup, zaključuje ugovore o zakupu i u slučaju neplaćanja zakupnine, a nakon pismene opomene ustaje sa tužbom za dospjeli dug i prestanak zakupa kod nadležnog suda u parničnom postupku koji je dugotrajan.

Imajući u vidu odredbe člana 90. Zakona o notarima, postavlja se pitanje:

- da li notarska isprava koja sadrži elemente iz pomenutog člana može biti izvršna bez dalje aktivnosti izvršnog suda u slučajevima:

- dospjele, a nenaplaćene zakupnine,
- za prestanak ugovora o zakupu.”

U odgovoru na upit⁵ Notarska komora Federacije Bosne i Hercegovine navodi:

“U vezi Vašeg naprijed naznačenog akta koji sadrži upit za primjenu člana 90. Zakona o notarima Federacije Bosne i Hercegovine, obavještavamo Vas da notarski obrađena isprava može biti, u skladu sa članom 90. Zakona o notarima, izvršna isprava za dospjele, a nenaplaćene zakupnine, dok nažalost Zakon ne daje mogućnost izvršnosti kod prestanka ugovora o zakupu, odnosno predaje u posjed zakupljenih prostorija.

Za te slučajeve se može eventualno sporazumno ugovoriti ugovorna kazna, u skladu sa Zakonom o obligacionim odnosima, u novčanom iznosu za svaki dan zakašnjenja predaje u posjed.

Zahvaljujemo se na Vašem interesovanju za ove i druge prednosti notarskih isprava kao javnih isprava. Molimo Vas da kod izbora notara za notarske

⁴ Dopis Načelnika Općine Stari Grad Sarajevo broj: 01-05-110-1030/09 od 20. 04. 2009. godine.

⁵ Dopis predsjednika Notarske komore Federacije Bosne i Hercegovine broj 382/09 od 12. 5. 2009. godine.

isprave u kojima je ugovarač Vaša općina, na transparentan način i koliko je to moguće u skladu sa voljom stranke, raspodijelite poslove svim notarima sa područja Kantona Sarajevo, čiji spisak Vam dostavljamo u prilogu, a sve to u cilju promocije notarske službe kao javne službe od povjerenja.

Notarska komora i notari Federacije Bosne i Hercegovine zainteresirani su za svaki vid saradnje sa Vašom općinom.”

Pravo općina na pravnu zaštitu u vezi zakupa općinskih poslovnih prostora

Pravo općina na pravnu zaštitu njene imovine i imovinskih interesa u vezi zakupa općinskih poslovnih prostora možemo posmatrati u najširem smislu kao ovlaštenje općine na traženje zaštite:

1. u ustavnosudskom postupku,
2. u parničnom postupku,
3. u postupku medijacije,
4. u postupku notarske obrade isprave i
5. u izvršnom postupku.

U ovom radu se razmatra navedenih pet oblika pravne zaštite, od kojih je svaki pojedinačno obrađen, sa posebnim akcentom na medijaciju i notarski obrađenu ispravu.

1. Pravo općina na pravnu zaštitu u ustavnosudskom postupku

Za pravnu zaštitu imovine i imovinskih interesa općine kao jedinice lokalne samouprave u vezi zakupa općinskih poslovnih prostora veoma je značajna Odluka Ustavnog suda Federacije Bosne i Hercegovine broj U-4/05 od 8.11.2005. godine.⁶

Naime, Ustavni sud Federacije Bosne i Hercegovine, odlučujući o zahtjevima načelnika općina Centar Sarajevo i Stari Grad Sarajevo za zaštitu prava na lokalnu samoupravu, na temelju Amandmana XCVI na Ustav Federacije Bosne i Hercegovine, nakon provedene javne rasprave, na sjednici održanoj 8. studenog 2005. godine, donio je

P R E S U D U

1. Utvrđuje se da je Kanton Sarajevo Zakonom o preuzimanju, izmjenama i dopunama Zakona o zakupu poslovnih zgrada i prostorija i Odlukom o općim

⁶ “Službene novine Federacije BiH”, broj 5/06.

jedinstvenim kriterijima dodjele u zakup poslovnih zgrada i prostorija kojima pravo raspolaganja imaju općine na području Kantona Sarajevo povrijedio pravo općina na lokalnu samoupravu.

2. Prestaju da važe odredbe čl. 5.,10.,11. i 18. Zakona o preuzimanju, izmjenama i dopunama Zakona o zakupu poslovnih zgrada i prostorija (“Službene novine Kantona Sarajevo”, broj 14/97).

3. Prestaje da važi Odluka o općim jedinstvenim kriterijima dodjele u zakup poslovnih zgrada i prostorija kojima pravo raspolaganja imaju općine na području Kantona Sarajevo (“Službene novine Kantona Sarajevo”, br. 19/97 i 16/04).

4. Presudu objaviti u “Službenim novinama Federacije BiH” i “Službenim novinama Kantona Sarajevo”.

U obrazloženju citirane presude, pored ostalog, navodi se sljedeće:

“Prilikom odlučivanja u ovom ustavnosudskom sporu, Ustavni sud Federacije je konstatovao da je u relevantnim propisima utvrđeno da se lokalna samouprava ostvaruje u skladu sa Ustavom, zakonom i statutom jedinica lokalne samouprave, što znači i u skladu sa Ustavom i zakonima Kantona Sarajevo.

Ustavni sud Federacije je, međutim, utvrdio da je Kanton Sarajevo pomenutim propisima prekoračio svoja ovlaštenja i time povrijedio pravo općina na lokalnu samoupravu. Tako je u Evropskoj povelji o lokalnoj samoupravi, između ostalog, propisano da će “lokalne vlasti, u skladu sa ekonomskom politikom zemlje, imati pravo na odgovarajuće vlastite izvore finansiranja kojima će raspolagati slobodno, u okviru svojih ovlaštenja”(član 9.). Zakonom o osnovama lokalne samouprave je propisano da će se “u okviru samoupravnog djelokruga, u općini prvenstveno: ... – uz ostale nadležnosti – upravljati općinskom imovinom;” (član 8.). Istu odredbu sadrži i Zakon o lokalnoj samoupravi (član 9.), a u članu 42. tog Zakona se propisuje da prihode općina, uz ostale, čine i prihodi od nepokretnih i pokretnih stvari u vlasništvu općine.

Suprotno ovim propisima, Kanton Sarajevo je ograničio samoupravno pravo općina da upravljaju imovinom nad kojom, nesporno, imaju pravo raspolaganja, što uključuje i davanje u zakup poslovnih zgrada i prostorija. To se ogleda naročito u sljedećem: zakupni odnos se uspostavlja, prema Zakonu o obligacionim odnosima, ugovorom, dok Zakon propisuje da se taj odnos uspostavlja rješenjem općinskog načelnika o kojem, po žalbi, odlučuje kantonalno ministarstvo (član 5.a.). Općini se nameće obaveza da, srazmjerno kvadraturi poslovnog prostora kojim raspolaže, učestvuje u investicionom i tekućem održavanju zgrada u kojima se taj prostor nalazi (član 10.). Zakonom se određuju subjekti, uključujući i kategoriju „izvornih vlasnika“, koji, izuzetno od općeg režima, poslovne prostore mogu izdavati u podzakup (član 11.).

Na osnovu izloženog, kao i drugih provedenih dokaza, Ustavni sud Federacije je utvrdio da je Kanton Sarajevo, prekoračenjem ovlaštenja, ograničio pravo općina da samostalno raspoložu i upravljaju imovinom u svom vlasništvu i time povrijedio pravo općina na lokalnu samoupravu, kako je ono precizirano u citiranim odredbama Evropske povelje o lokalnoj samoupravi, Ustava Federacije Bosne i Hercegovine, Ustava Kantona Sarajevo, federalnog i kantonalnog Zakona o lokalnoj samoupravi, zbog čega je i odlučeno kao u izreci ove Presude“.

2. Pravo općina na pravnu zaštitu u parničnom postupku

Pravo općina na pravnu zaštitu u parničnom postupku je pravo na tužbu – u najširem smislu: ovlaštenje općine na traženje sudske zaštite.

Načelnik općine provodi odluku Općinskog vijeća, a u primjeru na koji se ukazuje u ovom radu, konkretno Odluku o dodjeli na korištenje poslovnih prostora i visini i načinu plaćanja zakupnine za poslovne prostore na kojima pravo raspolaganja ima Općina Stari Grad Sarajevo.⁷

Tako se u članu 36. navedene Odluke propisuje:

“Ugovor o zakupu poslovnog prostora zaključuje načelnik općine na osnovu ove Odluke.

U postupku zaključivanja ugovora o zakupu obavezno se pribavlja mišljenje Pravobranilaštva općine.”

Karakteristična je i za općinu pravno relevantna odredba člana 35. stav 1. navedene Odluke, koja glasi:

“Ugovori o zakupu poslovnih prostora zaključuju se na period od godinu dana, sa mogućnošću produženja u skladu sa Zakonom. Produženje ugovora vrši se najmanje mjesec dana prije isteka istog, pod uvjetom da zakupac redovno izmiruje mjesečnu zakupninu i prostor koristi u skladu sa ugovorom.”

Na sudski postupak u navedenoj Odluci upućuje se u članu 31. koji se odnosi na prava i obaveze ugovornih strana iz ugovora o zakupu poslovnih prostora, a u dijelu u kome se navodi da su: “dvije neplaćene zakupnine uvjet za jednostrani raskid ugovora od strane općine i pokretanje sudskog postupka.”

Osim pokretanja sudskog postupka, u kome općina može ishoditi izvršnu odluku suda i izvršno sudsko poravnanje, bitno je ukazati da se u navedenoj Odluci uopće ne govori o drugim mogućnostima pravne zaštite općine u konkretnim slučajevima, kao što su njena pravna zaštita u postupku medijacije i u postupku notarske obrade ugovora o zakupu općinskih poslovnih prostora.

⁷ “Službene novine Kantona Sarajevo”, broj 19/09.

Pri tome se ukazuje da efikasnost sudske zaštite u parničnom postupku, manje–više, do sada ne ide u prilog pravnoj zaštiti općine u vezi zakupa općinskih poslovnih prostora, zbog dugotrajnosti vođenja sudskih postupaka⁸ za naplatu duga i njihovo odugovlačenje, a na štetu općine⁹

3. Pravo općina na pravnu zaštitu u postupku medijacije

Alternativno rješavanje sporova je važan mehanizam za pružanje učinkovitih i vjerodostojnih alternativa za rješavanje sporova izvan sudskog sistema.

Bosna i Hercegovina pridružila se krugu država koje su jedinstvenim zakonom uredile materiju rješavanja sporova medijacijom. Time je priznala važnost alternativnog rješavanja sporova za primjereno i djelotvorno funkcioniranje nacionalnih mehanizama pružanja pravne zaštite.¹⁰

Kada govorimo o predmetima pogodnim za medijaciju, najčešće je to moguće u predmetima naplate duga, naravno, ukoliko je druga strana solventna, a moguća je i predaja u posjed zakupljenih poslovnih prostorija zakupodavcu.

Medijacija, kao alternativni način rješavanja sporova, okončava se sporazumom o medijaciji u skladu sa zakonom.¹¹

Mogućnost medijacije općina sporazumno sa zakupcem može iskoristiti u skladu sa članom 86. stav 2. Zakona o parničnom postupku.¹²

U postupku medijacije bi se mogao ishoditi sporazum o medijaciji, kao izvršna isprava iz člana 23. st. 1. tačka 4. Zakona o izvršnom postupku.¹³

⁸ U dopisu Općinskog pravobranilaštva Općine Stari grad Sarajevo, broj: OP-64/09 od 18. 9. 2009. godine, u vezi realizacije zaključka o pokrenutim postupcima i naplati zakupnine za općinske poslovne prostore, a u vezi dužine trajanja sudskih postupaka, navedeno je da su u Pravobranilaštvu u radu tri predmeta iz 2001. godine što je najduži period trajanja sudskog postupka koje je vodilo Pravobranilaštvo.

⁹ Dopis Službe kabineta načelnika Općine Stari Grad Sarajevo broj: 01-05-110-2304/09 od 25. 9. 2009. godine.

¹⁰ Putevi medijabilnosti u Bosni i Hercegovini, Zbirka radova, IFC, Međunarodna finansijska korporacija, Sarajevo, 2009. str. 9., 19. i 163.

¹¹ - Zakon o prijenosu poslova medijacije na udruženje medijatora ("Službeni glasnik BiH", broj 52/05).

- Zakon o postupku medijacije ("Službeni glasnik BiH", broj 52/05).

- Lista medijatora ("Službene novine Federacije BiH", broj 20/10).

¹² „Službene novine Federacije BiH“, br. 53/03 i dr.

¹³ „Službene novine Federacije BiH“, br. 32/03 i dr.

U ovom radu se ukazuje da za sada nema primjera da su sudovi predmete takve vrste upućivali na medijaciju, niti su to inicirale općine sporazumno sa zakupcem općinskih poslovnih prostora.¹⁴

Ukazuje se da je uputno uvođenje medijacije u ovakvim slučajevima.

4. Pravo općina na pravnu zaštitu u postupku notarske obrade isprave

Općina sporazumno sa zakupcem ima mogućnost pravne zaštite imovine i imovinskih interesa općine u vezi zakupa općinskih poslovnih prostora putem sačinjavanja ugovora o zakupu u formi notarski obrađene isprave.

Positivno pravo omogućava da se za buduće zakupce općinskih poslovnih prostora i za produženje zakupnog odnosa, odnosno prije zasnivanja i produženja zakupnog odnosa, uz zajedničku volju i saglasnost općine i zakupca, takvi pravni odnosi uređuju ugovorom o zakupu poslovnog prostora u formi notarski obrađene isprave.

S ciljem da općina sporazumno sa zakupcem ishodi izvršnu notarsku ispravu za plaćanje zakupnine, u navedenoj formi se ugovori o zakupu općinskih poslovnih prostora mogu notarski obrađivati:

1. za buduće zakupce i
2. za produženje zakupnog odnosa.

Do sada ova pravna mogućnost nije korištena u poslovnoj praksi Općine Stari Grad Sarajevo.¹⁵

Ugovorna kazna kod notarske obrade ugovora o zakupu općinskih poslovnih prostora

Za pravnu valjanost ugovora o zakupu općinskih poslovnih prostora nije predviđena zakonska obaveza notarske obrade isprava, ali ugovorne strane imaju pravo zahtijevati notarsku obradu takvih isprava na osnovu i u okviru člana 73. stav 4. Zakona o notarima.¹⁶

Ako ugovorne strane zahtijevaju notarsku obradu ugovora o zakupu općinskih poslovnih prostora, u tom slučaju mogu sporazumno ugovoriti

¹⁴ Izvještaj koji je podnio Aleksandar Živanović, izvršni direktor Udruženja medijatora u Bosni i Hercegovini na sjednici Skupštine tog udruženja održanoj dana 17. 4. 2010. godine u Mostaru.

¹⁵ Dopis Službe kabineta načelnika Općine Stari Grad Sarajevo broj: 01-05-110-2304/09 od 25. 9. 2009. godine.

¹⁶ „Službene novine Federacije BiH“, broj 45/02.

ugovornu kaznu kao sredstvo osiguranja tog ugovora, u skladu sa Zakonom o obligacionim odnosima, u novčanom iznosu za svaki dan zakašnjenja predaje u posjed općinskog poslovnog prostora općini kao zakupodavcu.

Ugovorna kazna (*poena conventionalis*)¹⁷ u stvari nije nikakva kazna, nego samo stari naziv za sporedni uglavak kojim se obaveza učvršćuje jer se unaprijed određuje svota novca koju će za neispunjenje ugovora kriva strana biti dužna isplatiti nekrivoj strani, a svrha je toga da se nekrivoj strani time naknadi šteta, a da ta strana ne mora tu štetu dokazivati.

Prema tome, povjerilac i dužnik mogu ugovoriti da će dužnik platiti povjeriocu određenu novčanu svotu ako ne ispuni svoju obavezu ili zakasni s njenim ispunjenjem, pa se takav sporazum naziva ugovornom kaznom.

Smatra se da je kazna ugovorena za slučaj kada dužnik kasni s ispunjenjem, ako što drugo ne proizilazi iz ugovora.

Tako bi izvršna isprava notara u slučaju da ugovorne strane sporazumno zahtijevaju notarsku obradu ugovora o zakupu općinskih poslovnih prostora u dijelu koji se odnosi na ugovornu kaznu mogla da glasi, kako slijedi:

“Visina ugovorne kazne iznosi deset procenata od vrijednosti mjesečne zakupnine za svaki dan zakašnjenja predaje poslovnih prostorija, počevši od prvog dana nakon prestanka važnosti ovog ugovora pa sve do dana predaje poslovnih prostorija zakupodavcu u ispravnom stanju i/ili do dana dovođenja prostorija u ispravno stanje od strane zakupodavca. Za plaćanje navedene ugovorne kazne zakupac pristaje na podvrgavanje na neposredno prinudno izvršenje bez odlaganja nad svojom cjelokupnom imovinom na temelju ove notarski obrađene isprave i izričito izjavljuje da je saglasan da ova isprava notara ima status izvršne isprave u smislu člana 90. Zakona o notarima i člana 23. Zakona o izvršnom postupku, na osnovu koje zakupodavac ima pravo od notara zahtijevati izdavanje otpravka u svrhu izvršenja, bez daljeg pitanja i saglasnosti zakupca, te naplatu ostvariti prinudnim putem u sudskom izvršnom postupku. Ugovorne strane saglasno utvrđuju da zakupodavac nije dužan saopćiti zakupcu da zadržava svoje pravo na ugovornu kaznu”.

Slična klauzula o ugovornoj kazni, uz saglasnost općine i zakupca, može se navesti i u slučaju produženja ugovora iz člana 35. stav 1. navedene Odluke za neplaćene zakupnine ako bi se radilo o predaji u posjed zakupljenih poslovnih prostorija.

Način određivanja ugovorne kazne:

¹⁷ Čl. 270.-276. Zakona o obligacionim odnosima.

- ugovorne strane mogu odrediti visinu kazne po svojoj volji u ukupnoj svoti, u postotku ili za svaki dan zakašnjenja ili na koji drugi način,

- ona mora biti ugovorena u formi propisanoj za ugovor iz kojeg je nastala obaveza na ispunjenje koje se odnosi.

Kod određivanja ugovorne kazne nužno je da se ima u vidu da ona ne može biti ugovorena za novčane obaveze u skladu sa članom 270. stav 3. Zakona o obligacionim odnosima.

Prednosti izvršne notarske isprave

Notarski obrađene isprave se sačinjavaju u posebnom, zakonom propisanom postupku. U okviru postupka notarske obrade isprave notar mora provjeriti da li su stranke sposobne i ovlaštene za poduzimanje određenog pravnog posla. Notar je dužan da ispita pravu volju stranaka, zatim da izjave volje stranaka jasno i nedvosmisleno pismeno sastavi u obliku notarskog izvornika. On je dužan da zaštiti neiskusne i nevješte stranke, kao i uopće da pouči stranke usmeno o pravnim posljedicama poslova koje poduzimaju, i to na način da i lica nevješta pravu shvate o kakvim se pravnim posljedicama radi. Zapisnik o izjavama se mora pročitati strankama, kao i svi prilozi, osim ako stranke ne odustanu od čitanja priloga. Svaka radnja koju je notar poduzeo mora biti konstatirana u notarski obrađenoj ispravi, kao npr. da je zapisnik o izjavama strankama pročitana, da su odustale od čitanja priloga i sl. Bitno je, pored obaveza pouke, da notar ima zadatak da oblikuje izjave volje stranaka tako da se postignu željeni pravni učinci. On ne zapisuje samo ono što mu drugi prezentiraju, već uređuje pravni odnos.¹⁸

U notarski obrađenoj ispravi se stranka koja duguje određeno novčano potraživanje može podvrgnuti neposrednom prinudnom izvršenju na osnovu te isprave.¹⁹

Svojstvo izvršne isprave iz člana 23. stav 1. tačka 3. u vezi sa čl. 27. i 35. Zakona o izvršnom postupku može imati samo notarski obrađena isprava.²⁰

U svrhu pravne zaštite općine kao zakupodavca, korištenje mogućnosti predviđenih u članu 90. Zakona o notarima, a posebno prilikom odlučivanja općine kao zakupodavca da li će sa zakupcem koji krši ugovor o zakupu u pogledu

¹⁸ Povlakić, M. (2010) Uloga notara u zaštiti potrošača. Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse br. 8. Mostar, str. 254.

¹⁹ Povlakić, M. (2009) Transformacija stvarnog prava u Bosni i Hercegovini. Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, str. 84.

²⁰ Povlakić, M., Schalast, S., Softić, V. (2009) Komentar Zakona o notarima u Bosni i Hercegovini. GTZ, Sarajevo, str. 25.

plaćanja ugovorene zakupnine produžiti ugovor u smislu člana 35. stav 1. ili će ga raskinuti u smislu člana 31. navedene Odluke,²¹ predstavljalo bi izuzetno značajnu novinu u praksi i preduprijedilo dugotrajna vođenja sudskih postupaka za naplatu duga i njihovo odugovlačenje, a na štetu općine.

U ovom dijelu, nažalost, i dalje ostaje problem kod iseljenja zakupca, odnosno predaje poslovnog prostora u posjed općine jer sačinjena notarska isprava ne bi mogla imati snagu izvršne isprave prema važećim propisima.

Naime, važeći propisi o zakupu poslovnih zgrada i prostorija doneseni su 1977. godine, u vrijeme vladavine socijalizma i komunizma. Kasnije su mijenjani i dopunjavani. Cilj ovih propisa je bio da se zaštite zakupci, posebno građani koji su obavljali zanatske i uslužne radnje, od zakupodavaca, posebno opet građana koji su imali u vlasništvu poslovni prostor i izdavali ga zakupcima. Ta zaštita se posebno ogleda u važećim zakonskim odredbama da se ugovor otkazuje preko nadležnog suda. Ta zakonska odredba je i sada na snazi. Na osnovu otkaza sud izdaje nalog, na koji zakupac ima pravo prigovora, a na osnovu kojeg zakupac stiže položaj tuženog, a zakupodavac položaj tužitelja. Dakle, stvara se parnični postupak za koji, doduše, Zakon propisuje da je "hitan", ali samo na papiru. Cilj ovog rada je posebno u tome da ukaže na inicijativu za izmjene i dopune Zakona o zakupu poslovnih zgrada i prostorija kojima bi se na adekvatniji način regulirala oblast otkaza ugovora o zakupu poslovnih zgrada i prostorija u odnosu na dosadašnji postupak, čija je sadašnja osnovna odlika dugotrajnost i neefikasnost.

Očigledno je da bi, prije svega, trebalo, u skladu sa principima modernog poslovanja i menadžerstva, pokrenuti pitanje izmjene i dopune Zakona o zakupu poslovnih zgrada i prostorija i pojednostaviti postupak otkaza korištenja poslovnog prostora, bez sudskog otkaza. Kada bi se to reguliralo, onda bi došlo i do izmjene općinske Odluke o kojoj je naprijed bilo riječi te se ne bi dešavalo da zakupac ne plaća zakupninu pet i više godina, koristi prostor u nedozvoljene svrhe, traži kompenzaciju za uložena sredstva ili nakon smrti zakupca, da prostor bude zatvoren zakupodavcu tri ili više godina, dok se nasljednici ne dogovore.

²¹ Karakteristična je i za općinu pravno relevantna odredba člana 35. stav 1. navedene Odluke, koja glasi:

„Ugovori o zakupu poslovnih prostora zaključuju se na period od godinu dana sa mogućnošću produženja u skladu sa Zakonom. Produženje ugovora vrši se najmanje mjesec dana prije isteka istog, pod uvjetom da zakupac redovno izmiruje mjesečnu zakupninu i prostor koristi u skladu sa ugovorom.“

Na sudski postupak u navedenoj Odluci upućuje se u članu 31. koji se odnosi na prava i obaveze ugovornih strana iz ugovora o zakupu poslovnih prostora, a u dijelu u kome se navodi da su: „dviije neplaćene zakupnine uvjet za jednostrani raskid ugovora od strane Općine i pokretanje sudskog postupka.“

Isto tako, očigledno je da u današnje vrijeme tržišne utakmice, menadžerstva i ekonomskog prestiža nema mjesta i osnove da se zakonima štite prava zakupaca u tolikoj mjeri da zakupodavac niti može da naplati zaostalu zakupninu uopće jer zakupac "nema" nikakve imovine ili prihoda, a ima prihode za TV reklame i reklamiranje putem jumbo plakata i jer se parnični postupak koji je "hitan" vodi po sudovima pet ili više godina, odnosno da se nakon smrti zakupca poslovna prostorija zaključa i tako stoji dok se u ostavinskom postupku ne utvrdi pravo nasljednika, a za to vrijeme niti se poslovna prostorija koristi, niti se plaća zakupnina.

Nužno je da se oblast zakupa poslovnih zgrada i prostorija regulira na način na koji bi se izbjeglo da zbog dugotrajnosti i složenosti postupka kod suda pri konkretnoj primjeni propisa imamo neefikasne procedure koje, u svojoj krajnjoj instanci, idu u prilog zakupcima koji se ponašaju suprotno preuzetim obavezama.²²

5. Pravo općina na pravnu zaštitu u izvršnom postupku

Ako općina ima izvršnu odluku suda i izvršno sudsko poravnanje iz člana 23. stav 1. tačka 1. Zakona o izvršnom postupku i podnese prijedlog u svojstvu tražioca izvršenja, u tom slučaju sud određuje i provodi izvršenje na osnovu izvršne isprave.

Što se tiče sporazuma o medijaciji kao izvršne isprave u sistemu izvršnih isprava, u ovom radu je ukazano da se on ne koristi u ovakvim slučajevima.

U pogledu izvršne notarske isprave, u ovom radu je ukazano na pravnu mogućnost njenog postojanja samo za plaćanje ugovorne kazne ako su ugovorne strane saglasno zahtijevale ugovor o zakupu općinskog poslovnog prostora u formi notarski obrađene isprave.

Ako se radi o potraživanju radi predaje u posjed zakupljenih prostorija, a izvršenje bi se tražilo na osnovu izvršne notarske isprave, u tom slučaju je nužna dopuna Zakona o izvršnom postupku, koja se inicira i u ovom radu, tako da se u Zakonu o izvršnom postupku iza člana 26. dodaje novi Član 26. a koji glasi:

„Član 26. a

Izvršnost notarske isprave

(1) Notarska isprava je izvršna ukoliko je sačinjena u formi notarski obrađene isprave, ukoliko je dužnik u njoj pristao na neposredno izvršenje

²² Dopis upućen Zajednici općina i gradova, Kantonu Sarajevo, Ministarstvu pravde, Ministarstvu privrede i Općinama Kantona Sarajevo, a odnosi se na inicijativu za izmjene i dopune Zakona o zakupu poslovnih zgrada i prostorija Kantona Sarajevo.

obaveze o kojoj stranke mogu zaključiti poravnanje i ukoliko ima svojstvo izvršnosti prema propisima koji uređuju izvršnost takve isprave.

(2) U nedostatku posebnih pravila na izvršnost notarske isprave na odgovarajući način se primjenjuju odredbe ovog zakona koje važe za izvršnost poravnanja.

(3) Na osnovu notarske isprave koja je izvršna samo u jednom dijelu izvršenje se može odrediti samo u odnosu na taj dio.²³

U vezi s naprijed navedenom inicijativom za dopunu Zakona o izvršnom postupku, u ovom radu se ukazuje da se sa istim ciljem riječ „poravnanje“ može izjednačiti sa riječima: „sporazum o medijaciji“, a za izvršnost notarski obrađene isprave u smislu citiranog teksta takve inicijative za dopunu tog zakona.

U tom slučaju bi bilo moguće pristajanje dužnika na podvrgavanje neposrednom izvršenju svake obaveze o kojoj ugovorne strane mogu zaključiti poravnanje ili sporazum o medijaciji, a ne za plaćanje neke određene sume novca. Izvršenje svake obaveze uključuje, ali se ne ograničava i na predaju stvari u posjed, te sljedstveno tome i predaju u posjed zakupljenih prostorija zakupodavcu.

Prepreke za općinu kao zakupodavca

Kada je u pitanju davanje u zakup poslovnih prostorija i zgrada drugim licima, općina se susreće sa određenim preprekama.

Primjer prepreke za zakupodavca:

Zakupodavac i zakupac zaključuju ugovor o zakupu određenog trajanja po osnovu kojeg zakupac ne plaća/kasni sa plaćanjem ugovorene mjesečne zakupnine ili ne obavlja djelatnost u zakupljenoj prostoriji (situacija „zatvorene radnje“).

Ovakvim zakupčevim ponašanjem zakupodavac je doveden u nezavidan položaj jer je:

(a) automatski spriječen da ispunjava svoje obaveze iz budžeta općine i

(b) zbog situacije „zatvorene radnje“ ugled zakupodavca biva narušen, čime postaje neprivačlan za ostale klijente i zakupce.

²³ Dopis Notarske komore Federacije Bosne i Hercegovine broj: 0320-2/2010 od 10.3.2010. godine s prilogom: "Prijedlog izmjena i dopuna Zakona o izvršnom postupku sa obrazloženjem pojedinih odredbi."

Važeća zakonska ograničenja:

Važeći Zakon o zakupu poslovnih zgrada i prostorija (koji je u odnosu na Zakon o obligacionim odnosima *lex specialis* za konkretan slučaj) ne omogućuje zakupodavcu da poduzme adekvatne mjere kako bi „izbacio“ zakupca iz vlastitih prostorija, ukoliko se desi jedna od gore navedenih situacija ili neka druga slična situacija koja predstavlja kršenje ugovornih obaveza od strane zakupca.

Ovakva situacija je potpuno neprihvatljiva za zakupodavca iz više razloga:

- vlasništvo je:

(a) isključivo tj. vlasnik može svakog isključiti iz uživanja njegovog predmeta vlasništva

(b) nedjeljivo i jedinstveno tj. neograničeno korištenje stvari i raspolaganje njome

(c) elastično tj. vlasnik, iako ne vrši nikakvo vlasničko ovlaštenje, ipak ostaje vlasnik

(d) djeluje erga omnes. I pored navedenog, gore navedene situacije predstavljaju ometanje prava vlasništva;

- zakupodavac mora imati redovna primanja po osnovu ugovorene zakupnine kako se ne bi doveo u situaciju da ne izvršava obaveze iz budžeta općine;

- zakupodavac mora spriječiti zakupca da za vrijeme trajanja zakupa ima situaciju “zatvorene radnje” kako mu ugled ne bi bio narušen, a u današnje doba tržišne ekonomije konkurencija ne dozvoljava zakupodavcu bilo kakav zastoj u radu.

Prijedlog rješenja protiv ovakvih restriktivnih zakonskih ograničenja:

Zakupodavac mora insistirati na sastavljanju ugovora o zakupu u formi notarski obrađene isprave u kojem će biti ugovorene sve mjere zaštite koje zakupodavac može poduzeti u slučaju da se desi jedna od gore navedenih situacija ili pak neka druga slična situacija koja predstavlja zakupčevo kršenje ugovornih obaveza. Primjera radi, može se ugovoriti zakupodavčevo ovlaštenje da u zakupljenoj prostoriji promijeni brave na ulaznim vratima i tako onemogućiti zakupcu ulazak u posjed prostorije radi vršenja djelatnosti. U tom slučaju takav ugovor bi također trebao sadržavati i izjavu zakupca da se odriče prava na tužbu zbog zaštite posjeda protiv zakupodavca.

Ovakva mjera zaštite bi bila u suprotnosti sa važećim Zakonom o zakupu poslovnih zgrada i prostorija, prema kojem zakupodavac ne može “istjerati” zakupca iz svog prostora, ali ne i sa Zakonom o obligacionim odnosima koji polazi od načela “slobode uređivanja obligacionih odnosa” ugovornih strana. Prema tome, ako se oslonimo samo na Zakon o obligacionim odnosima, to bi značilo da

tako ugovorena volja stranke (kad zakupac saglasno pristaje da zakupodavac promijeni brave u prostoriji) kroz notarski obrađen ugovor u zakupu, predstavljala bi izvršnu ispravu prema kojoj bi sud mogao postupati (parnični postupak bi se ovdje preskočio i zakupodavac bi odmah mogao podnijeti prijedlog za izvršenje).

Osim toga, ako se sagleda član 202. važećeg Zakona o izvršnom postupku (glava XVIII Izvršenje radi ispražnjenja i predaje nepokretne stvari), ovakva situacija promjena brava i "istjerivanja" zakupca iz prostorija zakupodavca bi bila moguća (naravno, pod uslovom da se važeći *lex specialis* Zakon o zakupu poslovnih zgrada i prostorija izmijeni i dozvoli i ova zakonska rješenja iz Zakona o izvršnom postupku).

Neophodno je da se postojeća zakonska rješenja izmijene i usklade (prvenstveno Zakon o zakupu poslovnih zgrada i prostorija).

Iz navedenih razloga, a u vezi predaje u posjed zakupljenih prostorija, predlažem kao naprijed, i to:

Da se članu 202. Zakona o izvršnom postupku doda novi stav 2. koji glasi:

"Za izvršenje iz stava 1. ovog člana podobna je notarski obrađena isprava."

Zaključak

Pravna zaštita imovine i imovinskih interesa općine, kao jedinice lokalne samouprave, u vezi zakupa općinskih poslovnih prostora, može se posmatrati de lege lata i de lege ferenda, a zbog učestalosti ugovora o zakupu kao konseznalnog i dvostrano obavezujućeg ugovora o zakupu i njegovog korisnog djelovanja u obligacionim odnosima i pribavljanja novca u budžet općine.

Pri proučavanju ovog pravnog pitanja i njegovog posmatranja sa gledišta kakvo je pozitivno pravo u vezi s njim (*de lege lata*), u ovom radu je ukazano na mogućnost sačinjavanja ugovora o zakupu općinskih poslovnih prostora u formi notarski obrađene isprave sa ugovornom kaznom kao sredstvom osiguranja ugovora, a pod uvjetom da takvu formu sporazumno zahtijevaju ugovorne strane u smislu člana 73. stav 4. Zakona o notarima i člana 26. Zakona o obligacionim odnosima.

Uputno je da za buduće zakupce općinskih poslovnih prostora i za produženje zakupnog odnosa odnosno za zasnivanje novog i produženje postojećeg zakupnog odnosa, uz zajedničku volju i saglasnost općine i zakupca, ugovorne strane zakluče i potpišu ugovor o zakupu poslovnog prostora u formi notarski obrađene isprave, s tim da u njemu urede neblagovremenu predaju općini u posjed zakupljenih prostorija u skladu sa Zakonom o obligacionim odnosima na

način na koji se ukazuje u ovom radu. Na taj način općina može ishoditi izvršnu ispravu iz člana 23. Zakona o izvršnom postupku u vezi sa čl. 90. i 106. Zakona o notarima u pogledu plaćanja ugovorne kazne, koja je ugovorena uz saglasnost ugovornih strana u ugovoru takve forme i sadržaja.

U svrhu osiguranja efikasnije naplate zaostalih zakupnina i u tom smislu korištenje mogućnosti predviđenih u članu 90. Zakona o notarima, predstavljalo bi izuzetno značajnu novinu i preduprijedilo dugotrajna vođenja sudskih postupaka za naplatu duga i njihovo odugovlačenje, a na štetu općine.

U ovom dijelu, nažalost, i dalje ostaje problem kod iseljenja zakupca, odnosno predaje poslovnog prostora u posjed općine jer sačinjena notarska isprava ne bi mogla imati snagu izvršne isprave.

Tačno je da navedeni zakonski propisi sada ne omogućavaju izvršnost notarski obrađene isprave za iseljenje zakupca u slučaju kršenja tog ugovora, ali se u vezi s tim u ovom radu daju inicijative za izmjene i dopune zakona, kao što je inicijativa za dopunu zakona o izvršnom postupku, tako da se izvršna isprava notara izjednači sa izvršnim poravnanjem ili sa sporazumom o medijaciji. Ako bi takva dopuna Zakona o izvršnom postupku bila prihvaćena u parlamentarnoj proceduri, u tom slučaju bi se, na osnovu zakona, omogućila predaja u posjed zakupljenih prostorija, a na osnovu izvršne isprave notara i pod uvjetom da ugovorne strane zahtijevaju takav pravni posao u formi notarski obrađene isprave.

De lege ferenda, osnovana je i opravdana inicijativa za dopunu člana 26. Zakona o izvršnom postupku putem uvođenja mogućnosti da dužnik pristane na izvršenje bez odlaganja samo u notarski obrađenoj ispravi, odnosno uvođenje mogućnosti podvrgavanja neposrednom izvršenju svake obaveze o kojoj ugovorne strane mogu zaključiti poravnanje ili sporazum o medijaciji, a ne samo ono što je propisano u članu 90. Zakona o notarima (ako su izvršne isprave notara sastavljene o nekom pravu potraživanja koje ima za predmet plaćanje neke određene sume novca ili davanje određene količine drugih zamjenjivih stvari ili vrijednosnih papira). Dakle, ovom dopunom tog zakona, ako bude usvojena, dužnik se može podvrgavati izvršenju i za predaju stvari u posjed uključujući i predaju u posjed zakupljenih prostorija. To je naročito značajno kod zakupa općinskih poslovnih prostora ako se takav ugovor sastavlja u formi notarski obrađene isprave uz saglasnost općine i zakupca.

Izvori i literatura

1. *Zakon o zakupu poslovnih zgrada i prostorija* ("Službeni list RBiH", br. 33/77, 12/87, 30/90, 3/93 i 13/94).
2. *Zakon o preuzimanju, izmjenama i dopunama Zakona o zakupu poslovnih zgrada i prostorija* ("Službene novine Kantona Sarajevo", broj 14/97).
3. *Odluka o dodjeli na korištenje poslovnih prostora i visini i načinu plaćanja zakupnine za poslovne prostore na kojima pravo raspolaganja ima Općina Stari Grad Sarajevo* (Prečišćeni tekst), ("Službene novine Kantona Sarajevo", broj 19/09).
4. *Presuda Ustavnog suda Federacije Bosne i Hercegovine* broj U-4/05 od 08.11.2005. godine ("Službene novine Federacije BiH", broj 5/06).
5. *Zakon o prijenosu poslova medijacije na udruženje medijatora* ("Službeni glasnik BiH", broj 52/05).
6. *Zakon o postupku medijacije* ("Službeni glasnik BiH", broj 52/05).
7. *Lista medijatora* ("Službene novine Federacije BiH", broj 20/10).
8. *Zakon o parničnom postupku* ("Službene novine F BiH", br. 53/03 i dr.).
9. *Zakon o izvršnom postupku* ("Službene novine F BiH", br. 32/03 i dr.).
10. *Zakon o notarima* ("Službene novine Federacije BiH", broj 45/02).
11. Čl. 270-276. Zakona o obligacionim odnosima,
12. Kulenović, Z., Mikulić, S., Milišić-Veličkovski, S., Stanišić, J., Vučina, D. (2005) *Komentari Zakona o parničnom postupku u Federaciji Bosne i Hercegovine i Republici Srpskoj*. Savjet/Vijeće Evrope i Evropska komisija, Sarajevo.
13. Daupović, A., Obradović, R., Povlakić, M., Začiragić, F., Živanović, M. (2005) *Komentari Zakona o izvršnom postupku u Federaciji Bosne i Hercegovine i Republici Srpskoj*. Savjet/Vijeće Evrope i Evropska komisija, Sarajevo.
14. Lepušina, M. - Senjak, K. (2003) *Zbirka propisa o notarima sa stručnim objašnjenjima*. "Magistrat" Sarajevo.
15. Povlakić, M. (2009) *Transformacija stvarnog prava u Bosni i Hercegovini*. Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu.
16. Bikić, A. (2007) *Obligaciono pravo*. Opći dio, Drugo izmjenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu.
17. Bikić, A. (2005) *Obligaciono pravo*. Posebni dio, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu.
18. Jahić, M. (2004) *Finansije i finansijsko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu.
19. *"Od spora do dogovora"*, Evaluacija dvije godine redovne primjene medijacije u Bosni i Hercegovini, Udruženje medijatora u Bosni i Hercegovini, septembar 2009.
20. *Pravni savjetnik "Moja prava – moje dužnosti"*, Uređivački odbor Hržnjak J. i dr. Zagreb: Grafički zavod Hrvatske.
21. *Putevi medijabilnosti u Bosni i Hercegovini* (2009) Zbirka radova, Sarajevo: IFC, Međunarodna finansijska korporacija.

22. Povlakić, M. (2010) *Uloga notara u zaštiti potrošača*. Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse br. 8, Mostar.
23. Povlakić, M., Schalast, C., Softić, V. (2009) *Komentar Zakona o notarima u Bosni i Hercegovini*. GTZ, Sarajevo.

THE IMPORTANCE OF THE LEGAL PROTECTION OF MUNICIPAL PROPERTY WITH REGARD TO THE LEASE OF THE MUNICIPAL BUSINESS PREMISES

Summary

This paper elaborates on five forms of the legal protection of municipal property with regard to the lease of the municipal business premises (constitutional jurisprudence, litigation, mediation, executive notary document and execution proceeding), each of them being dealt separately.

The novelty is in that that the legal protection of the municipal property may be attained also through:

- the form of the notary processed lease contract with regard to the conditions, ways and procedures of the lease of the property, the rate and modes of payment of the rent, if such form is requested by the municipality and the tenant and,

- besides the court proceeding, through a mediation proceeding regulated by the separate law.

This paper, in particular detail, describes the possibilities of the legal protection of the municipal property by the executive notary document comprising liquidated damage clause and agreement to mediation.

From the legal point of view, this paper also points to the obstacles that municipalities come across in collecting rents into the municipal budgets, both *de lege lata* and *de lege ferenda*.

With this regard, the paper gives a list of certain initiatives intended to change and amend the laws relevant to the legal protection of the municipal properties in cases of the lease of the municipal business premises.

Key words

municipality, municipality mayor, lease contract, lessor, tenant, municipality commercial property, rent, municipality budget, legal protection, executive notary document.

SUDSKA PRAKSA USTAVNOG SUDA BOSNE I HERCEGOVINE

sudska praksa

Pripremio: **prof. dr. Miodrag N. Simović***

Pravo na pravično suđenje i pravo na dom

Činjenica da je predmetni postupak, za koji Ustavni sud smatra da nije složene prirode, trajao sedam godina i sedam mjeseci i da apelantkinja nije dala svoj doprinos dužini postupka, dovoljna je Ustavnom sudu za zaključak da je povrijeđeno apelantkinjino pravo na “suđenje u razumnom roku” kao jedan od aspekata prava na pravično suđenje iz člana II./3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. Evropske konvencije. Dalje, Ustavni sud zaključuje da ne postoji povreda u odnosu na ostale aspekte prava na pravično suđenje iz člana II./3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. Evropske konvencije kad je Ustavni sud utvrdio da je obrazloženje sudske odluke dovoljno jasno i argumentovano i nije posljedica proizvoljnosti u primjeni materijalnopравnih niti procesno-pravnih propisa. Takođe, ne postoji povreda prava iz člana II/3f) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 8. Evropske konvencije u situaciji kad javne vlasti odbiju zahtjev za povraćaj stana u posjed licu za koje je u postupku utvrđeno da nije bilo član domaćinstva umrlog nosioca stanarskog prava niti živjelo u predmetnom stanu u relevantno vrijeme pa taj stan ne predstavlja njegov dom u kontekstu člana 8. Evropske konvencije.

Iz obrazloženja:

Apelantkinja smatra da je predmetni postupak radi povraćaja stana u posjed u trajanju od niz godina stvorio nesagledive prepreke da dođe do bilo kakvog prava na dom. Namjerna sporost u rješavanju ovog pitanja, shodno apelantkinjinim navodima, onemogućila je da ona ostvari pravo na donaciju za adaptaciju stana u kući muževog oca u Stocu. Iz apelantkinjinih navoda proizilazi

** predsjednik Ustavnog suda Bosne i Hercegovine
i redovni profesor Pravnog fakulteta u Banja Luci*

da se žali na povredu prava na pravičan postupak u razumnom roku, kao segmenta prava na pravično suđenje koje je zaštićeno članom II./3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i članom 6. stav 1. Evropske konvencije.

Ustavni sud zapaža da je apelantkinja podnijela zahtjev za povraćaj stana 16. septembra 1998. godine. Apelantkinja je, nakon upravnog postupka okončanog rješenjem tuženog od 16. oktobra 2001. godine, nastavila postupak, pokrenuvši tužbom upravni spor pred Kantonalnim sudom radi poništenja tog rješenja tuženog i zaključka prvostepenog organa od 20. juna 2001. godine. Period u kom je pokrenut navedeni postupak ubraja se u nadležnost Ustavnog suda, s obzirom na to da je započeo nakon 14. decembra 1995. godine, tj. nakon što je Ustav Bosne i Hercegovine stupio na pravnu snagu.

Ustavni sud zapaža da se u konkretnom slučaju radi o upravnom postupku koji je vođen na apelantkinjin zahtjev, koja je tvrdila da je član porodičnog domaćinstva umrlog nosioca stanarskog prava, radi povraćaja stana u posjed. Ustavni sud zapaža da su upravni organi, pri odlučivanju o povraćaju stana apelantkinji u posjed, morali da riješe pitanje apelantkinjine pravne pozicije u odnosu na predmetni stan. U postupku radi povraćaja stana odbijen je apelantkinjin zahtjev, zbog čega je ona izjavila žalbu, a zatim pokrenula i upravni spor. Presudom Kantonalnog suda od 4. decembra 2002. godine tužba je uvažena i predmet vraćen na ponovni postupak prvostepenom organu. U ponovnom postupku prvostepeni organ je donio novo rješenje 18. maja 2005. godine, a predmet je pravosnažno završen osporenim Presudom Kantonalnog suda od 19. aprila 2006. godine.

S obzirom na to da je u postupku trebalo da se riješi pitanje da li je apelantkinja bila član porodičnog domaćinstva te da li joj pripada pravo na povraćaj stana u posjed, Ustavni sud ne smatra da apelantkinjin slučaj može da se opiše kao naročito složen, kako u pogledu činjeničnog stanja, tako i u pogledu pravnih pitanja.

U konkretnom slučaju, Ustavni sud zapaža da je apelantkinja podnijela zahtjev radi povraćaja stana u posjed te da je izjavljivala žalbe protiv prvostepenih odluka i pokretala upravne sporove protiv konačnih rješenja tuženog. Analizom postupka u predmetnoj pravnoj stvari, prevashodno pred prvostepenim organom, Ustavni sud nije našao u apelantkinjinom ponašanju elemente koji bi ukazivali da je ona na bilo koji način doprinijela sveukupnoj dužini trajanja postupka.

Imajući u vidu tok predmetnog postupka, od podnošenja zahtjeva za povraćaj stana u posjed, 16. septembra 1998. godine, do donošenja osporene presude Kantonalnog suda, 19. aprila 2006. godine, Ustavni sud konstatuje da je

postupak trajao sedam godina i sedam mjeseci. S obzirom na to da je postupak u predmetu u kom se odlučivalo da li apelantkinja, kao navodni član porodičnog domaćinstva, ima pravo na povraćaj stana, trajao duže od sedam godina, Ustavni sud zaključuje da je povrijeđeno apelantkinjino pravo da se donese odluka u razumnom roku, za šta se odgovornim smatraju organi uprave zbog svog neodlučivanja, kao i Kantonalni sud zbog vraćanja predmeta nižestepenim organima na ponovno odlučivanje.

Ustavni sud mora da naglasi da je za pravni sistem od fundamentalne važnosti vođenje postupka u okviru razumnog vremena jer svako nepotrebno odugovlačenje često dovodi do, de facto, lišavanja pojedinca njegovih prava i gubitka djelotvornosti i povjerenja u pravni sistem.

S obzirom na činjenicu da je upravni postupak za povraćaj predmetnog stana apelantkinji kao navodnom članu porodičnog domaćinstva trajao sedam godina i sedam mjeseci i da za tako dugo trajanje postupka odgovornost može, u cijelosti, da se pripíše nadležnim upravnim organima i Kantonalnom sudu, Ustavni sud zaključuje da je došlo do povrede apelantkinjinog prava na “suđenje u razumnom roku” kao jednog od elemenata prava na pravično suđenje iz člana II./3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. Evropske konvencije.

Ustavni sud je analizom odluka koje su osporene došao do zaključka da su upravni organi i Kantonalni sud, u ponovnom postupku, za odluku da apelantkinja ne ispunjava zakonom propisane uslove za usvajanje zahtjeva za povraćaj u posjed stana na kom je nosilac stanarskog prava bio njen pokojni otac, dali jasne i precizne razloge koje Ustavni sud ne smatra proizvoljnim. Ustavni sud smatra da iz navoda u apelaciji, kao i priložene dokumentacije, ne može da se utvrdi da su osporenim odlukom Kantonalnog suda i odlukama upravnih organa kojima je okončan predmetni postupak povrijeđena ili zanemarena apelantkinjina ustavna prava. Ne može da se zaključi ni da je primjena zakona Kantonalnog suda bila proizvoljna ili da je došlo do povrede apelantkinjinih procesnih prava, odnosno da utvrđeno činjenično stanje i ocjena dokaza ukazuju na bilo koju povredu Ustava Bosne i Hercegovine.

Stoga, Ustavni sud smatra da u odnosu na ove apelantkinjine navode ne postoji kršenje prava na pravično suđenje iz člana II./3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. Evropske konvencije.

U odgovoru na pitanje da li je u konkretnom slučaju sporni stan apelantkinji predstavljao dom, u skladu sa značenjem člana 8. Evropske konvencije, Ustavni sud konstatuje da je na osnovu dokaza koji su izvedeni u upravnom postupku, koje je cijenio Kantonalni sud u osporenoj presudi, utvrđeno da apelantkinja nije bila član porodičnog domaćinstva svog pokojnog oca 30. aprila 1991.

godine jer je predmetni stan napustila nakon svoje udaje 1981. godine. Ustavni sud primjećuje da je apelantkinja, napuštajući predmetni stan 1981. godine, prekinula faktičku zajednicu života sa svojim ocem, kao i veze sa navedenim stanom jer više nije niti živjela niti obavljala svoje uobičajene životne aktivnosti u predmetnom stanu. Ustavni sud, takođe, smatra da apelantkinja u postupku pred ovim sudom nije dostavila dokaze koji na nesumnjiv način dokazuju da je 30. aprila 1991. godine bila član porodičnog domaćinstva svog pokojnog oca. Stoga, Ustavni sud smatra da, u konkretnom slučaju, predmetni stan ne može da se smatra apelantkinjinim domom, u smislu značenja člana 8. Evropske konvencije pa slijedi da nema kršenja prava iz člana II./3.f) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 8. Evropske konvencije.

*Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine,
broj AP 1647/06 od 12. juna 2008. godine*

Pravo na pravično suđenje i zabrana diskriminacije

Nije povrijeđeno apelantovo pravo na pravično suđenje iz člana II./3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. Evropske konvencije kada je osporena presuda donesena u skladu sa ovlašćenjem suda da savjesno ocijeni svaki dokaz pojedinačno i u vezi sa ostalim dokazima i da na osnovu takve ocjene izvede zaključak da li je neka činjenica dokazana ili ne, a ne postoje drugi razlozi koji bi ukazivali na povredu prava na pravičan postupak.

Nema povrede prava na nediskriminaciju u vezi sa osporenom presudom ukoliko apelant nije ponudio nikakav dokaz o tome da su lica koja se nalaze u istoj ili sličnoj situaciji tretirana na različit način ili ako takva diskriminacija očigledno ne proizilazi iz odluka koje osporava.

Iz obrazloženja:

Ustavni sud, dalje, konstatuje da je za pravilnu primjenu materijalnog prava u konkretnom slučaju bilo neophodno da se utvrdi šta je razlog apelantovog nedolaska na posao nakon što je radionica tužene ponovo puštena u rad, odnosno da li je on bio obavezan da dolazi na rad u radionicu. Od odgovora na ovo pitanje zavisi zaključak da li apelant nije dolazio na posao nakon puštanja radionice u ponovni pogon na osnovu svoje ocjene da u radionici nema uslova za rad ili je apelantov rad kod kuće bio rezultat prećutne saglasnosti tužene da apelant svoje poslove i radne zadatke i dalje obavlja za tuženu kod kuće, umjesto na svom radnom mjestu u radionici. Vrhovni sud je ocijenio da se nižestepeni sudovi ovim

pitanjima nisu bavili, iz kojih razloga je utvrdio da je, zbog pogrešne primjene materijalnog prava iz člana 7. ZPP FBiH, činjenično stanje ostalo nepotpuno utvrđeno, zbog čega je reviziju i uvažio, presudu drugostepenog suda ukinuo i predmet vratio tom sudu na ponovno suđenje.

Postupivši po Presudi Vrhovnog suda, Kantonalni sud je Presudom od 8. decembra 2006. godine žalbu tuženog djelimično uvažio i osporavanu prvostepenu presudu preinačio. Tom presudom je poništeno rješenje o prestanku apelantovog radnog odnosa i utvrđeno da je apelant bio u radnom odnosu kod tuženog od 29. juna 2001. godine do 28. januara 2002. godine i da mu za taj period pripada na ime neisplaćenih plata ukupan iznos od 1.704,80 KM, sa zakonskom zateznom kamatom od dana kada je podnio tužbu i troškovi postupka u iznosu od 635,25 KM. Dio tužbenog zahtjeva koji se odnosio na vraćanje na posao i isplatu plata nakon 28. januara 2002. godine odbijen je kao neosnovan.

Sudovi su takođe utvrdili da tuženi nije dokazao činjenicu neopravdanog apelantovog odsustva sa posla valjanim dokazima, kao što je evidencija o dolasku radnika na posao, a sam je izjavio da mu je sjedište bilo u Jablanici i da je samo povremeno odlazio u Bugojno pa nije ni mogao da ima uvid u redovnost dolaska radnika na posao. Dakle, protivno odredbama člana 91. ZOR FBiH nije dokazano da postoji razlog za otkaz, koji je naveden u rješenju od 11. jula 2001. godine, iako je na tuženom bio teret dokazivanja da je u pitanju povreda radne obaveze ili teži prestup koji su takve prirode da nije bilo osnovano da se očekuje nastavak radnog odnosa. S druge strane, kako ni apelant nije dokazao da je radio za tuženog i nakon prijema rješenja o prestanku radnog odnosa, tj. nakon 28. januara 2002. godine, to je Kantonalni sud prihvatio da je apelantov radni odnos trajao do toga datuma. U vezi s tim apelantu je utvrđeno pravo na platu za period od 29. juna 2001. godine do 28. januara 2002. godine, u iznosu od 1.704,80 KM. Zakonske zatezne kamate su dosuđene od 6. marta 2002. godine, kao dana podnošenja tužbe, jer se radi o povremenim novčanim potraživanjima na koje zatezna kamata teče od dana kad je sudu podnesen zahtjev za njihovu isplatu (član 279. stav 3. ZOO). Kantonalni sud, na kraju, nije prihvatio dio tužbenog zahtjeva koji se odnosi na vraćanje apelanta na rad nakon 28. januara 2002. godine jer je tuženi nakon pravosnažnosti prvostepene presude, odnosno 21. decembra 2004. godine, vratio apelanta na rad zaključenjem Ugovora o radu od 21. decembra 2004. godine.

Što se samog sudskog postupka tiče, apelant je, u konkretnom predmetu, imao mogućnost da preduzima pravne radnje radi zaštite svojih prava u sudskom postupku. Apelant je imao pravo da pristupa sudovima pune jurisdikcije u toku cjelokupnog postupka. Ni u jednoj fazi postupka apelantu nije onemogućena suštinska ravnopravnost u iznošenju argumenata, dokaza i činjenica. Dalje,

apelantu je pružena mogućnost javne rasprave pred sudom pune jurisdikcije kao “suštinski elemenat” prava na pravično suđenje.

Stoga, imajući u vidu izloženo, Ustavni sud smatra da u konkretnom slučaju nije došlo do povrede apelantovog ustavnog prava na pravičan postupak iz člana II./3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. Evropske konvencije.

U konkretnom slučaju Ustavni sud smatra da se apelant žali na diskriminaciju u vezi s pravom iz člana 6. Evropske konvencije. Međutim, apelant ne navodi prema kom osnovu smatra da je diskriminisan, odnosno prema kom bi osnovu trebalo da se ocjenjuje, navodno, različit tretman niti nudi bilo kakve dokaze kojima bi svoje tvrdnje o diskriminaciji potkrijepio. Ustavni sud ukazuje da sama činjenica da je Vrhovni, a nakon toga i Kantonalni sud, donio drugačije odluke o poništenju odluke o radnom odnosu i naknadi plate u predmetu koji može, prema nekim elementima, da bude sličan, ne znači da postoji diskriminacija prema nekom zabranjenom osnovu ako se u takvim predmetima donesu različite odluke. Naime, kako je to Ustavni sud već obrazložio, primjene zakonskih propisa i postojanje osnova da se poništi odluka o prestanku radnog odnosa i utvrdi adekvatna naknada plate za vrijeme koje je apelant stvarno radio ocjenjuje se u svakom konkretnom slučaju, zavisno od konkretnih okolnosti, pa ne može da se smatra da donošenje drugačijih odluka s obzirom na okolnosti svakog pojedinog predmeta predstavlja, samo po sebi, diskriminaciju prema nekom zabranjenom osnovu.

Na osnovu izloženog, Ustavni sud zaključuje da nije prekršeno apelantovo pravo na nediskriminaciju iz člana II./4. Ustava Bosne i Hercegovine u vezi sa pravom na pravičan postupak.

*Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine,
broj AP 1203/06 od 28. oktobra 2008. godine*

TOMISLAV KULIĆ, NOTAR

in memoriam

U srijedu, 09.06.2010. godine oko 16,30 sati na groblju u Jelahu, Općina Tešanj, sahranjen je Tomislav Kulić, notar iz Tešnja, član Notarske komore Federacije Bosne i Hercegovine.

Tonko, kako smo ga zvali od milja, ispraćen je na vječni počinak u prisutnosti brojne obitelji, prijatelja i kolega iz Bosne i Hercegovine, Republike Hrvatske, Republike Austrije, Savezne Republike Njemačke.

Među njima bili su i notari koji su uspjeli doći na njegovu sahranu, između ostalih, Elza Dilber, Elvira Medarić, Gordana Nalić, Jusuf Hodžić, Zijad Mehmedagić, Marinko Terzić, Jasmin Jašarević, Emir Šeper, Ivo Matić, porodica notara Selima Brkića.

Nije više među nama divni gospodin Tonko. Rođen je 1954. godine u Potočanima, Jelah, Općina Tešanj, od majke Kristine i oca Josipa zv. Jozo, nekadašnjeg mjesnog odbornika. Završio je Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci, gdje je studirao 1975-1979. godine. Počeo je raditi 1980. godine u Tvornici svjećica i industrijske keramike u Tešnju. Od 1982. godine bio je sudija Opštinskog suda u Tešnju.

U periodu 1984 -1986. godine obavljao je dužnost Predsjednika Izvršnog odbora Skupštine Opštine Tešanj. Od 1986. godine do 1995. godine bio je Predsjednik Opštinskog suda u Tešnju. Od 1995. godine do prve polovine 2009. godine bavio se privatnim biznisom. Nakon notarskog ispita položenog sa visokom ocjenom, obavljao je notarsku službu sa službenim sjedištem u Tešnju nepunu godinu.

Njegove najbliže kolege, kao što su Mustafa Cerovac, Ivo Babić-Ivica, Dževad Halep, Hasan Begović, Mirsad Čeman, o njemu svjedoče kao o čovjeku koji je volio Bosnu i Hercegovinu, te mislio i radio svojom mišlju, riječju i djelom.

Od početka rada prvih notara u savremenoj Bosni i Hercegovini Tonko je prvi koji više nije među nama.

Njegova uža obitelj su diplomirani pravnici, Janja, njegov bračni partner, Darko, njegov sin i Kristina, njegova kćerka.

Njima i njegovoj majci Kristini je najteže, te njegovoj suradnici u notarskom uredu Romani Brkić.

Svima njima upućujemo iskreno saučešće, a Tebi dragi i poštovani kolega neka je laka zemlja, ova naša, bosanskohercegovačka.

Đemaludin Mutapčić, notar

UPUTE ZA AUTORE

Radovi se objavljuju na hrvatskom, bosanskom i srpskom jeziku (u latiničnom ili ćiriličnom pismu) ili engleskom jeziku.

Ukoliko rukopis zadovoljava kriterije časopisa, upućuje se na recenziju.

Svaki rukopis ocjenjuju najmanje dva nepristrana recenzenta, pri čemu identitet i afilijacija autora recenzentu nisu poznati. Nakon ocjene recenzenata i članova redakcije, rukopis se vraća autoru s obrazloženjem i zahtjevima za doradu i ispravak rada, ukoliko se to smatra potrebnim. Ispravljene rukopise autori trebaju vratiti redakciji u roku od 8 dana od primitka.

Pretpostavlja se da članci i ostali prilozi nisu i neće biti objavljeni u drugim publikacijama, osim uz posebno odobrenje redakcije kada se to jasno naznačuje u objavi.

Autori dopuštaju časopisu postavljanje njihovih radova na web stranicu časopisa.

Časopis zadržava i sva ostala prava, osim ukoliko nije drugačije dogovoreno s autorom.

Radovi koje časopis objavljuje su:

- Uvodna riječ glavnog urednika
- Izvorni znanstveni rad
- Prethodno saopćenje
- Pregledni znanstveni rad
- Stručni članak
- Sudska praksa
- Ostali radovi kao što su prikaz knjige, izvještaji o znanstvenim i stručnim skupovima i dr.
- Obavijesti o nadolazećim stručnim i znanstvenim skupovima
- Domaći autori u međunarodnim publikacijama
- Pismo uredniku

Radovi se predaju redakciji časopisa elektronskom poštom na adresu: Pravna.Misao@fmp.gov.ba

Dokument treba biti načinjen u programu Microsoft Word. U njemu ne smiju postojati nikakve indikacije osobnoga identiteta autora ili institucije u kojoj bilo koji od autora radi, kako u samom radu, tako ni u karakteristikama (properties) elektroničkog dokumenta.

Radovi koji se dostavljaju redakciji moraju biti lektorirani. Lektori koje odredi redakcija vrše superviziju.

U časopisu se objavljuju znanstveni i stručni radovi koji ne prelaze dužinu od 10.000 riječi, uključujući izvore i fusnote. Svaki rad mora sadržavati sažetak od 150-200 riječi i izbor ključnih riječi na jednom od službenih jezika u Bosni i Hercegovini i na engleskom jeziku iste dužine. Ostali radovi ne mogu prelaziti dužinu od 2000 riječi.

Svaki rukopis mora biti priložen zajedno s popratnim pismom, u kojem je nužno navesti sljedeće:

- kratki opis sadržaja članka u dvije do tri rečenice, kao i sve dodatne informacije o rukopisu koje bi redakciji mogle biti od koristi;

- razloge zbog kojih autori drže da je njihov rad zanimljiv čitateljstvu časopisa (novost koju rad donosi);

- kratku biografiju autora (25-30 riječi),
- osobne podatke:
 - jedinstveni matični broj
 - adresa stanovanja i općina
 - kontakt telefon
 - naziv banke i transakcijski račun banke
 - broj žiro računa

Svaki autor će uz popratno pismo dostaviti i izjavu da rad nije prethodno objavljivan.

Prva stranica rukopisa treba sadržavati:

- Naslov
- Datum
- Broj riječi u članku
- Ime autora i profesija
- Nazivi ustanova u kojima rade
- E-mail adrese
- Kategorizaciju
- Sažetak i ključne riječi na izvornom jeziku rada
- Sažetak i ključne riječi i naslov na engleskom jeziku (summary, key words)

Sažetak rada treba sadržavati opći prikaz teme, metodologiju rada, rezultate i zaključak.

Ključne riječi sadrže pojmove koji se pojavljuju u tekstu, ali ne opće i preširoke pojmove niti preuske pojmove opisane sa puno riječi.

Tablice i grafikoni trebaju biti prezentirani u programima kao što su MS Word, sa jasno iskazanim naslovima. Sve tablice i grafikoni biti će u časopisu tiskani isključivo u crno-bijeloj boji.

Napomene u radu se navode u obliku fusnote (footnote). U pravilu su objašnjavajućeg karaktera.

U fusnoti treba navoditi samo objavljene podatke (ili staviti posebnu bilješku s objašnjenjem).

U fusnoti treba navoditi samo literaturu koja je navedena u popisu literature na kraju članka.

U fusnoti treba ujednačeno navoditi sve izvore. Poželjno je staviti broj stranice.

Molimo autore da se pridržavaju sljedećih naputaka za navođenje literature i fusnota:

Ukoliko je riječ o navođenoj knjizi:

Josipović, I. (2000) *Haaško implementacijsko kazneno pravo*. Zagreb: Informator i Hrvatski Pravni Centar.

Ukoliko je riječ o navođenom članku:

Tschudi, F. (2008) "Dealing with violent conflicts and mass victimisation: a human dignity approach", str. 46-69. U: I. Aertsen et al.: *Restoring Justice after Large-scale Violent Conflicts*. Portland. Willan Publishing.

Ukoliko je riječ o navođenom članku u časopisu:

Sijerčić-Čolić, H. (1999) "Reforma krivičnog zakonodavstva u Federaciji Bosne i Hercegovine: karakteristike federalnog procesnog krivičnog prava", *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, Zagreb, Vol. 6 – br. 1/1999, str. 251-268.

Ukoliko je riječ o navođenom članku u elektroničkom časopisu:

Lendvai, N., 2005. "Central and Eastern European Social Policy and European Accession – Time for Reflections" (online). *Financial Theory and Practice*, 29 (1), str. 1-12. Dostupno na: (<http://www.ijf.hr/eng/FTP/2005/1/lendvai.pdf>).

Ukoliko je riječ o navodenoj *Web adresi*:

World Bank, 2004. Corruption: how the World Bank Fights Corruption (online). Washington: The World Bank. Dostupno na: (<http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/NEWS/0>).

Rad treba oblikovati prema sljedećim uputama:

- dokument pohraniti u programu MS Word (*.doc format);
- stranica standardne veličine (A4);
- obični prored za cijeli rukopis
- font Arial, 12 pt;
- sve margine 2,5 cm;
- ne koristiti nikakve stilove (ne koristiti bold slova);
- ne uređivati zaglavlje (Header) niti podnožje (Footer) dokumenta;
- obavezno brojčano označiti stranice;
- slike ili fotografije prilažu se u jednom od formata: *.jpg, *.bmp, *.tiff.

Rukopisi koji nisu u skladu s navedenim uputama biti će vraćeni autorima.

Pozivamo sve autore da na adresu redakcije šalju sažetke svojih stručnih i znanstvenih radova objavljenih u međunarodnim publikacijama indeksiranim u literaturnim bazama podataka. Redakcija će objaviti sve pristigle sažetke izvornih radova domaćih autora.

Radujemo se Vašim priložima!

Redakcija

